



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
PRIIT PIKAMÄE
presentate il 5 giugno 2019¹

Causa C-641/17

**College Pension Plan of British Columbia
contro
Finanzamt München III**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Finanzgericht München (Tribunale tributario di Monaco di Baviera, Germania)]

«Rinvio pregiudiziale – Fiscalità diretta – Libera circolazione dei capitali – Movimenti di capitali tra gli Stati membri e i paesi terzi – Imposta sulle società – Fondi pensione residenti e non residenti – Imposizione di dividendi di portafogli azionari – Ritenuta alla fonte – Imputazione integrale della ritenuta alla fonte all'imposta sulle società – Riduzione del risultato imponibile mediante la costituzione di riserve matematiche destinate all'erogazione delle pensioni – Restrizione – Comparabilità – Presa in considerazione delle riserve matematiche – Nesso tra, da un lato, le riserve matematiche e altre riserve tecniche e, dall'altro, la percezione di dividendi – Giustificazione – Convenzioni dirette a evitare la doppia imposizione – Clausola di standstill – Criteri temporale e sostanziale»

1. Con la presente domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE, il Finanzgericht München (Tribunale tributario di Monaco di Baviera, Germania) sottopone alla Corte due questioni vertenti sull'interpretazione delle disposizioni di diritto primario relative alla libera circolazione dei capitali, vale a dire gli articoli da 63 TFUE a 65 TFUE². La questione al centro della presente causa pregiudiziale è l'articolazione fra tale libertà e il contenuto di disposizioni nazionali in materia di fiscalità diretta relative ai dividendi.

2. Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra il College Pension Plan of British Columbia (in prosieguo: il «CPP»), un fondo pensione sotto forma di *trust* di diritto canadese, da un lato, e il Finanzamt München (Abteilung III) (Ufficio tributario di Monaco di Baviera, Sezione III, Germania), dall'altro. Più in particolare, tra il 2007 e il 2010 detto *trust* ha percepito, per mezzo di un fiduciario canadese, dividendi, da parte di diverse società per azioni tedesche, per i quali l'amministrazione tributaria tedesca ha negato l'esenzione dall'imposta tedesca sui redditi da capitale.

¹ Lingua originale: il francese.

² Poiché le questioni pregiudiziali riguardano gli articoli da 63 TFUE a 65 TFUE e il loro contenuto è identico a quello degli articoli da 56 a 58 del Trattato che istituisce la Comunità europea (Trattato CE) che li hanno preceduti, si farà riferimento ad essi, anche se parte dei fatti risale ad un periodo anteriore al 1° dicembre 2009.

3. La Corte è chiamata in particolare a stabilire se le disposizioni relative alla libera circolazione dei capitali contenute nel Trattato FUE debbano essere interpretate nel senso che ostano alla normativa tedesca in forza della quale le imposte sui dividendi trattenute alla fonte possono essere imputate al debito dei fondi pensione residenti a titolo dell'imposta sulle società ed è inoltre possibile, in tale contesto, tenere conto degli accantonamenti per ridurre l'utile imponibile, mentre siffatta imputazione è preclusa ai fondi pensione non residenti. Si pone inoltre la questione dell'applicabilità della cosiddetta clausola di standstill di cui all'articolo 64, paragrafo 1, TFUE.

4. L'esame del regime fiscale applicabile ai dividendi distribuiti a fondi pensione parzialmente soggetti ad imposta, alla luce della libera circolazione dei capitali, è già stato oggetto di varie cause dinanzi alla Corte³. Anche se la giurisprudenza in materia è già ingente, talora le questioni relative all'esistenza di un'eventuale restrizione e alla comparabilità delle situazioni dei contribuenti residenti e non residenti possono risultare complesse. La presente causa ne rappresenta un valido esempio.

I. Contesto normativo

A. Legge sul controllo delle operazioni e delle compagnie assicurative

5. Dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta che, tra il 2007 e il 2010, i fondi pensione e le loro attività erano disciplinati dal Versicherungsaufsichtsgesetz (legge sul controllo delle operazioni e delle compagnie assicurative), nella versione pubblicata il 17 dicembre 1992 (in prosieguo: il «VAG 1992»)⁴. L'articolo 112 del VAG 1992 conteneva una definizione dei fondi pensione. Secondo il fascicolo sottoposto alla Corte, il paragrafo 1 di tale articolo era così formulato:

«Il fondo pensione è un ente previdenziale dotato di capacità giuridica

1. che eroga, mediante capitalizzazione, prestazioni pensionistiche aziendali per uno o più datori di lavoro a favore dei loro dipendenti,
2. che non può, in tutti i casi di prestazione previsti, garantire mediante assicurazioni l'importo delle prestazioni o l'importo dei contributi futuri da versare ai fini di tali prestazioni,
3. che conferisce ai lavoratori un diritto proprio alle prestazioni nei confronti del fondo pensione, e
4. che ha l'obbligo di erogare le prestazioni pensionistiche sotto forma di pagamenti vitalizi».

6. Il VAG 1992 è stato abrogato dal Gesetz zur Modernisierung der Finanzaufsicht über Versicherungen (legge relativa alla modernizzazione della vigilanza finanziaria sulle assicurazioni) con effetto dal 1° aprile 2015⁵ ed è stato sostituito dal VAG 2015. L'articolo 236, paragrafo 1, del VAG 2015 contiene una definizione dei fondi pensione che corrisponde a quella contenuta nell'articolo 112 del VAG 1992.

³ V., in particolare, sentenze dell'8 novembre 2012, Commissione/Finlandia (C-342/10, EU:C:2012:688); del 22 novembre 2012, Commissione/Germania (C-600/10, EU:C:2012:737), e del 2 giugno 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402).

⁴ BGBl. 1993 I, pag. 2.

⁵ BGBl. 2015 I, pag. 434.

B. Normativa fiscale relativa ai fondi pensione

7. Dal fascicolo sottoposto alla Corte emerge che il sistema tedesco di imposizione dei redditi da capitale risulta dalle disposizioni dell'Einkommensteuergesetz (legge relativa all'imposta sul reddito; in prosieguo: l'«EStG»), nella versione pubblicata il 19 ottobre 2002⁶, in combinato disposto, per quanto riguarda l'imposizione delle persone giuridiche, con il Körperschaftsteuergesetz (legge relativa all'imposta sulle società; in prosieguo: il «KStG»), nella versione pubblicata il 15 ottobre 2002⁷.

1. Il regime fiscale dei fondi pensione con sede in Germania

8. In quanto società di capitali aventi sede in Germania, i fondi pensione tedeschi sono integralmente soggetti all'imposta sulle società in forza dell'articolo 1, paragrafo 1, punto 1, del KStG. Ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, del KStG, il loro reddito imponibile è soggetto all'imposta sulle società. A norma dell'articolo 23 del KStG, il reddito dei fondi pensione tedeschi deve essere assoggettato all'imposta sulle società a concorrenza del 15%.

9. Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, prima frase, del KStG, il reddito imponibile è determinato conformemente alle disposizioni dell'EStG. A tenore dell'articolo 8, paragrafo 2, del KStG, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 1, punto 2, dell'EStG, tutti i redditi dei fondi pensione integralmente soggetti ad imposta devono essere considerati redditi generati da un'attività industriale o commerciale. A termini dell'articolo 2, paragrafo 2, punto 1, dell'EStG, i redditi derivanti da attività industriale o commerciale costituiscono l'utile conseguito nell'esercizio fiscale considerato.

10. Le esenzioni fiscali previste per i dividendi e le plusvalenze all'articolo 8b, paragrafi 1 e 2, del KStG non sono applicabili ai fondi pensione per effetto dell'articolo 8b, paragrafo 8, prima e quinta frase, del KStG.

11. Ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 1, dell'EStG, i dividendi distribuiti sugli utili sono considerati redditi da capitale.

12. Conformemente alle disposizioni degli articoli 43 e 44 dell'EStG, l'imposta sui redditi da capitale è riscossa, mediante ritenuta alla fonte, sul reddito da capitale ed è versata dalla società che distribuisce i dividendi. Tale imposta ammonta al 25% dei dividendi lordi.

13. L'articolo 4, paragrafo 1, prima frase, dell'EStG prevede che «[l']utile è pari alla differenza tra il patrimonio dell'impresa alla fine dell'esercizio e il patrimonio dell'impresa alla fine dell'esercizio precedente, aumentato del valore dei prelievi e ridotto del valore dei conferimenti».

14. Conformemente all'articolo 5 dell'EStG, il patrimonio è calcolato secondo i principi contabili del diritto commerciale. Pertanto, tale differenza è stabilita sulla base di un bilancio fiscale, basato a sua volta sul bilancio contabile.

15. Ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 1, prima frase, del KStG, in combinato disposto con l'articolo 36, paragrafo 2, punto 2, dell'EStG, l'imposta sui redditi da capitale gravante sui dividendi, prelevata sotto forma di ritenuta alla fonte e già assolta nel corso dell'esercizio fiscale, può essere integralmente imputata all'imposta sulle società.

16. A termini dell'articolo 36, paragrafo 4, seconda frase, dell'EStG, «in caso di eccedenza contabile a credito del contribuente, questa viene corrisposta al contribuente previa notifica di avviso di liquidazione».

6 BGBl. 2002 I, pag. 4210, e BGBl. 2003 I, pag. 179.

7 BGBI. 2002 I, pag. 4144.

17. Secondo le informazioni contenute nella decisione di rinvio, ai fini del regime fiscale, la normativa tedesca distingue tra gli utili realizzati con fondi propri («rendite da investimenti contabili») e quelli realizzati con l'«aggregato di copertura»⁸ («rendite da investimenti extracontabili»).

18. Da un lato, per quanto riguarda le rendite da investimenti contabili, se gli utili finanziari sono superiori al tasso di interesse tecnico applicato per il calcolo dei contributi degli iscritti al fondo pensione, tali utili sono accreditati direttamente sui vari contratti del fondo pensione. Essi vanno ad incrementare non solo l'attivo del bilancio fiscale del fondo pensione, ma anche il valore delle voci passive di detto bilancio e, in particolare, delle riserve matematiche⁹. In tal caso, gli utili derivanti dalla percezione di dividendi sono interamente neutralizzati e non si traducono in un risultato imponibile.

