Sentenza del 03/10/2022 n. 28595 - Corte di Cassazione - Sezione/Collegio 5

Testo

Testo:

p. 1.1 La UBS REAL ESTATE KAPITALANLAGEGESELLSCHAFT MBH, in qualità di società di gestione del fondo immobiliare di diritto tedesco USB (D) Euroinvest Immobiliare, ha proposto sette motivi di ricorso per la cassazione della sentenza in epigrafe indicata, con la quale la commissione tributaria regionale, a conferma della prima decisione, ha ritenuto legittimo il silenzio-rifiuto opposto dall'Agenzia delle Entrate alla sua istanza di rimborso della maggiore imposta ipotecaria e catastale versata (per Euro 820.900,00) in sede di registrazione dell'atto 19 ottobre 2006 di acquisto, per conto del fondo, di un immobile strumentale sito in (---).

La commissione tributaria regionale, in particolare, ha osservato che:

- l'istanza di rimborso si basava su una disposizione (D.L. 223 del 2006, art. 35, comma 10 ter, convertito con modificazioni nella L. 248 del 2006, in vigore dal 1 ottobre 2006) recante il dimezzamento dell'imposta ipotecaria e catastale relativa alle cessioni di beni immobili strumentali in cui fossero parte i fondi immobiliari "chiusi" di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998 TUF, art. 37;

- il fondo comune immobiliare gestito dalla società opponente era invece di natura "aperta", come tale riconosciuta dall'ordinamento tedesco ma non da quello italiano, e non poteva pertanto usufruire della suddetta agevolazione;

- non sussistono ragioni per disapplicare questa disposizione nella parte in cui limita il beneficio ai soli fondi immobiliari chiusi, dal momento che la scelta legislativa si basa sulla oggettiva diversità tra fondi chiusi e fondi aperti; il che escluderebbe in radice la configurabilità di ingiustificate di Spa rità di trattamento in violazione dei principi TFUE di libera circolazione dei capitali e di libertà di stabilimento;

- neppure potrebbe dirsi violato l'art. 25 della Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra Italia e Germania, non vertendosi di discriminazione basata sulla nazionalità;

- sul piano applicativo interno, poi, il riconoscimento dell'agevolazione anche ai fondi immobiliari aperti costituirebbe evidente violazione del divieto di interpretazione estensiva o analogica in materia.

p. 1.2 Con il primo motivo di ricorso la società ricorrente deduce, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione o falsa applicazione del D.L. n. 223 del 2006, art. 35, comma 10-ter; per non avere la CTR esteso anche al fondo immobiliare "aperto" (previsto dall'art. 37 del TUF) da

essa gestito, la predetta disposizione che prevede la riduzione alla metà delle imposte ipotecarie e catastali.

Con il secondo motivo la ricorrente deduce la inesistente motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5; per non avere la CTR considerato la ratio sottesa al D.L. n. 223 del 2006, art. 35, comma 10-ter, la cui natura agevolativa mirava ad evitare doppie imposizioni disincentivanti i reiterati trasferimenti immobiliari.

Con il terzo motivo la ricorrente denuncia la insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, sempre in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, per non avere la CTR valutato, se non in via generale, la differenza tra i fondi chiusi di diritto italiano e quelli aperti di diritto tedesco nel contesto delle imposte ipotecarie e catastali, e per non aver considerato che i criteri distintivi per l'assoggettamento all'imposta, stabiliti dagli Stati membri, devono essere pertinenti.

Con il quarto motivo la ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione o falsa applicazione dell'art. 56 del Trattato CE sulla "libera circolazione dei capitali", per avere la CTR ritenuto che la diversità di trattamento tributario tra i fondi di investimento chiusi e quelli aperti si giustifichi sulla base della diversità delle fattispecie, laddove il giudice nazionale avrebbe dovuto disapplicare la norma interna discriminatoria in quanto restrittiva dei movimenti di capitali tra Stati membri.

Con il quinto motivo la ricorrente si duole, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, della violazione o falsa applicazione dell'art. 43 del Trattato CE sulla "libertà di stabilimento", per avere la CTR ritenuto che la diversità di trattamento tributario tra i fondi di investimento chiusi e quelli aperti si giustifichi sulla base della diversità delle fattispecie, nonostante che le differenze rilevate siano ininfluenti ai fini di un giudizio di comparabilità per quanto concerne l'applicazione dell'agevolazione.

Con il sesto motivo la ricorrente deduce, sempre in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione o falsa applicazione dell'art. 12 del Trattato CE sul "divieto di discriminazione in base alla nazionalità", non ritenendo condivisibile l'affermazione della CTR secondo cui la diversità di trattamento tributario tra i fondi di investimento chiusi e quelli aperti si giustificherebbe sulla base della diversità delle fattispecie.

