

Documento firmato digitalmente
Il Relatore
SAVERIO CAPOLUPO

Sentenza n. 550/2023
Depositata il 02/10/2023
Il Segretario
LUIGI PUNZI

Il Presidente
PIETRO PERLA



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Giustizia Tributaria di primo grado di PESCARA Sezione 2, riunita in udienza il 05/09/2023 alle ore 09:30 con la seguente composizione collegiale:

PERLA PIETRO, Presidente
CAPOLUPO SAVERIO, Relatore
TOLLOSO ANTONIO, Giudice

in data 05/09/2023 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

- sul ricorso n. 60/2022 depositato il 28/01/2022

proposto da

XXXXXXXX Fund - 000000000000

Difeso da

Cristiano Garbarini
Francesco Mattarelli
Alban Zaimaj

Rappresentato da

Rappresentato da

ed elettivamente domiciliato presso cristiano.garbarini@milano.pecavvocati.it

contro

Ag. Entrate Centro Operativo Di Pescara

elettivamente domiciliato presso cop.pescara@pce.agenziaentrate.it

Avente ad oggetto l'impugnazione di:

- DINIEGO RIMBORSO RITENUTE WHT 2014
- DINIEGO RIMBORSO RITENUTE WHT 2015
- DINIEGO RIMBORSO RITENUTE WHT 2016

a seguito di discussione in pubblica udienza

Richieste delle parti:

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. La ricorrente - società di investimento a capitale variabile di diritto lussemburghese, fiscalmente residente in Lussemburgo impugna il silenzio rifiuto formatosi sull'istanza, depositata il 19 ottobre 2020 per chiedere il rimborso della ritenuta applicata, *ex art.* 27 del D.P.R. n. 600/1973, sui dividendi corrisposti nel periodo 2014 – 2016 avendo rilevato una presunta illegittima differenza di trattamento tra un soggetto non residente rispetto ad uno analogo residente in Italia, con conseguente violazione dell'art. 63 del TFUE.

L'istante chiarisce che trattasi di SICAV armonizzata, in quanto conforme ai requisiti previsti dalla Direttiva Europea 2009/65/CE del 13 luglio 2009, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari, tra i quali sono incluse le SICAV.

In tale veste giuridica, la società ricorrente, nel periodo 2014-2016, ha effettuato investimenti in azioni di società residenti in Italia, distribuiti tra i suoi sub-fondi, i quali hanno fruttato somme a titolo di dividendi, erogate nei medesimi anni dalle società italiane partecipate, per un ammontare pari ad euro 87.835.718,69.

All'atto della distribuzione dei già menzionati dividendi sono state applicate le ritenute a titolo di imposta pari a euro 13.175.357,08

2. Con l'odierno gravame la ricorrente solleva plurime eccezioni. Innanzitutto, eccepisce la violazione delle norme del T.F.U.E. alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e delle modifiche normative di cui all'art. 1, comma 631, L. n. 178/2020.

Dopo aver richiamato il regime fiscale previsto dalla normativa nazionale applicabile alle SICAV, al fine di valutarne la portata applicativa prima e dopo la riforma intervenuta con la L. 30 dicembre 2020, n. 178 (cd. Legge di Bilancio 2021) evidenzia che, a partire dal 1° luglio 2011, le SICAV italiane non sono soggette ad imposizione in quanto la tassazione viene trasferita esclusivamente in capo all'investitore (o

partecipante) al momento della percezione dei proventi derivanti dalla gestione del fondo.

Chiarisce che *xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx Fund*, non è soggetto ad imposizione sul reddito in Lussemburgo in quanto soggetto esente da tassazione, e non può in alcun modo recuperare nel suo Paese di residenza la ritenuta subita sui dividendi di fonte italiana (né in forma di rimborso né attraverso il meccanismo di credito d'imposta).

Richiama, a conferma, l'orientamento di questa Corte di giustizia tributaria secondo cui laddove un soggetto non residente sia esente da imposizione, deve ritenersi insussistente un prelievo fiscale "compensabile" nello Stato di residenza, con conseguente disparità di trattamento tra ente non residente ed ente italiano.

