

Dividendi di fonte italiana a società extra-UE tra disposizioni convenzionali e libera circolazione dei capitali

di **Francesco Di Giandomenico**, **Edoardo Casadei** e **Francesca Grandi**

L'approfondimento

La sentenza n. 509/2024 della Corte di Giustizia Tributaria di primo grado di Pescara ha accolto il ricorso presentato da una società statunitense avverso il diniego al rimborso della ritenuta a titolo d'imposta assolta sui dividendi di fonte italiana per la parte eccedente l'aliquota dell'1,2%, poiché discriminatoria rispetto al trattamento fiscale che sarebbe stato riservato a società localizzate in Paesi UE/SEE. Tale posizione giurisprudenziale è di rilevante interesse poiché da una parte conferma l'applicabilità del principio di libera circolazione dei capitali ex art. 63 del TFUE anche a società fiscalmente residenti fuori dall'UE/SEE nell'ambito delle distribuzioni di dividendi transfrontaliere, e dall'altra chiarisce la corretta applicazione delle disposizioni convenzionali affinché esse siano conformi al diritto comunitario. Il presente contributo, senza alcuna pretesa di esaustività, si propone di approfondire il principio di libera circolazione dei capitali, dalla sua genesi ai principali orientamenti della

giurisprudenza unionale e domestica, al fine di analizzarne l'applicabilità nell'ambito dei flussi di dividendi di fonte italiana percepiti da società localizzate fuori dall'UE/SEE.

La sentenza oggetto di analisi

Recentemente la Corte di Giustizia Tributaria ("CGT") di I grado di Pescara, con sentenza n. 509/2024 ("sentenza")¹, ha avuto modo di pronunciarsi in merito al ricorso presentato da una società di diritto statunitense e ivi residente ai fini fiscali ("USCo") avverso il silenzio rifiuto formatosi in capo all'Agenzia delle Entrate in relazione all'istanza di rimborso della ritenuta a titolo di imposta subita sul dividendo corrisposto nell'anno 2018 dalla società partecipata fiscalmente residente in Italia ("ITACo").

Per quanto desumibile dalla sentenza, USCo aveva ininterrottamente detenuto una partecipazione corrispondente al 35% del capitale sociale di ITACo a decorrere dal periodo d'imposta 2003 e, in sede di distribuzione del dividendo, ha subito una ritenuta alla fonte a titolo d'imposta del 5% ai sensi dell'art. 10, comma 2, lett. a), della Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra l'Italia e gli Stati

Francesco Di Giandomenico - Dottore Commercialista e Revisore Legale in Milano, Russo De Rosa Associati

Edoardo Casadei - Dottore Commercialista in Milano, Russo De Rosa Associati

Francesca Grandi - Praticante Avvocato in Milano, Russo De Rosa Associati

Note:

¹ Sentenza n. 509/2024 della Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Pescara, Sezione 1, con udienza in data 19 settembre 2024 e depositata in data 27 settembre 2024.

Uniti (“**Convenzione ITA-USA**”)² in luogo della più onerosa ritenuta del 26% prevista dalla disciplina domestica per le distribuzioni in favore di società residenti in Paesi fuori dall’Unione Europea (“**UE**”) o dallo Spazio Economico Europeo (“**SEE**”). In questo contesto, USCo ha dunque chiesto il rimborso delle ritenute indebitamente subite rilevando che tale dividendo avrebbe dovuto subire un prelievo fiscale con aliquota pari all’ 1,2% così come previsto dalla disciplina nazionale per i dividendi distribuiti a società fiscalmente residenti in Italia³ nonché nei confronti di talune società fiscalmente residenti in Paesi membri UE/SEE⁴, verificandosi

diversamente un’ingiustificata violazione del principio della libera circolazione dei capitali, di cui all’art. 63 del Trattato sul Funzionamento dell’UE (“**TFUE**”).

La Corte afferma la fondatezza del ricorso del contribuente e sancisce il diritto al rimborso delle maggiori imposte assolte per il tramite del sostituto d’imposta italiano. Dapprima, la pronuncia di merito, nel richiamare la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE (“**CGUE**”)⁵, ha il pregio di mettere ordine nei rapporti tra la disciplina convenzionale e unionale, rammentando che le disposizioni delle convenzioni contro le doppie imposizioni devono in ogni caso essere interpretate in modo conforme ai principi del diritto comunitario. Conseguentemente, per evitare una violazione dell’art. 63 del TFUE⁶, l’art. 10 della Convenzione ITA-USA deve dunque essere interpretato nel senso che anche ai dividendi di fonte italiana pagati a società statunitensi si applica la medesima aliquota applicabile a pagamenti in favore di soggetti residenti in Paesi UE/SEE, poiché la disciplina convenzionale determina esclusivamente il limite massimo del prelievo fiscale applicabile, e la circostanza che il contribuente non sia residente in uno Stato membro non preclude *a priori* la rilevanza dell’art. 63 in esame⁷. Peraltro, molto opportunamente, la sentenza

Note:

- 2 Il quale prevede una potestà impositiva concorrente in favore dello Stato contraente di cui la società che paga i dividendi è residente ed in conformità alla legislazione di detto Stato, ma se l’effettivo beneficiario dei dividendi è un residente dell’altro Stato contraente l’imposta così applicata non può eccedere il 5% dell’ammontare lordo dei dividendi se il beneficiario effettivo è una società che ha posseduto almeno il 25% delle azioni con diritto di voto della società che paga i dividendi per un periodo di 12 mesi avente termine alla data alla quale i dividendi sono dichiarati.
- 3 Ai sensi dell’art. 89, comma 2, del T.U.I.R., che come noto prevede una esclusione dalla formazione della base imponibile IRES nella misura del 95% per gli utili di fonte italiana distribuiti in favore di soggetti passivi IRES, risolvendosi in una imposizione effettiva nella misura dell’1,2% in capo al percettore residente (o stabile organizzazione in Italia di soggetto non residente).
- 4 In ossequio all’art. 27, comma 3-ter, del D.P.R. n. 600/1973, gli utili di fonte italiana oggetto di distribuzione in favore di società ed enti UE/SEE sono assoggettati ad una ritenuta a titolo di imposta pari all’1,2% nel rispetto di due condizioni congiunte, ovvero: (i) essere residenti ai fini fiscali in uno Stato UE/SEE incluso nella lista dei Paesi che consentono un adeguato scambio di informazioni ai fini fiscali di cui al D.M. 4 settembre 1996 (e successive modificazioni), e (ii) essere soggetti passivi ai fini della locale imposta sul reddito delle società, quest’ultimo requisito da interpretarsi non come effettiva imposizione sul provento finanziario percepito (c.d. subject-to-tax requirement) ma bensì come assoggettabilità di carattere generale ad imposizione (c.d. liable-to-tax requirement), soddisfatta da tutte quelle società potenzialmente soggette all’imposta sul reddito localmente vigente, indipendentemente dall’effettivo prelievo fiscale subito (cfr. Cass. n. 10706/2019, Cass. n. 1967/2020 e Cass. n. 15068/2023, nonché circolare 26/E del 21 maggio 2009). Ne consegue che possono fruire della ritenuta ridotta tutte le società o enti ai quali è riconosciuta soggettività passiva ai fini delle imposte societarie, inclusi quelli che non pagano imposte in virtù di particolari agevolazioni comunque compatibili con la normativa comunitaria. Si rammenta come tale disposizione sia stata introdotta in conseguenza della procedura di infrazione C(2006) 2544 del 28 giugno 2006, culminata con la pronuncia della Corte di Giustizia UE nella causa C-540/07 del 19 novembre 2009, in modo tale da livellare il carico fiscale gravante sui dividendi distribuiti a soggetti residenti e quelli distribuiti a soggetti residenti in stati UE (in assenza dei requisiti per la Direttiva “Madre-Figlia”) o SEE.