Con il settimo motivo la ricorrente denunzia, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione o falsa applicazione dell'art. 25, par. 1, della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia/Germania sul "divieto di discriminazione in base alla nazionalità", per non avere la CTR considerato che, negando l'agevolazione fiscale ai fondi aperti di origine tedesca, si realizzava di fatto una discriminazione basata appunto sulla nazionalità.

p. 1.3 L'Agenzia delle Entrate ha depositato controricorso evidenziando come la limitazione del beneficio fiscale ai soli fondi immobiliari chiusi (gli unici riconosciuti dal diritto interno in base al D.M. 24 maggio 1999, n. 228, art. 12 bis, attuativo dell'art. 37 TUF) trovi giustificazione nella peculiarità della loro natura e del loro funzionamento rispetto alle diverse caratteristiche proprie

dei fondi aperti, improntati a maggiore speculatività; con conseguente esclusione di qualsivoglia discriminazione o limitazione degli invocati principi UE, così come della ipotizzata violazione della Convenzione italo-tedesca contro le doppie imposizioni.

p. 1.4 Assegnata la causa a decisione, è intervenuta l'ordinanza interlocutoria n. 15432/19 (che qui interamente si richiama) con la quale questa Corte di Cassazione ha sospeso il giudizio e sollevato questione interpretativa pregiudiziale avanti alla CGUE ex art. 267 TFUE per accertare: "se il diritto comunitario - ed in particolare le disposizioni del Trattato in materia di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali, come interpretate da codesta Corte - ostino all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come quella di cui al D.L. n. 223 del 2006, art. 35, comma 10-ter (nella parte in cui limita ai fondi di investimento immobiliare chiusi l'agevolazione delle imposte ipotecarie e catastali)".

Ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 35, comma 10-ter, in esame, in relazione ai principi di uguaglianza e di progressività dell'imposizione ex artt. 3 e 53 Cost., atteso che le differenze riscontrabili tra i due tipi di fondi ("chiusi" e "aperti") giustifica di per sè la diversa imposizione ed è sufficiente ad escludere l'irrazionalità o l'arbitrarietà della norma, attesa l'ampia discrezionalità riservata al legislatore nell'individuazione dei presupposti per il godimento di agevolazioni, la Corte ha poi osservato che:

- in base al D.L. n. 223 del 2006 cit., art. 35, comma 10-ter (c.d. decreto "Bersani-Visco", convertito con modificazioni nella L. 4 agosto 2006, n. 248): "Per le volture catastali e le trascrizioni relative a cessioni di beni immobili strumentali di cui all'art. 10, comma 1, n. 8-ter), del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, anche se assoggettati all'imposta sul valore aggiunto, di cui siano parte fondi immobiliari chiusi disciplinati dall'art. 37 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, e dalla L. 25 gennaio 1994, n. 86, art. 14-bis, ovvero imprese di locazione finanziaria, ovvero banche e intermediari finanziari di cui del Testo Unico di cui al D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, artt. 106 e 107, limitatamente all'acquisto ed al riscatto dei beni da concedere o concessi in locazione finanziaria, le aliquote delle imposte ipotecaria e catastale, come modificate dal comma 10-bis, del presente articolo, sono ridotte della metà. La disposizione di cui al periodo precedente decorre dal 1 ottobre 2006";

- quanto ai fondi comuni di investimento "chiusi": - la normativa italiana prevede il rimborso delle quote sottoscritte, da parte della società di gestione del ri Spa rmio (SGR) che li ha istituiti, soltanto in periodi prestabiliti; - sono caratterizzati da un numero di quote prefissato e non variabile nel tempo; - essi hanno un patrimonio che è fissato e conferito all'atto della costituzione; - quali strumenti di investimento collettivo, possono essere sottoscritti solo in un certo lasso di tempo e la restituzione del capitale può essere richiesta solo alla scadenza del fondo o dopo un certo numero di anni; - al di fuori di questi periodi di tempo, le quote di un fondo chiuso possono essere acquistate e vendute solo in Borsa; - la loro durata minima è di 10 anni, quella massima di 30, ed alla scadenza il patrimonio del fondo viene diviso oppure, se venduto, se ne distribuisce il ricavato;

- quanto ai fondi aperti, per contro: - sono caratterizzati dalla variabilità del patrimonio (che può crescere o decrescere quotidianamente in rapporto alle nuove sottoscrizioni ed alle domande di

rimborso delle quote in circolazione); - possono essere sottoscritti in ogni momento, ed in ogni momento è possibile ottenere il rimborso, totale o parziale, del capitale conferito; - in costanza di rapporto, mentre un investitore di un fondo chiuso che intende dismettere il proprio investimento non ha alternativa alla cessione della propria quota ad un terzo, il titolare di quote di un fondo aperto può anche domandare al fondo la liquidazione delle stesse;