19. Dall'altro, per quanto riguarda le rendite da investimenti extracontabili, se gli utili finanziari sono superiori al tasso di interesse tecnico applicato per il calcolo dei contributi degli iscritti al fondo pensione, detti utili sono accreditati a concorrenza almeno del 90% sui contratti degli iscritti. Tale quota del 90% degli utili si traduce in un aumento del valore sia degli attivi iscritti al bilancio fiscale sia delle voci passive di detto bilancio, in particolare nell'aumento del valore delle riserve matematiche. Questa parte degli utili derivanti dalla percezione di dividendi è interamente neutralizzata e non si traduce in un risultato imponibile. Per contro, la parte restante del 10% al massimo degli utili non è accreditata sui vari contratti del fondo pensione e l'aumento dell'attivo a tale titolo non si accompagna ad un corrispondente aumento del passivo di bilancio. Tali utili costituiscono così un risultato che deve essere preso in considerazione ai fini fiscali.

2. Regime fiscale dei fondi pensione stranieri

20. In forza dell'articolo 2, punto 1, del KStG, i redditi percepiti sul territorio nazionale da fondi pensione stranieri che non abbiano la direzione o la sede in Germania sono parzialmente assoggettati all'imposta sulle società.

21. Dal combinato disposto dell'articolo 8, paragrafo 1, del KStG, dell'articolo 49, paragrafo 1, punto 5a, dell'ESTG e dell'articolo 20, paragrafo 1, punto 1, dell'ESTG risulta che i dividendi percepiti dai fondi pensioni stranieri sono redditi da capitale soggetti ad un obbligo fiscale limitato. Tali dividendi percepiti sono pienamente imponibili ai sensi dell'articolo 8b, paragrafo 8, quinta frase, del KStG.

22. Nel caso di un fondo pensione parzialmente soggetto all'imposta, quest'ultima è riscossa sotto forma di ritenuta alla fonte e il debitore dei dividendi deve procedere a una trattenuta dell'imposta sui redditi da capitale che in linea di principio ammonta, ai sensi delle disposizioni dell'articolo 43, paragrafo 1, punto 1, e dell'articolo 43a, paragrafo 1, punto 1, dell'ESTG, al 25% dei dividendi lordi.

23. A norma dell'articolo 50d, paragrafo 1, terza frase, dell'ESTG, se l'imposizione dei dividendi è limitata al 15% nell'ambito delle convenzioni fiscali e il fondo pensione presenta domanda di rimborso al Bundeszentralamt für Steuern (Ufficio centrale federale delle imposte, Germania), gli viene restituita la differenza tra l'imposta sui redditi da capitale trattenuta e quella risultante dall'aliquota applicabile in virtù della convenzione fiscale di cui trattasi.

24. Conformemente all'articolo 32, paragrafo 1, punto 2, del KStG, se il titolare dei redditi è parzialmente soggetto ad imposta in Germania, l'imposta sui redditi da capitale del 15% è definitiva.

⁸ Il termine tedesco utilizzato nella domanda pregiudiziale è «Deckungsstock».

⁹ Le riserve matematiche sono una categoria di accantonamenti corrispondenti a riserve costituite dai fondi pensione al fine di garantire il pagamento delle prestazioni pensionistiche. Tali accantonamenti devono essere stimati conformemente all'articolo 341f dello Handelsgesetzbuch (Codice del commercio).

25. Secondo il giudice del rinvio, pertanto, la possibilità di imputare l'imposta sui redditi da capitale all'imposta sulle società è preclusa ai fondi pensione stranieri, i quali non possono nemmeno dedurre eventuali spese professionali dal loro reddito imponibile. Non ricorrerebbero le condizioni previste dall'articolo 32, paragrafo 5, del KStG per il rimborso dell'imposta sui redditi da capitale alle società parzialmente soggette ad imposta.

C. La convenzione bilaterale sulla doppia imposizione tra la Repubblica federale di Germania e il Canada

26. L'articolo 10, paragrafo 2, lettera b), della convenzione tra la Repubblica federale di Germania e il Canada diretta a evitare la doppia imposizione in materia di imposte sul reddito e di talune altre imposte, a prevenire l'evasione fiscale e a fornire assistenza in materia di imposte, conclusa a Berlino il 19 aprile 2001 (in prosieguo: la «convenzione bilaterale sulla doppia imposizione»)¹⁰, prevede che lo Stato di provenienza dei dividendi può trattenere il 15% del loro importo lordo.

27. Ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 1, lettera a), della convenzione bilaterale sulla doppia imposizione, il Canada, in quanto Stato di residenza, previene la doppia imposizione dei dividendi mediante il meccanismo dell'imputazione.

II. Procedimento principale e questioni pregiudiziali

28. L'oggetto sociale del CPP consiste nella gestione di capitali al fine di garantire il trattamento pensionistico a favore degli ex dipendenti pubblici della provincia della Columbia Britannica (Canada). A tal fine, essa costituisce, nei propri bilanci, riserve tecniche a copertura delle obbligazioni derivanti dalla garanzia del suddetto trattamento. Il CPP detiene, tramite una società di gestione di portafoglio, partecipazioni in società per azioni tedesche. Il CPP e tale società fiduciaria hanno concluso un accordo fiduciario in virtù del quale la seconda è vincolata dalle direttive e dalle istruzioni del CPP, che l'ha costituita, relativamente alle decisioni di investimento. In Canada, il CPP è esente da tutte le imposte redditi.

29. Il CPP deteneva quote inferiori all'1% di varie società per azioni tedesche. Negli anni dal 2007 al 2010, dette partecipazioni le hanno fruttato dividendi con le modalità illustrate ai paragrafi da 17 a 19 delle presenti conclusioni. Conformemente all'articolo 10, paragrafo 2, lettera b), della convenzione bilaterale sulla doppia imposizione, tali dividendi sono stati assoggettati, a titolo di imposta sui redditi da capitale, ad una ritenuta alla fonte del 15%, il cui importo ammonta in totale a EUR 156 280,10.

30. Il 23 dicembre 2011 il CPP ha chiesto all'Ufficio tributario di Monaco di adottare una decisione di esenzione dall'imposta sui redditi da capitale e di rimborsare il suddetto importo di EUR 156 280,10, maggiorato degli interessi, in quanto il CPP era svantaggiato rispetto ai fondi pensione tedeschi, ai quali era integralmente rimborsata l'imposta sui redditi da capitale gravante sui dividendi. Con decisione del 26 maggio 2014, l'amministrazione tributaria tedesca ha respinto tale domanda.

31. Poiché il reclamo proposto avverso tale decisione è stato parimenti respinto, il CPP ha adito il giudice del rinvio, il Finanzgericht München (Tribunale tributario di Monaco di Baviera, Germania).

32. In via preliminare, tale giudice indica che il CPP è paragonabile a un fondo pensione tedesco ai sensi dell'articolo 236 del VAG 2015, questione sulla quale vi è peraltro consenso tra le parti. Inoltre, sarebbe altrettanto pacifico tra le parti nel procedimento principale che le partecipazioni in società per azioni tedesche e i redditi generati da tali partecipazioni non devono essere attribuiti alla società fiduciaria, bensì al CPP, che ne è il beneficiario effettivo.

¹⁰ BGBl. 2002, II, pag. 670.

33. In primo luogo, il giudice del rinvio spiega che, nel caso dei fondi pensione residenti, l'imposta sulle società cui essi sono assoggettati è basata sul loro utile iscritto a bilancio. Detto utile dipenderebbe in particolare dalla percezione di dividendi e dalla costituzione di accantonamenti, dal momento che i fondi pensione residenti possono dedurre dal risultato imponibile gli accantonamenti destinati al pagamento delle pensioni. Pertanto, la percezione di dividendi non comporterebbe necessariamente un aumento dell'imposta sulle società, bensì solo un aumento relativamente contenuto di tale imposta.

34. Per quanto riguarda invece i fondi pensione non residenti, il giudice del rinvio rileva che, quando percepiscono dividendi, essi sono parzialmente assoggettati all'imposta sulle società tedesca. Tale imposta sarebbe riscossa sotto forma di ritenuta alla fonte e la società che emette i dividendi deve procedere a una trattenuta dell'imposta sui redditi da capitale pari, in linea di principio, al 25% dei dividendi lordi, conformemente alle disposizioni degli articoli 43, paragrafo 1, punto 1, e 43a, paragrafo 1, punto 1, dell'ESTG. A norma dell'articolo 10, paragrafo 2, lettera b), della convenzione bilaterale sulla doppia imposizione, l'imposizione dei dividendi sarebbe limitata al 15%. La differenza risultante tra l'imposta sui redditi da capitale trattenuta e quella risultante dall'applicazione di detta aliquota del 15% è rimborsata, su domanda, dall'Ufficio centrale federale delle imposte.

35. In tale contesto, il giudice del rinvio si chiede se la differenza di trattamento fiscale tra i fondi pensione non residenti, i quali ricevono dividendi soggetti a una ritenuta alla fonte definitiva, e i fondi pensione residenti, i cui dividendi percepiti sono parimenti soggetti a detta ritenuta, ma che possono imputare la stessa all'imposta sulle società, costituisca una restrizione alla libera circolazione dei capitali.

36. Qualora la Corte ritenesse che tale differenza di trattamento fiscale costituisca una restrizione alla libera circolazione dei capitali, il giudice del rinvio s'interroga sull'eventuale giustificazione di una restrizione siffatta.

