

# Cass. civ., Sez. V, Sent., (data ud. 11/01/2023) 28/02/2023, n. 6079

**IMPOSTE E TASSE IN GENERE** › *Avviso di accertamento*

**PROVA IN GENERE IN MATERIA CIVILE** › *Onere della prova*

Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE TRIBUTARIA

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CIRILLO Ettore - Presidente -

Dott. NAPOLITANO Lucio - Consigliere -

Dott. CRUCITTI Roberta - Consigliere -

Dott. ESPOSITO Antonio Francesco - rel. Consigliere -

Dott. GUIDA Riccardo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 28904/2017 R.G. proposto da:

ENGIE PRODUZIONE Spa , elettivamente domiciliata in Roma Piazza Venezia 11, presso lo studio dell'avvocato Livia Salvini (SLVLI57H67H501M) che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Giovanni Panzera Da Empoli (PNZGNN78A18H224R).

- Ricorrente - contro

AGENZIA DELLE ENTRATE, elettivamente domiciliata in Roma Via dei Portoghesi 12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato ((Omissis)) che la rappresenta e difende.

- Controricorrente -

Avverso la sentenza della COMM.TRIB.REG. TOSCANA n. 1106/2017 depositata il 02/05/2017.

Udita la relazione svolta dal Consigliere Antonio Francesco Esposito nella pubblica udienza dell'11 gennaio 2023.

Udito il Sostituto Procuratore Generale Aldo Ceniccola il quale ha concluso per il rigetto del ricorso.

Udito l'avvocato Livia Salvini.

Udito l'avvocato Alessandro Maddalo per l'Avvocatura Generale dello Stato.

## Svolgimento del processo

1. La controversia trae origine dall'impugnazione degli avvisi di accertamento con i quali l'Agenzia delle entrate, in relazione ai periodi di imposta 2006, 2007 e 2008, ha contestato all'allora ROSEN Rosignano Energia Spa ("RRE"), successivamente incorporata dall'odierna ricorrente Engie Produzione Spa , l'omessa applicazione della ritenuta a titolo di imposta ex [art. 26](#), comma 5, [D.P.R. n. 600 del 1973](#), sugli interessi passivi corrisposti in favore di Electrabel Italia Spa ("EBL Italia"), per importi rispettivamente di

Euro 288.715,50 (2006), 843.490,15 (2007) e 973.938,05 (2008), sulla base di un contratto di finanziamento sottoscritto nell'esercizio 2006.

2. RRE e EBL Italia, appartenevano al gruppo belga ELECTRABEL SA (divenuto in seguito gruppo francese GDF Suez, ora gruppo Engie); RRE, come le altre società operative italiane, fruiva di una linea di finanziamento da parte della consociata lussemburghese ELECTRABEL INVEST LUXEMBOURG SA ("EIL"). Nel corso del 2006, nell'ambito di un progetto di ristrutturazione finanziaria dell'intero gruppo, EBL Italia acquistò tutte le partecipazioni nelle società operative italiane, assumendo il ruolo di subholding, e EIL acquistò il 45 per cento del capitale sociale di EBL Italia. In un momento successivo, EBL Italia e EIL sottoscrissero un accordo con il quale EIL cedeva a EBL Italia i diritti e gli obblighi derivanti dai contratti di finanziamento stipulati con le società operative; contestualmente, per procedere all'acquisizione dei crediti di EIL verso dette società operative, le due società conclusero un secondo accordo (credit facility agreement) con il quale EIL concedeva a EBL Italia un finanziamento di importo pari ai crediti oggetto di acquisizione.

3. La Commissione tributaria provinciale di Firenze ha rigettato i ricorsi riuniti della contribuente e la Commissione tributaria regionale della Toscana ha confermato, con la sentenza indicata in epigrafe, la decisione di primo grado. Secondo la C.T.R., in particolare, la sussistenza di un "collegamento simmetrico tra due contratti di finanziamento posti in essere, entrambi sottoscritti in pari data (31/07/2006) e le assegnazioni di tali crediti a EBL Italia effettuate in data 20/12/2006, con identici termini e condizioni" e il fatto che "EBL Italia contabilizzava gli interessi passivi versati a EIL in maniera esattamente speculare rispetto agli interessi attivi pagati da Rosen, così da canalizzare puntualmente, per obbligo contrattuale, gli stessi interessi verso la EIL" dimostravano che EBL Italia "non aveva autonomia gestionale ed era obbligata a versare tutti i flussi reddituali, cioè gli interessi, ottenuto da Rosen immediatamente alla lussemburghese EIL", con la conseguenza che il beneficiario effettivo degli interessi doveva individuarsi nella società lussemburghese EIL. 4. La contribuente ricorre, con sette motivi, illustrati con memoria, per la cassazione della sentenza di appello; l'Agenzia delle entrate resiste con controricorso.