- la ratio dell'agevolazione in esame può essere individuata nel fatto che: "La crisi del mercato, che può intervenire in seguito ad un calo delle quotazioni immobiliari, potrebbe indurre, nel caso di fondi "aperti", molti investitori istituzionali a chiedere la restituzione anticipata di una parte delle somme investite; questo fenomeno potrebbe assorbire le riserve di liquidità dei fondi, che potrebbero vedersi costretti a vendere una parte degli immobili al di sotto del loro valore di bilancio per soddisfare le domande di rimborso delle quote. In quest'ottica, si potrebbe sostenere che l'obiettivo del legislatore sia quello di tutelare ed avvantaggiare la costituzione di fondi di investimento non connotati da intenti fortemente speculativi ed aleatori", il che potrebbe tuttavia creare "di fatto un ostacolo all'ingresso di investimenti dall'estero, in particolare disincentivando i fondi aperti esteri dall'acquisire beni strumentali in Italia";

- più in particolare, rileva nel caso di specie la giurisprudenza CGUE: sulla libertà di stabilimento ex art. 49 TFUE, secondo cui devono essere considerati come restrizioni a tale libertà tutti i provvedimenti che ne vietano, ostacolano o rendono meno attraente l'esercizio (CG n. 591 del 16 aprile 2015, C-591/13; n. 480/2013, C-261/11); sulla libera circolazione dei capitali ex art. 63, paragrafo 1, TFUE, secondo cui le misure vietate da questa disposizione, 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, sicchè l'eventuale sopportazione, da parte dei contribuenti non residenti, di una pressione fiscale definitiva più elevata di quella sopportata dai residenti per i medesimi dividendi (e, quindi, la differenza di trattamento fiscale dei contribuenti in funzione del loro luogo di residenza) si sarebbe dovuta considerare tale da dissuadere i primi dall'effettuare investimenti in società stabilite in Paese membro e, pertanto, avrebbe costituito una restrizione alla libera circolazione dei capitali, in via di principio vietata ex art. 63 cit. (CG n. 10/2017 C-14 e 17/14; sentenze del 25 gennaio 2007, C-370/05, e del 18 dicembre 2007, C-101/05, nonchè del 10 febbraio 2011, C-436/08 e C-437/08); - ancora sulla libera circolazione dei capitali, secondo cui il fatto di subordinare la concessione di vantaggi fiscali alla condizione che il bene trasferito sia situato nel territorio nazionale costituisce una restrizione alla libera circolazione dei capitali vietata, in linea di principio, dall'art. 63 cit. (sentenze CG del 9 ottobre 2014 n. 326, C-326/12 e del 18 dicembre 2014 n. 133); - sempre nell'ambito della libera circolazione dei capitali, ma con uno sguardo rivolto anche alla legislazione contro la doppia imposizione, sul principio per cui, in assenza di misure di unificazione o di armonizzazione adottate dall'Unione Europea, gli Stati membri restano competenti a determinare i criteri della tassazione dei redditi e del patrimonio al fine di eliminare, se del caso mediante convenzioni, la doppia imposizione, fermo però restando che tale ripartizione della competenza fiscale non consente agli Stati membri di applicare misure contrarie alle libertà di circolazione garantite dal Trattato FUE, posto che, per quanto riguarda l'esercizio del potere impositivo così ripartito nell'ambito di convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione, gli Stati membri sono tenuti ad adeguarsi alle norme dell'Unione, tra le quali vanno ricomprese quelle che vietano misure idonee a dissuadere i

residenti di uno Stato membro dal fare investimenti immobiliari in altri Stati membri (CG 11.9.2014 n. 489, C-489/13; n. 822/2013 C-303/12); - sul fatto che, nell'interpretare gli artt. 43 CE e 48 CE, la di Spa rità di trattamento fiscale, con conseguente restrizione alla libertà di stabilimento, non è esclusa dal fatto che non esista, nel diritto nazionale, un tipo di società con una forma giuridica identica a quella residente in un altro Stato membro atteso che, non essendo il diritto societario degli Stati membri interamente armonizzato a livello comunitario, ciò priverebbe la libertà di stabilimento di ogni effetto utile (CG 18.6.2009 n. 303 C303/07; 12.4.1994 n. 1 C-1/93).

p. 1.5 Con la sentenza 16 dicembre 2021, nelle cause riunite C-478/19 e C-479/19, la così adita Corte di Giustizia (Seconda Sezione), ha stabilito in sede pregiudiziale che: "L'art. 56 CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 63 TFUE) deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro che limiti il beneficio della riduzione dell'imposta di registro ipotecaria e delle tasse catastali ai soli fondi immobiliari di tipo chiuso, ad esclusione dei fondi immobiliari aperti, purchè tali due categorie di fondi si trovino in situazioni oggettivamente comparabili, salvo che tale di Spa rità di trattamento sia giustificata dall'obiettivo di limitare i rischi sistemici sul mercato immobiliare".