37. In secondo luogo, il giudice del rinvio chiede lumi sull'applicabilità della clausola di standstill prevista all'articolo 64, paragrafo 1, TFUE. A tal riguardo, in primo luogo, esso sottolinea che l'articolo 32, paragrafo 1, punto 2, del KStG, ai sensi del quale l'imposta sul reddito del 15% è definitiva nei confronti del titolare dei redditi parzialmente soggetti ad imposta in Germania e da cui deriverebbe la disparità di trattamento tra i fondi pensione residenti e quelli non residenti, esisteva già al 31 dicembre 1993 sotto forma della disposizione di cui all'articolo 50, paragrafo 1, punto 2, del KStG del 1991, il cui tenore letterale e il cui funzionamento erano identici. In secondo luogo, avrebbe scarsa rilevanza il fatto che l'aliquota del 25% dell'imposta sui redditi da capitale, che esisteva già al 31 dicembre 1993 in virtù del combinato disposto degli articoli 43, paragrafo 1, punto 1, e 43a, paragrafo 1, punto 1, dell'ESTG, sia stata ridotta al 20% il 1° gennaio 2001 e riportata al 25% il 1° gennaio 2009. La modifica legislativa del 1° gennaio 2009 avrebbe sostituito le diverse aliquote precedentemente applicabili ai redditi da capitale, ossia 20%, 25% e 30%, con un'aliquota unica del 25%, senza alterare il principio della norma che disciplina l'imposta sui redditi da capitale. In terzo luogo, si porrebbe la questione se sia soddisfatto il criterio materiale relativo all'erogazione di servizi finanziari. A tale proposito, occorrerebbe accertare se in un caso come quello di cui al procedimento principale sussista il nesso di causalità tra la prestazione di servizi finanziari e il movimento di capitali, ai sensi della sentenza Wagner-Raith¹¹.

¹¹ Sentenza del 21 maggio 2015, (C-560/13, EU:C:2015:347, punti 39 e 44).

38. In tali circostanze, il Finanzgericht München (Tribunale tributario di Monaco di Baviera, Germania) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1. Se la libera circolazione dei capitali ai sensi dell'articolo 63, paragrafo 1, TFUE, in combinato disposto con l'articolo 65 TFUE, osti alle disposizioni di uno Stato membro mediante le quali un ente pensionistico aziendale o professionale non residente che, nelle sue strutture essenziali, corrisponde a un fondo pensione tedesco non beneficia di alcuno sgravio dall'imposta sui redditi da capitale per i dividendi percepiti, mentre le corrispondenti distribuzioni di dividendi a favore di fondi pensione nazionali non comportano alcun incremento del debito a titolo di imposta sulle società o soltanto un incremento relativamente ridotto poiché, nell'ambito della procedura di accertamento e liquidazione dell'imposta, detti fondi possono ridurre il loro utile imponibile mediante deduzione degli accantonamenti a copertura degli impegni di pagamento delle pensioni e neutralizzare l'imposta sui redditi da capitale versata mediante imputazione e – nella misura in cui l'importo dell'imposta sulle società dovuta è inferiore al credito d'imposta – mediante rimborso.
2. In caso di risposta affermativa alla prima questione: se, a norma dell'articolo 63 TFUE in combinato disposto con l'articolo 64, paragrafo 1, TFUE, la restrizione alla libera circolazione dei capitali derivante dall'articolo 32, paragrafo 1, punto 2, del KStG sia ammissibile, nei confronti di paesi terzi, in quanto collegata all'erogazione di servizi finanziari».

III. Procedimento dinanzi alla Corte

39. Hanno presentato osservazioni scritte il CPP, l'Ufficio tributario di Monaco, il governo tedesco e la Commissione europea. Tutte le suddette parti, ad eccezione dell'Ufficio tributario di Monaco, hanno svolto osservazioni orali all'udienza tenutasi il 20 marzo 2019.

IV. Analisi

40. Anzitutto, in primo luogo, non vi è dubbio che la libertà fondamentale applicabile alla presente controversia sia la libera circolazione dei capitali. Da un lato, la Corte ha recentemente ricordato che costituiscono movimenti di capitali ai sensi dell'articolo 63 TFUE, segnatamente, gli investimenti diretti sotto forma di partecipazione ad un'impresa attraverso un possesso di azioni che consenta di partecipare effettivamente alla sua gestione e al suo controllo (investimenti c.d. «diretti»), nonché l'acquisto di titoli sul mercato dei capitali effettuato soltanto per realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influenzare la gestione e il controllo dell'impresa (investimenti c.d. «di portafoglio») ¹². Dall'altro, per giurisprudenza ormai costante, disposizioni nazionali che siano applicabili a partecipazioni effettuate al solo scopo di realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influire sulla gestione e sul controllo dell'impresa, devono essere esaminate esclusivamente alla luce della libera circolazione dei capitali ^{13 14}. Nel caso in esame, è pacifico che si tratti di investimenti finanziari senza intenzione di influire sulla gestione e il controllo dell'impresa,

¹² V., in tal senso, sentenza del 26 febbraio 2019, X (Società intermedie stabilite in paesi terzi, C-135/17, EU:C:2019:136, punto 26 e giurisprudenza citata).

¹³ V., in particolare, sentenza del 24 novembre 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punto 33 e giurisprudenza citata).

¹⁴ In una situazione analoga a quella oggetto del presente procedimento principale, nella sentenza del 10 aprile 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punto 34), la Corte ha effettivamente precisato che, per stabilire se la normativa di cui trattasi ricada nella sfera di applicazione dell'articolo 63 TFUE, non si deve esaminare la natura dell'esenzione prevista dalla normativa stessa né il carattere dell'attività esercitata dal fondo di investimento, bensì la forma della partecipazione dei fondi di investimento nelle società residenti.

dato che il fondo pensione canadese detiene partecipazioni inferiori all'1% in varie società per azioni tedesche. Pertanto, in una fattispecie come quella di cui al procedimento principale si applicano le disposizioni relative alla libera circolazione dei capitali, in particolare quelle degli articoli da 63 TFUE a 65 TFUE.

41. In secondo luogo, mi sembra che la questione relativa all'applicabilità della clausola di standstill prevista dall'articolo 64, paragrafo 1, TFUE dovrebbe essere esaminata dopo la questione se la normativa di cui trattasi costituisca una restrizione alla libera circolazione dei capitali, ai sensi dell'articolo 63, paragrafo 1, TFUE. Infatti, il testo dell'articolo 64, paragrafo 1, TFUE menziona le «restrizioni» e, pertanto, per applicare tale disposizione occorre anzitutto qualificare la normativa nazionale e stabilire se il regime ivi previsto configuri una restrizione¹⁵. Propongo quindi di esaminare le questioni pregiudiziali nell'ordine in cui sono state poste.

A. Sulla prima questione pregiudiziale

42. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 63 TFUE e 65 TFUE debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa di uno Stato membro che impone una ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti da una società residente ai fondi pensione residenti e non residenti, prevedendo un meccanismo di imputazione integrale all'imposta sulle società unicamente per i fondi residenti, mentre per i fondi pensione non residenti tale ritenuta del 25% costituisce per i 3/5 (15%) un'imposta definitiva, essendo 2/5 della stessa (10%) rimborsabili su domanda.

43. Per rispondere a tale questione, propongo di esaminare, in primo luogo, se sussista una restrizione alla libera circolazione dei capitali, ai sensi dell'articolo 63 TFUE, e se del caso, in secondo luogo, se siffatta restrizione sia ammissibile.

1. Sulla sussistenza di una restrizione alla libera circolazione dei capitali

44. Conformemente a una giurisprudenza costante, costituiscono restrizioni ai movimenti di capitali tutte le misure nazionali idonee a dissuadere i contribuenti non residenti dal fare investimenti in uno Stato membro e a dissuadere i contribuenti residenti di tale Stato membro dal farne in altri Stati¹⁶. Più nello specifico, un trattamento sfavorevole, da parte di uno Stato membro, dei dividendi distribuiti a società non residenti, rispetto al trattamento riservato ai dividendi corrisposti a società residenti, è idoneo a dissuadere le società stabilite in uno Stato membro diverso dal primo dall'investire nello stesso Stato membro e costituisce, di conseguenza, una restrizione alla libera circolazione dei capitali vietata, in linea di principio, dall'articolo 63 TFUE¹⁷.

45. Nel caso di specie, la normativa nazionale di cui al procedimento principale prevede un trattamento fiscale in due fasi. In un primo tempo, sia i dividendi distribuiti ai fondi pensione residenti sia quelli distribuiti ai fondi pensione non residenti sono assoggettati a una ritenuta alla fonte. A tal fine, per quanto riguarda i dividendi distribuiti ai fondi pensione non residenti, secondo le indicazioni contenute nella decisione di rinvio, la ritenuta alla fonte viene prelevata in via definitiva a concorrenza dei 3/5 (15%), ai sensi dell'articolo 32, paragrafo 1, punto 2, del KStG, mentre i 2/5 (10%) di tale ritenuta sono rimborsati con le modalità illustrate al paragrafo 23 delle presenti conclusioni.

15 A tale proposito, mi preme osservare che, nella recente sentenza del 26 febbraio 2019, X (Società intermedie stabilite in paesi terzi) C-135/17, EU:C:2019:136, la Corte ha scelto di esaminare le questioni nell'ordine inverso, ossia la normativa di cui trattavasi anzitutto alla luce dell'articolo 64, paragrafo 1, TFUE, e poi alla luce dell'articolo 63, paragrafo 1, TFUE.

16 Sentenze del 10 maggio 2012, Santander Asset Management SGIIC e a. (da C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, punto 15); del 17 settembre 2015, Miljoen e a. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, punto 44), e del 2 giugno 2016 (Pensioenfond Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, punto 27).

17 V., in particolare, sentenza del 2 giugno 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punto 28 e giurisprudenza citata).

Pertanto, nel presente procedimento principale, i dividendi di cui trattasi sono stati oggetto di una ritenuta alla fonte del 15%. Per quanto riguarda invece la ritenuta alla fonte applicata ai dividendi corrisposti ai fondi pensione residenti, dalle spiegazioni fornite dal giudice del rinvio risulta che essa ammonta al 25%.

46. In un secondo tempo, i fondi pensione sono assoggettati, in relazione ai dividendi loro distribuiti, a due regimi impositivi diversi. Infatti, l'imposta sui redditi da capitale gravante sui dividendi percepiti dai fondi pensione non residenti diviene definitiva. Per quanto riguarda invece i dividendi versati ai fondi pensione residenti, essi entrano nel bilancio contabile del fondo pensione, che servirà come riferimento per determinare l'utile imponibile al quale sarà applicata l'imposta sulle società pari al 15%¹⁸. Quando tale imposta diviene esigibile, l'imposta sui redditi da capitale può essere integralmente imputata all'importo dovuto. Infatti, il giudice del rinvio indica che, in forza dell'articolo 31 del KStG, in combinato disposto con l'articolo 36, paragrafo 2, punto 2, dell'ESTG, «[l]'imposta sui redditi da capitale trattenuta alla fonte può essere interamente imputata al debito a titolo di imposta sulle società»¹⁹ e, ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 4, seconda frase, dell'ESTG, «[l]a parte di imposta sui redditi da capitale trattenuta eccedente l'imposta sulle società stabilita è rimborsata al fondo pensione nazionale»²⁰.

