CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
L.A. GEELHOED
presentate il 27 aprile 2006 [1]

I — Introduzione

1. Con il presente rinvio pregiudiziale, il Conseil d'Etat (Consiglio di Stato) francese chiede se sia incompatibile con l'art. 43 CE il fatto che uno Stato membro mantenga un sistema di tassazione dei dividendi in base al quale detto Stato esenta quasi interamente i dividendi versati alle società madri nazionali dall'imposta a carico di tali società, mentre assoggetta i dividendi versati alle società madri non residenti a una doppia imposizione economica per la quale di fatto non viene concessa alcuna esenzione in applicazione della Convenzione sulla doppia imposizione (in prosieguo: la «CDI») vigente.

2. La presente controversia, poiché verte sul trattamento riservato da uno Stato membro ai dividendi in uscita, solleva ancora una volta la questione della portata degli obblighi che incombono a uno Stato fonte in forza dell'art. 43 CE. Ho esaminato tale questione in modo approfondito nelle mie conclusioni nella causa C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation [2].

II — Ambito normativo

A — *Normativa francese vigente all'epoca dei fatti*

3. L'art. 119 bis, n. 2, del codice generale delle imposte francese (Code general des impôts; in prosieguo: il «CGI») disponeva che i ricavi di cui agli artt. 108-117 bis del CGI — compresi i rendimenti dei titoli — davano luogo all'applicazione di una ritenuta fiscale alla fonte la cui aliquota era fissata dall'art. 187, n. 1, del CGI, qualora essi andassero a beneficio di soggetti che non avevano il domicilio fiscale o la sede in Francia. L'art. 187, n. 1, del CGI fissava l'aliquota di tale ritenuta al 25 %. Tuttavia,

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — Conclusioni presentate il 23 febbraio 2006 nella causa C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation.

alcune convenzioni sulla doppia imposizione prevedevano un'aliquota ridotta di ritenuta alla fonte.

4. Nel caso dei dividendi versati da un'affiliata francese a una società madre dello stesso Stato non veniva riscossa alcuna ritenuta alla fonte. Inoltre, ai sensi dell'art. 145, n. 1, del CGI, le società e gli altri organismi soggetti all'imposta francese sulle società all'aliquota normale che avessero la sede o uno stabilimento in Francia potevano rientrare nell'ambito di applicazione del cosiddetto regime fiscale delle «società madri» istituito dall'art. 216 del CGI. Tale disposizione prevedeva in sostanza, nella versione pertinente alla fattispecie ora in esame, che i dividendi che davano diritto all'applicazione del regime delle società madri e rientravano nell'ambito di applicazione dell'art. 145 del CGI erano quasi interamente esentati dall'imposta a carico della società madre: tali dividendi venivano esclusi dall'utile totale imponibile della società madre, ad eccezione di un 5 % fisso del ricavo totale delle partecipazioni della società madre, compresi i crediti d'imposta, che non era deducibile (e rappresentava spese e oneri).

B — *Convenzione franco-olandese del 16 marzo 1973 sulla doppia imposizione*

5. L'art. 10, n. 1, della CDI franco-olandese prevede che i dividendi versati da una società che ha sede in uno dei due Stati a un residente dell'altro Stato sono tassati in quest'ultimo. Tuttavia, l'art. 10, n. 2, della CDI dispone che tali dividendi possono essere soggetti a imposizione nello Stato in cui ha sede la società che versa i dividendi a un'aliquota massima del 5 % dell'importo lordo dei dividendi, se il beneficiario è una società per azioni o a responsabilità limitata che dispone direttamente almeno del 25 % del capitale della società che versa i dividendi.

6. L'art. 24, n. 1, della CDI franco-olandese prevede che, per evitare la doppia imposizione, i Paesi Bassi possono includere nella base imponibile gli elementi del reddito o del patrimonio che, conformemente a quanto disposto dalla CDI, sono imponibili in Francia. L'art. 24, n. 3, della CDI dispone in sostanza che, per quanto riguarda gli elementi del reddito compresi nella base imponibile olandese ai sensi dell'art. 24, n. 1, e tassabili, tra l'altro, in forza dell'art. 10, n. 2, della CDI, i Paesi Bassi concedono una riduzione pari alla ritenuta alla fonte francese riscossa sui dividendi di fonte francese, entro il limite dell'importo dell'imposta olandese altrimenti dovuta su tali dividendi.

III — Fatti e procedimento

7. La Denkavit Internationaal BV è una società dei Paesi Bassi che all'epoca dei fatti controllava due affiliate francesi, la Agro finances SARL, in cui deteneva una partecipazione del 99,9 %, e la Denkavit France SARL, in cui deteneva una partecipazione pari al 50 %. Il rimanente 50 % del capitale della Denkavit France era detenuto dalla Agro Finance; pertanto, la Denkavit Internationaal controllava quasi l'intero capitale della Agro Finance e della Denkavit France. Nel periodo 1987-1989, queste due società versavano dividendi pari a FRF 14,5 milioni alla Denkavit Internationaal. Ai sensi della normativa fiscale francese, in combinato disposto con la CDI franco-olandese, tali dividendi erano soggetti a una ritenuta alla fonte pari al 5 %.

8. Benché non sia esplicitamente precisato nell'ordinanza di rinvio, è pacifico che, ai sensi della normativa olandese, i dividendi versati da un'affiliata francese a una società madre olandese quale la Denkavit Internationaal sarebbero stati esentati dall'imposizione nei Paesi Bassi a carico della società madre.