A questa conclusione la Corte di Giustizia è pervenuta sulla base delle seguenti principali considerazioni relative alla interpretazione degli artt. 49 e 63 TFUE (già art. 43 e 56 CE):

- pp. 29-30-31: secondo costante giurisprudenza, le misure nazionali che disciplinano le operazioni mediante le quali i non residenti effettuano investimenti in beni immobili nel territorio di uno Stato membro possono rientrare nell'ambito di applicazione tanto dell'art. 43 CE relativo alla libertà di stabilimento, quanto all'art. 56 CE, relativo alla libera circolazione dei capitali (v., in tal senso, sentenza del 1 giugno 1999, Konle, C-302/97, EU:C:1999:271, punto 22 ivi cit.), atteso che l'esercizio del diritto di acquistare, utilizzare o alienare beni immobili nel territorio di un altro Stato membro (corollario della libertà di stabilimento) genera movimenti di capitali (in tal senso, sentenze del 25 gennaio 2007, Festersen, C-370/05, EU:C:2007:59, punto 22 e giurisprudenza ivi citata, e dell'11 ottobre 2007, ELISA, C-451/05, EU:C:2007:594, punto 58 e giurisprudenza ivi citata);

- pp. 41-42-43: posto che ai sensi del D.M. n. 228 del 1999, art. 12 bis, i fondi immobiliari possono essere costituiti in Italia solo come fondi di investimento di tipo "chiuso" e che quindi solo i fondi immobiliari disciplinati dal diritto di Stati membri diversi dall'Italia possono essere costituiti sotto forma di fondi di investimento "aperti" e possono, di conseguenza, vedersi negare il beneficio del vantaggio fiscale conferito dal D.L. n. 223 del 2006 cit., art. 35, comma 10-ter, l'applicazione del criterio distintivo basato sulla natura "aperta" o "chiusa" dell'investimento crea in effetti una situazione di svantaggio per i fondi immobiliari disciplinati dalla legislazione di Stati membri diversi dall'Italia, creando così una di Spa rità di trattamento a loro danno; di conseguenza, si deve ritenere che tale di Spa rità di trattamento sia idonea a dissuadere i fondi di investimento "aperti" soggetti al diritto di Stati membri diversi dall'Italia dall'acquisire immobili strumentali in Italia e costituisce pertanto una restrizione alla libera circolazione dei capitali vietata, di regola, dall'art. 56 CE;

- pp. 44-45: se è vero che, ai sensi dell'art. 58, paragrafo 1, lettera a), CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 65, paragrafo 1, lettera a), TFUE), l'art. 56 CE lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri di applicare le pertinenti disposizioni del loro diritto tributario che distinguono tra contribuenti che non si trovano nella stessa situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o per quanto riguarda il luogo in cui il loro capitale è investito, altrettanto vero è che questa facoltà costituisce una deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei capitali e va quindi interpretata restrittivamente; in particolare, essa non può essere intesa nel senso che sia automaticamente compatibile con i Trattati qualsiasi normativa fiscale che distingua i contribuenti in base al luogo di residenza o allo Stato in cui investono i loro capitali;

- p. 46: deve dunque essere operata una distinzione tra le di Spa rità di trattamento autorizzate dall'art. 58, paragrafo 1, lettera a), CE e la discriminazione vietata dall'art. 58, paragrafo 3, CE; nel senso che "affinchè la normativa fiscale nazionale possa essere considerata compatibile con le disposizioni del Trattato sulla libera circolazione dei capitali, la di Spa rità di trattamento risultante da tale normativa deve riguardare situazioni che non sono oggettivamente comparabili o deve essere giustificata da un motivo imperativo di interesse generale" (sentenza del 29 aprile 2021, Veronsaajien Oikeudenvalvontayksikko (Redditi versati da OICVM), C-480/19, EU:C:2021:334, punto 30 e giurisprudenza ivi citata);

- pp. 50-54, premesso che (p. 47) la comparabilità o meno di una situazione transfrontaliera con una situazione interna dello Stato membro deve essere esaminata tenendo conto dell'obiettivo perseguito dalle disposizioni nazionali in questione, sono nel presente procedimento emerse diverse e contrastanti ragioni ispiratrici del trattamento fiscale di favore per i fondi immobiliari "chiusi" di diritto italiano, così individuabili: vuoi (giudice del rinvio) nell'obiettivo legislativo di tutelare ed avvantaggiare la costituzione di fondi di investimento "chiusi" in quanto non connotati da intenti fortemente speculativi ed aleatori (in relazione al fatto che, nei fondi immobiliari "aperti", il calo delle quotazioni immobiliari potrebbe indurre numerosi partecipanti a chiedere in qualsiasi momento il rimborso anticipato delle quote, così da costringere i gestori a vendere una parte dei beni immobili al di sotto del loro valore normale per far fronte al fabbisogno di liquidità); vuoi (società contribuente) nell'esigenza di sollevare gli operatori professionali che operano ripetutamente compravendite immobiliari dall'onere di pagare due volte la stessa imposta ipotecaria e catastale: tanto al momento dell'acquisto quanto al momento della rivendita; vuoi ancora (Governo Italiano) nell'intento di alleggerire fiscalmente solo gli investimenti di carattere realmente immobiliare (fondi chiusi) e non mobiliari, sia pure valorizzati attraverso l'acquisizione temporanea di beni immobili (fondi aperti); considerazione, quest'ultima, che viene tuttavia contrastata dalla Commissione Europea (p. 54) secondo la quale "obiettivo principale dei fondi chiusi così come dei fondi aperti è quello di offrire al sottoscrittore l'opportunità di effettuare un investimento finanziario", sicchè "esisterebbe una perfetta comparabilità tra fondi immobiliari chiusi e aperti. Inoltre, anche in considerazione dell'obiettivo del fondo consistente nell'acquistare beni immobili per rivenderli successivamente, i fondi immobiliari chiusi ed i fondi immobiliari aperti sarebbero comparabili";