47. Come spiegato dal giudice del rinvio, i fondi pensione tedeschi possono, da un lato, ridurre il loro utile imponibile a titolo dell'imposta sulle società tenendo conto degli accantonamenti a copertura degli impegni in materia di pensioni e, dall'altro, imputare all'imposta sulle società l'imposta sui redditi da capitale che è stata trattenuta. Mi sembra quindi che, nel presente procedimento, l'asserita restrizione alla libera circolazione dei capitali possa risultare da questi due meccanismi impositivi ben distinti previsti dalla normativa nazionale. Infatti, da un lato, essa potrebbe derivare dal fatto che l'utile imponibile a titolo dell'imposta sulle società dipende, in parte, dagli accantonamenti costituiti dal fondo pensione, che ne riducono il risultato imponibile. Dall'altro, tale restrizione potrebbe derivare dal fatto che i fondi pensione residenti possono imputare al debito a titolo di imposta sulle società l'imposta sui redditi da capitale assolta e ottenere il rimborso dell'eccedenza di quest'ultima. Propongo di esaminare tali meccanismi al fine di stabilire quale dei due, se non entrambi, sia all'origine dell'asserita restrizione.

48. Per quanto riguarda gli accantonamenti costituiti dai fondi pensione, il giudice del rinvio spiega che le riserve matematiche costituiscono una forma specifica di accantonamenti per debiti incerti, a copertura delle prestazioni pensionistiche aziendali o professionali che dovranno essere erogate in futuro dal fondo pensione ai suoi iscritti. Esso osserva che, in ragione degli accantonamenti, che sono costituiti dal fondo pensione e rientrano tra le voci passive di un bilancio contabile, e più in particolare delle riserve matematiche costituite a copertura degli impegni in materia di pensioni, l'utile imponibile, sulla base del quale si determina il debito a titolo dell'imposta sulle società, può risultare «relativamente contenut[o]».

18 Nelle sue osservazioni scritte, il CPP sostiene che all'imposta sulle società si aggiunge un contributo di solidarietà del 5,5%, cosicché l'onere fiscale ammonta nel complesso al 15,825%. Rilevo tuttavia che, nella domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio fa riferimento a un'imposta sulle società pari al 15%. Ai fini delle presenti conclusioni, si farà riferimento a un'aliquota del 15%.

19 Il giudice del rinvio indica altresì che «[l]'imposta sui redditi da capitale è interamente imputata al debito a titolo di imposta sulle società dovuta dai fondi pensione tedeschi integralmente assoggettati ad imposta».

20 Nelle sue osservazioni scritte, il CPP sottolinea che sia l'imposta sui redditi da capitale sia il contributo di solidarietà prelevati sui dividendi sono imputabili al debito dei fondi pensione a titolo di imposta sulle società. Tuttavia, tale precisazione non figura nella domanda di pronuncia pregiudiziale. Ai fini delle presenti conclusioni, si farà riferimento all'imposta sui redditi da capitale, che può essere imputata, pari al 25% dei dividendi lordi.

49. Pertanto, secondo le spiegazioni contenute nella domanda di pronuncia pregiudiziale, generalmente la distribuzione dei dividendi non comporta un aumento del reddito imponibile stabilito in base al bilancio contabile, dato che il passivo di tale bilancio e, in particolare, le riserve matematiche ivi indicate aumentano al pari dell'attivo²¹. Il risultato imponibile aumenta soltanto se gli utili non sono accreditati sui contratti degli iscritti, nel qual caso essi comportano un incremento dell'attivo del fondo pensione, e non un correlato aumento del passivo di detto fondo. Si tratta dell'ipotesi del 10% degli utili non accreditati sui contratti degli iscritti descritta al paragrafo 19 delle presenti conclusioni. In questo caso, tale quota residuale del 10% degli utili non va a beneficio degli iscritti e, di conseguenza, le riserve matematiche non aumentano. Pertanto, detta quota residuale degli utili non accreditata sui contratti degli iscritti non determinerà nemmeno un aumento dell'importo delle prestazioni pensionistiche erogato agli iscritti alla scadenza (vale a dire al momento del loro collocamento a riposo).

50. Ne consegue che i dividendi ricevuti da un fondo pensione residente, salvo che si tratti della quota residuale del 10% degli utili non accreditati sui contratti degli iscritti, sono generalmente accreditati su detti contratti, cosicché l'utile imponibile a titolo dell'imposta sulle società non aumenta o aumenta in modo molto contenuto.

51. Per esaminare in quale misura l'aumento degli accantonamenti possa incidere sull'onere fiscale effettivo afferente ai dividendi distribuiti, rilevo anzitutto che, nelle cause concernenti i dividendi «in uscita» e la ritenuta alla fonte, la Corte ha esaminato il trattamento dei dividendi, e non quello riservato all'utile imponibile²².

52. Per quanto riguarda tale trattamento, occorre determinare l'onere fiscale effettivo afferente ai dividendi, quando essi siano stati assoggettati cumulativamente ad un'imposta sui redditi da capitale del 25%, trattenuta alla fonte, e ad un'imposta sulle società del 15%. L'approccio relativo all'accertamento di una restrizione alla libera circolazione dei capitali attraverso l'esame dell'onere fiscale effettivo è corroborato, a mio avviso, dalla giurisprudenza della Corte. Infatti, anzitutto, in una serie di cause vertenti sull'imposizione di dividendi, la Corte ha già lasciato al giudice nazionale il compito di stabilire se, nello Stato che aveva proceduto all'applicazione della ritenuta alla fonte, sui contribuenti non residenti gravassero, in definitiva, oneri tributari più elevati rispetto a quelli sopportati dai contribuenti residenti per i dividendi della stessa natura²³. Successivamente, nella sentenza Hirvonen²⁴, la Corte ha dichiarato, in sostanza, che la tassazione dei redditi lordi di una persona parzialmente assoggettata ad imposta è compatibile con il diritto dell'Unione se in definitiva non è superiore a quella che graverebbe sui redditi netti all'aliquota applicabile alle persone integralmente soggette ad imposta²⁵. Infine, recentemente, nella sentenza Sofina, la Corte ha dichiarato che occorre «far riferimento all'esercizio fiscale di distribuzione dei dividendi stessi ai fini del raffronto dell'onere fiscale gravante sui dividendi medesimi e quello gravante sui dividendi distribuiti ad una società residente»²⁶.

21 Il giudice del rinvio indica che «generalmente, i dividendi realizzati dai fondi pensione tedeschi non comportano, a causa dell'aumento simultaneo degli accantonamenti a copertura degli impegni di pensione, la comparsa di un risultato imponibile» e che, pertanto, detti fondi, «che sono assoggettati ad imposta in ragione del loro reddito (vale a dire, previa deduzione delle spese di gestione) e vista la prevalente corrispondenza tra dividendi percepiti e incremento degli accantonamenti (...) versano di norma unicamente un'imposta sulle società relativamente contenuta».

22 V. sentenze del 22 novembre 2012, Commissione/Germania (C-600/10, non pubblicata, EU:C:2012:737, punto 15), e dell'8 novembre 2012 (Commissione/Finlandia, C-342/10, EU:C:2012:688, punto 33).

23 V., in tal senso, sentenze del 2 giugno 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punto 34); del 17 settembre 2015, Miljoen e a. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, punto 48), e del 19 gennaio 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, punto 33).

24 Sentenza del 19 novembre 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, punti 44 e 48).

25 Inoltre, la nozione di onere fiscale più gravoso è utilizzata anche in materia di imposte di successione. Nella sentenza del 31 marzo 2011, Schröder (C-450/09, EU:C:2011:198, punto 40), relativa alle imposte di successione, la Corte ha dichiarato che il fatto di concedere una deduzione dalla base imponibile dell'immobile in funzione del luogo di residenza del de cuius o del beneficiario al momento del decesso comporterebbe un onere fiscale effettivo più gravoso di quello che coinvolga almeno un residente e avrebbe, pertanto, l'effetto di ridurre il valore di tale successione.

26 Sentenza del 22 novembre 2018, Sofina e a. (C-575/17, EU:C:2018:943, punto 31).

53. Nella fattispecie, rilevo che la decisione di rinvio non contiene alcun dato numerico che consenta di accertare l'onere fiscale effettivo che grava sui dividendi assoggettati cumulativamente all'imposta sui redditi da capitale e all'imposta sulle società.

54. In tale contesto, ho tentato di accertare detto onere sulla base agli elementi contenuti nel fascicolo. Secondo i miei calcoli, sembra che l'onere fiscale effettivo sui dividendi percepiti da un fondo pensione residente sia pari al massimo all'11,25% dei dividendi lordi²⁷. Pertanto, a prescindere dal valore degli accantonamenti, tale aliquota effettiva sarà sempre inferiore all'aliquota del 15% applicata ai dividendi percepiti dai fondi pensione non residenti. Ciò implica che l'onere effettivo gravante sui dividendi corrisposti ai fondi pensione residenti e non residenti sarà sempre diverso²⁸. Di conseguenza, ritengo che, nelle circostanze del presente procedimento principale, l'entità degli accantonamenti non sia pertinente al fine di accertare la restrizione alla libera circolazione dei capitali.

55. In altri termini, mi sembra che il fatto di poter ridurre l'utile imponibile attraverso gli accantonamenti consenta effettivamente di ridurre il debito a titolo dell'imposta sulle società. Tuttavia, siffatta riduzione non sembra essere all'origine della restrizione alla libera circolazione dei capitali, che sussiste indipendentemente dall'entità degli accantonamenti costituiti dal fondo pensione residente. Orbene, tale verifica spetta al giudice nazionale, che è l'unico a poter determinare l'onere fiscale effettivo gravante sui dividendi distribuiti ai fondi pensione residenti e ai fondi pensione non residenti.