- 5 Cfr. in particolare le sentenze della CGUE C-533/08 del 4 maggio 2010, TNT Express Nederland BV v. AXA Versicherung AG, e C-216/01 del 18 novembre 2003, Budejovický Budvar v. Rudolf Ammersin GmbH.
- 6 Che come noto, e come meglio dettagliato *infra*, vieta le restrizioni ai movimenti di capitali e pagamenti nella misura in cui sono idonee a dissuadere i non residenti dal compiere investimenti in uno Stato membro ovvero a dissuadere i residenti di detto Stato membro dal compiere in altri Stati, ed è dunque l’unica libertà fondamentale del diritto UE ad essere estendibile anche ai soggetti residenti in Paesi non-UE/SEE.
- 7 In maniera puntuale, la Corte richiama in tal senso le sentenze della Cassazione 21454, 21475, 21479, 21480, 21481 del 6 luglio 2022, seguite dalla sentenza 21598 del 7 luglio 2022, di cui si dirà meglio *infra*.

chiarisce altresì che non ricorrono le deroghe di cui all'art. 65 del TFUE⁸, non ravvisando nel caso di specie ragioni di interesse generale, ordine pubblico ovvero situazioni non comparabili. In aggiunta, ancorché tale aspetto non sia espressamente affrontato nella sentenza, a parere di chi scrive non dovrebbe altresì trovare applicazione la c.d. clausola di "Standstill" di cui all'art. 64 del TFUE, in quanto sia il regime di esclusione dalla formazione della base imponibile IRES ai sensi dell'art. 89, comma 2, del T.U.I.R.⁹ previsto per le società di capitali residenti, sia quello relativo alla ritenuta a titolo d'imposta nella misura dell'1,2% applicabile ai soggetti UE/SEE ex art. 27, comma 3-ter, del D.P.R. n. 600/1973¹⁰ sono stati introdotti nell'ordinamento nazionale successivamente alla data del 31 dicembre 1993¹¹.

Ciò posto, al fine di analizzare la natura discriminatoria del trattamento fiscale riservato a

USCo, e poiché l'art. 63 del TFUE subisce le sole limitazioni sopra evidenziate, assume rilievo la differenza tra la misura della ritenuta del 5% applicabile per effetto dell'art. 10 della Convenzione ITA-USA e quella dell'1,2% stabilita dalla normativa nazionale applicabile ad una società residente in un Paese UE/SEE. In tal senso, dopo aver appurato lo *status* di beneficiario effettivo dei dividendi in capo a USCo¹², la Corte ha ritenuto che ricorrano nel caso di specie i presupposti per l'applicazione dell'aliquota fiscale dell'1,2% come prevista dall'art. 27, comma 3-ter, del D.P.R. n. 600/1973, nel rispetto del principio di libera circolazione dei capitali di cui all'art. 63 del TFUE.

La libera circolazione dei capitali sancita dall'art. 63 del TFUE

Al fine di comprendere al meglio la portata del principio di libera circolazione dei capitali e le finalità che lo hanno ispirato, si ritiene opportuno offrire una breve ricostruzione della sua genesi e la relativa evoluzione normativa.

La libera circolazione dei capitali rappresenta una delle quattro libertà fondamentali statuite nel Trattato di Roma del 1957 (**"Trattato di Roma"**)¹³, che istituì la Comunità Economica Europea (**"CEE"**), con la finalità di creare un

Note:

- 8 Le quali in linea generale permettono di (i) applicare le pertinenti disposizioni tributarie domestiche 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, nonché (ii) prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, ove giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, nella misura in cui tali deroghe non costituiscano un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'art. 63.
- 9 Norma introdotta dall'art. 1 del D.Lgs. n. 344 del 12 dicembre 2003.
- 10 Norma introdotta dall'art. 1, comma 67, della Legge n. 244 del 24 dicembre 2007 in attuazione del parere motivato della Commissione delle Comunità europee n. C (2006)2544 del 28 giugno 2006.
- 11 Tale clausola, nella sostanza, lascia impregiudicata l'applicazione di una restrizione ai movimenti di capitali provenienti da Paesi terzi o ad essi diretti, implicanti investimenti diretti, nella misura in cui tale restrizione risulti in vigore alla data del 31 dicembre 1993 in virtù delle legislazioni nazionali o della legislazione dell'Unione. Peraltro, sulla base della definizione di "investimenti diretti" presente nelle Note esplicative della Direttiva 361/88, la clausola di Standstill non dovrebbe in ogni caso applicarsi in quelle circostanze in cui la partecipazione detenuta dal socio non residente non gli consenta di "partecipare effettivamente alla gestione di tale società o al suo controllo".

12 Invero, come anche chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, in sede di corresponsione di dividendi ad una società UE/SEE e di contestuale applicazione della ritenuta ridotta all'1,2% prevista dall'art. 27, comma 3-ter, del D.P.R. n. 600/1973, la normativa non pone in capo al contribuente l'onere di dimostrare lo *status* di beneficiario effettivo dei proventi. L'Agenzia delle Entrate può in ogni caso contestare la beneficial ownership come fattore sintomatico dell'abuso del diritto ex art. 10-bis Legge n. 212/2000, ma in tali circostanze l'onere di dimostrare che tale disciplina, di derivazione unionale, sia oggetto di abuso mediante creazioni artificiali, attiene all'onere probatorio dell'Amministrazione finanziaria. Cfr. in particolare le sentenze di Cass. n. 6090/2023 e n. 16173/2023, seppur quest'ultima nell'ambito del rapporto tra Direttiva Madre-Figlia e clausola del beneficiario effettivo, per cui sono spendibili le medesime considerazioni.

13 Gli Stati che firmarono il Trattato di Roma sono: Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi.

“mercato comune”¹⁴. La libera circolazione dei capitali, a differenza delle altre libertà che riguardano principalmente attività imprenditoriali a scopo produttivo, si concentra sugli investimenti. Tuttavia, il principio di base resta invariato: abbattere le barriere tra gli Stati membri ed eliminare le normative nazionali che potrebbero ostacolare una allocazione efficiente dei capitali, al fine di creare un ambiente favorevole agli investimenti ed allocare le risorse economiche nelle aree in cui possono generare il massimo rendimento¹⁵.