## Motivi della decisione

1. Con il primo motivo di ricorso ("1. Violazione e falsa applicazione degli [artt. 26](#), comma 5 e [26-quater](#) del [D.P.R. n. 600/1973](#), in relazione all'[art. 360](#) c.p.c., comma 1, n. 3)"), la ricorrente censura la sentenza impugnata per avere illegittimamente statuito che la ritenuta a titolo d'imposta prevista dall'[art. 26](#), comma 5, del [D.P.R. n. 600/1973](#) si applica al "beneficiario effettivo" degli interessi sebbene questi non sia titolare giuridico dei medesimi redditi. Sulla premessa che è pacifico che RRE ha corrisposto interessi esclusivamente in favore della subholding italiana EBL Italia, unico titolare giuridico delle somme dovute a fronte del finanziamento erogato, e che, negli anni 2006, 2007 e 2008, RRE non ha mai pagato alcunchè a EIL o ad altre società non residenti, la ricorrente lamenta che la C.T.R. ha enunciato l'erroneo principio di diritto per cui un soggetto residente (sostituto d'imposta) è tenuto ad applicare la ritenuta alla fonte sui redditi di capitale (interessi su mutuo) corrisposti ad un soggetto parimenti residente. Sotto altro profilo, si imputa alla sentenza impugnata di avere esteso all'ambito "domestico" i presupposti di applicazione del regime di esenzione da ritenuta, e, in particolare, la nozione di "beneficiario effettivo" ([art. 26-quater](#)) in attuazione della [direttiva 2003/49/CE](#), (in seguito "IRD (2003/49)").

2. Con il secondo motivo ("2. Violazione e falsa applicazione dell'[art. 26-quater](#) del [D.P.R. n. 600/1973](#), dell'[art. 26](#), comma 5, del medesimo decreto nonchè violazione degli [artt. 1, 3](#) e [5](#) della [direttiva n. 2003/49/CE](#) e del principio di libertà di stabilimento di cui agli [artt. 43](#) e ss. del Trattato della Comunità Europea, vigente *ratione temporis*, in relazione all'[art. 360](#) c.p.c., comma 1, n. 3)"), la ricorrente censura la sentenza impugnata per avere violato la [IRD \(2003/49\)](#) e il principio di libertà di stabilimento sancito dal TFUE, i quali ostano a che venga negato ad un gruppo societario, stabilito nell'Unione Europea, il

diritto di articolare la propria struttura di controllo e di finanziamento al fine di fruire del beneficio dell'esenzione dalla ritenuta sugli interessi, in assenza di alcun accertamento circa la natura di "puro artificio" della costruzione giuridica utilizzata per conseguire tale beneficio. Sotto altro profilo, la ricorrente censura la sentenza impugnata che, violando gli scopi e le finalità della IRD (2003/49), in primo luogo, finisce con il legittimare una palese doppia imposizione giuridica in capo alla percipiente EIL, che si trova a essere incisa, in Italia, dall'assoggettamento alla ritenuta sugli interessi corrisposti da RRE a EBL Italia, e in Lussemburgo dal concorso degli interessi attivi percepiti sul finanziamento in essere con la subholding alla formazione della propria base reddituale; in secondo luogo, è causa di una manifesta disparità di trattamento tra EIL e le società residenti che si trovino in analoghe situazioni, le quali non sopportano alcuna doppia imposizione; in terzo luogo, determina una doppia imposizione economica su un unico flusso reddituale, poichè i medesimi interessi vengono tassati (in Italia) due volte in capo a soggetti diversi, ossia in capo a EIL e alla subholding EBL Italia. Sotto un ulteriore profilo, si denuncia l'illegittimità della sentenza impugnata poichè la IRD (2003/49) osta a che sia negato il diritto di fruire dell'esenzione dalla ritenuta sui finanziamenti infragruppo qualora venga accertato che il beneficiario degli interessi sia non soltanto un soggetto parte del medesimo gruppo societario, ma anche un soggetto residente in uno Stato membro dell'UE. 3. Il terzo motivo reca la "Richiesta di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea affinché si pronunci, in via pregiudiziale, ai sensi dell'[art. 267 del TFUE](#), sulla compatibilità degli [artt. 26](#), comma 5 e [26-quater](#), del [D.P.R. n. 600/1973](#), come interpretati dalla CTR, con gli artt. 1, 3 e 5 della direttiva e con la libertà di stabilimento di cui agli artt. 43 e ss. del Trattato". In particolare, la ricorrente chiede di sottoporre alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale "se la Direttiva e la libertà di stabilimento prevista dal Trattato ostino a che, in materia di ritenute alla fonte su finanziamenti infragruppo comunitaria, sia negato il diritto previsto dall'art. 1 della Direttiva di un soggetto residente in uno Stato membro dell'Unione e parte di un gruppo comunitario all'esenzione da ritenuta sugli interessi corrisposti da una subholding residente in Italia, qualora sia affermato che detta subholding, titolare sotto il profilo giuridico-formale degli interessi corrisposti in favore di tale soggetto non residente, sia qualificabile quale intermediario nel 'flusso di interessi tra il predetto soggetto residente in uno Stato membro UE e un altro soggetto residente in Italia, parte del medesimo gruppo societario".