56. Mi chiedo peraltro se questo approccio non sia corroborato dall'argomento dedotto dal CPP secondo cui la riduzione dell'utile imponibile è volta ad evitare la doppia imposizione economica dei dividendi. Infatti, secondo il CPP, il legislatore ha adottato l'articolo 8, paragrafo 8, del KStG al fine di neutralizzare e, in pratica, esentare i dividendi attraverso la presa in considerazione delle riserve tecniche a livello fiscale. Orbene, si deve sottolineare che la «neutralizzazione» o l'«esenzione» dei dividendi distribuiti ai fondi pensione riguarda unicamente l'imposizione fiscale in forza dell'imposta sulle società. Pertanto, tale meccanismo non sembra incidere sull'imposta sui redditi da capitale già assolta ed integralmente imputata²⁹.

57. A tal riguardo, mi sembra che la presente causa si distingua dalle circostanze che hanno dato luogo alla sentenza Commissione/Finlandia³⁰ richiamata dal giudice del rinvio. In detta sentenza, la Corte ha dichiarato che costituiva una restrizione ai sensi dell'articolo 63 TFUE una normativa nazionale ai sensi della quale i dividendi percepiti dai fondi pensione residenti erano, in pratica, esenti o quasi esenti dall'imposta sui redditi per effetto delle espresse disposizioni della normativa nazionale che prevedevano la deducibilità degli accantonamenti, mentre i dividendi percepiti dai fondi pensione non residenti erano assoggettati ad un'aliquota d'imposta del 19,5% in forza di detta normativa nazionale, o del 15% al massimo in forza di convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dalla Repubblica di Finlandia³¹. Tuttavia, nel procedimento principale, sia i dividendi distribuiti ai fondi pensione residenti che quelli distribuiti ai fondi pensione non residenti sono oggetto di una ritenuta alla fonte a titolo di imposta sui redditi da capitale. La costituzione degli accantonamenti non incide sull'esistenza stessa e sull'entità di tale ritenuta alla fonte. Infatti, se vi è una riduzione dell'utile imponibile e, di fatto, una quasi esenzione dall'imposta dovuta sui dividendi distribuiti al fondo pensione residente, ciò riguarda soltanto l'imposizione degli utili del fondo pensione a titolo dell'imposta sulle società, ma non l'imposta sui redditi da capitale, che può essere interamente recuperata.

27 Supponendo che X sia il valore dei dividendi lordi distribuiti, il valore dei dividendi netti percepiti dal fondo pensione residente è $X - (0,25X)$. L'applicazione di un'aliquota del 15% a titolo di imposta sulle società avrà come risultato $[X - (0,25X)] \times 0,15$, il che equivale a un'aliquota effettiva dell'11,25%.

28 In udienza, il governo tedesco ha confermato, in risposta a un quesito della Corte, che, per quanto riguarda l'onere fiscale definitivo, sussiste una differenza di trattamento tra i fondi pensione residenti e quelli non residenti.

29 Ai sensi dell'articolo 31 del KStG, in combinato disposto con l'articolo 36, paragrafo 2, punto 2, dell'EstG.

30 Sentenza dell'8 novembre 2012 (C-342/10, EU:C:2012:688).

31 Mi sembra, infatti, che nella causa da cui è scaturita detta sentenza i dividendi distribuiti da società residenti a fondi pensione residenti fossero tassati nella misura del 75% e ad un'aliquota d'imposta del 26%. Pertanto, tali dividendi di fatto erano imponibili nel complesso a un'aliquota del 19,5%. La Corte ha ritenuto che tale normativa costituisse di per sé una restrizione ai sensi dell'articolo 63 TFUE.

58. Pertanto, propongo alla Corte di considerare che, nel caso di specie, ciò che costituisce una restrizione alla libera circolazione dei capitali è il secondo meccanismo all'origine dell'asserita restrizione, vale a dire l'imputazione integrale dell'imposta sui redditi da capitale all'imposta sulle società e l'eventuale rimborso dell'eccedenza contabile.

59. Come ho già fatto presente, ritengo che spetti al giudice del rinvio stabilire se e in quale misura l'onere fiscale effettivo sia inferiore a quello che grava su dividendi distribuiti ai fondi pensione non residenti, ai quali viene applicata una ritenuta alla fonte del 15% conformemente alla convenzione bilaterale sulla doppia imposizione.

60. Se il giudice del rinvio conclude che i dividendi percepiti da un fondo pensione residente sono quasi esenti dall'imposta sui redditi da capitale per effetto dell'imputazione integrale, sembrerebbe accertato che i dividendi distribuiti ai fondi pensione non residenti siano soggetti a un onere fiscale effettivo più gravoso. Ne consegue che i dividendi percepiti dai fondi pensione residenti sono trattati in modo più favorevole rispetto a quelli distribuiti ai fondi pensione non residenti. Una siffatta differenza di trattamento fiscale dei fondi pensione in funzione del loro luogo di residenza è idonea a dissuadere i fondi pensione non residenti dall'effettuare investimenti in società aventi sede in Germania. In tali circostanze, infatti, i fondi pensione non residenti non hanno la possibilità di recuperare l'imposta prelevata a titolo di ritenuta alla fonte e si configura quindi una restrizione alla libera circolazione dei capitali, vietata, in linea di principio, dall'articolo 63, paragrafo 1, TFUE.

2. Sull'ammissibilità della restrizione

61. Ai sensi dell'articolo 65, paragrafo 1, lettera a), TFUE «[l]e disposizioni dell'articolo 63 [TFUE] non pregiudicano 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».

62. Tale disposizione, in quanto deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei capitali, deve essere oggetto di un'interpretazione restrittiva. Pertanto, essa non può essere interpretata nel senso che qualsiasi legislazione tributaria che operi una distinzione tra i contribuenti in base al luogo in cui 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 del paragrafo 3 del medesimo articolo, ai sensi del quale le disposizioni nazionali di cui al suddetto paragrafo 1 «non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata alla libera circolazione dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 63 [TFUE]»³².

63. Pertanto, occorre distinguere le differenze di trattamento consentite dall'articolo 65, paragrafo 1, lettera a), TFUE dalle discriminazioni vietate dall'articolo 65, paragrafo 3, TFUE³³. Orbene, dalla giurisprudenza della Corte risulta che, perché una normativa tributaria nazionale come quella controversa nel procedimento principale possa essere considerata compatibile con le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali, è necessario che la differenza di trattamento da essa prevista riguardi situazioni che non sono oggettivamente paragonabili o sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale³⁴.

32 V., in tal senso, sentenze del 17 ottobre 2013, Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, punti 42 e 43 e giurisprudenza citata), del 17 settembre 2015, Miljoen e a. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, punto 63), e del 22 novembre 2018, Sofina e a. (C-575/17, EU:C:2018:943, punto 45).

33 V., in particolare, sentenze del 22 novembre 2018, Sofina e a. (C-575/17, EU:C:2018:943, punto 46); del 20 settembre 2018, EV (C-685/16, EU:C:2018:743, punto 87); del 21 giugno 2018, Fidelity Funds e a. (C-480/16, EU:C:2018:480, punto 48), e del 17 settembre 2015, Miljoen e a. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, punto 64).

34 V., in particolare, sentenze del 10 maggio 2012, Santander Asset Management SGIIC e a. (da C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, punto 23 e giurisprudenza citata), e del 17 settembre 2015, Miljoen e a. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, punto 64).

a) Sulla comparabilità delle situazioni di cui al procedimento principale

64. Conformemente a una giurisprudenza costante, la comparabilità o no di una situazione transfrontaliera con una situazione interna dev'essere esaminata tenendo conto dell'obiettivo perseguito dalle disposizioni nazionali in questione nonché dell'oggetto e del contenuto di queste ultime³⁵. Inoltre, solo i criteri distintivi pertinenti fissati dalla normativa di cui trattasi devono essere presi in considerazione al fine di valutare se la differenza di trattamento risultante da siffatta normativa rispecchi una differenza oggettiva di situazioni³⁶.

65. Orbene, rilevo che la domanda di pronuncia pregiudiziale non contiene alcuna spiegazione circa l'obiettivo della normativa di cui trattasi nella causa a qua. Pertanto, propongo di esaminare gli argomenti dedotti dalle parti del presente procedimento pregiudiziale. Tenuto conto di detti argomenti, l'analisi della comparabilità delle situazioni dei fondi pensione residenti e non residenti verterà su tre punti, vale a dire l'obiettivo della normativa tedesca per quanto riguarda gli obblighi nei confronti degli iscritti (1), l'asserita applicazione di tecniche impositive diverse alle due categorie di fondi pensione (2) e la presa in considerazione delle spese direttamente connesse alla percezione dei dividendi (3).

1) Gli obblighi nei confronti degli iscritti

66. Il CPP sottolinea che tutti i fondi pensione, residenti o non residenti, sono tenuti ad investire i premi assicurativi sul mercato dei capitali al fine di generare dividendi necessari per assolvere ai loro obblighi nei confronti degli iscritti. Per tale motivo, la Germania li esenterebbe da imposta, purché i dividendi distribuiti siano utilizzati per adempiere gli obblighi nei confronti degli iscritti. Mentre la normativa nazionale applicabile ai fondi pensione residenti terrebbe conto del fatto che, in definitiva, i dividendi percepiti vanno a vantaggio degli iscritti e pertanto esenterebbe da imposta i dividendi a livello dei fondi pensione, detta normativa ignorerebbe il fatto che i fondi pensione dei paesi terzi sono assoggettati, in linea di principio, al medesimo obbligo.

67. La Commissione ritiene che l'esenzione dei fondi pensione tedeschi dall'imposta sui redditi gravante sui dividendi distribuiti sia intesa a consentire loro di costituire un capitale sufficiente a garantire il pagamento delle pensioni future. I dividendi distribuiti sarebbero quindi esenti dall'imposta sui redditi da capitale a condizione che siano destinati alla costituzione di riserve tecniche. Per contro, un fondo pensione non residente, anche supponendo che riesca a dimostrare di utilizzare i dividendi percepiti per costituire riserve, dovrebbe versare, in via definitiva in Germania, l'imposta sui redditi da capitale a concorrenza di quanto previsto dalla pertinente convenzione bilaterale sulla doppia imposizione.