I principi espressi dall’art. 3 del Trattato di Roma erano meglio declinati nella parte seconda denominata “Fondamenti della Comunità”. In particolare, la libera circolazione dei capitali era regolata dall’art. 67, comma 1: “Gli Stati membri sopprimono gradualmente fra loro, durante il periodo transitorio e nella misura necessaria al buon funzionamento del mercato comune, le restrizioni ai movimenti dei capitali appartenenti a persone residenti negli Stati membri, e parimenti le discriminazioni di trattamento fondate sulla nazionalità o la residenza delle parti, o sul luogo del collocamento dei capitali”¹⁶. Da una prima analisi del testo normativo emerge una

maggior prudenza e una formulazione meno “liberale” della libera circolazione dei capitali rispetto alle altre libertà¹⁷. In altre parole, *ab origine*, venne lasciata una maggior autonomia e responsabilità agli Stati membri nel “sopprimere gradualmente” le restrizioni ai movimenti di capitali che ostacolassero il buon funzionamento del mercato comune. La ragione di questa cautela risiedeva nella stretta interconnessione tra i processi di liberalizzazione in corso in quel periodo, che riguardavano da un lato i movimenti di capitale, essenziali per una maggiore integrazione, e dall’altro la politica economico-monetaria, inizialmente mantenuta sotto la competenza dei singoli Stati membri¹⁸. Per questo ordine di ragioni, in una prima fase della CEE, la libera circolazione dei capitali venne attuata solo indirettamente, in funzione accessoria rispetto alle altre libertà¹⁹ e

Note:

- 14 Cfr. art. 2 del Trattato di Roma: “La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l’instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell’insieme delle Comunità, un’espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano”. Infatti, proprio all’art. 3 del Trattato di Roma, tra le attività propedeutiche all’obiettivo di creare un mercato comune, si cita: “l’abolizione fra gli Stati membri (...) delle restrizioni quantitative all’entrata e all’uscita delle merci” e ancora “l’eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali”.
- 15 Cfr. G. Contaldi, *Diritto europeo dell’economia*, Torino, 2019, pag. 133.
- 16 L’art. 67 del Trattato di Roma necessitava di una Direttiva per la sua applicazione come esplicitamente stabilito dal successivo art. 69: “Il Consiglio, deliberando su proposta della Commissione che all’uopo consulta il Comitato monetario di cui all’articolo 105, stabilisce, all’unanimità nel corso delle prime due tappe e a maggioranza qualificata in seguito, le Direttive necessarie alla progressiva attuazione delle disposizioni dell’articolo 67”.

- 17 Art. 13 del Trattato di Roma: “I dazi doganali all’importazione, in vigore tra gli Stati membri, sono progressivamente aboliti”; art. 16 del Trattato di Roma: “Gli Stati membri aboliscono tra loro (...) i dazi doganali all’esportazione e le tasse di effetto equivalente”; art. 48 del Trattato di Roma: “La libera circolazione dei lavoratori all’interno della Comunità è assicurata”; art. 52 del Trattato di Roma: “le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono gradualmente soppresse”; art. 59 del Trattato di Roma: “le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all’interno della comunità sono gradualmente soppresse”.
- 18 Cfr. sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea C-203/80, Casati: “La libera circolazione dei capitali costituisce quindi, al pari delle persone dei servizi, una delle libertà fondamentali della Comunità. Inoltre, la libertà di taluni movimenti di capitali costituisce, in pratica, una condizione per l’esercizio effettivo di altre libertà garantite dal Trattato, in particolare del diritto di stabilimento. Tuttavia, i movimenti di capitali presentano anche stretti legami con la politica economica e monetaria degli Stati membri. Nella fase attuale non si può escludere che l’assoluta libertà di qualsiasi movimento di capitali possa compromettere la politica economica di questo o quello Stato membro a provocare uno squilibrio della sua bilancia dei pagamenti, pregiudicando così il buon funzionamento del mercato comune”.
- 19 C. Mastellone, “Sul principio comunitario della libera circolazione dei capitali”, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4/1982: “Appare esatto il rilievo che l’inciso dell’articolo 67, par. 1, denota un preciso rapporto di strumentalità rispetto alle altre libertà. Oltre che dall’argomento letterale già ricordato, lo stretto collegamento con la circolazione delle merci, delle

(segue)

soltanto con la Direttiva CEE 361 del 24 giugno 1988 (“**Direttiva 361/88**”) trovò una diretta applicabilità²⁰. In particolare, l’art. 1, comma 1, recita: “Gli Stati membri sopprimono le restrizioni ai movimenti di capitali effettuati tra le persone residenti negli Stati membri (...)”. L’art. 1 della Direttiva 361/88 è stato accuratamente formulato per garantirne la sua applicazione diretta, a differenza dell’art. 67 del Trattato di Roma, in quanto impone a tutti gli Stati

membri, senza ambiguità, l’obbligo di rimuovere le restrizioni ai movimenti transfrontalieri di capitali. La struttura e la forma di questa Direttiva chiariscono ampiamente che la liberalizzazione è la regola generale e il diritto di deroga è l’eccezione²¹. La Direttiva introduce poi un’altra novità di rilievo: sancisce l’impegno degli Stati membri ad applicare lo stesso grado di liberalizzazione anche ai movimenti di capitali con i Paesi terzi²². A partire dall’entrata in vigore del Trattato di Maastricht, firmato il 7 febbraio 1992, la normativa sulla libera circolazione dei capitali subisce

Note:

(segue nota 19)

persone e dei servizi risulta dalle Direttive di attuazione che, come ha già sottolineato, prevedono una liberalizzazione piena solo di quei movimenti [di capitali] che si trovano in rapporto di connessione ed accessorietà rispetto appunto alle altre libertà”. Il riferimento è alla Direttiva 921 dell’11 maggio 1960, così come integrata dalla Direttiva 63/21 del 18 dicembre 1962. Sempre il medesimo autore: “Le Direttive impongono di accordare una liberalizzazione incondizionata (consistente nella concessione da parte degli Stati membri di ogni autorizzazione di cambio necessaria per la conclusione o l’esecuzione delle operazioni e per i relativi trasferimenti tra residenti negli Stati membri) solo per una certa categoria di movimenti di capitali (Allegato I, elenco A) che comprende anzitutto gli investimenti diretti e la loro liquidazione, i quali sono strettamente connessi con l’esercizio del diritto di stabilimento. (...) Risultano pienamente liberalizzate esclusivamente le operazioni sono intimamente e funzionalmente collegate con l’esercizio delle altre libertà garantite dal Trattato”. Sulla non diretta applicabilità dell’art. 67 del Trattato di Roma anche al termine del periodo transitorio si veda la sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea C-203/80, Casati. Cfr. Altresì R. Schutze - T. Tridimas, *Oxford principles of European Union Law*, Oxford University Press, 2018, pag. 38: “Because the text of EEC Treaty Article 67 plausibly indicated that Member State measures were necessary to achieve progressively the free movement of capital, the Court of Justice held in its Casati judgment in 1981 that the article did not have direct legal effect”.

20 L’effetto immediato della Direttiva 361/88 e, in particolare, dell’art. 1, comma 1, è stato riconosciuto dalla CGUE nella sentenza 23 febbraio 1995, cause riunite C-358/93 e C-416/93, Bordessa, par. 35. In dottrina G. Tesauero, *Diritto dell’Unione Europea*, settima edizione, Padova, 2012, pag. 576: “La liberalizzazione completa dei movimenti dei capitali si è realizzata con la Direttiva 361 del 24 giugno 1988, che ha concluso un processo iniziato nei secondi anni Ottanta con un Programma di liberalizzazione predisposto dalla Commissione (...). La Direttiva 361/88 ha enunciato in termini generali ed incondizionati il principio di libertà dei movimenti dei capitali, dunque anche dei movimenti a breve e dei trasferimenti di valuta tout court, senza corrispondenza in una transazione commerciale o in una prestazione di servizi”.

Note:

21 H.J. Blanke - S. Mangiameli, *Treaty on the Functioning of the European Union - A Commentary*, Volume I - Preamble, Articles 1-81, 2021, Springer, pag. 1251.