9. La Denkavit Internationaal e la Denkavit France contestavano dinanzi all'amministrazione fiscale francese la ritenuta alla fonte del 5 % riscossa in Francia, facendo valere che tale prelievo costituiva una violazione dell'art. 43 CE e della clausola di non discriminazione di cui all'art. 25 della CDI franco-olandese.

10. In seguito al rigetto di tale reclamo, le società proponevano ricorso dinanzi al Tribunal Administratif (Tribunale amministrativo) di Nantes (Francia), che, con sentenza 10 aprile 1997, accoglieva la loro domanda in quanto la ritenuta alla fonte costituiva una violazione dell'art. 43 CE e disponeva il rimborso di tale imposta. Il Ministro dell'Economia, delle Finanze e dell'Industria francese interponeva appello dinanzi alla Cour Administrative d'Appel (Corte d'appello amministrativa) di Nantes, che annullava la sentenza e confermava la validità della ritenuta alla fonte. La Denkavit Internationaal e la Denkavit France, a loro volta, proponevano ricorso dinanzi al Conseil d'Etat, che, con sentenza 15 dicembre 2004, ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se un dispositivo che addebita l'onere di un'imposizione ad una società madre, beneficiaria del versamento di dividendi, non avente sede in Francia, dispensandone le società madri con sede in Francia sia censurabile riguardo al principio della libertà di stabilimento

2) Se un tale dispositivo di trattenuta alla fonte sia di per sé censurabile riguardo al principio della libertà di stabilimento o se, dato che una convenzione fiscale stipulata tra la Francia e un altro Stato membro, la quale autorizza la detta trattenuta alla fonte, prevede la possibilità di imputare all'imposta dovuta in quest'altro Stato membro l'onere addebitato ai sensi del dispositivo censurato, occorra tener conto di tale convenzione

per valutare la compatibilità del detto dispositivo con il principio della libertà di stabilimento.

3) Se, nell'ipotesi in cui sia accolta la seconda parte dell'alternativa sub 2, l'esistenza della suddetta convenzione sia sufficiente a far considerare il dispositivo censurato come un mero meccanismo di ripartizione della materia imponibile tra i due Stati interessati, privo di incidenza per le imprese, o se l'eventualità che per una società madre non avente sede in Francia risulti impossibile procedere all'imputazione prevista dalla convenzione debba indurre a considerare tale dispositivo come una violazione del principio della libertà di stabilimento».

IV — Analisi

11. In via preliminare, rilevo che i fatti in discussione nella presente causa hanno avuto luogo tra il 1987 e il 1989, vale a dire prima dell'adozione della direttiva 23 luglio 1990, 90/435, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (in prosieguo: la «direttiva sulle società madri e figlie») [3]. L'art. 5, n. 1, di tale direttiva prevedeva, nella sua formulazione originale, che gli utili distribuiti da una società figlia alla sua società madre, almeno quando quest'ultima detiene una partecipazione minima del 25 % nel capitale della società figlia, sono esenti dalla ritenuta alla fonte [4]. Conformemente all'art. 8, gli Stati membri dovevano recepire la direttiva nei propri ordinamenti nazionali entro il 1° gennaio 1992, ossia dopo i fatti all'origine della presente causa. Di conseguenza, la direttiva sulle società madri e figlie non è applicabile alla fattispecie ora in esame.

12. Rilevo inoltre che, poiché all'epoca dei fatti la Denkavit Internationaal controllava quasi l'intero capitale della Agro Finance e della Denkavit France, è evidente che occorre esaminare la fattispecie sotto il profilo della compatibilità con l'art. 43 CE, anziché con l'art. 56 CE. Conformemente a costante giurisprudenza della Corte, si avvale del suo diritto di stabilimento una società stabilita in uno Stato membro che detenga nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro una partecipazione tale da conferirle una sicura influenza sulle decisioni della seconda e da consentirle di indirizzarne l'attività [5].

A — *Sulla prima questione*

13. Con la prima questione, il giudice nazionale chiede se una misura che assog-

3 — Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, 90/435/CEE, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (GU L 225, pag. 6).

4 — Tale disposizione è stata modificata con direttiva del Consiglio 22 dicembre 2003, 2003/123/CE, che modifica la direttiva 90/435/CEE concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (GU L 7, pag. 41).

5 — Sentenza 13 aprile 2000, causa C-251/98, Baars (Racc. pag. I-2787, punto 22), e mie conclusioni nella causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, cit. alla nota 2, paragrafo 27.

getta ad imposta i dividendi percepiti dalle società madri non aventi sede in Francia, ma non quelli percepiti dalle società madri che hanno sede in tale Stato, sia incompatibile con la libertà di stabilimento.

14. Nel contesto dei fatti della presente causa, il giudice nazionale chiede in sostanza se, in linea di principio, sia incompatibile con l'art. 43 CE il fatto che la Francia assoggetti a ritenuta alla fonte i dividendi versati da un'affiliata francese a una società madre olandese, ma non riscuota un'analoga imposta sui dividendi versati da un'affiliata francese a una società madre francese.

15. Per risolvere tale questione, è importante distinguere, ai fini della chiarezza dell'analisi, tra i diversi livelli di tassazione che in linea di principio possono colpire gli utili distribuiti da un'affiliata. In primo luogo, tali utili possono essere tassati in capo all'affiliata con l'imposta sulle società. In secondo luogo, gli utili possono essere tassati quando vengono versati all'azionista (società madre), sotto forma di imposta sul reddito all'atto del versamento dei dividendi e/o sotto forma di ritenuta alla fonte in capo alla società distributrice.