- pp. 55-58: atteso che spetta al giudice del rinvio, che è il solo competente ad interpretare il diritto nazionale, tenendo conto di tutti gli elementi della normativa tributaria di cui trattasi nella causa principale e del sistema tributario nazionale nel suo complesso, determinare il principale

obiettivo perseguito dalla disposizione agevolativa (v., in tal senso, sentenza del 30 gennaio 2020, Koln-Aktienfonds Deka, C-156/17, EU:C:2020:51, punto 79 ivi cit.), l'individuazione di questo principale obiettivo nell'evitare la doppia imposizione nel senso indicato determinerebbe che "i fondi aperti e quelli chiusi si trovino in situazioni oggettivamente comparabili"; mentre l'individuazione della ratio agevolativa nella tutela di fondi di investimento non connotati da intenti fortemente speculativi e aleatori (limitando rischi sistemici sul mercato immobiliare) non riguarderebbe specificamente le "ragioni che differenziano i fondi aperti dai fondi chiusi rispetto al vantaggio fiscale in questione"; inoltre, quanto all'oggetto ed al contenuto della normativa nazionale di agevolazione, "un fondo chiuso ed un fondo aperto, nei limiti in cui entrambi svolgono l'attività consistente nell'acquistare e rivendere successivamente beni immobili soggetti ad una doppia imposizione, appaiono trovarsi in una situazione comparabile" (p. 58);

- pp. 60-67: occorre tuttavia ancora verificare se una restrizione alla libera circolazione dei capitali non possa in ipotesi reputarsi giustificata da "motivi imperativi di interesse generale" (sentenza del 29 aprile 2021, Veronsaajien Oikeudenvalvontayksikko, punto 56 e giurisprudenza ivi citata), ma un tale motivo non può, nella specie, individuarsi nè nella necessità di prevenire l'evasione o l'elusione fiscale (riconducibile alla repressione di costruzioni artificiose e prive di effettività economica) nè nella coerenza interna del regime fiscale complessivo, non essendo stata dimostrata l'esistenza di un nesso diretto tra l'agevolazione fiscale in questione e la neutralizzazione della stessa mediante un determinato prelievo fiscale compensativo;

- pp. 71-73: un motivo imperativo di interesse generale non può essere individuato nell'esigenza di incentivare strumenti di ri Spa rmio gestito non fortemente speculativi ed aleatori, sia perchè questo obiettivo è già stato dal legislatore italiano perseguito mediante l'ammissione dei soli fondi immobiliari "chiusi", sia perchè "la natura aperta o chiusa di un fondo non sembra essere legata al livello di speculazione degli investimenti effettuati da tale fondo o alla natura più o meno certa degli intenti al riguardo, e che la caratteristica di fondo chiuso non obbliga un siffatto fondo a detenere la proprietà da esso acquisita per una durata più lunga che se si trattasse di un fondo aperto";

- p. 73: quanto al motivo imperativo di interesse generale eventualmente costituito dalla necessità di limitare "i rischi sistemici sul mercato immobiliare" indotti dalla subitanea richiesta collettiva di rimborso delle quote di partecipazione, "la normativa nazionale che conferisce un vantaggio fiscale ai soli fondi immobiliari chiusi deve essere idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo invocato e non eccedere quanto necessario per conseguirlo, circostanza che spetterà al giudice del rinvio verificare".

p. 2.1 Quanto così stabilito in sede interpretativa pregiudiziale dalla CGUE depone per l'effettiva sussistenza dei profili di contrasto del cit. D.L. n. 223 del 2006, art. 35, comma 10 ter, già evidenziati in forma dubitativa nell'ordinanza di rimessione, con il diritto dell'Unione.

Ciò non sotto l'aspetto, pure inizialmente ipotizzato, della libertà di stabilimento, quanto di quello della libera circolazione dei capitali.

In ordine alla libertà di stabilimento, ha rilevato la Corte di Giustizia come una eventuale sua limitazione non sarebbe che una conseguenza dei limiti apposti alla libera circolazione dei

capitali, così che quest'ultimo profilo viene ad assumere una rilevanza originaria, esclusiva ed assorbente; inoltre, l'operazione da cui è scaturita l'imposizione fiscale contestata ha avuto ad oggetto l'acquisto in Italia, da parte della società tedesca, di immobili strumentali per investimento finanziario nell'ambito delle finalità del fondo gestito, e non per collocare negli immobili acquistati una sede, una rappresentanza o una propria attività economica, con conseguente sua ininfluenza sulla libertà di stabilimento.