22 Art. 7, comma 1, della Direttiva 361/88: “Gli Stati membri si adoperano per raggiungere, nel regime che essi applicano ai trasferimenti relativi ai movimenti di capitali con i Paesi terzi, lo stesso grado di liberalizzazione delle operazioni che si verificano con i residenti degli altri Stati membri, fatte salve le altre disposizioni della presente Direttiva”. Prendendo le mosse dall’art. 1 della Direttiva 361/88, la CGUE si è espressa in merito alla libera circolazione dei capitali ex art. 67 del Trattato di Roma relativamente alla discriminazione fiscale lamentata da una persona fisica residente nei Paesi Bassi sui dividendi distribuiti da una società residente in Belgio rispetto all’imposizione sui dividendi distribuiti da una società residente nei Paesi Bassi. Nello specifico, all’epoca dei fatti, i dividendi percepiti da una persona fisica residente nei Paesi Bassi e distribuiti da una società *ivi* residente erano esenti dall’imposta sul reddito delle persone fisiche (i) purché assoggettati ad una ritenuta a titolo d’imposta applicata dalla società residente nei Paesi Bassi (ii) nel limite massimo di esenzione pari a NLG 1.000. Diversamente, i dividendi distribuiti da una società non residente nei Paesi Bassi non potevano beneficiare di tale esenzione. La CGUE, anzitutto, precisa che nonostante la riscossione dei dividendi non sia menzionata esplicitamente nella nomenclatura allegata alla Direttiva 361/88 quale “movimento di capitali”, tale riscossione presuppone però necessariamente la partecipazione a imprese nuove o esistenti, le quali, sono espressamente contemplate al punto I, *sub 2*) della nomenclatura allegata alla Direttiva. Di conseguenza, la percezione di un dividendo rientra, indirettamente, nell’ambito applicativo della libera circolazione dei capitali. La CGUE conclude poi nell’affermare che una norma come quella in vigore nei Paesi Bassi non può che dissuadere i cittadini *ivi* residenti ad investire i loro capitali nelle società aventi sede in un altro Stato membro, in contrasto con la libera circolazione dei capitali di cui all’art. 67 del Trattato di Roma, così come applicato dall’art. 1, comma 1, della Direttiva 361/88. Cfr. sentenza 6 giugno 2000, procedimento C-35/98, Verkoijen, in particolare pagg. 28, 34 e 62.

un profondo cambiamento²³. Gli articoli del Trattato di Roma che regolavano la libera circolazione dei capitali furono sostituiti dagli articoli da 73b al 73h; successivamente confluirono negli articoli da 56 a 60 con il Trattato di Amsterdam²⁴, per poi ultimamente convergere negli artt. da 63 a 66 e nell'art. 75 con l'entrata in vigore del TFUE²⁵. Nella sostanza, tuttavia, le norme sulla libera circolazione dei capitali non sono cambiate²⁶. Ad oggi, quindi, la libera circolazione dei capitali è regolata dall'art. 63 del TFUE che recita: "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". Tra gli aspetti di rilievo introdotti a partire dal Trattato di Maastricht vi è sicuramente la circostanza che è stata elevata a rango "costituzionale" la struttura della norma della Direttiva 361/88 mantenendone i pregi quali la chiarezza e la sua diretta applicabilità²⁷.

Note:

- 23 G. Tesauo, *Diritto dell'Unione Europea*, op. cit., pag. 572: "Il Trattato di Maastricht ha modificato sensibilmente la disciplina originaria dei movimenti di capitali e dei pagamenti, riducendo il livello di autonomia degli Stati in funzione dell'unione monetaria e di un rafforzato coordinamento delle politiche economiche nazionali".
- 24 Firmato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, entrato in vigore il 1° gennaio 1999.
- 25 Firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1° gennaio 2009.
- 26 Ad eccezione del comma 3, dell'art. 64, del TFUE: "In deroga al paragrafo 2, solo il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare misure che comportino un regresso del diritto dell'Unione per quanto riguarda la liberalizzazione dei movimenti di capitali diretti in Paesi terzi o provenienti da essi".
- 27 M. Dahlberg, *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital*, Kluwer Law International, 2005, pag. 280: "In general, it is clear from the case-law of the European Court of Justice that Community law, such as treaty provisions and directives, may have direct effect. Case-law from the European Court of Justice provides three conditions for a rule of Community law to have direct effect: (i) The content of the obligation must be clear and precise. (ii) The wording of the provision must make the obligation unconditional and unqualified. (iii) There can be no discretion in the implementation of obligations. (...) It is clear already from the wording of Article 56 (1) that it fulfils the conditions to have direct effect. In contrast, Article 67 (1) of the EEC Treaty did not

(segue)

La diretta applicabilità della libera circolazione dei capitali implica che la sua applicazione negli ordinamenti nazionali non è subordinata ad alcun intervento legislativo, regolamentare o amministrativo di attuazione e le Corti nazionali dei Paesi membri, nella loro attività di tutela giurisdizionale, devono dare piena e incondizionata applicazione a tale divieto²⁸. Tale libertà, avendo portata generale, abbraccia anche l'ambito fiscale nonostante l'ordinamento comunitario abbia una competenza limitata o nulla in tale materia²⁹. Inoltre, a partire dal Trattato di Maastricht, l'estensione della libera circolazione dei capitali anche ai Paesi terzi è stata rafforzata³⁰. Non è stata

Note:

(segue nota 27)

- have direct effect". Sul punto anche W. Schon, "Free Movement of Capital and Freedom of Establishment", in *European business organization law review*, vol. 17, 2016, pag. 230: "As at 1.1.1994, Art. 73b et seqq. TEC (today: Art. 63 et seqq. TFEU) took effect, equipping the free movement of capital with a direct protective effect for participants in the European internal market for the first time at the level of primary law".
- 28 G. Tesauo, *Diritto dell'Unione Europea*, op. cit., pag. 572: "Poiché l'art. 67 del TCE, poi abrogato, demandava agli Stati membri l'abolizione delle restrizioni e pertanto era sprovvisto di effetto diretto, ai singoli non derivavano diritti azionabili dinanzi al giudice se non in base alle Direttive di attuazione e nei limiti da queste stabiliti".
- 29 P. Rossi-Maccanico, "Principi comunitari di fiscalità diretta delle imprese. Il principio di non discriminazione", in *Fiscalità Internazionale*, maggio-giugno, 2008, pag. 232.
- 30 R. Adam - A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, seconda edizione, Torino, 2017, pag. 525: "Quest'ultimo aspetto non costituisce un elemento del tutto nuovo, perché già evocato dall'art. 7 della ricordata dir. 88/361 ("gli Stati membri si adoperano per raggiungere, nel regime che essi applicano ai trasferimenti relativi ai movimenti di capitali con i Paesi terzi, lo stesso grado di liberalizzazione"), ma l'art. 63 ss. TFUE hanno rafforzato la portata del divieto, considerandolo indispensabile per la realizzazione di un vero e proprio spazio finanziario europeo". In giurisprudenza si vedano le Cause riunite C-163/94, causa C-165/94 e C-250/94, Sanz de Lera, §19: "Va anzitutto rilevato che l'art. 73 B, n. 1, del Trattato ha attuato la liberalizzazione dei capitali tra Stati membri e tra Stati membri e Paesi terzi. Esso dispone a tal fine che, nell'ambito delle disposizioni previste dal capo 4 del Trattato, intitolato "Capitali e pagamenti", sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi". Sulle ragioni dell'estensione della libera circolazione dei capitali nei confronti dei Paesi terzi si veda G. Contaldi, *Diritto europeo dell'economia*, op. cit., pag. 139: "La disposizione in questione

(segue)

invece colmata una lacuna esistente sin dal Trattato di Roma: che cosa si intende per movimento di capitali. Tutt'ora nel TFUE non vi è alcuna definizione di movimento di capitali e la CGUE, da un lato, fa riferimento alla nomenclatura, seppur non esaustiva, contenuta nell'Allegato I della Direttiva 361/88³¹ e, dall'altro, si adopera per delineare linee guida utili a definirne la portata.

