

Causa C-537/20**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

21 ottobre 2020

Giudice del rinvio:

Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale, Germania)

Data della decisione di rinvio:

18 dicembre 2019

Ricorrente in primo grado e ricorrente in cassazione:

L Fund

Resistente in primo grado e resistente in cassazione:

Finanzamt D (Ufficio delle imposte D, Germania)

Oggetto del procedimento principale

Fondi immobiliari specializzati – Imposta sulle società – Distinzione tra fondi immobiliari specializzati nazionali ed esteri – Esenzione dall'imposta sulle società dei soli fondi immobiliari specializzati nazionali– Disparità di trattamento – Giustificazione

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio

Interpretazione del diritto dell'Unione, articolo 267 TFUE

Questione pregiudiziale

Se l'articolo 56 del Trattato che istituisce la Comunità europea (divenuto articolo 63 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) osti alla normativa di uno Stato membro ai sensi della quale i fondi immobiliari specializzati nazionali con investitori esclusivamente stranieri sono esenti dall'imposta sulle società, mentre i fondi immobiliari specializzati esteri con

investitori esclusivamente stranieri sono parzialmente imponibili limitatamente all'imposta sulle società per i redditi da locazione conseguiti sul territorio nazionale.

Disposizioni di diritto dell'Unione richiamate

Articolo 63 TFUE

Disposizioni nazionali richiamate

Körperschaftsteuergesetz (legge relativa all'imposta sulle società; in prosieguo: il «KStG»), in particolare articoli 1, paragrafo 1, punto 5, e 2, punto 1;

Investmentsteuergesetz von 2004 (legge sull'imposizione degli investimenti del 2004, in prosieguo: l'«InvStG 2004»), in particolare articoli 4, paragrafo 2, settima frase, 11, paragrafo 1, prima e seconda frase, 15, paragrafo 2, seconda frase.

Loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés (legge lussemburghese del 13 febbraio 2007 relativa ai fondi comuni di investimento specializzati)

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

- 1 Il ricorrente è un fondo comune di investimento (*fonds commun de placement*) sotto forma di fondo comune di investimento specializzato (*fonds d'investissement spécialisé*), istituito nel 2008 conformemente alla legge lussemburghese del 13 febbraio 2007 relativa ai fondi comuni di investimento specializzati e soggetto alla sorveglianza in materia di investimenti del Lussemburgo (Commission de Surveillance du Secteur Financier, in prosieguo: la «CSSF»). Né la sede, né la direzione commerciale del ricorrente si trovano in Germania.
- 2 Un fondo comune di investimento specializzato è un insieme indiviso di beni patrimoniali approvato dalla CSSF, strutturato in base al principio della ripartizione dei rischi e amministrato da una società di gestione per conto della comunità di investitori. La responsabilità degli investitori è limitata al loro investimento e i diritti degli investitori sono rappresentati dalle loro quote (v. articolo 4 della legge lussemburghese del 13 febbraio 2007 relativa ai fondi comuni di investimento specializzati). Un fondo di tale tipo è privo di personalità giuridica.
- 3 In quanto fondo comune di investimento specializzato, il ricorrente non è imponibile in Lussemburgo, ad eccezione dell'imposta sui movimenti di capitali a carico delle società di diritto civile e delle società commerciali e della tassa di sottoscrizione ai sensi dell'articolo 68 della legge lussemburghese del 13 febbraio 2007 relativa ai fondi comuni di investimento specializzati. Le distribuzioni di

utili effettuate dal ricorrente non sono soggette a ritenuta alla fonte in Lussemburgo e non sono tassate per i non residenti (v. articolo 66 della legge lussemburghese del 13 febbraio 2007 relativa ai fondi comuni di investimento specializzati).