68. A tal riguardo, fatte salve le verifiche spettanti al giudice del rinvio, mi sembra che dal fascicolo sottoposto alla Corte emerga che la normativa tedesca di cui al procedimento principale, la quale ha per effetto una quasi esenzione dall'imposta sui dividendi corrisposti ai fondi pensione residenti, risponda all'obiettivo di garantire l'attività assicurativa dei fondi pensione mediante la costituzione di un capitale sociale sufficiente per assolvere in futuro agli impegni in materia di pensioni. Per quanto riguarda invece i dividendi distribuiti ai fondi pensione non residenti, quand'anche essi siano utilizzati

35 V., in particolare, sentenze del 20 settembre 2018, EV (C-685/16, EU:C:2018:743, punto 88); del 21 giugno 2018, Fidelity Funds e a. (C-480/16, EU:C:2018:480, punto 50), e del 2 giugno 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punto 48 e giurisprudenza citata).

36 Sentenze del 10 maggio 2012, Santander Asset Management SGIIC e a. (da C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, punto 28), e del 2 giugno 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, punto 49).

per conseguire il medesimo obiettivo, l'imposta sui redditi da capitale trattenuta diviene un'imposta definitiva, senza che abbia luogo tale quasi-esenzione³⁷. Sotto questo profilo, ritengo che i fondi pensione residenti e quelli non residenti perseguano obiettivi comuni e debba quindi ritenersi che essi versino in situazioni analoghe.

69. Inoltre, nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio ritenga che la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale miri a garantire la parità dell'onere fiscale effettivo gravante sui fondi pensione residenti e sui fondi pensione non residenti che investono in società stabilite in Germania, tenuto conto in particolare del fatto che ai dividendi percepiti dai fondi pensione residenti si applicano due imposte cumulative (l'imposta sui redditi da capitale e l'imposta sulle società), mentre i dividendi percepiti dai fondi pensione non residenti sono soggetti solo all'imposta sui redditi da capitale, è giurisprudenza costante che, partire dal momento in cui uno Stato membro, in modo unilaterale o mediante convenzioni, assoggetta all'imposta sul reddito non soltanto le società residenti, ma anche quelle non residenti, per i redditi che esse ricevono da una società residente, la situazione di tali società non residenti si avvicina a quella delle società residenti³⁸.

70. È, infatti, solo l'esercizio della competenza tributaria da parte di questo stesso Stato a generare, 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 linea di principio, dall'articolo 63 TFUE, lo Stato membro di residenza della società distributrice deve vigilare affinché, in relazione alla procedura prevista dal suo diritto nazionale allo scopo di prevenire o di attenuare l'imposizione a catena o la doppia imposizione economica, le società non residenti siano assoggettate ad un trattamento equivalente a quello di cui beneficiano le società residenti³⁹.

71. Nel caso di specie, dal momento che la Germania ha scelto di esercitare la sua competenza fiscale sui dividendi percepiti dai fondi pensione non residenti, questi ultimi si trovano conseguentemente in una situazione analoga a quella dei fondi pensione residenti in tale Stato sotto il profilo del rischio di doppia imposizione economica dei dividendi distribuiti dalle società ivi residenti⁴⁰.

2) *L'asserita applicazione di tecniche impositive diverse*

72. Il governo tedesco sostiene che i fondi pensione residenti e i fondi pensione non residenti non si trovano in situazioni oggettivamente comparabili, in quanto alle due categorie di fondi pensione si applicherebbero tecniche impositive diverse ai sensi della sentenza *Truck Center*⁴¹.

73. A tale proposito, rilevo che dai punti 41 e 46 di detta sentenza emerge che una differenza di trattamento, consistente nell'applicazione di tecniche o di modalità di riscossione dell'imposta diverse a seconda del luogo di residenza della società che percepisce i redditi di cui trattasi, riguarda situazioni che non sono oggettivamente comparabili.

37 V., per analogia, sentenza del 2 giugno 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, punto 50).

38 V., in tal senso, sentenze del 21 giugno 2018, *Fidelity Funds e a.* (C-480/16, EU:C:2018:480, punto 54); del 25 ottobre 2012, *Commissione/Belgio* (C-387/11, EU:C:2012:670, punto 49 e giurisprudenza citata), e del 14 dicembre 2006, *Denkavit Internationaal e Denkavit France* (C-170/05, EU:C:2006:783, punto 35).

39 V., per analogia, sentenza del 21 giugno 2018, *Fidelity Funds e a.* (C-480/16, EU:C:2018:480, punto 55 e giurisprudenza citata).

40 V., per analogia, sentenze del 20 ottobre 2011, *Commissione/Germania* (C-284/09, EU:C:2011:670, punto 58), e del 10 maggio 2012, *Santander Asset Management SGIIC e a.* (da C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, punto 42).

41 Sentenza del 22 dicembre 2008, *Truck Center* (C-282/07, EU:C:2008:762).

74. Nel caso di specie, propongo alla Corte di non applicare la giurisprudenza scaturita dalla citata sentenza *Truck Center* per i seguenti motivi. In primo luogo, detta sentenza è spesso richiamata dai governi degli Stati membri a sostegno di normative nazionali che hanno l'effetto di trattare situazioni di contribuenti residenti in modo diverso da quelle dei non residenti⁴². Orbene, a quanto mi consta, la sentenza in parola è stata confermata una sola volta⁴³. Recentemente, la Corte ha nuovamente ridotto la portata di tale giurisprudenza, precisando che essa riguarda soltanto le modalità di riscossione dell'imposta, le quali variano a seconda del luogo in cui risiede il beneficiario dei dividendi di provenienza nazionale⁴⁴.

75. In secondo luogo, rilevo che detta giurisprudenza è fortemente criticata dalla dottrina⁴⁵ e non può che sollevare difficoltà di applicazione⁴⁶.

76. A tal riguardo, mi sembra che il criterio relativo all'applicazione di tecniche impositive diverse, al fine di accertare la comparabilità delle situazioni tra i contribuenti residenti e quelli non residenti, si fondi su un ragionamento tautologico. Generalmente, infatti, i residenti e i non residenti sono soggetti a tecniche impositive diverse. La sentenza citata si limita a confermare che le situazioni sono diverse in quanto i contribuenti residenti e quelli non residenti sono diversi⁴⁷. Così, nel procedimento principale, i fondi pensione residenti sono «integralmente soggetti ad imposta»⁴⁸, mentre i redditi dei fondi pensione stranieri sono assoggettati solo a un obbligo fiscale «limitato» che riguarda unicamente i redditi aventi la loro fonte in Germania⁴⁹. A mio avviso, le tecniche impositive diverse si limitano a rispecchiare tale differenza. Tuttavia, ciò non significa che la normativa nazionale di cui trattasi esuli automaticamente dall'ambito di applicazione della libera circolazione dei capitali.

77. Di conseguenza, propongo alla Corte di non applicare la giurisprudenza *Truck Center*⁵⁰ nella presente causa. Infatti, la Corte potrebbe ritenere che la normativa nazionale di cui trattasi si limiti alle modalità di riscossione dell'imposta, ma conferisca un vantaggio fiscale sostanziale ai fondi pensione residenti che non viene accordato ai fondi pensione non residenti⁵¹. Tale soluzione sembra emergere anche dalla recente sentenza *N Luxembourg 1 e a.*, in cui la Corte ha considerato che il fatto di trarre vantaggio da una scadenza ben più lontana rispetto a quella prevista per la ritenuta alla fonte operata in caso di pagamento d'interessi da una società residente a una società non residente costituisca un vantaggio, cosicché la sentenza *Truck Center* non poteva trovare applicazione⁵².

42 V., in particolare, sentenze del 26 febbraio 2019, *N Luxembourg 1 e a.* (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, punto 163); del 22 novembre 2018, *Sofina e a.* (C-575/17, EU:C:2018:943, punto 48); del 17 settembre 2015, *Miljoen e a.* (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608); del 19 giugno 2014, *Strojírny Prostějov e ACO Industries Tábo* (C-53/13 e C-80/13, EU:C:2014:2011); del 12 luglio 2012, *Commissione/Spagna* (C-269/09, EU:C:2012:439); del 10 maggio 2012, *Santander Asset Management SGIIC e a.* (da C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286); del 1° luglio 2010, *Dijkman e Dijkman-Lavaleije* (C-233/09, EU:C:2010:397), e del 3 giugno 2010, *Commissione/Spagna* (C-487/08, EU:C:2010:310).

43 Sentenza del 18 ottobre 2012, *X* (C-498/10, EU:C:2012:635, punto 26).

44 Sentenza del 22 novembre 2018, *Sofina e a.* (C-575/17, EU:C:2018:943, punto 52).

45 V. Beretta, G., «The *Brisal* and *KBC Finance* Decision: Once Again the CJEU Assesses the Compatibility with EU Law of Gross Withholding Taxation of Non-residents», *EC Tax Review*, 2007, pagg. da 193 a 200; Lang, M., «Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions», *EC Tax Review*, 2009, pagg. da 100 a 101; *CFE ECJ Task Force*, «Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in *Belgium SPF Finance v. Truck Center SA*», n. 158, e De Broe, L., e Bammens, N., «*Truck Center* Belgian Withholding Tax on Interest Payments to Non-resident Companies Does Not Violate EC Law: A Critical Look at the ECJ's Judgment in *Truck Center*», *EC Tax Review*, 2009, pagg. da 131 a 137.

46 La causa che ha dato luogo alla sentenza del 13 luglio 2016, *Brisal e KBC Finance Ireland* (C-18/15, EU:C:2016:549), ne rappresenta un valido esempio. In detta causa, il Tribunale Administrativo e Fiscal de Sintra (Tribunale amministrativo e tributario di Sintra, Portogallo) ha applicato la sentenza del 22 dicembre 2008, *Truck Center* (C-282/07, EU:C:2008:762), mentre, nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il Supremo Tribunal Administrativo (Corte amministrativa suprema, Portogallo) ha ritenuto che non si dovesse fare riferimento a tale sentenza.

47 *CFE ECJ Task Force*, «Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in *Belgium SPF Finance v. Truck Center SA*», n. 158, punto 18.

48 Conformemente all'articolo 1, paragrafo 1, punto 1, del KStG.

49 Conformemente all'articolo 8, paragrafo 1, del KStG, in combinato disposto con l'articolo 49, paragrafo 1, punto 5a, dell'ESTG e l'articolo 20, paragrafo 1, punto 1, dell'ESTG.

50 Sentenza del 22 dicembre 2008 (C-282/07, EU:C:2008:762).

51 V., per analogia, sentenza del 17 settembre 2015, *Miljoen e a.* (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, punto 53).