16. L'esistenza di questi due possibili livelli di tassazione può condurre, da un lato, a una doppia imposizione economica (duplice tassazione dello stesso reddito, a carico di due contribuenti diversi) e, dall'altro, a una doppia imposizione giuridica (duplice tassazione del reddito a carico del medesimo contribuente). La doppia imposizione economica ha luogo, ad esempio, quando gli stessi utili vengono tassati una prima volta in capo alla società a titolo di imposta sulle società e una seconda volta in capo all'azionista a titolo di imposta sul reddito. La doppia imposizione giuridica si verifica, ad esempio, quando un'azionista viene assoggettato prima a una ritenuta alla fonte e poi a un'imposta sul reddito, riscosse da Stati diversi sui medesimi utili.

17. Nella fattispecie, nel caso dei dividendi versati da affiliate francesi a società madri francesi, il sistema francese di tassazione dei dividendi comportava un'esenzione quasi completa dalla doppia imposizione economica sui dividendi in quanto questi ultimi erano tassati una sola volta — mediante l'imposta sulle società riscossa sugli utili dell'affiliata — e venivano esentati quasi totalmente da un secondo livello di imposizione a carico della società madre.

18. Nel caso dei dividendi versati da affiliate francesi a società madri olandesi, invece, il sistema francese — considerato di per sé e senza tener conto dell'effetto della CDI franco-olandese, come richiesto dai termini della prima questione del giudice nazionale — assoggettava tali dividendi a doppia

imposizione economica, prima mediante l'imposta sulle società sugli utili dell'affiliata e poi in capo alla società madre con la ritenuta alla fonte sulla loro distribuzione.

19. La questione è se tale disparità di trattamento costituisca una discriminazione illegittima tra una società madre francese e una società madre olandese, incompatibile con l'art. 43 CE.

20. È costante giurisprudenza della Corte che, se è pur vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario [6]. Come ho osservato nelle mie conclusioni nelle cause Test Claimants in the ACT Group Litigation, Test Claimants in the FII Group Litigation e Kerckhaert e Morres [7], vi è violazione degli artt. 43 CE e 56 CE nel caso in cui il diverso trattamento applicato dallo Stato membro interessato ai suoi soggetti passivi non è conseguenza diretta e logica del fatto che, allo stadio attuale di evoluzione del diritto comunitario, ai soggetti passivi si possono applicare in situazioni transfrontaliere obblighi fiscali diversi da quelli che si applicano per situazioni meramente interne [8]. Ciò significa in particolare che, per ricadere nelle disposizioni sulla libertà di circolazione del Trattato, il trattamento fiscale svantaggioso deve risultare da una discriminazione diretta od occulta derivante dalle norme di un ordinamento e non meramente dalle divergenze o dalla ripartizione della competenza tributaria tra due o più sistemi di Stati membri, o dalla coesistenza di amministrazioni fiscali nazionali [9].

21. Nella fattispecie, la competenza tributaria esercitata dalla Francia sui dividendi in uscita versati a società madri olandesi — in quanto soggetti non aventi sede in Francia — è limitata a ciò che nel diritto tributario internazionale viene definito competenza dello «Stato fonte» o territoriale, vale a dire che la Francia ha competenza tributaria solo sui redditi percepiti dalla società madre olandese nell'ambito della competenza dello Stato fonte.

22. Come ho rilevato nelle mie conclusioni relative alla causa Test Claimants in the ACT Group Litigation, la natura di un obbligo incombente a uno Stato fonte in forza dell'art. 43 CE, allorché detto Stato esercita la propria competenza fiscale sui redditi di

6 — V., ad esempio, sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer (Racc. pag. I-10837, punto 29), e giurisprudenza ivi cit..

7 — V. le mie conclusioni nella causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, citate alla nota 2, paragrafi 32 e segg., le mie conclusioni del 6 aprile 2006 nella causa C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, paragrafi 37 e segg., e le mie conclusioni del 6 aprile 2006 nella causa C-513/04, Kerckhaert e Morres, paragrafi 18 e 19.

8 — Per un'analisi approfondita su questo punto, v. le mie conclusioni nella causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, citate alla nota 2, paragrafi 31-54.

9 — Ibid., paragrafo 55.

non residenti, consiste nel trattare tali redditi in modo equiparabile a quello in cui tratta i redditi dei residenti — vale a dire, nell'obbligo di non discriminare tra residenti e non residenti quando questi ultimi sono soggetti alla sua competenza fiscale [10]. Così, ad esempio, la Corte ha dichiarato che quando uno Stato fonte esercita la propria competenza fiscale su un'affiliata straniera, non può imporre a tale affiliata un'imposta sulle società superiore a quella applicabile alle proprie società residenti [11]. Del pari, le agevolazioni fiscali accordate alle società residenti — comprese quelle concesse in forza di convenzioni sulla doppia imposizione [12] — devono essere accordate allo stesso modo alle succursali (sedi permanenti) delle società non residenti se tali succursali sono soggette per il resto all'imposta sulle società nello stesso modo in cui lo sono le società residenti [13]. Analogamente, qualora uno Stato fonte scelga di esentare dalla doppia imposizione economica interna i residenti, deve estendere l'esenzione ai non residenti se tale analoga doppia imposizione interna deriva dall'esercizio della sua competenza tributaria su di essi (ad esempio, quando lo Stato fonte assoggetta gli utili delle società prima all'imposta sulle società e poi a un secondo livello di tassazione — sul reddito o mediante ritenuta alla fonte — all'atto della distribuzione). Ciò discende dal principio secondo cui le agevolazioni fiscali concesse dallo Stato fonte ai non residenti devono essere identiche a quelle accordate ai residenti nel caso in cui lo Stato fonte, per il resto, eserciti la medesima competenza tributaria su entrambi i gruppi [14].