- 4 Il ricorrente è stato istituito in un primo tempo per dieci anni come fondo immobiliare chiuso non quotato in borsa.
- 5 Al termine della durata del fondo vengono liquidati tutti gli investimenti immobiliari che non lo siano già stati e il ricavato delle vendite viene versato ai titolari delle quote. È fatto divieto alla società di gestione di trasferire in toto o in parte il portafoglio ai titolari di quote come assegnazione di beni materiali. Di conseguenza, anche i titolari di quote non hanno alcun diritto a un'assegnazione di beni materiali. Prima della scadenza del contratto del ricorrente non è consentita una richiesta di ritiro da parte dei titolari di quote.
- 6 Il ricorrente ha due investitori istituzionali che non hanno né la sede, né la direzione commerciale in Germania. Il fondo è amministrato da una società di gestione. Si tratta di una società a responsabilità limitata con sede in Lussemburgo, fondata il 25 marzo 2008 ai sensi del diritto lussemburghese e iscritta nel registro del commercio e delle imprese, che ha ottenuto l'autorizzazione della CSSF. Lo scopo della società di gestione è l'istituzione, l'amministrazione e la direzione del fondo.
- 7 La società di gestione acquisiva, con contratto del 31 marzo 2008/1° aprile 2008, a proprio nome ma, in quanto società di gestione, per conto del ricorrente, un portafoglio immobiliare. In dettaglio, quest'ultimo era costituito da 1 241 immobili in Germania, che, successivamente all'acquisizione, venivano concessi in locazione e in seguito parzialmente ceduti.
- 8 Dalla locazione e dalla cessione di singoli immobili di tale portafoglio il ricorrente ricavava redditi negli anni dal 2008 al 2010.
- 9 Nel luglio del 2013 il ricorrente presentava dichiarazioni sull'imposta sulle società per i periodi dal 2008 al 2010, nell'assunto di imponibilità parziale limitatamente all'imposta sulle società., facendo tuttavia presente, al tempo stesso, che a suo avviso non sussistevano obblighi tributari relativi all'imposta sulle società tedesca.
- 10 L'ufficio resistente riteneva per contro sussistente l'imponibilità liquidando pertanto l'imposta sulle società. Il Finanzgericht Münster (Tribunale tributario di Münster, Germania), con sentenza di rigetto del ricorso del 20 aprile 2017, confermava la posizione dell'Ufficio. Il ricorrente proponeva quindi ricorso per cassazione («Revision») dinanzi al Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale, Germania).

Breve esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 11 Ai sensi del diritto nazionale l'impugnazione sarebbe infondata. Il giudice del rinvio svolge, in limine, alcune considerazioni sulla tassazione di fondi comuni di investimento esteri, spiegando che i fondi comuni di investimento esteri sono imponibili – illimitatamente o limitatamente – in relazione all'imposta sulle società solo se, in base alla loro struttura economica e giuridica, soddisfano i requisiti, a prescindere da una personalità giuridica che eventualmente sussista ai sensi del diritto di un altro paese, di un soggetto tedesco soggetto all'imposta tedesca sulle società. Secondo costante giurisprudenza del giudice del rinvio, i fondi comuni di investimento rientrano in «altri patrimoni con vincolo di destinazione di diritto privato» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, punto 5, del KStG e, a seconda della loro sede e del luogo in cui è situata la direzione commerciale, sono soggetti, limitatamente o illimitatamente, all'imposta sulle società.
- 12 Il diritto tributario nazionale distingue, ai fini della tassazione, tra fondi nazionali ed esteri e tra fondi pubblici e fondi specializzati.
- 13 La tassazione di un fondo nazionale si basa sull'Investmentsteuergesetz (legge sulla tassazione degli investimenti). In generale, il regime fiscale è caratterizzato dal fatto che il fondo è considerato come un patrimonio con vincolo di destinazione ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, punto 5, del KStG, e quindi come un soggetto passivo ai fini dell'imposta sulle società, ma in quanto soggetto passivo ai fini dell'imposta sulle società esso è esente da tale imposta (articolo 11, paragrafo 1, prima e seconda frase, dell'InvStG 2004). Tale esenzione fiscale è sistematicamente collegata alla tassazione degli investitori. Con l'esenzione fiscale del fondo e la corrispondente tassazione degli investitori è stato attuato il cosiddetto principio di trasparenza, secondo cui viene sostenuto un onere fiscale una tantum a livello dell'investitore. In tal senso l'investitore del fondo viene trattato come un investitore diretto. Per assicurare la tassazione degli investitori viene prelevata una ritenuta alla fonte a livello del fondo (articolo 7 dell'InvStG 2004).
- 14 Per la tassazione di un fondo specializzato il legislatore segue allo stesso modo il principio di trasparenza. Pertanto il fondo specializzato nazionale è esente dall'imposta sulle società ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 1, seconda frase, dell'InvStG 2004 e la tassazione avviene al livello degli investitori. Il fondo specializzato si distingue dal fondo pubblico per il fatto che a quest'ultimo partecipa un numero indeterminato di investitori diversi, mentre al fondo specializzato possono aderire esclusivamente investitori che non siano persone fisiche (cosiddetti investitori istituzionali). Di frequente i fondi specializzati hanno solo uno o pochi investitori istituzionali che possono in effetti influenzare le decisioni di investimento.
- 15 Anche nel caso di un fondo immobiliare specializzato nazionale, la tassazione dei redditi ottenuti dagli immobili non avviene a livello del fondo, ma a quello degli investitori. Il legislatore ha quindi attuato il principio di trasparenza anche nel