Orientamento della giurisprudenza unionale e domestica

Nella sentenza oggetto di analisi, la CGT ha esaminato la questione alla luce del principio di libera

circolazione dei capitali. Tuttavia, come affermato più volte dalla CGUE³², il trattamento fiscale dei dividendi può ricadere tanto nella sfera di applicazione dell'art. 63 del TFUE relativo alla libera circolazione dei capitali, quanto in quella afferente alla libertà di stabilimento, disciplinata agli artt. 49 ss. del TFUE³³. Al fine di comprendere le ragioni alla base della scelta compiuta dalla CGT, risulta cruciale ripercorrere brevemente la giurisprudenza della CGUE, che, nel corso degli anni e non senza mutare orientamento, si è occupata di definire il confine applicativo tra queste due libertà fondamentali. Storicamente il confine tra le libertà fondamentali in questione è stato tracciato dalla natura del legame partecipativo sottoposto all'attenzione della Corte, quest'ultimo valutato in funzione di due distinti parametri: *in primis*, doveva essere

Note:

(segue nota 30)

[libera circolazione dei capitali] costituisce il riflesso di una liberalizzazione già realizzata su scala mondiale. Sul piano internazionale, nel corso della seconda metà degli anni ottanta e nei primi anni novanta, la libera circolazione dei capitali venne progressivamente liberalizzata grazie all'azione di diverse organizzazioni economiche regionali. La tappa conclusiva di tale processo venne poi stigmatizzata dall'Accordo sulle misure relative agli investimenti che incidono sugli scambi commerciali, che costituisce uno degli allegati all'Accordo OMC del 1994. L'art. 1 di detto Accordo si limitò, su questo specifico punto, a prendere pertanto atto di una liberalizzazione già attuata nei fatti. Gli Stati membri, al momento della stipulazione del Trattato di Maastricht, presero contezza della liberalizzazione avvenuta a livello mondiale”.

- 31 C-222/97, Trummer e Mayer, §21: “Tuttavia, in quanto l'art. 73 B del Trattato CE riporta in sostanza il contenuto dell'art. 1 della Direttiva 88/361 (...) la nomenclatura dei movimenti di capitali che è ad essa allegata conserva il valore indicativo che le era proprio prima della loro entrata in vigore per definire la nozione di movimenti di capitali, inteso che, conformemente alla sua introduzione, l'elenco che essa contiene non presenta un carattere esaustivo”; C-157/05, Holböck, §33: “Sebbene la nozione di ‘investimenti diretti’ non sia definita dal Trattato, essa tuttavia, nella legislazione comunitaria, è stata oggetto di definizione nella nomenclatura dei movimenti di capitali figurante nell'allegato I della Direttiva del Consiglio 24 giugno 1988, 88/361/CEE, per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato [articolo abrogato dal Trattato di Amsterdam] (GU L 178, pag. 5) (sentenza Test Claimants in the FU Group Litigation, cit., punti 177 e 178)”. In dottrina R. Adam - A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, op. cit., pag. 521: “Per quanto concerne in particolare la nozione di movimenti di capitali, essa può essere ancor meglio definita facendo riferimento alla ricordata dir. 88/361 e alla nomenclatura ad essa allegata, insieme con le relative note esplicative, che costituiscono ancor oggi un punto di riferimento imprescindibile in materia, anche se l'elencazione da esse fornita non va considerata esaustiva”.

Note:

- 32 Cfr. CGUE, sentenza 24 maggio 2007, Holböck, procedimento C-157/05, §24: “Una normativa nazionale che assoggetti la riscossione di dividendi ad un'imposta la cui aliquota dipende dall'origine, nazionale o meno, di tali dividendi nonché dall'entità della partecipazione detenuta dall'azionista nella società distributrice, può rientrare nell'ambito di applicazione sia dell'art. 43 CE, relativo alla libertà di stabilimento, sia dell'articolo 56 CE, relativo alla libera circolazione dei capitali” In questo senso, anche: CGUE, sentenza 10 febbraio 2011, Haribo, cause riunite C-436/08 e C-437/08, §33: “Il trattamento fiscale dei dividendi può ricadere nella sfera di applicazione dell'art. 49 TFUE, riguardante la libertà di stabilimento, e in quella dell'art. 63 TFUE, relativo alla libera circolazione dei capitali”; CGUE, sentenza 12 dicembre 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, procedimento C-446/04; CGUE, sentenza 18 giugno 2009, Aberdeen, procedimento C-303/07; CGUE, sentenza 13 novembre 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, procedimento C-35/11; CGUE, sentenza 10 aprile 2014, Emerging Markets, procedimento C-190/12; CGUE, sentenza 24 novembre 2016, SECIL, procedimento C-464/14; CGUE, sentenza 20 settembre 2018, EV, procedimento C-685/16.
- 33 Come chiarito dalla CGUE, la libertà di stabilimento riconosce ai cittadini comunitari “l'accesso alle attività non subordinate ed il loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese, alle stesse condizioni previste dalle leggi dello Stato membro di stabilimento per i propri cittadini” e comprende “per le società costituite a norma delle leggi di uno Stato membro e che abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale all'interno della Comunità europea, il diritto di svolgere la loro attività nello Stato membro di cui trattasi mediante una controllata, una succursale o un'agenzia”. (CGUE, sentenza 17 settembre 2009, Glaxo Wellcome, procedimento C-182/08, §45). In questo senso, *inter alia*, anche: CGUE sentenza 18 giugno 2009, Aberdeen, procedimento C-303/07; CGUE, sentenza 26 giugno 2008, Burda, procedimento C-284/06.

analizzata la finalità della normativa oggetto di analisi³⁴ al fine di accertare se essa fosse o meno rivolta a situazioni implicanti l'esistenza di un legame partecipativo di controllo³⁵; *in secundis*, dovevano essere considerate le specifiche circostanze del caso concreto, in modo da constatare se nella fattispecie sottoposta al giudizio della Corte potesse essere rinvenuto il legame partecipativo di controllo di cui al punto precedente. L'impiego di tali criteri ha portato la CGUE a ritenere che la libertà di stabilimento fosse applicabile alle normative nazionali specificamente rivolte a situazioni in cui sussisteva un legame partecipativo di controllo, mentre la libera circolazione di capitali veniva invocata esclusivamente per quelle fattispecie in cui la normativa nazionale era volta a disciplinare gli investimenti c.d. di portafoglio (portfolio investments)³⁶. Nel

caso di normative nazionali applicabili indistintamente a partecipazioni di controllo e di portafoglio, il criterio distintivo restava il medesimo, ma l'analisi veniva svolta in funzione delle specifiche circostanze caratterizzanti il caso concreto, con la conseguenza che tutte le fattispecie afferenti a partecipazioni di controllo venivano esaminate esclusivamente alla luce della libertà di stabilimento³⁷, mentre ove la situazione fattuale riconduceva ad investimenti di portafoglio, la stessa doveva essere analizzata nell'alveo della libera circolazione dei capitali³⁸.

Con il passare degli anni e con il susseguirsi delle pronunce in materia, la CGUE ha progressivamente acquisito maggiore consapevolezza del fatto che l'adozione di tale approccio poteva dar luogo a risultati non sempre coerenti. Gli investimenti di portafoglio, infatti, ricadendo sotto la tutela della libera circolazione dei capitali il cui ambito di operatività si estende anche al di fuori dei confini dell'UE, erano maggiormente

Note:

34 Cfr. CGUE, ordinanza 10 maggio 2007, Lasertec, procedimento C-492/04, §19: "A tal riguardo, risulta da consolidata giurisprudenza che, per acclarare se una normativa nazionale sia compresa in una delle libertà di circolazione o in un'altra di esse, occorre tener conto dell'oggetto della normativa di cui trattasi".