23. Applicando tali principi ai fatti ora in esame, lo scenario delineato dal giudice nazionale nella sua prima questione costituisce un chiaro esempio di discriminazione da parte della Francia tra società madri francesi (dividendi nazionali) e società madri olandesi (dividendi in uscita). Come ho detto, il sistema francese in discussione garantiva un'esenzione quasi totale dalla doppia imposizione economica degli utili versati da un'affiliata francese a un società madre francese (mediante un'esenzione dalla tassazione a carico della società madre), mentre applicava una doppia imposizione economica sugli utili versati da un'affiliata francese a una società madre olandese (mediante una ritenuta alla fonte sui dividendi in uscita) [15]. Di per sé, quindi, senza tenere conto dell'effetto delle convenzioni sulla doppia imposizione applicabili — cui fanno riferimento la seconda e la terza questione del giudice nazionale — tale trattamento è palesemente discriminatorio ai sensi dell'art. 43 CE: infatti, la Francia imponeva sui dividendi versati alle società madri olandesi un onere fiscale più elevato rispetto a quello gravante sui dividendi «nazionali» distribuiti alle società madri francesi.

10 — Ibid., paragrafi 66-73 e 88.

11 — Sentenza 29 aprile 1999, causa C-311/97, Royal Bank of Scotland (Racc. pag. I-2651).

12 — Sentenza 21 settembre 1999, causa C-307/97, Saint-Gobain (Racc. pag. I-6161).

13 — V. sentenze 28 gennaio 1986, causa C-270/83, Commissione/Francia (detta «Credito fiscale») (Racc. pag. 273), 13 luglio 1993, causa C-330/91, Commerzbank (Racc. pag. I-4017), e 15 maggio 1997, causa C-250/95, Futura (Racc. pag. I-2471).

14 — V. sentenze citate alle note 12 e 13.

15 — Benché la questione non venga esaminata nell'ordinanza di rinvio, sembra che ciò valga anche per altre società madri non francesi, sebbene il livello esatto della ritenuta sui dividendi in uscita dipenda dalle disposizioni della (eventuale) CDI applicabile.

24. È vero che, conformemente all'art. 216, n. 2, del CGI, mentre i dividendi versati a una società madre francese erano quasi interamente esentati da imposta in capo alla società madre, una quota fissa pari al 5 % degli utili totali della società madre derivanti dalle sue partecipazioni, compresi i crediti di imposta, non era detraibile dagli utili totali imponibili della società madre (e rappresentava spese e oneri connessi ai dividendi esenti). Benché ne conseguisse che i dividendi nazionali non erano interamente dispensati dalla doppia imposizione economica — in quanto il 5 % di tali utili era compreso negli utili imponibili della società madre francese — è chiaro che tali dividendi erano comunque soggetti a un onere fiscale complessivo inferiore rispetto a quello gravante sui dividendi in uscita, che, a norma dell'art. 187, n. 1, del CGI, e in mancanza di una CDI applicabile, erano soggetti a una ritenuta pari al 25 % e, nel caso dei dividendi in uscita versati a una società madre olandese, erano soggetti a una ritenuta del 5 % ai sensi della CDI franco-olandese.

25. Il governo francese osserva tuttavia che tale disparità di trattamento non costituisce una discriminazione ai sensi dell'art. 43 CE, dal momento che, in base al principio di territorialità, la Francia — in quanto Stato fonte — ha facoltà di tassare i dividendi versati da un'affiliata francese a una società madre non francese.

26. Tale argomento non è affatto persuasivo. Come ho rilevato nelle mie conclusioni relative alla causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, mentre, ai sensi del diritto comunitario, il potere di ripartire la competenza fiscale spetta unicamente agli Stati membri — e in varie occasioni la Corte ha espressamente riconosciuto la compatibilità con il diritto comunitario della distinzione fondamentale tra competenza dello Stato di residenza e competenza dello Stato fonte —, nell'esercizio di tale competenza gli Stati membri devono comunque rispettare il divieto di discriminazione sancito dagli artt. 43 CE e 56 CE [16].

27. Il governo francese afferma inoltre che, in linea di principio, conformemente al diritto tributario internazionale, l'esenzione dalla doppia imposizione in una situazione di reddito transfrontaliero rientra nella competenza dello Stato di residenza del contribuente, vale a dire, nel caso di una società madre olandese, i Paesi Bassi. Tuttavia, ritengo che anche questo argomento sia del tutto inconferente. È vero che, come ho rilevato nelle mie conclusioni relative alla causa Kerckhaert e Morres, nei casi in cui la doppia imposizione giuridica deriva da un reddito trasnfrontaliero, in genere, in forza del principio di diritto internazionale della

16 — V. le mie conclusioni nella causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, citate alla nota 2, paragrafi 51 e 52; sentenze 19 gennaio 2006, causa C-265/04, Bouanich (Racc. pag. I-923, punti 49 e 50), 5 luglio 2005, causa C-376/03, D (Racc. pag. I-5821, punto 28), 12 giugno 2003, causa C-234/01, Gerritse (Racc. pag. I-5933, punto 45), 12 dicembre 2002, causa C-385/00, De Groot (Racc. pag. I-11819, punto 93), 12 maggio 1998, causa C-336/96, Gilly (Racc. pag. I-2793, punti 30 e 31), Saint-Gobain, cit. alla nota 12, Futura, cit. alla nota 13, punti 20 e 21, e 14 febbraio 1995, causa C-279/93, Schumacker (Racc. pag. I-225, punto 57).