Evoca, poi, l'indirizzo della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che in ripetute occasioni, ha censurato la normativa di diversi Stati membri, ritenendo la stessa in contrasto con la libera circolazione dei capitali di cui all'art. 63 del TFUE, ove lo Stato della fonte assoggetti a ritenuta i dividendi corrisposti a organismi collettivi di investimento in valori mobiliari (nel seguito anche OICVM) non residenti, mentre non preveda l'applicazione di alcuna ritenuta sui dividendi corrisposti ad OICVM residenti. Ribadisce che anche recentemente la Corte di Giustizia ha sancito l'incompatibilità con l'art. 63 TFUE delle norme che prevedano regimi di tassazione dei dividendi sfavorevoli per gli OICVM non residenti rispetto a quelli previsti per gli OICVM residenti.

Tale diversità, invero, violerebbe il principio di libera di circolazione dei capitali e, in quanto tale, dissuade gli OICVM esteri dall'investire in società estere e scoraggiava gli investitori residenti dall'acquistare quote di organismi di investimento esteri.

Ritiene, quindi, che la situazione della ricorrente deve considerarsi oggettivamente comparabile con quella in cui vertono le SICAV residenti nel territorio dello Stato italiano, sia sotto il profilo della disciplina regolatoria, armonizzata in applicazione della citata Direttiva UCITS, sia sotto il profilo della valutazione del soggetto rispetto al quale deve essere effettuata la comparazione che, per l'appunto, deve arrestarsi sul veicolo dell'investimento.

Sostiene che la discriminazione, derivante dal sistema impositivo vigente negli anni oggetto del ricorso, risulta di palmare evidenza, tanto più a seguito della modifica normativa che è entrata in vigore dal 1° gennaio 2021 come ampiamente evidenziato anche nella relativa relazione di accompagnamento

Ricorda che le sentenze interpretative emanate a seguito di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, rappresentano precedenti giurisprudenziali validi, anche in altri Stati membri, per la soluzione di casi simili a quello oggetto di rinvio; inoltre, gli Stati membri, in virtù degli obblighi derivanti dall'adesione alla UE, sono tenuti a rimuovere

o modificare la legislazione incompatibile con il diritto dell'UE, rischiando altrimenti l'avvio di una procedura di infrazione.

Chiede, infine, che ove questa Corte ritenga di non concedere il rimborso della ritenuta subita sui dividendi, venga pronunciata ordinanza di rimessione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Chiede, pertanto, in via principale, che venga annullato o comunque dichiarato illegittimo il silenzio rifiuto dell'Agenzia delle Entrate - e, per l'effetto, la condanna dell'Agenzia delle Entrate alla restituzione di euro XXXXXX, corrispondente alla ritenuta applicata alla ricorrente sui dividendi ricevuti nei periodi d'imposta 2014- 2016, oltre al pagamento degli interessi sulle somme da rimborsare, a decorrere dalla data di versamento e le spese di giudizio. In via subordinata, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

3.Si è costituita, nei termini, l'Amministrazione finanziaria che ha prodotto articolate controdeduzioni a sostegno della legittimità del proprio operato. Dopo aver richiamato l'onere della prova e affermato che in materia di rimborsi tale obbligo grava sulla ricorrente, si sofferma, respingendola, sulla presunta violazione del principio di libera circolazione dei capitali di cui all'art. 63 del TFUE e del principio di non discriminazione. In merito, ritiene che, richiamando l'orientamento della Corte di giustizia, le distorsioni che possono eventualmente derivare da mere divergenze tra sistemi fiscali non ricadono necessariamente nelle disposizioni del Trattato e, in particolare, in quelle relative alla libera circolazione dei capitali tenuto conto che la restrizione può sempre trovare una giustificazione nella necessità di salvaguardare la coerenza fiscale del sistema tributario nazionale o di prevenire abusi di diritto. Richiamato il quadro giuridico in materia, sostiene che le Direttive hanno concesso "margini di manovra" come testimoniato anche recentemente da una delle considerazioni (precisamente quella al n. 5) della Direttiva n. 2019/2034/UE, la c.d. UCITS VI, laddove si riconosce le differenze nell'applicazione del quadro prudenziale vigente nei diversi Stati membri rischiano di compromettere la parità di condizioni per le imprese di investimento.