settore dei fondi immobiliari specializzati. Se il fondo immobiliare specializzato nazionale ha investitori stranieri, i redditi nazionali da locazione inerenti al fondo vengono direttamente imputati (pro quota) all'investitore straniero quali redditi propri soggetti a tassazione limitata. Al fine di assicurare la tassazione dell'investitore straniero, a livello del fondo sussiste un obbligo di operare una ritenuta alla fonte (articolo 15, paragrafo 2, quarta frase, dell'InvStG 2004). Con il principio di trasparenza e l'obbligo di ritenuta alla fonte, il legislatore tedesco garantisce la propria giurisdizione tributaria, in qualità di Stato di ubicazione, dei proventi derivanti da beni immobili nazionali.

- 16 Il legislatore ha attuato il principio di trasparenza al fine di contrastare l'ottenimento di vantaggi fiscali ingiustificati da parte di (grandi) investitori stranieri nel settore immobiliare. Un investitore del genere sarebbe stato, infatti, limitatamente imponibile in caso di investimento diretto in immobili nazionali. In caso di investimento in un fondo immobiliare specializzato, egli avrebbe potuto eludere senza grandi difficoltà tali obblighi tributari.
- 17 Di conseguenza, i fondi immobiliari specializzati stranieri non sono esenti dall'imposta sulle società (articolo 11, paragrafo 1, seconda frase, dell'InvStG 2004). L'applicazione diretta di tale esenzione al ricorrente è esclusa a causa del chiaro tenore letterale secondo cui solo i fondi comuni d'investimento nazionali sono esenti dall'imposta sulle società. Un'applicazione analogica dell'articolo 11, paragrafo 1, seconda frase, dell'InvStG 2004 non viene presa in considerazione in quanto non si tratta di una lacuna normativa involontaria. Il legislatore ha intenzionalmente distinto tra fondi comuni d'investimento nazionali ed esteri.
- 18 La conseguenza di tale normativa è che il fondo immobiliare specializzato estero deve provvedere esso stesso all'imposizione dei redditi derivanti dalla locazione dei beni immobili situati in Germania. Del resto, non si verifica in tal modo una tassazione degli investitori stranieri del fondo immobiliare specializzato estero, il che significherebbe gravare di un duplice onere fiscale i redditi da locazione, poiché nelle disposizioni nazionali applicabili nel procedimento principale non è previsto un obbligo tributario degli investitori stranieri del fondo immobiliare specializzato estero in relazione alla distribuzione di utili ottenuti dal fondo.
- 19 Il giudice del rinvio non è certo, tuttavia, che l'esclusione del ricorrente dal beneficio dell'esenzione fiscale di cui all'articolo 11, paragrafo 1, seconda frase, dell'InvStG 2004 sia compatibile con il diritto dell'Unione, in particolare con la libera circolazione dei capitali (articolo 63 TFUE).
- 20 Il giudice medesimo richiama le sentenze della Corte di giustizia del 10 maggio 2012, Santander Asset Management SGIIC e a. (da C- 338/11 a C- 347/11, EU:C:2012:286); del 10 aprile 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C- 190/12, EU:C:2014:249), e del 21 giugno 2018, Fidelity Funds e a. (C- 480/16, EU:C:2018:480), che tuttavia non ritiene pertinenti. Nel caso di specie viene infatti assicurata, per effetto dell'imponibilità limitata relativa all'imposta sulle società dei redditi da locazione conseguiti dal