«titolarità del paese fonte», spetta allo Stato di residenza scegliere se e in quale misura ridurre tale doppia imposizione [17]. Ciò non modifica in alcun modo l'obbligo dello Stato fonte di trattare i non residenti in maniera identica ai residenti, quando i primi rientrano nella sua competenza tributaria.

28. Infine, aggiungerei che il governo francese non ha addotto alcun argomento per spiegare perché tale trattamento discriminatorio andrebbe ritenuto giustificato, alla luce, ad esempio, dell'esigenza di impedire abusi di diritto [18] o di garantire la coesione fiscale dei sistemi tributari nazionali [19], né l'esistenza di siffatta giustificazione sembra emergere dall'ordinanza di rinvio.

29. Di conseguenza, la prima questione dev'essere risolta nel senso che costituisce una restrizione discriminatoria alla libertà di stabilimento incompatibile con l'art. 43 CE una misura come quella in discussione nel procedimento principale, che assoggetta a ritenuta alla fonte i dividendi versati alle società madri non aventi sede in Francia dalle affiliate che hanno sede in tale Stato, mentre non assoggetta ad imposta i dividendi versati alle società madri aventi sede in Francia dalle affiliate che hanno sede in tale Stato.

B — *Sulla seconda e terza questione*

30. Con la seconda questione, il giudice nazionale chiede se, nel caso in cui una CDI stipulata tra la Francia e un altro Stato membro autorizzi una ritenuta alla fonte come quella menzionata nella prima questione, e preveda la possibilità di imputarla all'imposta dovuta in quest'altro Stato membro, occorra tener conto di tale convenzione per valutare la compatibilità della misura con l'art. 43 CE. Con la terza questione, il giudice nazionale chiede se, nell'ipotesi in cui la CDI applicabile debba essere effettivamente presa in considerazione, l'eventualità che per una società madre non avente sede in Francia risulti impossibile procedere all'imputazione prevista dalla convenzione debba indurre a considerare tale misura incompatibile con l'art. 43 CE.

31. Tali questioni, considerate nel loro complesso, chiamano in causa il fatto che 1) ai sensi dell'art. 24, n. 3, della CDI franco-olandese, i Paesi Bassi dovevano accordare un credito d'imposta per la ritenuta alla fonte francese del 5 % sui dividendi di fonte francese, entro il limite dell'importo dell'imposta olandese altrimenti dovuta su tali dividendi; ma 2), di fatto, poiché dispensa-

17 — V. nota 7, paragrafo 34 e segg.

18 — V. ad esempio, sentenze 12 dicembre 2002, causa C-324/00, Lankhorst-Hohorst (Racc. pag. I-11779), e 16 luglio 1998, causa C-264/96, ICI (Racc. pag. I-4695).

19 — Sentenza 28 gennaio 1992, causa C-204/90, Bachmann (Racc. pag. I-249).

vano i dividendi di fonte francese (e di altri paesi stranieri) dall'imposizione a carico delle società madri olandesi, i Paesi Bassi non concedevano alcun credito d'imposta per la ritenuta alla fonte francese.

32. Esaminerò anzitutto i principi utili per analizzare l'effetto delle CDI sulla valutazione della compatibilità con l'art. 43 CE in una determinata fattispecie, e quindi l'applicazione di tali principi alla presente causa.

1) Occorre prendere in considerazione l'effetto delle convenzioni sulla doppia imposizione per valutare la compatibilità di misure nazionali con l'art. 43 CE?

33. Per cominciare, come ho già chiarito nelle mie conclusioni relative alla causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, ritengo che per accertare se, in un caso specifico, un contribuente subisca una discriminazione contraria all'art. 43 CE, occorra prendere in considerazione l'effetto concreto di una CDI sulla situazione di tale contribuente. La valutazione relativa all'adempimento, da parte degli Stati membri, degli obblighi del Trattato in materia di libera circolazione deve tenere conto dell'effetto delle convenzioni sulla doppia imposizione per due importanti ragioni [20].

34. In primo luogo, ciò discende dal fatto che, come ho già rilevato [21], conformemente al diritto comunitario gli Stati membri hanno facoltà di ripartire tra loro non solo la competenza tributaria ma anche la priorità dell'imposizione. Attualmente, nel diritto comunitario non è possibile individuare criteri alternativi né fondamenti per stabilire tali criteri. In tal senso, nella sentenza Gilly, dopo avere osservato che l'attribuzione della competenza tributaria sulla base della cittadinanza non può di per sé essere considerata discriminatoria, la Corte ha ammesso che ciò «discend[e], in mancanza di misure di unificazione o di armonizzazione nell'ambito comunitario, in particolare in forza dell'art. [293] del Trattato, dalla competenza che hanno le parti contraenti a stabilire, al fine di eliminare le doppie imposizioni, i criteri di ripartizione fra esse del loro potere impositivo. Sempre ai fini della ripartizione della competenza tributaria, non è illogico che gli Stati membri si ispirino alla prassi internazionale e al modello di convenzione elaborato dall'OCSE (...)» [22]. La Corte ha confermato tale ragionamento, tra l'altro, nella sentenza D [23].