Evidenziata la disciplina interna sulle S.G.R., richiama il sistema di vigilanza affidato alla banca d'Italia al fine di provare la specificità della relativa attività su tale categoria di soggetti giuridici.

Sottolineato che anche gli OICR italiani sono assoggettati all'IRES (ai sensi della lett.c) del comma 1 dell'art. 73,) al pari quindi degli Enti non residenti (ai sensi della successiva lett. d), ritiene che l'esenzione di cui al comma 5-quinquies dell'indicato art. 73 -che non riguarda tra l'altro tutti gli OICR istituiti in Italia ma solo quelli non immobiliari - non opera *tout court* essendo subordinata al verificarsi di una

condizione assai stringente ovvero l'assoggettamento a forme di vigilanza prudenziale esercitate sul fondo o sul soggetto incaricato della gestione.

Sostiene che, dall'esame della normativa del T.U.F.E. emerge un sistema di fonti normative, non solo comunitarie, molto articolato e stratificato tanto da risultare inevitabilmente non sovrapponibile ai modelli di vigilanza adottati da altri Paesi, comunitari e non comunitari, atteso che la fissazione di norme minime comuni non garantisce che i modelli di vigilanza adottati dai vari Stati siano poi equivalenti tra loro. Afferma che soltanto una disparità di trattamento operata in funzione esclusivamente della residenza costituisce una violazione dei principi comunitari della libertà di circolazione dei capitali e/o della libertà di stabilimento mentre non lo è, alla luce dell'articolo 65 del TFUE, se scaturisce da situazioni che non sono oggettivamente comparabili oppure se è giustificata da una ragione imperativa di interesse generale. Nel caso in esame, il sistema italiano di vigilanza prudenziale non è sovrapponibile, né tantomeno paragonabile, a quello "presumibilmente" esercitato sugli OICR costituiti all'estero.

Il previgente quadro giuridico di riferimento, pertanto, era compatibile con le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali, in quanto la differenza di trattamento riguardava situazioni che non sono oggettivamente paragonabili ed era giustificata da motivi imperativi di interesse generale.

Richiama, a conferma, i numerosi precedenti di questa Corte di giustizia tributaria secondo cui non basta appellarsi esclusivamente al mero dato numerico dell'aliquota applicata dovendosi, invece, comparare le due posizioni contrapposte nella loro integralità in modo da fame discendere che il trattamento è stato complessivamente deteriore e quindi penalizzatorio.

In merito poi, alle modifiche normative intervenute sostiene che le stesse non possano trovare applicazione sia per aver lo stesso legislatore disposto la loro decorrenza dal primo gennaio 2021 sia in ossequio al principio dell'autonomia dei periodi d'imposta.

Evidenziato che la clausola generale di beneficiario effettivo elaborata dall'ordinamento fiscale internazionale è volta ad impedire che i soggetti possano abusare dei trattati fiscali attraverso pratiche di *treaty shopping*, è dell'avviso che la prova di tale *quid pluris* non è stata fornita poiché nessuna documentazione utile e rilevante è stata prodotta ai fini sopra indicati, in quanto non è stato dimostrato né il trattenimento né l'autonomo impiego in relazione al flusso patrimoniale.

Sostiene, infine, che la documentazione prodotta presenta significative carenze e rilevanti profili di incertezza ed ambiguità quanto alla sua rilevanza ed utilizzabilità ai fini del riconoscimento del rimborso richiesto.

Chiede, pertanto, il rigetto del ricorso, con vittoria delle spese di giudizio.

4. Con successiva Memoria illustrativa depositata il 25 luglio 2023 parte ricorrente ribadisce di non essere soggetto passivo in Lussemburgo mentre in merito alla qualifica di beneficiario effettivo ritiene che, nel caso di specie, si tratta di disapplicare una norma chiaramente discriminatoria che ex se viola il principio della libera circolazione. In sostanza, gli OICVM, per definizione, non possono essere beneficiari effettivi dei proventi che realizzano nella stessa maniera in cui possono esserlo le persone fisiche o le società, perché non investono disponibilità proprie, ma le disponibilità dei propri investitori.