ricorrente, la tassazione una tantum dei redditi medesimi con l'imposta nazionale sui redditi, secondo il principio comune a livello internazionale dello Stato di ubicazione. Per un analogo fondo immobiliare specializzato avente sede nel territorio del paese, la tassazione una tantum dei redditi nazionali da locazione viene assicurata dalla tassazione degli investitori soggetti all'obbligo tributario limitato in relazione all'imposta sulle società. In tal modo, in definitiva, l'investimento immobiliare è assoggettato allo stesso onere fiscale e sorge l'interrogativo se, con il diniego dell'esenzione fiscale ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 1, seconda frase, dell'InvStG 2004, fondi stranieri vengano di fatto dissuasi da investimenti in beni immobili nazionali.

- 21 Inoltre, il giudice del rinvio ritiene poco probabile che investitori nazionali vengano realmente scoraggiati dall'acquisire quote in fondi comuni di investimento stranieri non esenti, bensì soggetti all'obbligo tributario limitato in relazione all'imposta sulle società. È vero che, per questo gruppo di investitori, all'onere fiscale a livello del fondo straniero limitatamente soggetto all'imposta sulle società si aggiungerebbe l'imposta sui redditi degli investitori cui si applica illimitatamente l'imposta sulle società in caso di distribuzione degli utili del fondo. Tale duplice onere è annullato, tuttavia, dalla possibilità di detrazione dell'imposta versata di cui all'articolo 4, paragrafo 2, settima frase, dell'InvStG 2004. L'aspetto più significativo riguarda piuttosto il fatto che un fondo pubblico si differenzia notevolmente da un fondo specializzato. Nel caso di quest'ultimo, una cerchia ristretta di investitori istituzionali, se non addirittura un singolo investitore, utilizza un siffatto fondo come veicolo per l'investimento che ha pianificato in un determinato obiettivo. In presenza di una tale esclusività della cerchia di investitori, l'inclusione di potenziali investitori istituzionali nazionali nell'esame di una limitazione della libertà fondamentale potrebbe apparire come una possibilità puramente teorica e quindi trascurabile.
- 22 È inoltre dubbio se la disparità di trattamento determinata dall'articolo 11, paragrafo 1, prima e seconda frase, dell'InvStG 2004 riguardi situazioni che siano oggettivamente comparabili tra loro. Nella giurisprudenza sopra richiamata, la Corte di giustizia ha fondato l'esame della comparabilità unicamente sul fondo, senza tener conto della situazione fiscale degli investitori, e ha confermato la comparabilità tra fondi aventi sede rispettivamente sul territorio nazionale e al di fuori di esso.
- 23 La Corte tuttavia ha anche deciso che, nell'esame della comparabilità, è possibile che si debba abbandonare il piano del regime fiscale del fondo e considerare, in via eccezionale, anche la situazione fiscale dell'investitore, quando la normativa di legge subordina l'esenzione fiscale del fondo alla condizione che gli utili dallo stesso conseguiti siano integralmente distribuiti ai titolari di quote, e ciò al fine di rendere l'onere fiscale sui redditi da investimento che transitano attraverso il fondo più prossimo a quello gravante sugli investimenti diretti dei privati (v. sentenza del 10 maggio 2012, Santander Asset Management SGIIC e a., da C- 338/11 a C- 347/11, EU:C:2012:286, punto 40). Nella specie il legislatore tedesco di fatto non ha presunto, con una fictio, l'integrale distribuzione degli