4. Con il quarto motivo ("4. Violazione e falsa applicazione dell'[art. 26-quater](#) del [D.P.R. n. 600/1973](#), in relazione all'[art. 360 c.p.c.](#), comma 1, n. 3"), (cfr. pag. 33 del ricorso per cassazione) "logicamente subordinato rispetto ai precedenti", la ricorrente censura la sentenza impugnata che, da un lato, afferma che ai fini dell'obbligo di applicare la ritenuta rileva la titolarità "sostanziale" degli interessi e non la titolarità "giuridico-formale" delle medesime somme in capo alla subholding EBL Italia; dall'altro, ai fini dell'esenzione dalla ritenuta, attribuisce rilevanza alla pura forma dei contratti di società e perviene alla conclusione che EIL non può godere dell'esenzione da ritenuta in difetto di un presupposto di applicazione del beneficio, quale il requisito della partecipazione qualificata diretta, la cui sussistenza consegue, invece, alla pacifica natura di subholding di EBL Italia, e cioè di soggetto meramente interposto anche nella catena di partecipazione (e controllo) che lega la società lussemburghese EIL alla società operativa italiana.

5. Il quinto motivo reca la "Richiesta di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea affinché si pronunci, in via pregiudiziale, ai sensi dell'[art. 267 del TFUE](#), sulla compatibilità degli [artt. 26-quater](#), del [D.P.R. n. 600/1973](#), come interpretati dalla CTR, con gli artt. 1, 3 e 5 della direttiva e con la libertà di stabilimento di cui agli artt. 43 e ss. del Trattato". In particolare, la ricorrente chiede di sottoporre alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale "(se,) nell'ipotesi in cui sia legittimo affermare che deve essere negato il diritto di un soggetto residente in uno Stato membro dell'Unione alla fruizione del regime di esenzione da ritenuta previsto dalla Direttiva sugli interessi corrisposti da una subholding residente in uno Stato membro qualora tale subholding non possieda la titolarità 'sostanziale dei medesimi interessi percepiti da un altro soggetto residente nel medesimo Stato membro e parte del medesimo gruppo societario, (...) il requisito della partecipazione qualificata 'diretta' previsto dall'art. 3,

comma 1, lett. b) della Direttiva al fine di fruire del predetto regime di esenzione debba essere anch'esso interpretato in senso 'sostanziale e, dunque, quale rapporto diretto tra il 'titolare sostanziale degli interessi e il soggetto pagatore dei medesimi interessi".

6. Il sesto motivo reca la "Richiesta di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea affinché si pronunci sulla compatibilità dell'art. 3, comma 1, lett. b) della Direttiva con la libertà di stabilimento di cui agli artt. 43 e ss. del Trattato".

7. Con il settimo motivo ("7. Violazione e falsa applicazione dell'art. 37-bis, del D.P.R. n. 600/1973 e del principio del contraddittorio in materia di contestazioni fondate sul principio del divieto di abuso del diritto di cui agli artt. 3, 24 e 53 Cost., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3)), la ricorrente, sull'assunto che la questione già dedotta in sede di ricorso introduttivo è stata devoluta al giudice tributario di appello, censura la sentenza impugnata che, pur riconducendo la fattispecie concreta alle figure dell'elusione o dell'abuso del diritto, a causa dell'interposizione di una società conduit nel flusso reddituale, non ha dichiarato l'illegittimità della pretesa impositiva per violazione delle garanzie procedurali (quali l'obbligo del contraddittorio preventivo e della motivazione rafforzata dell'avviso di accertamento), poste a tutela del contribuente, a norma dell'art. 37-bis, D.P.R. n. 600 del 1973.