Per quanto invece concerne la libera circolazione dei capitali, la questione trova radice nella circostanza che nella nozione di "circolazione" o di "movimentazione" di capitali rientrano anche, come osservato dalla Corte di Giustizia, gli investimenti immobiliari posti in essere in uno Stato membro da parte di soggetti operanti in un diverso Stato membro (nomenclatura di cui Dir. 88/361/CEE Cons.).

Ciò premesso, sotto quest'ultimo profilo l'esclusione dell'agevolazione in esame per i fondi immobiliari aperti - come tali ammessi e legittimamente operanti in un altro Stato membro - non può trovare giustificazione, alla luce dei principi UE in materia, nè per reale, apprezzabile ed obiettiva "diversità" o "non comparabilità" di struttura e funzionamento (rispetto ai chiusi), nè per l'operare di un motivo imperativo di interesse generale.

p. 2.2 In ordine alla prima questione (obiettiva comparabilità) l'amministrazione finanziaria ha rimarcato con forza in tutte le sedi processuali (trovando in ciò condivisione nella sentenza della Commissione Tributaria Regionale impugnata) come un elemento distintivo debba essere individuato nel carattere maggiormente speculativo ed aleatorio connaturato all'investimento in fondi immobiliari aperti, così come derivante proprio dalla possibilità per gli investitori di entrare o uscire dal fondo in ogni momento, in ragione dell'andamento non solo del mercato immobiliare, ma del mercato finanziario nel suo complesso e delle più appetibili aspettative di guadagno riconducibili, in un determinato contesto, ad altre forme "concorrenziali" di investimento. Ed è su questo stesso presupposto di maggiore speculatività dei fondi aperti che l'ordinamento nazionale avrebbe optato nel senso, da un lato, di consentire la costituzione in Italia di soli fondi immobiliari chiusi e, dall'altro, di sfavorire (negando loro il dimezzamento dell'imposta in questione) i fondi aperti esteri operanti in Italia.

E tuttavia questo elemento differenziatore non è dirimente ai fini di causa, dal momento che il problema non è dato dall'emersione di qualche elemento (anche importante) di discrimine tra fondi aperti e chiusi, bensì dalla capacità-idoneità di questo elemento a giustificare un diverso trattamento fiscale (ai soli fini, ben s'intende, dell'imposta ipotecaria e catastale sulle transazioni immobiliari strumentali) alla luce dell'ordinamento Eurounitario e, segnatamente, della libera circolazione dei capitali.

Ottica, quest'ultima, che induce a valorizzare una serie di elementi invece confermativi di sostanziale comparabilità e comunanza, ai fini di causa, tra le due tipologie, così quanto:

- alla necessaria finalizzazione dei capitali raccolti all'investimento (prevalentemente) immobiliare ed alla conseguente permeabilità del valore delle quote all'andamento del mercato immobiliare;

- alla connaturata necessità che, nell'esecuzione del mandato di gestione secondo diligenza, competenza e massima redditività (art. 36, comma 3 TUF) in entrambi i casi il gestore possa essere chiamato in corso di rapporto a compiere investimenti/disinvestimenti immobiliari a seconda dell'andamento di mercato (attuale e soprattutto atteso);

- alla natura comunque finanziaria e mobiliare dell'investimento, perchè sempre portato non da quote reali di proprietà (comproprietà) sugli immobili in patrimonio, bensì da quote di partecipazione nominative o al portatore (in quanto tali, strumenti finanziari espressivi di un credito) negoziabili sul mercato autonomamente e separatamente dagli immobili che rappresentano ed in base ai quali si valorizzano;

- al fondamento strutturale essenziale dei fondi aperti e chiusi in quanto OICR, che non è costituito dalla tempistica di entrata/uscita nel fondo e dalla variabilità/invariabilità del capitale conferito, bensì dalla separatezza patrimoniale tra società di gestione, fondo comune e patrimoni dei singoli investitori (art. 1, comma 1 lett. j) TUF; art. 36, comma 4 TUF);

- al fatto che: "i fondi comuni d'investimento (...) sono privi di autonoma soggettività giuridica, costituendo patrimoni separati della società di gestione del ri Spa rmio", in modo tale che: "in caso di acquisto nell'interesse del fondo, l'immobile acquistato deve essere intestato alla società promotrice o di gestione la quale ne ha la titolarità formale ed è legittimata ad agire in giudizio per far accertare i diritti di pertinenza del patrimonio separato in cui il fondo si sostanzia" (Cass. n. 16605/10; 12062/19 in fattispecie di fondo immobiliare chiuso, ma sulla base di principi generali valevoli anche per quelli aperti);