35 La CGUE utilizza il concetto di partecipazione di controllo per indicare una partecipazione tale da conferire al soggetto che la detiene "una sicura influenza sulle decisioni della società [N.d.A. partecipata]" e da "consentirgli di indirizzarne le attività". In questo senso: CGUE, sentenza 13 aprile 2000, Baars, procedimento C-251/98; CGUE, sentenza 12 settembre 2006, Cadbury Schweppes, procedimento C-196/04; CGUE, sentenza 12 dicembre 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue, procedimento C-374/04; CGUE, sentenza 12 dicembre 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue, procedimento C-446/04; CGUE, sentenza 13 marzo 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue, procedimento C-524/04; CGUE, ordinanza 10 maggio 2007, Lasertec, procedimento C-492/04; CGUE, sentenza 24 maggio 2007, Holböck, procedimento C-157/05; CGUE, sentenza 18 giugno 2009, Aberdeen, procedimento C-303/07; CGUE, sentenza 10 febbraio 2011, Haribo, cause riunite C-436/08 e C-437/08; CGUE, sentenza 24 novembre 2016, SECIL, procedimento C-464/14; CGUE, sentenza 16 febbraio 2023, Gallaher, procedimento C-707/20.

36 La CGUE definisce gli investimenti c.d. "di portafoglio" come "l'acquisto dei titoli sul mercato dei capitali effettuato soltanto per realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di incidere sulla gestione e sul controllo dell'impresa" (cfr. CGUE, sentenza 17 settembre 2009, Glaxo Wellcome GmbH & Co, procedimento C-182/08, §40). In questo senso, *inter alia*, anche:

(segue)

Note:

(segue nota 36)

CGUE, sentenza 10 febbraio 2011, Haribo, cause riunite C-436/08 e C-437/08; CGUE, sentenza 26 febbraio 2019, X-GmbH, procedimento C-135/17.

37 Cfr. CGUE, sentenza 26 giugno 2008, Burda, procedimento C-284/06; CGUE, sentenza 18 giugno 2009, Aberdeen, procedimento C-303/07. In questo senso: A. Persiani, "L'estensione della participation exemption ai soci non residenti tra libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali", in *Rivista Telematica di Diritto Tributario* del 6 aprile 2024.

38 Cfr. CGUE, sentenza 10 febbraio 2011, Haribo, cause riunite C-436/08 e C-437/08, §34, 36 e 38: "Quanto al punto se una legislazione nazionale rientri nell'una o nell'altra libertà di circolazione, risulta da una giurisprudenza ora consolidata che occorre prendere in considerazione l'oggetto della legislazione di cui trattasi. (...) Nel caso di specie occorre constatare, da un lato, che le due cause principali vertono sulla tassazione in Austria di dividendi percepiti da società residenti in virtù di partecipazioni che queste detengono in società non residenti e la cui entità è inferiore al 10 % del capitale di tali società estere. Orbene, partecipazioni di tale entità non consentono di esercitare una sicura influenza sulle decisioni delle società partecipate e di determinare le attività di queste ultime. (...) Alla luce di tali circostanze, occorre ritenere che una normativa quale quella in questione nella causa principale ricada esclusivamente nella sfera di applicazione delle disposizioni del Trattato riguardanti la libera circolazione dei capitali". In questo senso, anche: CGUE, sentenza 28 febbraio 2013, Beker, procedimento C-168/11, §29.

salvaguardati; al contrario, gli investimenti finalizzati ad acquisire il controllo della partecipata e ad influenzarne la gestione, rientrando nell'alveo della libertà di stabilimento³⁹, godevano di una tutela dai confini geografici più ristretti⁴⁰. Tale processo è culminato con un cambio di paradigma ad esito della sentenza *Test Claimants in the FII Group Litigation* del 2012⁴¹, avente ad oggetto il trattamento fiscale di dividendi pagati a società residenti nel Regno Unito (all'epoca dei fatti a tutti gli effetti membro dell'UE) dalle rispettive controllate, residenti sia in Paesi UE che in Stati terzi. In questa occasione, dopo aver premesso che la normativa controversa oggetto della causa principale si riferiva

indiscriminatamente a tutti i legami partecipativi (di controllo e non), la Corte ha offerto una diversa lettura a seconda del coinvolgimento o meno di un soggetto localizzato fuori dai confini UE/SEE. Infatti, nel caso di pagamento di dividendi intra-UE la Corte (in linea con l'approccio storicamente tenuto) ha chiarito che l'analisi della sola normativa nazionale non era di per sé sufficiente per stabilire la libertà fondamentale applicabile e si rendeva quindi necessario tener conto degli elementi fattuali al fine di qualificare il legame partecipativo in questione e ultimamente identificare la libertà fondamentale applicabile. Tuttavia, lo stesso ragionamento non poteva essere svolto anche con riferimento al pagamento di dividendi originari di un Paese non rientrante nei confini UE/SEE, in quanto in questo secondo caso la libertà di stabilimento non poteva in ogni caso trovare applicazione. Pertanto, l'analisi doveva prescindere dalle caratteristiche specifiche del caso concreto per concentrarsi unicamente sul perimetro applicativo della normativa nazionale: qualora questa fosse stata riconducibile esclusivamente a partecipazioni di controllo, non sarebbe stato possibile invocare né l'art. 63 del TFUE (coerentemente con l'orientamento in precedenza richiamato), né l'art. 49 del TFUE (in quanto non applicabile a soggetti localizzati fuori dai confini UE/SEE)⁴²; al contrario, qualora la normativa fosse stata teoricamente applicabile indipendentemente dall'entità del rapporto partecipativo, la

Note:

39 Anche in quei casi in cui la normativa nazionale era astrattamente applicabile sia a partecipazioni di controllo che di portafoglio, e dunque indipendentemente dall'entità della partecipazione detenuta.

40 Questo si dimostra ancora più veritiero se si considera che, in numerose pronunce, la CGUE ha chiarito che l'applicazione delle due libertà non procede in parallelo, ma è mutualmente esclusiva: una volta accertata l'applicabilità della libertà di stabilimento al caso concreto, per la giurisprudenza comunitaria non risulta necessario procedere a un'ulteriore verifica degli effetti derivanti dall'applicazione della libera circolazione dei capitali, poiché gli eventuali effetti restrittivi sarebbero solo "l'inevitabile conseguenza di un possibile ostacolo alla libertà di stabilimento e comunque non giustificano un esame autonomo della detta legislazione in considerazione degli artt. 49 CE e 56 CE" (CGUE, sentenza 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes*, procedimento C-196/04, §33). In questo senso, anche: CGUE, ordinanza 10 maggio 2007, *Skatteverket v A and B*, procedimento C-102/05; CGUE, sentenza 13 marzo 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, procedimento C-524/04; CGUE, sentenza 18 giugno 2009, *Aberdeen*, procedimento C-303/07.

41 CGUE, sentenza 13 novembre 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, procedimento C-35/11. La domanda di pronuncia pregiudiziale, vertente sull'interpretazione degli artt. 63 e 49 TFUE, è stata avanzata in sede di applicazione della precedente sentenza della Corte del 12 dicembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, causa C-446/04, allo scopo di ottenere chiarimenti in merito. In particolare, con la quarta questione pregiudiziale, è stato chiesto alla Corte "se - nel caso in cui la normativa nazionale in questione non si applichi esclusivamente a situazioni in cui la società madre esercita un'influenza determinante sulla società che paga i dividendi - una società residente possa invocare l'articolo 63 TFUE (...) in relazione a dividendi corrisposti da una controllata sulla quale essa esercita un'influenza determinante e che è residente in un Paese terzo".