35. Ciò significa, ad esempio, che in linea di principio uno Stato fonte che applichi una doppia imposizione economica sui dividendi può far sì, mediante una CDI e a seguito di

20 — V. le mie conclusioni nella causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, citate alla nota 2, paragrafo 71.

21 — V. le mie conclusioni nella causa Kerckhaert e Morres, citate alla nota 7, paragrafi 32-33, e nella causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, citate alla nota 2, paragrafo 52.

22 — Sentenza Gilly, cit. alla nota 16, punti 30 e 31. V. anche sentenza Saint-Gobain, cit. alla nota 12, punto 57.

23 — V. sentenza D, cit. alla nota 16, punti 50-53.

negoziati interstatali, che tale doppia esenzione venga attenuata dallo Stato di residenza.

36. In secondo luogo, se non si prendesse in considerazione l'effetto della CDI in un caso specifico, non si terrebbe conto della realtà economica dell'attività del soggetto passivo né degli incentivi connessi al contesto transfrontaliero. In altri termini, ne potrebbe conseguire una visione distorta dell'effetto reale sul contribuente della combinazione degli obblighi dello Stato di residenza e dello Stato fonte.

37. Come ho invece rilevato nelle mie conclusioni relative alla causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, la combinazione degli obblighi imposti allo Stato di residenza e allo Stato fonte dalle disposizioni in materia di libera circolazione andrebbe piuttosto considerata come un tutt'unico o come funzionale a un certo equilibrio. L'esame della situazione di uno specifico operatore economico nell'ambito di uno solo di tali Stati — senza prendere in considerazione gli obblighi che incombono all'altro Stato in forza dell'art. 43 CE — potrebbe dare un'impressione squilibrata e fuorviante e non tenere conto della realtà economica in cui agisce tale operatore [24].

38. Questo tipo di impostazione è stato adottato, ad esempio, dalla Corte nella sentenza Bouanich [25]. Detta causa verteva sulla compatibilità con l'art. 56 CE di una normativa svedese secondo cui, in caso di riduzione del capitale sociale, l'importo pagato per il riacquisto di azioni a un azionista non residente era tassato come dividendo senza che vi fosse diritto a dedurre le spese d'acquisto delle dette azioni, mentre lo stesso importo versato a un azionista residente era tassato come plusvalenza che dava diritto alla deduzione delle spese d'acquisto. La Corte ha dichiarato che tale normativa, considerata di per sé e senza tenere conto della CDI applicabile, era chiaramente discriminatoria. Tuttavia, qualora alla luce dei fatti del procedimento pendente dinanzi a sé il giudice nazionale avesse constatato che l'effetto della CDI applicabile [26] era tale che i non residenti in realtà non erano trattati in maniera meno favorevole rispetto ai residenti, non vi sarebbe stata alcuna violazione dell'art. 56 CE. La Corte ha svolto il seguente ragionamento:

«Dato che il regime fiscale che risulta dalla convenzione franco-svedese, interpretato alla luce delle note esplicative dell'OCSE al modello di convenzione, è parte del contesto normativo applicabile alla causa principale ed è stato definito tale dal giudice del rinvio,

24 — Conclusioni nella causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, citate alla nota 2, paragrafo 72.

25 — Cit. alla nota 16, punto 51.

26 — In detta causa, la CDI franco-svedese fissava un massimale per la tassazione dei dividendi degli azionisti non residenti inferiore a quello previsto per gli azionisti residenti e, interpretata alla luce delle note esplicative dell'OCSE al modello di convenzione applicabile, consentiva di dedurre il valore nominale di tali azioni dall'importo pagato per il loro riacquisto.

la Corte deve tenerne conto per fornire a quest'ultimo un'interpretazione del diritto comunitario che gli sia utile (...)» [27].

39. Condivido tale conclusione della Corte [28].

40. Discende da quanto precede che, in linea di principio, uno Stato membro può assicurare, mediante disposizioni contenute in una CDI l'adempimento degli obblighi che ad esso incombono in forza delle norme del Trattato in materia di libera circolazione. Pertanto, prendendo l'esempio di uno Stato fonte che applichi una doppia imposizione economica interna ai non residenti allo stesso modo in cui la applica ai residenti, ritengo che, in generale, tale Stato fonte abbia facoltà di assicurare mediante una CDI che i non residenti fruiscano delle stesse riduzioni della doppia imposizione accordate ai residenti.

41. Tuttavia, come ho rilevato anche nelle mie conclusioni relative alla causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, tale principio è soggetto a due condizioni fondamentali.

42. In primo luogo, il trattamento cui sono sottoposti i non residenti ai sensi della CDI applicabile dev'essere equivalente, sotto il profilo degli effetti concreti, a quello cui sono soggetti i residenti. Nella sentenza Bouanich, la Corte ha dichiarato, a mio parere correttamente, che spettava al giudice nazionale stabilire, in base ai fatti di causa, se gli azionisti non residenti fossero soggetti a un trattamento non meno favorevole di quello riservato agli azionisti residenti, tenendo conto dell'effetto della CDI [29]. Sono pervenuto a una conclusione analoga in base ai fatti della causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, rilevando che, nei casi in cui il Regno Unito di Gran Bretagna di Irlanda del Nord applicava, ai sensi di talune convenzioni sulla doppia imposizione, una doppia imposizione economica sui dividendi in uscita, sotto forma di imposta sul reddito britannica, incombeva a tale Stato

27 — Cit. alla nota 16, punto 51.