52 V., a tale proposito, sentenza del 26 febbraio 2019, *N Luxembourg 1 e a.* (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, punti 164 e 165).

3) *La presa in considerazione delle spese direttamente connesse alla percezione dei dividendi*

78. Sia l'Ufficio tributario di Monaco che il governo tedesco sostengono, nelle loro osservazioni scritte, che non esiste un nesso diretto tra, da un lato, la percezione di redditi da dividendi e, dall'altro, la costituzione di riserve matematiche e altre riserve tecniche, ragion per cui le situazioni in esame non sarebbero comparabili.

79. A tale proposito, conformemente a una giurisprudenza costante, i contribuenti residenti e quelli non residenti si trovano in una situazione analoga per quanto riguarda i costi direttamente connessi all'attività dalla quale provengono i redditi imponibili⁵³. In tal senso, la Corte ha dichiarato che, laddove il metodo impositivo applicato ai residenti preveda la deducibilità delle spese direttamente connesse alla percezione dei dividendi, «la presa in considerazione di tali spese dovrebbe essere ammessa anche per i (...) non residenti»⁵⁴.

80. Orbene, ritengo che tale giurisprudenza non sia pertinente ai fini della presente causa, per due motivi. Da un lato, detta giurisprudenza riguarda le spese direttamente connesse alla percezione dei proventi⁵⁵. Nel caso di specie, mi sembra evidente che gli accantonamenti costituiti dal fondo pensione non possano essere considerati «spese connesse alla percezione dei proventi». Dall'altro, la giurisprudenza relativa alla presa in considerazione delle spese direttamente connesse alla percezione dei dividendi si applica unicamente ai casi in cui la concessione del vantaggio fiscale, vale a dire l'esenzione o la detrazione della ritenuta alla fonte, sia connessa alla determinazione della base imponibile, in particolare sotto forma di spese in un bilancio fiscale, il che non avviene nel caso di specie. Mi sembra infatti che, nella presente causa, la restrizione alla libera circolazione dei capitali non risulti dalla deduzione degli accantonamenti nell'ambito della determinazione della base imponibile, bensì dall'imputazione integrale che ha luogo dopo tale determinazione. Pertanto, propongo alla Corte di dichiarare che la menzionata giurisprudenza non è pertinente in relazione ad un regime fiscale che prevede l'imputazione integrale di cui trattasi.

81. Qualora la Corte decidesse comunque di esaminare se esista un nesso tra la costituzione degli accantonamenti e la percezione di redditi da dividendi, ritengo che un nesso siffatto possa essere dimostrato solo per la parte degli accantonamenti che costituisce la conseguenza diretta della percezione dei dividendi. Infatti, conformemente alla giurisprudenza della Corte, presentano un nesso diretto con l'attività che ha generato redditi imponibili le spese originate da tale attività e dunque necessarie per lo svolgimento della medesima⁵⁶. Nel caso di specie, l'attività che ha generato i redditi è la percezione dei dividendi e le spese originate da tale attività sono le spese connesse alla percezione di detti dividendi. Gli accantonamenti sono costi connessi all'attività assicurativa.

82. A tale proposito, come ha sostenuto, in sostanza, il governo tedesco, la costituzione delle riserve deve avere luogo indipendentemente dalla questione se i proventi siano redditi da dividendi o contributi versati dagli iscritti. Infatti, l'esistenza stessa degli accantonamenti è legata all'attività assicurativa ed essi devono consentire di far fronte agli obblighi inerenti alle future prestazioni del fondo pensione. Gli accantonamenti trovano la loro ragione d'essere negli impegni in materia di pensioni, e non nel volume dei redditi generati. Anzi, se il fondo pensione non ottiene utili dagli investimenti è comunque tenuto, in forza del diritto nazionale, a costituire riserve per fare fronte ai propri impegni. Analogamente, per quanto riguarda il regime degli accantonamenti degli enti

53 Sentenze del 12 giugno 2003, *Gerritse* (C-234/01, EU:C:2003:340); del 3 ottobre 2006, *FKP Scorpio Konzertproduktionen* (C-290/04, EU:C:2006:630), e del 15 febbraio 2007, *Centro Equestre da Lezíria Grande* (C-345/04, EU:C:2007:96).

54 Sentenza del 2 giugno 2016, *Pensioenfond Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, punto 65).

55 Al punto 20 della sentenza del 22 novembre 2012, *Commissione/Germania* (C-600/10, non pubblicata, EU:C:2012:737), vertente sulla normativa tedesca in materia di deduzione delle spese di esercizio connesse alla percezione dei dividendi e degli interessi percepiti in Germania, la Corte ha per l'appunto precisato che «la Commissione non ha fornito elementi atti a dimostrare che [spese bancarie e analoghi costi di transazione], pur potendo, eventualmente, essere direttamente connessi a un importo versato in occasione di un'operazione relativa a transazioni di titoli (...), sono parimenti e necessariamente connessi direttamente alla percezione, in sé, di un reddito sotto forma di dividendi o di interessi».

56 V., in particolare, sentenza del 6 dicembre 2018, *Montag* (C-480/17, EU:C:2018:987, punto 33 e giurisprudenza citata).

pensionistici aziendali o professionali e di assicurazione sulla vita, il legislatore dell'Unione riconosce l'importanza degli accantonamenti, ma lascia nondimeno un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri quanto ai relativi metodi di determinazione⁵⁷. Di conseguenza, ritengo che, in linea di principio, gli accantonamenti dei fondi pensione non siano direttamente connessi ai dividendi percepiti.

83. D'altro canto, sono particolarmente sensibile all'argomento dell'Ufficio tributario di Monaco basato sulla giurisprudenza nazionale relativa ad una compagnia di assicurazione malattia. Secondo tale giurisprudenza, per quanto riguarda le spese risultanti dalla dotazione a riserve matematiche e ad altre riserve, non sussisterebbe alcun nesso di causalità fra tali spese e le rendite da investimenti, che sarebbero riconducibili in via prioritaria all'attività assicurativa sul territorio nazionale. L'obbligo di costituire riserve matematiche, nonché altre riserve tecniche, discenderebbe dalla qualità di compagnia di assicurazione. Anche se detta sentenza riguarda le compagnie di assicurazione malattia, non vedo alcuna ragione per cui la situazione dei fondi pensione dovrebbe essere diversa. Pertanto, tenderei a ritenere che tale approccio possa essere applicato, per analogia, alla presente causa⁵⁸.

84. Di conseguenza, mi sembra difficile sostenere che la presa in considerazione degli accantonamenti dei fondi pensione possa costituire, in quanto tale, una restrizione alla libera circolazione dei capitali.

85. Il CPP afferma che, nei limiti in cui sono utilizzati per gli accantonamenti, i dividendi comportano un aumento di tali riserve che, a loro volta, determinano una riduzione del reddito imponibile. A tale proposito, come esposto ai paragrafi 18 e 19 delle presenti conclusioni, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale emerge che gli investimenti contabili ed extracontabili, ad eccezione della quota residuale del 10%, comportano un incremento degli accantonamenti. Pertanto, mi sembra plausibile che una parte di questi ultimi derivi dal semplice pagamento dei dividendi. Tuttavia, a mio avviso, è impossibile per la Corte accertare quale sia tale parte nel sistema nazionale. Siffatto accertamento spetta pertanto al giudice del rinvio, il quale deve stabilire in particolare quale parte di detti accantonamenti sia «direttamente connessa» alla percezione dei dividendi. In ogni caso, si dovrebbero escludere da detto accertamento gli accantonamenti che non presentano alcun nesso con la percezione dei dividendi.

86. In conclusione, la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale non può, a mio avviso, essere mantenuta in quanto applicabile a situazioni oggettivamente diverse. Occorre quindi verificare se essa possa essere giustificata da un motivo imperativo di interesse generale.

b) Sulla sussistenza di un motivo imperativo d'interesse generale

87. Secondo il giudice del rinvio, la differenza di trattamento risultante dalla normativa tedesca non sarebbe giustificata né dal principio di territorialità, né dalla necessità di garantire la coerenza del regime fiscale, né dall'intento di garantire una ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri, né dall'efficacia dei controlli fiscali.

⁵⁷ Così, da un lato, la direttiva 2003/41/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 giugno 2003, relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali (GU 2003, L 235, pag. 10), enuncia al considerando 26 che un «calcolo prudente delle riserve tecniche è una condizione essenziale per assicurare che l'ente possa far fronte alle sue obbligazioni di erogazione delle prestazioni pensionistiche» e che «[i]l tasso d'interesse massimo dovrebbe essere scelto con prudenza, conformemente alla pertinente normativa nazionale». Secondo il considerando 27 di tale direttiva, gli Stati membri dovrebbero avere la facoltà di assoggettare il calcolo delle riserve tecniche a disposizioni supplementari e più dettagliate rispetto a quelle contenute in detta direttiva. Dall'altro lato, in materia di assicurazione vita, ai sensi dei considerando 35 e 36 della direttiva 2002/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 novembre 2002, relativa all'assicurazione sulla vita (GU 2002, L 345, pag. 1), «[p]er la tutela degli assicurati è necessario che ogni impresa di assicurazione costituisca riserve tecniche sufficienti» e, in materia di limitazione dei tassi d'interesse utilizzati per il calcolo delle riserve tecniche, «[r]isulta appropriato lasciare agli Stati membri la possibilità di scegliere liberamente il metodo da adottare per tale limitazione». La direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione (solvibilità II) (GU 2009, L 335, pag. 1), che ha sostituito la direttiva 2002/83/CE, prevede principi analoghi.

⁵⁸ Sentenza del 6 aprile 2016 (n. I R 61/14) del Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale, Germania).

88. È pur vero che, secondo costante giurisprudenza, tali giustificazioni possono essere ammesse in quanto obiettivi legittimi riconosciuti dalla Corte⁵⁹. Tuttavia, ritengo che, nel caso di specie, una differenza di trattamento tra i fondi pensione residenti e quelli non residenti non possa essere giustificata da nessuno di detti obiettivi. Poiché le parti interessate non hanno discusso tale aspetto, non occorre approfondirlo nelle presenti conclusioni.