42 Come chiarito anche in tempi più recenti dalla Corte, "va ricordato che l'articolo 63 TFUE non può, comunque, applicarsi a una situazione che rientrerebbe, in linea di principio, nell'ambito di applicazione dell'articolo 49 TFUE, quando una delle società interessate è stabilita a fini fiscali in un Paese terzo. (...) Infatti, poiché il Trattato FUE non estende la libertà di stabilimento ai Paesi terzi, occorre evitare che l'interpretazione dell'articolo 63, paragrafo 1, TFUE, per quanto riguarda i rapporti con tali Stati, consenta ad operatori economici che non ricadono all'interno della sfera di applicazione territoriale della libertà di stabilimento di giovare di quest'ultima" (CGUE, sentenza 16 febbraio 2023, *Gallaher*, procedimento C-707/20, §63 e 64).

fattispecie avrebbe dovuto essere valutata alla luce dell'art. 63 del TFUE. La Corte conclude, dunque, affermando che “una società residente di uno Stato membro può, indipendentemente dall'entità della partecipazione da essa detenuta nella società distributrice di dividendi stabilita in un Paese terzo, invocare la suddetta disposizione [N.d.A. l'art. 63 del TFUE] al fine di contestare la legittimità di una normativa siffatta”⁴³. Questo importante cambio di orientamento è stato confermato anche in successive pronunce della CGUE aventi ad oggetto fattispecie similari⁴⁴.

Con la sentenza CGUE del 10 aprile 2014, procedimento C-190/12, *Emerging Markets*, la Corte ha rafforzato tale conclusione, aggiungendo che “tale ragionamento relativo al trattamento fiscale dei dividendi versati da una società di un Paese terzo a favore di un soggetto stabilito sul territorio di uno Stato membro è parimenti applicabile alla fattispecie in cui vengano versati dividendi da una società stabilita in uno Stato membro a favore di un azionista stabilito in un Paese terzo”⁴⁵. Dunque, alla luce di quest'ultimo orientamento della CGUE ormai consolidato, l'applicabilità del principio di libera circolazione dei capitali alla fattispecie sottoposta al giudizio della CGT di primo grado di Pescara dovrebbe ritenersi pacifica.

Definito il perimetro entro il quale deve essere analizzato il trattamento fiscale dei dividendi transfrontalieri, in numerose occasioni la CGUE ha sancito l'incompatibilità con il diritto comunitario di quelle legislazioni fiscali domestiche che differenziano il regime impositivo dei dividendi in funzione del Paese di residenza dell'azionista percettore. Se, infatti, uno degli scopi principali della libera circolazione dei

capitali è contrastare quelle misure idonee a disincentivare gli investimenti da parte di soggetti non residenti in uno Stato membro e viceversa⁴⁶, appare evidente che una normativa di questo tipo finisca con il generare proprio l'effetto opposto, rappresentando una chiara violazione dell'art. 63 del TFUE⁴⁷. Nelle sue pronunce la CGUE non ha mai mancato di analizzare anche l'applicabilità dell'art. 65 del TFUE, che ammette eventuali restrizioni al principio di libera circolazione dei capitali in quei casi in cui la differenza di trattamento (i) riguarda situazioni non oggettivamente comparabili o (ii) sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. Tuttavia, per la fattispecie oggetto di analisi, la prima delle due casistiche deve ritenersi esclusa, avendo la Corte affermato in più di una circostanza che nel momento in cui uno Stato membro decide di applicare l'imposta sui redditi non solo alle società residenti, ma anche a quelle non residenti (in via unilaterale o su base convenzionale) in relazione ai dividendi corrisposti da una società residente, le due categorie di società sono perfettamente comparabili⁴⁸. In tale contesto, al fine

Note:

43 CGUE, sentenza 13 novembre 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, procedimento C-35/11, §99.

44 Cfr. CGUE, sentenza 24 novembre 2016, *SECIL*, procedimento C-464/14; CGUE, sentenza 20 settembre 2018, *EV*, procedimento C-685/16; CGUE, sentenza 26 febbraio 2019, *X GmbH*, procedimento C-135/17.

45 Cfr. CGUE, sentenza 10 aprile 2014, *Emerging Markets*, procedimento C-190/12, §32.

46 Come più volte ribadito dalla Corte, “risulta del pari da una costante giurisprudenza che le misure vietate dall'articolo 63, paragrafo 1, TFUE, in quanto restrizioni dei movimenti di capitali, comprendono quelle che sono idonee a dissuadere i non residenti dal fare investimenti in uno Stato membro o a dissuadere i residenti di detto Stato membro dal farne in altri Stati” (CGUE, sentenza 10 maggio 2012, *Santander Asset Management SGIIC SA*, cause riunite da C-338/11 a C-347/11, §15). In questo senso, *inter alia*, anche: CGUE, sentenza 22 novembre 2018, *Sofina*, procedimento C-575/17; CGUE, sentenza 13 novembre 2019, *College Pension Plan of British Columbia*, procedimento C-641/17.

47 Cfr. CGUE, sentenza 8 novembre 2007, *Amurta*, procedimento C-379/05; CGUE, sentenza 11 giugno 2009, *Commissione v. Regno dei Paesi Bassi*, procedimento C-521/07; CGUE, sentenza 19 novembre 2009, *Commissione delle Comunità Europee v. Repubblica italiana*, procedimento C-540/07; CGUE, sentenza 10 aprile 2014, *Emerging Markets*, procedimento C-190/12; CGUE, sentenza 22 novembre 2018, *Sofina*, procedimento C-575/17; CGUE, sentenza 13 novembre 2019, *College Pension Plan of British Columbia*, procedimento C-641/17.

48 Cfr. CGUE, sentenza 13 novembre 2019, *College Pension Plan of British Columbia*, procedimento C-641/17, §66: “Inoltre, secondo la giurisprudenza della Corte, a partire dal

(segue)

di evitare che le società beneficiarie non residenti affrontino una limitazione alla libera circolazione dei capitali, lo Stato di residenza della società distributrice ha il compito di garantire che, attraverso le procedure previste dal suo ordinamento, le società azioniste non residenti siano trattate in modo equivalente alle società azioniste residenti⁴⁹. Anche per quanto riguarda la seconda categoria di giustificazioni, il generale orientamento della Corte è quello di negare la sussistenza di motivi imperativi di interesse generale. Con particolare riferimento alla necessità di assicurare l'efficacia dei controlli fiscali, la CGUE afferma che tale giustificazione può essere accolta solo nell'eventualità in cui la normativa di uno Stato membro condizioni l'accesso a un vantaggio fiscale al rispetto di requisiti che possono essere verificati solo per mezzo di un dialogo con le autorità competenti dello Stato terzo e, nel caso di specie, tale Stato non collabori nel fornire i chiarimenti richiesti⁵⁰. Tale causa di

giustificazione, dunque, può essere invocata esclusivamente quando il Paese terzo di cui trattasi non garantisce un adeguato scambio di informazioni con l'Italia.