In merito all'asserita carenza di prove ritiene di aver ampiamente prodotto la documentazione relativa alla residenza del Fondo in Lussemburgo (i certificati di residenza), la conformità del Fondo alle direttive dell'Unione (certificazione rilasciata dall'Autorità vigilanza), così confermandosi la natura del fondo come "armonizzato, la soggezione a ritenuta dei dividendi e del pagamento degli stessi al Fondo (certificazioni della banca intervenuta nel pagamento dei dividendi).

La legge di Stabilità per il 2021 (legge n. 178 del 2020), ha riconosciuto la "comparabilità" tra fondi nazionali e fondi esteri ha eliminato la ritenuta di cui si richiede il rimborso (e lo ha fatto, non solo per gli OICVM armonizzati, ma anche per i fondi UE alternativi).

Richiama, infine, oltre alla giurisprudenza della Corte di Giustizia anche quella della Corte di cassazione. Insiste, pertanto, sulla legittimità della richiesta di rimborso.

5. All'udienza del 5 settembre 2023, conclusa l'esposizione del relatore, acquisito il parere delle parti, la Corte trattiene la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. L'art. 63 del trattato Int. 25/03/1957 (TUF) dispone che *"Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi.*

2. *Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi".*

Il successivo art. 65, comma 1, dispone che *"Le disposizioni dell'articolo 63 non pregiudicano il diritto degli Stati membri:*

a) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale;

b) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la

dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza”.

’art. 73, comma 5 quinquies, del TUIR approvato con D.P.R. n. 917 del 1986 prevede che “I redditi degli organismi di investimento collettivo del risparmio istituiti in Italia, diversi dagli organismi di investimento collettivo del risparmio immobiliari, e di quelli con sede in Lussemburgo, già autorizzati al collocamento nel territorio dello Stato, di cui all'articolo 11-bis del decreto-legge 30 settembre 1983, n. 512, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 novembre 1983, n. 649, e successive modificazioni, sono esenti dalle imposte sui redditi purché il fondo o il soggetto incaricato della gestione sia sottoposto a forme di vigilanza prudenziale. Le ritenute operate sui redditi di capitale sono a titolo definitivo. Non si applicano le ritenute previste dai commi 2 e 3 dell'articolo 26 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 e successive modificazioni, sugli interessi ed altri proventi dei conti correnti e depositi bancari, e le ritenute previste dai commi 3-bis e 5 del medesimo articolo 26 e dall'articolo 26-quinquies del predetto decreto nonché dall'articolo 10-ter della legge 23 marzo 1983, n. 77, e successive modificazioni”.

2. Per giurisprudenza costante l’articolo 63, paragrafo 1, TFUE vieta in maniera generale le restrizioni ai movimenti di capitali tra gli Stati membri (C. Giustizia, sent. del 16 settembre 2020, Romenergo e Aris Capital, C-339/19, EU:C:2020:709, punto 31 e giurisprudenza ivi citata) che comprendono quelle che sono idonee a dissuadere i non residenti dall'effettuare investimenti in uno Stato membro o a dissuadere i residenti di questo Stato membro dall'effettuarne in altri Stati (C. Giustizia, sent. del 30 aprile 2020, Société Générale, C-565/18, EU:C:2020:318, punto 22).

In particolare, una differenza di trattamento, quando dà luogo a un trattamento meno favorevole dei redditi di un residente di uno Stato membro che hanno origine in un altro Stato membro, rispetto al trattamento dei redditi che hanno origine nel primo Stato membro, ha l'effetto di dissuadere un siffatto residente dall'investire i suoi capitali in un altro Stato membro.

Tuttavia, a norma dell'articolo 65, paragrafo 1, lettera a), TFUE, l'articolo 63 TFUE non pregiudica il diritto degli Stati membri di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale.

Tale disposizione, però, costituendo una deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei capitali, deve essere oggetto di interpretazione restrittiva. Pertanto, essa non può essere interpretata nel senso che qualsiasi legislazione tributaria che operi una distinzione tra i contribuenti in base al luogo in cui essi risiedono o allo Stato membro in cui investono i loro capitali sia automaticamente compatibile con il Trattato FUE.