89. Alla luce di quanto precede, ritengo che la restrizione alla libera circolazione dei capitali risultante dalla normativa tedesca, la quale esclude per i soli non residenti la deduzione delle spese direttamente connesse alla percezione dei dividendi, non possa essere giustificata né dall'assenza di comparabilità delle situazioni di cui trattasi, né da un motivo imperativo di interesse generale.

B. Sulla seconda questione pregiudiziale

90. Con la seconda questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede se la restrizione risultante dall'applicazione definitiva della ritenuta alla fonte ai dividendi percepiti dai fondi pensione non residenti, mentre i fondi pensione tedeschi ne sono, in pratica, quasi esenti, possa essere ammessa in virtù dell'articolo 64, paragrafo 1, TFUE.

91. Ai sensi dell'articolo 64, paragrafo 1, TFUE, uno Stato membro può applicare, nelle relazioni con i paesi terzi, restrizioni ai movimenti di capitali, che rientrano nel campo di applicazione materiale di tale disposizione, anche se esse sono contrarie al principio della libera circolazione dei capitali sancito nell'articolo 63, paragrafo 1, TFUE, a condizione che tali restrizioni esistessero già prima del 31 dicembre 1993⁶⁰.

92. In tal senso, l'articolo 64, paragrafo 1, TFUE dispone che «[l'articolo 63 TFUE lascia] impregiudicata l'applicazione, ai paesi terzi, di qualunque restrizione in vigore alla data del 31 dicembre 1993 in virtù delle legislazioni nazionali o della legislazione dell'Unione per quanto concerne i movimenti di capitali provenienti da paesi terzi o ad essi diretti, che implicino investimenti diretti, inclusi gli investimenti in proprietà immobiliari, lo stabilimento, la prestazione di servizi finanziari o l'ammissione di valori mobiliari nei mercati finanziari». Occorre esaminare se la normativa tedesca di cui trattasi soddisfi i due criteri cumulativi di tale disposizione, vale a dire il criterio temporale e il criterio sostanziale.

93. In primo luogo, per quanto riguarda l'ambito di applicazione *ratione temporis* dell'articolo 64, paragrafo 1, TFUE, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale emerge che la disposizione tedesca relativa al carattere liberatorio della ritenuta alla fonte per i fondi pensione stranieri, che consente di imputare integralmente l'imposta sui redditi da capitale all'imposta sulle società, vale a dire l'articolo 32, paragrafo 1, punto 2, del KStG, è identica, sia dal punto di vista letterale che da quello dei suoi effetti, alla versione in vigore alla data del 31 dicembre 1993.

94. A tale proposito, sono dell'avviso che, per accertare se la restrizione in questione esistesse già a tale data, ciò che deve essere perdurato successivamente è la sostanza stessa del meccanismo fiscale all'origine della restrizione. Sotto questo profilo, il criterio temporale sembra soddisfatto nel procedimento principale.

⁵⁹ V., in particolare, sentenza del 12 luglio 2012, Commissione/Spagna (C-269/09, EU:C:2012:439, punti da 63 a 90 e giurisprudenza citata).

⁶⁰ V., in tal senso, sentenze del 12 dicembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, punto 187); del 24 maggio 2007, *Holböck* (C-157/05, EU:C:2007:297, punto 39); del 24 novembre 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, punto 86), e del 26 febbraio 2019, *X* (Società intermedie stabilite in paesi terzi, C-135/17, EU:C:2019:136, punto 27).

95. Infatti, in primo luogo, il giudice del rinvio sottolinea che «la procedura di imputazione all'imposta sulle società era applicabile, alla data del 31 dicembre 1993, ai contribuenti integralmente soggetti ad imposta». In secondo luogo, il fatto che l'aliquota d'imposta sia cambiata dopo tale data non implica, a mio avviso, che sia mutata la sostanza stessa del meccanismo fiscale. In terzo luogo, a mio parere, ha scarsa rilevanza il fatto che il legislatore tedesco abbia riconosciuto l'esistenza dei fondi pensione tedeschi solo nel 2002, assoggettandoli a norme specifiche. Invero, il fatto di modificare l'ambito di applicazione *ratione personae* del suddetto meccanismo fiscale, ossia l'aumento o la riduzione del numero di persone assoggettate a detto meccanismo, non è rilevante per accertare se sia cambiata la sostanza stessa del meccanismo fiscale. Di conseguenza, ritengo che, nel procedimento principale, la sostanza stessa del meccanismo fiscale di cui trattasi all'origine della restrizione, quale risulta dalla domanda di pronuncia pregiudiziale, non sia mutata dopo il 31 dicembre 1993.

96. In secondo luogo, per quanto riguarda l'ambito di applicazione sostanziale dell'articolo 64, paragrafo 1, TFUE, nella sentenza X (Società intermedie stabilite in paesi terzi)⁶¹, la Corte ha recentemente ricordato che dallo stesso tenore letterale di detta disposizione risulta che le restrizioni ai movimenti di capitali da paesi terzi o ad essi diretti, che implicino investimenti diretti, rientrano nell'ambito di applicazione sostanziale di detta clausola e gli investimenti di portafoglio non compaiono tra i movimenti di capitali da essa considerati. Dal momento che il procedimento principale verte su investimenti di portafoglio⁶², questi ultimi non possono rientrare nella nozione di «investimento diretto» ai sensi di tale disposizione.

97. Si pone inoltre la questione se la situazione oggetto del procedimento principale possa rientrare tra i «movimenti di capitali (...) che implicino (...) la prestazione di servizi finanziari» ai sensi dell'articolo 64, paragrafo 1, TFUE.

98. A tale proposito, si deve rilevare che il criterio determinante per l'applicazione dell'articolo 64, paragrafo 1, TFUE riguarda il nesso di causalità tra i movimenti di capitali e l'erogazione di servizi finanziari, e non l'ambito di applicazione *ratione personae* della misura nazionale controversa o il suo rapporto con il prestatore, o il destinatario, di tali servizi⁶³. Infatti, l'ambito di applicazione di tale disposizione è definito con riferimento alle categorie di movimenti di capitali che possono essere oggetto di restrizioni⁶⁴.

99. Inoltre, sono dell'avviso che l'espressione «movimenti di capitali (...) che implicino (...) la prestazione di servizi finanziari», ai sensi dell'articolo 64, paragrafo 1, TFUE, debba essere interpretata restrittivamente nel senso che riguarda le misure restrittive aventi ad oggetto i movimenti di capitali che comportano la prestazione di servizi, ma non i servizi prestati in quanto tali. Infatti, come ha sottolineato l'avvocato generale Mengozzi nelle conclusioni presentate nell'ambito della causa *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, detta disposizione prende in considerazione, col suo tenore letterale, i movimenti di capitali che «implicino», cioè che comportino la prestazione di servizi finanziari⁶⁵.

100. Nel caso di specie, la categoria di movimenti di capitali considerata è la distribuzione di dividendi ai fondi pensione. Sono dell'avviso che, quando un fondo pensione percepisce dividendi, non sussista il nesso di causalità tra i movimenti di capitali e la prestazione di servizi finanziari, in quanto si tratta dell'acquisizione diretta di partecipazioni da parte di un investitore che desidera diversificare i propri

61 Sentenza del 26 febbraio 2019 (C-135/17, EU:C:2019:136, punto 28).

62 Paragrafo 40 delle presenti conclusioni.

63 V., in tal senso, sentenza del 21 maggio 2015, *Wagner-Raith* (C-560/13, EU:C:2015:347, punti 39 e da 43 a 45), in cui la Corte ha dichiarato che la misura nazionale deve avere ad oggetto i movimenti di capitali che presentano un nesso sufficientemente stretto con la prestazione di servizi finanziari e che, affinché ricorra un nesso siffatto, deve sussistere un nesso di causalità tra il movimento di capitali e la prestazione di servizi finanziari.

64 Sentenza del 15 febbraio 2017, X (C-317/15, EU:C:2017:119, punto 33 e giurisprudenza citata).

65 V., in generale, conclusioni presentate dall'avvocato generale Mengozzi il 6 novembre 2013 nella causa *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2013:710, paragrafi da 73 a 80).

attivi e ripartire meglio i rischi. Come ha sottolineato la Commissione, le acquisizioni di partecipazioni di un fondo pensione e i dividendi percepiti a tale titolo servono in via prioritaria al mantenimento degli attivi mediante una maggiore diversificazione nonché una migliore ripartizione dei rischi e degli accantonamenti da esso costituiti, al fine di garantire il rispetto degli impegni in materia di pensioni nei confronti dei suoi iscritti.

101. Infine, la restrizione di cui trattasi risiede nell'applicazione del meccanismo di imputazione integrale che riguarda l'imposizione dei dividendi percepiti dai fondi pensione residenti e di cui non possono beneficiare i fondi pensione non residenti. Orbene, detta restrizione non interessa i movimenti di capitali connessi alla prestazione di servizi finanziari ai propri iscritti da parte del fondo pensione.

102. Di conseguenza, sono dell'avviso che la clausola di standstill di cui all'articolo 64, paragrafo 1, TFUE non si applichi alla restrizione prevista dalla normativa tedesca in discussione nel procedimento principale.

V. Conclusione

103. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di rispondere nei termini seguenti alle questioni pregiudiziali sollevate dal Finanzgericht München (Tribunale tributario di Monaco di Baviera, Germania):

- 1) Gli articoli 63 TFUE e 65 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa di uno Stato membro che impone una ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti da una società residente tanto ai fondi pensione residenti quanto ai fondi pensione non residenti, prevedendo un meccanismo di imputazione integrale all'imposta sulle società unicamente per i fondi pensione residenti, e ha quindi l'effetto di quasi esentare tali dividendi da qualsiasi onere fiscale, mentre, per i fondi pensione non residenti, detta ritenuta costituisce un'imposta definitiva, nella misura in cui l'onere fiscale definitivo sui dividendi in parola sopportato, in tale Stato, dai fondi pensione non residenti è più elevato rispetto a quello gravante sui fondi pensione residenti, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare nel procedimento principale.
- 2) L'articolo 64, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che una normativa come quella in discussione nel procedimento principale, che non è stata sostanzialmente modificata dopo il 31 dicembre 1993 e prevede l'imputazione integrale dell'imposta sui redditi da capitale all'imposta sulle società, non rientra nell'ambito della prestazione di servizi finanziari ai sensi di detta disposizione.