La giurisprudenza comunitaria in materia di tassazione dei dividendi in uscita e le conclusioni a cui è giunta la CGUE relativamente ai possibili contrasti con l'art. 63 del TFUE sono state recepite anche dalla giurisprudenza domestica di legittimità attraverso una serie di recenti sentenze⁵¹ formalmente indipendenti ma chiaramente connesse dalla specifica volontà di sottolineare la diretta applicabilità e la primazia del diritto dell'UE anche in un settore non armonizzato come quello delle imposte sui redditi. La Suprema Corte di cassazione, seppur con specifico riferimento ai fondi d'investimento mobiliare, ha infatti riconosciuto che la normativa nazionale atta a disciplinare la tassazione dei dividendi in uscita discrimina le situazioni transfrontaliere da quelle interne, creando così restrizioni

Note:

(segue nota 48)

momento in cui uno Stato, in modo unilaterale o mediante accordi, assoggetta all'imposta sui redditi non soltanto contribuenti residenti, ma anche contribuenti non residenti, per i dividendi che essi ricevono da una società residente, la situazione di tali contribuenti non residenti si avvicina a quella dei contribuenti residenti".

49 Cfr. CGUE, sentenza 19 novembre 2009, Commissione delle Comunità Europee v. Repubblica italiana, procedimento C-540/07, §53: "Infatti, l'esercizio da parte di questo stesso Stato della sua competenza tributaria genera in quanto tale, indipendentemente da ogni imposizione in un altro Stato membro, un rischio di imposizione a catena o di doppia imposizione economica. In un caso siffatto, affinché le società beneficiarie non residenti non si trovino di fronte ad una limitazione della libera circolazione dei capitali vietata, in via di principio, dall'art. 56 CE, lo Stato di residenza della società distributrice deve vigilare affinché, in relazione alla procedura prevista dal suo diritto nazionale allo scopo di prevenire o attenuare l'imposizione a catena o la doppia imposizione economica, le società azioniste non residenti siano assoggettate ad un trattamento equivalente a quello di cui beneficiano le società azioniste residenti".

50 Cfr. CGUE, sentenza 10 aprile 2014, Emerging Markets, procedimento C-190/12, §81, 82, 83 e 84: "È ben vero che dalla giurisprudenza della Corte emerge che, nelle relazioni tra gli Stati membri dell'Unione, non può essere escluso *a priori* che il contribuente sia in grado di fornire la documentazione giustificativa pertinente che consenta all'Amministrazione

(segue)

Note:

(segue nota 50)

finanziaria dello Stato membro di impostazione di verificare, in termini chiari e precisi, che il contribuente stesso risponda, nel proprio Stato di residenza, a requisiti equivalenti a quelli previsti dalla normativa nazionale di cui trattasi. Tuttavia, tale giurisprudenza non può essere integralmente trasposta ai movimenti di capitali tra gli Stati membri e gli Stati terzi, considerato che tali movimenti si collocano in un contesto giuridico differente. Si deve, infatti, rilevare che i meccanismi di cooperazione tra le competenti autorità degli Stati membri stabiliti dalla Direttiva 77/799 non esistono tra le autorità medesime e le competenti autorità di uno Stato terzo qualora quest'ultimo non abbia assunto alcun impegno di mutua assistenza. Dai suesposti rilievi emerge che la giustificazione attinente alla necessità di garantire l'efficacia dei controlli fiscali è ammissibile unicamente qualora la normativa di uno Stato membro subordini il beneficio di un vantaggio fiscale al rispetto di requisiti la cui osservanza possa essere verificata unicamente ottenendo informazioni dalle competenti autorità di uno Stato terzo e qualora, in considerazione dell'assenza di un obbligo convenzionale, a carico di detto Stato terzo, di fornire informazioni, risulti impossibile ottenere chiarimenti dal medesimo".

51 Cfr. Cass. civ., Sez. V, sentenza 6 luglio 2022, n. 21454; Cass. civ., Sez. V, sentenza 6 luglio 2022, n. 21475; Cass. civ., Sez. V, sentenza 6 luglio 2022, n. 21479; Cass. civ., Sez. V, sentenza 6 luglio 2022, n. 21480; Cass. civ., Sez. V, sentenza 6 luglio 2022, n. 21481; Cass. civ., Sez. V, sentenza 6 luglio 2022, n. 21482.

alla libera circolazione dei capitali che, alla luce della ricca giurisprudenza comunitaria in materia, risultano incompatibili con il diritto UE e non giustificate da motivi imperativi di interesse generale. Sposando l'*iter* argomentativo della CGUE, la Suprema Corte ha specificato che il fatto che il contribuente estero sia residente in un Paese terzo (collaborativo) non impedisce l'applicazione del principio di libera circolazione dei capitali. La Corte ha inoltre ribadito il principio della primazia del diritto comunitario, che impone al giudice nazionale e alla stessa Amministrazione di interpretare le normative interne e convenzionali in maniera conforme al diritto dell'Unione e, ove questo non sia possibile, di disapplicare le disposizioni nazionali in contrasto con esso⁵².

Considerazioni conclusive

La sentenza in analisi, per certi versi innovativa, rappresenta certamente una importante apertura della giurisprudenza tributaria domestica per quanto concerne l'applicazione diretta del principio di libera circolazione dei capitali anche a società localizzate in stati terzi collaborativi ai fini fiscali al fine di evitare una discriminazione nell'ambito di una distribuzione di dividendi di fonte italiana, a discapito della normativa domestica che nel caso di specie si pone in contrasto con tale libertà fondamentale.

A parere di chi scrive, è ragionevole attendersi che tale posizione, che si pone in continuità con i più recenti orientamenti della giurisprudenza unionale e già oggetto di recepimento in Cassazione

(ancorché con riferimento agli OICR mobiliari *extra-UE*), si consolidi presso le corti di giustizia tributaria rilevanti, e che venga recepita dalla prassi dell'Amministrazione finanziaria⁵³. Peraltro, al fine di garantire il pieno rispetto del principio di libera circolazione dei capitali, risulta auspicabile un apposito intervento legislativo che estenda il presupposto soggettivo della ritenuta dell'1,2% come prevista dall'art. 27, comma 3-*ter*, del D.P.R. n. 600/1973 anche alle società e agli enti localizzati in Paesi *extra-UE/SEE* ma con un adeguato scambio di informazioni fiscali con l'Italia.

Tale estensione, oltre a snellire l'attività delle Commissioni tributarie in materia, ha l'ulteriore obiettivo di rendere la fiscalità per i soggetti non residenti (ma localizzati in Paesi collaborativi) più chiara e meno incerta, senza profili discriminatori, in un'ottica di semplificazione e salvaguardia del rapporto tra Fisco e contribuente, ultimamente rafforzando l'attrattività del sistema-Paese per gli investitori esteri.

Note:

52 Cfr. P. Arginelli, "Dividendi transfrontalieri e diritto dell'Unione Europea: E pur si muove!", in *Rivista Telematica di Diritto Tributario* del 29 luglio 2022.

53 L'Agenzia delle Entrate ha avuto modo in tempi recenti di trattare la tematica in analisi in due distinte risposte ad interpellato, ovvero la n. 117 e 128 di gennaio 2023 nelle quali, attenendosi al tenore letterale della norma, ha negato la possibilità di applicare la ritenuta d'imposta con aliquota ridotta dell'1,2% nell'ambito di distribuzioni di dividendi di fonte italiana in favore di società madri fiscalmente residenti del Regno Unito, a tutti gli effetti un Paese terzo ad esito dell'uscita dall'UE. In tal senso si veda anche G. Foglia - M. Masi, "Libera circolazione dei capitali: ancora non risolta la restrizione sui dividendi a società di Stati terzi", in *Corr. Trib.*, n. 4/2023.