Infatti, la deroga prevista all'articolo 65, paragrafo 1, lettera a), TFUE subisce essa stessa una limitazione per effetto dell'articolo 65, paragrafo 3, TFUE, il quale stabilisce che le disposizioni nazionali di cui al precedente paragrafo 1 "non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 63 TFUE" (C. Giustizia, sent. del 21 giugno 2018, F.F. e a., C-480/16, EU:C:2018:480, punto 47 e giurisprudenza ivi citata).

Occorre pertanto distinguere le differenze di trattamento consentite dall'articolo 65, paragrafo 1, lettera a), TFUE dalle discriminazioni vietate dall'articolo 65, paragrafo 3, TFUE.

Orbene, affinché una normativa tributaria nazionale possa considerarsi compatibile con le disposizioni del trattato relative alla libera circolazione dei capitali, è necessario che la differenza di trattamento che ne risulta riguardi situazioni che non siano oggettivamente paragonabili, o sia giustificata da un motivo imperativo d'interesse generale (CGUE, sent. del 30 aprile 2020, Société Générale, C-565/18, EU:C:2020:318, punto 24; idem, Sez. II, Sent., 29/04/2021, n. 480/19).

3. Il Collegio evidenzia, in via preliminare, che per quanto concerne l'eccezione sollevata dall'Agenzia delle entrate per non aver provato la ricorrente la qualità di "beneficiario effettivo", trattasi di nozione elaborata dalla prassi internazionale-tributaria e successivamente adottata dai vari trattati sottoscritti ed ha il fine di contrastare le pratiche volte a trarre profitto dalla autolimitazione della potestà impositiva statale, ovvero ad impedire che i soggetti possano abusare dei trattati fiscali attraverso pratiche di treaty shopping, con lo scopo di ottenere una protezione cui non avrebbero avuto diritto, ovvero di subire un trattamento fiscale più favorevole (Cass. n. 24287/2019; Cass. n. 27112/2016; Cass. n. 25281/2015).

Di conseguenza, in virtù di tale clausola, può fruire dei vantaggi garantiti dai trattati solo il soggetto sottoposto alla giurisdizione dell'altro Stato contraente che abbia l'effettiva disponibilità giuridica ed economica del provento percepito, realizzandosi altrimenti una traslazione impropria dei benefici convenzionali o addirittura un fenomeno di non imposizione (fra le altre, Cass. n. 32840/2018). Cass. civ. Sez. V, 24/08/2022, n. 2519).

Con riferimento al caso specifico, anche a voler prescindere dalla natura giuridica della ricorrente, il reddito conseguito dal fondo, per sua stessa natura, è distribuito ai risparmiatori, sicché l'eccezione sollevata al riguardo dall'Agenzia delle entrate è priva di pregio.

Sulla base, poi, della giurisprudenza innanzi richiamata risulta altrettanto irrilevante la portata delle modifiche introdotte dalla richiamata novella del 2020 che le parti hanno inteso collegarvi atteso che il tema sottoposto al giudizio di questa Corte attiene alla sussistenza o meno dei presupposti richiesti dal richiamato quadro giuridico di riferimento per configurare la sussistenza dei presupposti idonei a giustificare la

oggettiva disparità di trattamento tra OICVM residenti e non residenti come eccezione da controparte per confermare la legittimità del rigetto dell'istanza di rimborso.

4. Per quanto concerne gli effetti delle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea, è principio ampiamente consolidato secondo cui le stesse vanno immediatamente applicate da parte del Giudice nazionale in quanto costituenti vera e propria fonte normativa di origine comunitaria e, come tale, suscettibile di applicazione diretta, finanche in difetto di richiamo ad opera della parte interessata, e ciò anche in sede di disapplicazione di quella disciplina interna che risultasse in contrasto, per i suoi effetti discriminatori, con i principi UE da essa individuati. In sostanza, esse hanno efficacia vincolante retroattiva erga omnes (Cass. 08/02/2016, n. 2468.).

La giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 5152 del 2022) ha addirittura ribadito che la pronuncia della Corte di Giustizia impone la disapplicazione della norma domestica e non della Convenzione ratificata dagli Stati in quanto questa si innesta proprio sul contenuto sostanziale della norma interna,

5. La ricorrente ha presentato istanza intesa ad ottenere il rimborso relativo a ritenute operate su dividendi percepiti negli anni 2017-2020, ritenendole non dovute, al pari agli OICR istituiti in ITALIA. per incompatibilità delle disposizioni nazionali con l'ordinamento comunitario. La richiesta è giuridicamente fondata.

Come si evince dalla documentazione prodotta in atti, la ricorrente (Società di Investimento a Capitale Variabile - *Société d'Investissement à Capital Variable*) - appartenente alla categoria delle SICAV armonizzate, è sottoposta a vigilanza prudenziale da parte dell'autorità lussemburghese.

Le SICAV, insieme ai fondi comuni di investimento, sono Organismi di Investimento Collettivo in Valori Mobiliare (OICVM), che rientrano nella più ampia categoria degli Organismi di Investimento Collettivo del Risparmio (OICR).

Gli OICVM (compresi quelli italiani) operano nello stesso mercato dei capitali e sono autorizzati alla negoziazione dalle autorità di vigilanza locali, ai sensi della stessa normativa europea contenuta nella Direttiva 85/611/CEE (come sostituita dalla Direttiva 2009/65/CE e successive modifiche).

Gli OICR e, pertanto gli OICVM e le SICA V, ai sensi dell'art.73, comma 1, lett. c), del D.P.R. n.917 del 22 dicembre 1986 (TUIR), sono considerati soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società (IRES); lo stesso articolo, al comma 5 *quinquies*, stabilisce che gli OICR mobiliari, istituiti in Italia, sono esenti dall'IRES, a condizione che gli stessi siano sottoposti a forme di vigilanza prudenziale, mentre gli OICR immobiliari sono esenti dall'imposizione reddituale per effetto dell'art. 6 D.L. n.351/2001.

Coerentemente, l'art.27 del D.P.R. n.600/1973 non prevede l'applicazione di alcuna ritenuta alla fonte sui dividendi corrisposti a OICR domestici.

Le SICAV lussemburghesi, di conseguenza, anche se sottoposti a forme di vigilanza prudenziale da parte del proprio Stato, come nel caso di specie, non godevano dell'esenzione e erano soggette ad imposizione, mediante ritenuta/ imposta sostitutiva.

Appare evidente che l'imposizione fiscale deriva esclusivamente dalla diversa sede, dato che le SICAV istituite in ITALIA e la SICAV qui ricorrente, sono paragonabili e sovrapponibili essendo tutte soggette a forme di vigilanza prudenziale; al riguardo, la legge non prevede una forma di vigilanza "capillare e stringente".

Va osservato che tale disparità di trattamento fa ravvisare una discriminazione che contrasta sicuramente con la libertà di circolazione dei capitali, sancita dall'art.63 del Trattato UE (ex art.56 del Trattato che istituisce la Comunità europea -TCE) e con la libertà di stabilimento di cui all'art.49 del Trattato UE (ex art. 43 del TCE).

La Corte di Giustizia Europea, in tema di discriminazione, come evidenziato in precedenza ha, in molte occasioni¹, censurato quegli Stati membri la cui normativa imponeva trattamenti fiscali penalizzanti agli OICR esteri, rispetto agli omologhi OICR residenti, ritenendo tale penalizzazione lesiva del principio di libera circolazione dei capitali sancito dall'art. 63 TFUE.

La normativa fiscale italiana, così come formulata nei periodi d'imposta interessati dall'istanza di rimborso, garantendo un regime di esenzione agli OICVM/OICR italiani (SICAV incluse) ed imponendo al contempo una ritenuta alla fonte ai dividendi in uscita, ha introdotto una tipica restrizione al movimento dei capitali, dissuadendo i non residenti dall'effettuare investimenti nel nostro Paese.