utili; tuttavia, l'imputazione diretta dei redditi da locazione agli investitori stranieri, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 2, seconda frase, dell'InvStG 2004, nonché l'imponibilità limitata relativa all'imposta sulle società espressamente disposta per i redditi medesimi vanno ben oltre l'effetto di una (presunta) distribuzione integrale degli utili. Da tale prassi emerge segnatamente il fatto che la situazione fiscale del fondo ha un peso solo nella misura in cui viene in esame la qualifica di fondo immobiliare specializzato, dovendosi, quanto al resto, necessariamente considerare la situazione degli investitori. Il fatto che, quindi, ai fini della tassazione dei redditi derivanti dai beni immobiliari non rilevi il regime fiscale del fondo, bensì la residenza degli investitori, potrebbe incidere in senso sfavorevole alla possibilità di comparare le situazioni.

- 24 Occorre, inoltre, acclarare se motivi imperativi di interesse generale possano giustificare il disposto dell'articolo 11, paragrafo 1, dell'InvStG 2004. Nelle tre sentenze sopra citate la Corte di giustizia ha dichiarato che, allorché uno Stato membro abbia scelto di non assoggettare ad imposta i fondi di investimento residenti beneficiari di dividendi di origine nazionale, non può invocare la necessità di garantire una ripartizione equilibrata della potestà impositiva tra gli Stati membri per giustificare l'assoggettamento ad imposta dei fondi di investimento non residenti beneficiari di tali redditi.
- 25 Prima facie, ciò sembra avvalorare la tesi secondo cui l'esenzione fiscale concessa dall'articolo 11, paragrafo 1, seconda frase, dell'InvStG 2004 nei confronti dei fondi residenti non possa essere giustificata invocando la salvaguardia di una ripartizione equilibrata dei poteri impositivi tra gli Stati membri. Tuttavia, anche sotto questo aspetto gli elementi specifici in fatto e in diritto del caso controverso potrebbero indurre a una valutazione diversa.
- 26 Negando l'esenzione fiscale ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 1, seconda frase, dell'InvStG 2004 e facendo valere nei confronti del ricorrente, in quanto fondo immobiliare specializzato non residente, l'imponibilità parziale limitatamente all'imposta sulle società per i redditi nazionali da locazione, il legislatore tedesco esercita la propria giurisdizione tributaria in quanto Stato di ubicazione. Anche l'articolo 6 del modello di convenzione dell'Organisation for Economic Cooperation and Development (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici, OCSE) riconosce allo Stato di ubicazione il diritto di tassazione per i redditi derivanti dal patrimonio immobiliare. Il tipo di redditi prodotti dal fondo ha anche inciso, nei casi sui quali la Corte si è pronunciata, sull'esame dei motivi di giustificazione, nel senso che essa ha rilevato che sui redditi da dividendi distribuiti dal fondo gravava già l'imposta sui redditi riscossa a livello della società di capitali distributrice (sentenza del 21 giugno 2018, Fidelity Funds e a., C- 480/16, EU:C:2018:480, punto 72). Nel caso dei redditi da locazione percepiti dal ricorrente non risulta un simile prelievo fiscale a monte.
- 27 Per i fondi esteri con investitori stranieri occorre considerare che la giurisdizione tributaria sui redditi nazionali da locazione da parte dello Stato di ubicazione non può essere garantita senza una tassazione a livello del fondo. Infatti un fondo

residente può essere obbligato a operare una ritenuta dell'imposta alla fonte, così da assicurare la tassazione dell'investitore straniero; tuttavia, per i fondi non residenti ciò non è possibile. Inoltre, a differenza dei redditi da dividendi, manca un prelievo (a monte) sui redditi da locazione.