28 — Rilevo che, come ho osservato nelle mie conclusioni relative alla causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, citate alla nota 2, paragrafo 83, un'impostazione diversa è stata adottata dalla Corte EFTA nella sentenza 23 novembre 2004, Fokus Bank (causa E-1/04). Detta causa sollevava, tra l'altro, il problema della compatibilità con la libera circolazione dei capitali (Art. 40 dell'Accordo SEE, equivalente all'art. 56 CE) di una normativa norvegese che assoggettava gli utili delle società prima all'imposta sulle società e poi, all'atto della distribuzione 1) nel caso dei residenti, all'imposta sui redditi. Tuttavia, agli azionisti residenti veniva concesso un credito d'imposta integrale per evitare la doppia imposizione sui dividendi; 2) nel caso dei non residenti, a una trattenuta pari al 15 %. Tuttavia, ai sensi della CDI applicabile alla fattispecie, tale 15 % veniva imputato all'imposta riscossa nello Stato di residenza. Ritenendo che tale normativa non violasse il principio della libera circolazione dei capitali, la Corte EFTA ha equiparato la tassazione dei dividendi in uscita (tassazione dello Stato fonte) a quella dei dividendi in entrata (tassazione dello Stato di residenza), basandosi sulle sentenze della Corte nelle cause Lenz e Manninen (punto 30), e ha dichiarato che uno Stato fonte, in linea di principio, ha facoltà di non ricorrere alle disposizioni di una CDI per porre rimedio a una doppia imposizione determinata da tale Stato fonte (punto 37). Per i motivi esposti nelle mie conclusioni nella causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, non condivido quest'analisi.

29 — Cit. alla nota 16, punti 54-56.

assicurare — mediante una CDI o in altro modo — che i non residenti ricevessero un trattamento equivalente (nella fattispecie, un'attenuazione equivalente della doppia imposizione economica) a quello riservato ai residenti che erano soggetti alla medesima imposta sul reddito britannica [30].

43. In secondo luogo, grava sugli Stati membri le cui misure sono apparentemente — senza tenere conto della CDI applicabile — discriminatorie l'onere di assicurare che di fatto si ottenga un risultato non discriminatorio in virtù della CDI. In altri termini, è evidente che non può giustificarsi una violazione delle disposizioni di divieto del Trattato sostenendo che l'altro Stato contraente della CDI ha violato gli obblighi che ad esso incombono in forza di tale convenzione omettendo, ad esempio, di concedere l'agevolazione fiscale pertinente o di attenuare la pertinente doppia imposizione economica. Anzi, come ho rilevato nelle mie conclusioni relative alla causa Kerckhaert e Morres, la valutazione della compatibilità della normativa nazionale di una Parte contraente con la CDI applicabile, e il potenziale effetto di una violazione ai sensi del diritto nazionale, costituisce esclusiva competenza del giudice nazionale [31]. Per contro, il fatto che la normativa di uno Stato membro possa essere coerente o resa necessaria dalle disposizioni applicabili della CDI non significa, di per sé, che tale situazione sia conforme alle disposizioni del Trattato sulla libera circolazione: è giurisprudenza costante della Corte che, nell'esercitare il loro potere impositivo come attribuito dalle diverse convenzioni sulla doppia imposizione, gli Stati membri devono nondimeno attenersi al divieto di discriminazione contenuto negli artt. 43 CE e 56 CE [32]. In tal senso, come ho concluso nelle mie conclusioni relative alla causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, in detta causa, a mio avviso, rientrava tra gli obblighi incombenti al Regno Unito in forza dell'art. 43 CE fare in modo che i ricorrenti non residenti ricevessero, per effetto di una CDI, un trattamento equivalente a quello riservato ai residenti britannici soggetti a una doppia imposizione economica britannica equivalente, e il Regno Unito non avrebbe potuto giustificarsi sostenendo che un'altra Parte contraente aveva violato gli obblighi impostile dalla CDI in quanto aveva omesso di concedere un'attenuazione della doppia imposizione considerata [33].

2) Applicazione di tali principi alla presente causa

44. Applicando tali principi alla presente causa, ritengo che, se l'effetto della CDI franco-olandese fosse consistito nel fatto che

30 — Conclusioni nella causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, citate alla nota 2, paragrafo 88.

31 — Cit. alla nota 7, punto 38. V. anche, per analogia, le conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa Gilly, cit. alla nota 16, paragrafo 25, secondo cui la Corte non può pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto comunitario di una CDI, né può essere chiamata a interpretarla, trattandosi di «una convenzione bilaterale concernente una materia (...) sottratta alle competenze della Comunità e la cui regolamentazione spetta esclusivamente agli Stati membri».

32 — Ibid.; v. anche, ad esempio, la conclusione della Corte nella sentenza Bouanich, cit. alla nota 16, punto 56, e le sentenze della Corte nelle cause De Groot, cit. alla nota 16, punti 93 e 94, e Saint-Gobain, cit. alla nota 12, punti 57 e 58.

33 — Conclusioni nella causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, cit. alla nota 2, paragrafo 89.

il beneficio concesso alle società madri olandesi in relazione alla doppia imposizione economica applicata in Francia sui dividendi di fonte francese era effettivamente equivalente a quello di cui fruivano le società madri francesi che percepivano dividendi da fonti francesi, si dovrebbe ritenere che la Francia abbia adempiuto gli obblighi che ad essa incombono in forza dell'art. 43 CE.