- alla circostanza che la regolamentazione di settore non esclude una certa ibridizzazione di forme, là dove consente - con il vaglio delle Autorità di vigilanza - che i fondi immobiliari chiusi ammettano la possibilità per l'investitore di uscire anche prima della data di scadenza originariamente stabilita in contratto, sebbene in concomitanza con nuove emissioni o con altri particolari eventi prestabiliti (fondi ccdd. "semi-chiusi"): D.M. n. 228 del 1999 cit., art. 14 comma 6 bis, poi D.M. n. 30 del 2015, sugli OICR italiani;

p. 2.3 Quanto alla seconda questione (motivo imperativo di interesse generale) già la Corte di Giustizia ha evidenziato come non possa esistere alcuna correlazione tra, da un lato, la limitazione dell'agevolazione ai soli fondi chiusi e, dall'altro, l'esigenza pubblicistica di apprestare un rimedio antielusivo o di contrasto all'evasione fiscale. In ciò la modifica di cui del D.L. n. 223 del 2006, art. 35, comma 10 ter, apportata dalla L. di Conversione n. 248 del 2006, non collima con la dichiarata intenzionalità della rubrica della disposizione ("Misure di contrasto dell'evasione e dell'elusione fiscale"), dal momento che la prescrizione in questione comporta non un inasprimento ma uno sgravio di imposta ed inerisce a specifiche attività (di trascrizione e voltura) conseguenti ad atti di trasferimento immobiliare che rilevano in quanto tali e non per il loro contenuto simulatorio o elusivo (o, quantomeno, non in termini diversi da ogni altra operazione fiscalmente rilevante in ordine alla quale sia concepibile una forma di abuso). E neppure l'Amministrazione Finanziaria è mai giunta ad ipotizzare che, in questo genere di attività ipocatastali, il contrasto all'elusione ed all'evasione fiscale possa porsi in maniera diversa e peculiare nei trasferimenti immobiliari posti specificamente in essere dai fondi "aperti" e soltanto da questi.

Per altro verso, neppure l'esigenza - pur essa di carattere imperativo e di interesse generale - di apprestare intrinseca coerenza al sistema impositivo potrebbe giustificare la limitazione in esame.

Lo esclude il fatto che un trattamento fiscale deteriore a ciò finalizzato sarebbe si compatibile con il diritto UE, ma a condizione - come rilevato dalla Corte di Giustizia - di trovare contrappeso in altro regime impositivo concernente i medesimi soggetti.

Là dove, in questa materia, non solo non è emersa alcuna previsione tributaria (o anche fiscale in senso lato) volta a riequilibrare il disconoscimento del dimezzamento di imposta nei confronti dei fondi aperti, ma anzi risulta che - per ogni altro profilo di imposizione indiretta (per esempio l'imposta di registro) o patrimoniale (per esempio l'Imu) - l'ordinamento nazionale applica al presupposto costituito dal trasferimento o dal possesso in Italia di beni immobili, lo stesso identico trattamento, indipendentemente dal fatto che si tratti di immobili appresi ad un fondo chiuso di diritto interno, ovvero ad un fondo aperto di diritto straniero. In maniera tale da doversi escludere che il sistema impositivo nazionale complessivamente considerato - pacificamente rientrante nella sovranità Statuale, ma con il vincolo del rispetto dei principi del Trattato - elida altrimenti le conseguenze della lamentata limitazione alla circolazione dei capitali all'interno dell'Unione.

Sostiene l'Avvocatura dello Stato che il legislatore nazionale, appunto perchè sovrano in materia, ben può attribuire l'agevolazione in questione ai soli fondi chiusi (in forza di una preferenza di base per questi ultimi la cui compatibilità con il diritto UE non è qui posta in dubbio) così da favorire il convogliamento dell'investimento collettivo su una tipologia di fondi meno speculativa ed in certo senso più stabile.

Questo argomento trova però obiezione nel fatto che, in primo luogo, non è qui in discussione la compatibilità "costituzionale" (artt. 3 e 53 Cost.) della norma in esame sul piano della discrezionalità effettivamente riconoscibile in materia al legislatore nazionale, con il solo limite dell'arbitrio e della irragionevolezza secondo quanto innumerevoli volte stabilito dal giudice delle leggi (ma sugli aspetti di costituzionalità si rinvia all'ordinanza di questa Corte di rimessione alla Corte di Giustizia: sopra p. 1.4), bensì la (preminente) compatibilità Eurounitaria del precetto agevolativo in quanto soggettivamente limitato. In secondo luogo, esso poggia su un convincimento (finalizzazione del dimezzamento d'imposta a favorire una determinata e meno speculativa modalità di investimento immobiliare del ri Spa rmio collettivo) che è invece tutto da dimostrare e che non può dunque costituire un postulato intangibile. Tanto più che l'ammissione di soli fondi comuni di tipo chiuso è dall'ordinamento interno prevista anche per investimenti collettivi diversi da quello in immobili (D.M. n. 228 del 1999, art. 12, comma 1), e per i quali non del tutto si attagliano le ragioni di aleatorietà, speculatività ed instabilità di mercato invece svolte con riguardo a quest'ultimo; e che, ancora, i fondi propriamente "speculativi" trovano già una specifica e dedicata disciplina: art. 16 D.M. n. cit.. Tutto ciò non senza considerare che ad essere inibita in Italia è la sola istituzione di fondi immobiliari aperti, non anche la normale operatività di questi ultimi in quanto istituiti in altri Stati UE e non-UE. Quanto al motivo imperativo di interesse generale in ipotesi costituito dall'intento del legislatore nazionale di proteggere il mercato immobiliare dalla crisi che potrebbe derivare (o aggravarsi)

per effetto della massiccia e subitanea dismissione del patrimonio immobiliare (anche a prezzi inferiori al normale) da parte delle società di gestione dei fondi aperti chiamate in ogni momento a soddisfare le richieste di riscatto e liquidazione da parte degli investitori, vale osservare che:

- una simile esigenza di protezione della stabilità del mercato immobiliare in situazioni di crisi congiunturale potrebbe in realtà porsi anche con riguardo al patrimonio immobiliare gestito in fondo chiuso (che non è sinonimo di fondo a gestione statica) dal momento che anche in tal caso l'andamento sfavorevole del mercato potrebbe indurre il gestore a dismissioni consistenti sia in vista della scadenza contrattuale del fondo sia nell'ambito di quegli obblighi esecutivi di oculata, competente e conveniente gestione di cui si è detto, volti sia alla massimizzazione delle plusvalenze da cessione, sia alla minimizzazione delle relative minusvalenze, se imposte dalle negative condizioni di mercato;

- la stessa agevolazione in esame è stata dal legislatore nazionale (art. 35 cit.) già riconosciuta anche a favore di soggetti, quali le società di leasing, diversi dai gestori di fondi comuni immobiliari e per i quali non si pone alcuna esigenza di questo tipo, quanto soltanto quella di evitare che l'imposta ipocatastale possa gravare più volte sullo stesso operatore, al momento dell'acquisto degli immobili e poi del loro riscatto;

- per quanto l'espressione "doppia imposizione" non appaia appropriata, dal momento che l'imposta ipocatastale colpisce autonomamente ogni singolo atto e formalità comportanti la trascrizione di conservatoria e la voltura catastale dell'immobile trasferito, trovando in ciò autonomo, diverso e singolo (non duplice) presupposto, vero è però che l'agevolazione in questione suscita comunque un effetto di tipo economico volto a sgravare la tassazione sul plurimo passaggio di proprietà che risulti strumentale alla realizzazione dei fini istituzionali dell'operatore e che, per ciò stesso, sia suscettibile di reiterazione anche massiva nel tempo;

- da questo punto di vista la limitazione legale dell'agevolazione ai soli fondi immobiliari chiusi opera in armonia con il diritto interno (che infatti ammette soltanto fondi di questo tipo), ma non anche con il diritto UE, in relazione al quale rileva come identica finalità sia individuabile anche in capo alle società di gestione di altri Stati membri ammesse alla gestione del fondo in modalità aperta e, come tali, ammesse alle transazioni immobiliari strumentali sul territorio nazionale;

- l'estensione unionale di una simile finalità agevolativa oltre la stretta e letterale previsione della legge interna non trova controlimite nell'ordinamento nazionale, se collocata nell'ambito degli interventi di sostegno e tutela del ri Spa rmio "in tutte le sue forme", secondo quanto voluto dall'art. 47 Cost..

p. 3. Così individuata la ragione del beneficio - come detto rapportata non alla qualità delle modalità operative del fondo ma alla quantità delle transazioni immobiliari da esso istituzionalmente perseguite nell'ambito della raccolta e della gestione del ri Spa rmio - deve dunque concludersi che la norma interna che la prevede soltanto a favore dei fondi immobiliari chiusi e non anche di quelli aperti si pone effettivamente in conflitto con l'art. 63 TFUE e la libertà

di circolazione dei capitali, con conseguente necessità di sua disapplicazione da parte del giudice nazionale.

Ciò dal momento che i fondi immobiliari chiusi e quelli aperti si trovano appunto in situazioni, ai fini in esame, oggettivamente comparabili, e che l'esclusione dei secondi dalla agevolazione non può trovare plausibile giustificazione nell'obiettivo di limitare rischi sistemici sul mercato immobiliare.

Ne segue pertanto l'accoglimento del primo e del quarto motivo di ricorso, assorbiti gli altri; non sussistendo la necessità di compiere accertamenti in fatto, vi sono i presupposti per la decisione nel merito mediante accoglimento del ricorso originario della società contribuente.

La delicatezza e controvertibilità della questione giuridica, come ampiamente attestate dall'iter processuale, depongono per la compensazione delle spese dell'intero giudizio.

P.Q.M.

La Corte - accoglie il primo ed il quarto motivo di ricorso, assorbiti gli altri;

- cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, accoglie il ricorso originario della società contribuente;

- compensa alle spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Quinta Civile, tenutasi, il 14 settembre 2022.

Depositato in Cancelleria il 3 ottobre 2022

Documenti citati

Documenti collegati

- Normativa
- Prassi
- Giurisprudenza