Infatti, la violazione della libertà fondamentale può prodursi non solo laddove il sistema tributario di uno Stato membro preveda trattamenti discriminatori sulla base della residenza fiscale dei soggetti coinvolti, ma anche allorquando i requisiti per accedere a taluni regimi di favore siano talmente stringenti per i soggetti esteri da dissuaderli dall'effettuare investimenti nello Stato membro, limitando quindi la libera circolazione dei capitali garantita dall'art.63 TFUE.

L'esistenza di un contrasto tra la normativa nazionale e gli articoli 49 e 63 del TFUE, si evince anche dal fatto che la Commissione Europea ha, da tempo, denunciato la lesione delle libertà sancite tale Trattato, intrinseca nel trattamento discriminatorio di cui si è fatta menzione.

A tal riguardo è stata avviata un'indagine investigativa (EU Pilot 8105/15/T AXU) proprio al fine di verificare la disponibilità dello Stato a procedere spontaneamente a adeguare la normativa interna, prima di dare inizio ad una procedura di infrazione.

Il Legislatore nazionale ha inteso porre rimedio alla persistente discriminazione, passibile peraltro di censura in sede europea, volta a penalizzare gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR) istituiti all'estero rispetto agli omologhi organismi italiani, introducendo, con i commi 631 e 633 della legge n.178 del 30 dicembre 2020, una disposizione mirante ad uniformare il regime fiscale dei dividendi di fonte italiana, distribuiti da soggetti IRES, percepiti da OICR esteri rispetto al più

favorevole trattamento riconosciuto in occasione delle predette distribuzioni effettuate nei confronti di OICR istituiti nel territorio dello Stato.

La diversità di trattamento è stata riconosciuta anche dall'Agenzia delle entrate nella risposta ad istanza di interpello n. 327 del 10 maggio 2023 ove si avverte che il *“diverso trattamento era stato oggetto di indagine da parte della Commissione europea (EU Pilot 8105/15/TAXU) e considerato contrario ai principi di libera circolazione dei capitali e di libertà di stabilimento nell'Unione europea e nello Spazio Economico Europeo ai sensi, rispettivamente, degli articoli 63 e 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFEU). Pertanto, al fine di prevenire una procedura d'infrazione ai sensi dell'articolo 258 del TFUE da parte della Commissione europea, con la legge di bilancio 2021 è stato introdotto un regime di esenzione degli utili distribuiti da emittenti italiani e delle plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni qualificate in società ed enti residenti in Italia conseguiti da OICR di diritto estero istituiti in Stati membri UE e in Stati SEE, al pari di quanto previsto per gli OICR istituiti in Italia”*

La più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (sez. V, n. 21587, 21598, 21599, 21610, 21641, 21642, 21643, 21645, 21647 del 7 luglio 2022 e 21882 dell'11 luglio 2022) ha definitivamente affermato il diritto degli OICR UE al medesimo trattamento spettante, in analoghe condizioni, a un OICR italiano.

Il Collegio, quindi, perfettamente consapevole del pregresso contrasto giurisprudenziale, di legittimità e di merito, registrato in merito al trattamento fiscale degli OICR non residenti, ritiene di dover aderire al più recente filone giurisprudenziale secondo cui, in mancanza di prove da parte dell'Agenzia delle entrate comprovante i presupposti legittimanti la discriminazione di trattamento fiscale tra OICVM residenti e non residenti ex art. 65 T.F.U.E., che nel caso di specie non sono stati fornite – la normativa domestica, antecedente alla riforma introdotta dalla legge n. 178 del 2020 era in contrasto con i principi comunitari.

Alla luce di quanto sopra esposto, la ricorrente ha diritto al rimborso delle somme richieste e, di conseguenza, il ricorso va accolto.

Spese come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte di giustizia tributaria di primo grado di Pescara, Sez. II, pronunciando nel giudizio iscritto al n. 60/2022 R.G.R., ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa e rigettata, accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato e dispone il rimborso di euro XXXXXXXX oltre agli interessi.

Tenuto conto del contrasto giurisprudenziale, sussistono i presupposti per compensare le spese di giudizio.

Così deciso in Pescara nella Camera di consiglio del 5 settembre 2023.

L'estensore

Dott. Saverio CAPOLUPO

Il Presidente

Dott. Pietro PERLA