45. Dall'ordinanza di rinvio, tuttavia, emerge chiaramente che ciò non si è verificato.

46. Infatti, al pari dei dividendi di fonte straniera esenti percepiti dalle società madri olandesi, i dividendi di fonte francese in realtà non erano soggetti ad alcuna imposta olandese cui potesse essere imputata la ritenuta alla fonte francese del 5 %. Inoltre, mi sembra che tale risultato fosse pienamente conforme alla ripartizione della competenza tributaria quale definita all'art. 24 della CDI franco-olandese. Come prevede l'art. 24, n. 1, di tale CDI, i Paesi Bassi potevano includere nella base imponibile gli elementi del reddito o del patrimonio che, conformemente alle disposizioni di detta CDI, erano tassabili in Francia. Solo nei casi in cui avessero scelto di includere tali elementi nella base imponibile i Paesi Bassi erano tenuti, in forza dell'art. 24, n. 3, della CDI, a concedere un credito d'imposta per la ritenuta riscossa in Francia sui dividendi di fonte francese, e quindi solo nel limite dell'importo dell'imposta olandese altrimenti dovuta su tali dividendi.

47. Tuttavia, i Paesi Bassi in definitiva avevano scelto di esentare i dividendi di fonte francese dall'imposizione a carico delle società madri olandesi. A mio parere, ciò dimostra che i Paesi Bassi avevano scelto di non includere tali dividendi nella base imponibile e, di conseguenza, non sussisteva l'obbligo di concedere un credito d'imposta per la ritenuta alla fonte francese. In ogni caso, tale obbligo sussisteva entro il limite dell'importo dell'imposta olandese altrimenti dovuta sui dividendi e, nella fattispecie, tale importo era pari a zero.

48. Ne risultava che i dividendi di fonte francese versati alle società madri olandesi restavano soggetti al doppio «livello» di imposizione in Francia (imposta sulle società a carico dell'affiliata francese seguita dalla ritenuta alla fonte a carico della società madre olandese): la doppia imposizione economica non era soggetta ad alcuna attenuazione. Per contro, i dividendi di fonte francese versati alle società madri francesi erano effettivamente soggette a un unico livello d'imposta (imposta sulle società a carico dell'affiliata) — con esenzione quasi totale dalla doppia imposizione economica.

49. Per i motivi che ho esposto nella mia soluzione della prima questione, ciò costituisce una palese discriminazione incompatibile con l'art. 43 CE.

50. Benché non sia direttamente pertinente alla causa in esame, aggiungerei che, per i motivi sopra esposti, ritengo che quand'anche i Paesi Bassi avessero violato gli obblighi che incombevano loro in forza della CDI, per non avere concesso un credito d'imposta sulla ritenuta alla fonte francese, ciò non costituirebbe una difesa sufficiente per la Francia contro l'affermazione secondo cui le sue disposizioni tributarie discriminatorie costituivano una violazione dell'art. 43 CE [34].

51. In sua difesa, il governo francese ha affermato che gli eventuali effetti restrittivi della sua normativa, dovuti all'impossibilità per le società madri olandesi di imputare la ritenuta alla fonte francese all'imposta riscossa nei Paesi Bassi, devono essere considerati non una conseguenza diretta della normativa francese, ma semmai una conseguenza delle disparità esistenti tra i sistemi fiscali francese e olandese. Da quanto precede, tuttavia, dovrebbe emergere con chiarezza che tale argomento trascura la distinzione tra mere disparità tra sistemi tributari nazionali separati (non discriminatori) — che esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 43 CE [35] — e il trattamento discriminatorio risultante dalla normativa di un solo paese — che contravviene all'art. 43 CE, salvo giustificazione. Poiché nella fattispecie la doppia imposizione viene applicata unicamente dalla Francia, è del tutto evidente che essa rientra nella seconda categoria.

52. Per tali motivi, ritengo che la seconda e la terza questione del giudice nazionale debbano essere risolte nel senso che, in linea di principio, per valutare se, in un caso specifico, un contribuente subisca una discriminazione incompatibile con l'art. 43 CE, occorre prendere in considerazione l'effetto concreto di una CDI sulla situazione di tale contribuente. Omettendo di garantire che, di fatto, a una società madre non francese che percepiva dividendi di fonte francese fosse accordata un'attenuazione della doppia tassazione economica francese equivalente a quella concessa a una società madre francese, in forza della CDI applicabile o in altro modo, la Francia ha violato l'art. 43 CE.

34 — V. supra, paragrafo 43.

35 — V. le mie conclusioni nella causa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, cit. alla nota 2, paragrafi 43-47.

V — Conclusione

53. Per tali motivi, ritengo che la Corte debba risolvere nel modo seguente le questioni sottopostele dal Conseil d'Etat:

1) Costituisce una restrizione discriminatoria alla libertà di stabilimento incompatibile con l'art. 43 CE una misura che assoggetta a ritenuta alla fonte i dividendi versati alle società madri non aventi sede in Francia dalle affiliate che hanno sede in tale Stato, ma non assoggetta ad imposta i dividendi versati alle società madri aventi sede in Francia dalle affiliate che hanno sede in tale Stato.

2) In linea di principio, per accertare se, in un caso specifico, un contribuente subisca una discriminazione incompatibile con l'art. 43 CE, occorre tenere conto dell'effetto concreto di una Convenzione sulla doppia imposizione sulla situazione di tale contribuente. Omettendo di garantire che, di fatto, a una società madre non francese che percepiva dividendi di fonte francese fosse accordata un'esenzione dalla doppia imposizione economica francese equivalente a quella concessa a una società madre francese, in forza della Convenzione sulla doppia imposizione applicabile o in altro modo, la Francia ha contravvenuto all'art. 43 CE.