- 28 Infine, l'esclusione del ricorrente dall'esenzione fiscale di cui all'articolo 11, paragrafo 1, seconda frase, dell'InvStG 2004 può essere giustificata al fine di salvaguardare la coerenza del sistema fiscale.
- 29 Secondo la giurisprudenza della Corte in materia di fondi comuni, affinché un argomento fondato su tale motivo di giustificazione possa essere accolto, occorre un nesso diretto tra il beneficio fiscale di cui trattasi e la compensazione di tale beneficio con un determinato prelievo fiscale, dovendosi determinare il carattere diretto del suddetto nesso alla luce della finalità della normativa fiscale di cui trattasi.
- 30 In una fattispecie come quella qui in esame, un nesso diretto di tal genere potrebbe essere ravvisato nel fatto che l'esenzione fiscale del fondo immobiliare specializzato nazionale è compensata dalla tassazione diretta degli investitori istituzionali stranieri.
- 31 A questo punto, si deve ancora verificare se il diniego di esenzione fiscale per il fondo immobiliare specializzato nazionale non ecceda quanto necessario per assicurare la coerenza del sistema tedesco di tassazione degli investimenti.
- 32 Trasponendo quanto dichiarato dalla Corte nella sentenza del 21 giugno 2018, *Fidelity Funds e a.* (C-480/16, EU:C:2018:480, punto 84) al sistema di tassazione tedesco, sarebbe rilevante che i fondi comuni di investimento non residenti, ai quali non viene concessa l'esenzione fiscale ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 1, seconda frase, dell'InvStG 2004 e che pertanto sono tenuti a versare l'imposta sulle società tedesca, dimostrino di pagare un'imposta corrispondente all'imposta sulle società tedesca. A parere del giudice del rinvio, tale prova non può essere prodotta in un caso come quello in esame, dato che il ricorrente, in quanto fondo immobiliare specializzato lussemburghese, non è soggetto in Lussemburgo né a un'imposta (a suo carico) sui redditi da locazione conseguiti in Germania, né all'obbligo di operare una ritenuta alla fonte.
- 33 Inoltre, nella sentenza del 21 giugno 2018, *Fidelity Funds e a.* (C-480/16, EU:C:2018:480, punto 85), la Corte ha precisato che il diniego di riconoscere ai fondi non residenti in Danimarca il beneficio dell'esenzione dalla ritenuta alla fonte conduce a un'imposizione a catena dei dividendi versati ai loro detentori di quote residenti in Danimarca, circostanza che contrasta proprio con l'obiettivo perseguito dalla normativa nazionale.
- 34 Trasponendo tali affermazioni al regime fiscale tedesco, risulterebbe rilevante se il diniego di concedere ai fondi comuni non residenti in Germania il beneficio dell'esenzione dall'imposta sulle società ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, seconda frase, dell'InvStG implichi un'imposizione a catena degli utili distribuiti

agli investitori residenti in Germania. A tal proposito occorre, tuttavia, richiamare nuovamente le specifiche caratteristiche in fatto e in diritto della presente fattispecie. Da un lato, con riferimento agli investitori nazionali, la doppia imposizione sarebbe eliminata grazie alla possibilità di detrazione prevista dall'articolo 4, paragrafo 3, settima frase, dell'InvStG 2004. Dall'altro, il ricorrente è sì escluso, in quanto fondo comune estero, dal beneficio dell'esenzione dall'imposta sulle società di cui all'articolo 11, paragrafo 1, seconda frase, dell'InvStG 2004, tuttavia esso non ha investitori residenti in Germania per i quali potrebbe verificarsi una doppia imposizione dei redditi immobiliari (dapprima a livello del fondo e poi a livello degli investitori). La sua attività, quale fondo specializzato chiuso, non è neppure orientata ad acquisire tali investitori. Infatti, dietro a questo tipo di fondo si colloca tipicamente un numero definito di pochi investitori istituzionali aventi interessi convergenti che utilizzano il fondo stesso come veicolo per i propri investimenti.

DOCUMENTO DI LAVORO