8. Il primo, il secondo e il quarto motivo, da esaminare insieme per connessione, non sono fondati.

9. Per chiarire gli aspetti cruciali della controversia, che il giudice tributario di appello ha correttamente individuato, innanzitutto, occorre richiamare l'avviso di accertamento che contesta alla contribuente la violazione dell'art. 26, comma 5, D.P.R. n. 600 del 1973, in relazione all'art. 26-quater, del medesimo decreto, per avere corrisposto alla subholding EBL Italia gli interessi sul finanziamento ricevuto da EIL, società di diritto lussemburghese, appartenente al medesimo gruppo, senza operare la prescritta ritenuta, benchè la società italiana non fosse il "beneficiario effettivo" del flusso reddituale e ricoprisse il ruolo di società conduit. In altre parole, la controversia si colloca, sul piano normativo, nell'incavo della IRD (2003/49), che è alla base dell'introduzione, nella normativa nazionale, dell'art. 26-quater, sulla quale si innestano rilevanti decisioni della Corte di giustizia e di questa sezione tributaria: Corte giust. 26 febbraio 2019, nelle cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16; Corte giust. 26 febbraio 2019, nelle cause riunite C-116/16, C-117/16, (decisioni, queste, conosciute come le "sentenze danesi": la prima pronuncia (di seguito più volte richiamata) riguarda la materia degli interessi passivi su finanziamenti; la seconda pronuncia attiene all'esenzione da imposta dei dividendi distribuiti da società di uno Stato a società di altri Stati membri); Cass. nn. 14756/2020; 24297/2019.

10. Delineate, sinteticamente, la normativa e la giurisprudenza Europea e di legittimità alle quali occorre prestare attenzione, il punto focale della causa è la IRD (2003/49), la quale prevede l'obbligo generale dello Stato di residenza di assoggettare effettivamente a tassazione il soggetto destinatario degli interessi (e dei canoni), salva l'applicazione della c.d. clausola del beneficiario effettivo (beneficial owner, bènèficiaire effectif, nelle versioni inglese e francese). A chiarirlo è la stessa Corte di giustizia (sent. 26 febbraio 2019, nelle cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16), secondo cui lo scopo della direttiva è di assicurare ai flussi di interessi etc. tra consociate (o stabili organizzazioni di consociate) di due diversi Stati membri, (beninteso) in possesso dei necessari requisiti applicativi, il trattamento fiscale ad essi riservato nelle operazioni intercorse all'interno di un unico Stato membro. A tal fine si dispone che gli interessi etc. siano esenti dalla ritenuta nello Stato della fonte, per essere assoggettati ad imposta una sola volta nello Stato di residenza del creditore, il quale deve esercitare il potere impositivo che gli è stato affidato in via esclusiva (ibidem, punti 151 e 152).

11. Il regime fiscale dei flussi transfrontalieri di interessi impone, pertanto, di stabilire se il percettore sia o meno il beneficiario effettivo, senza tralasciare che, per la IRD (2003/49) (art. 1, par. 4), "Una società di uno Stato membro è considerata beneficiario effettivo di interessi o canoni soltanto se riceve tali pagamenti in qualità di beneficiaria finale e non di intermediaria, quale agente, delegato o fiduciario di un'altra persona" (in termini, Cass. n. 14756/2020 (pagg. 8-9)). Sicchè l'indagine sul

beneficiario effettivo s'interseca con la verifica del ruolo concretamente assunto dalla società intermediaria (conduit company o società relais), con l'ulteriore notazione, da parte della dottrina, che nell'ordinamento Eurounitario la clausola del beneficiario effettivo ha lo scopo di impedire che possa attuarsi una particolare forma di abuso, tanto delle convenzioni contro le doppie imposizioni che della stessa IRD (2003/49), mediante l'interposizione, reale (se la società esiste effettivamente) o fittizia (se la società è una costruzione puramente artificiosa, c.d. letter box), di società conduit in un flusso reddituale transfrontaliero. Infatti, può accadere che, tramite la società relais, il soggetto interponente fruisca di un regime impositivo di favore - che, altrimenti, gli sarebbe precluso a causa del luogo di residenza o per la mancanza dei requisiti oggettivi e soggettivi previsti dalla normativa unionale e da quella degli Stati membri - per una finalità di ottimizzazione del carico fiscale complessivo gravante sul flusso transfrontaliero.

12. In termini generali, tuttavia, l'abuso in senso tecnico - che è una costruzione artificiosa per cui la società di un gruppo è posta nelle condizioni di beneficiare delle esenzioni fiscali concesse dalla IRD (2003/49) e dalla normativa nazionale di recepimento - va tenuto distinto dalla verifica se la società percettrice dei flussi reddituali risponda o meno ai requisiti per fruire di vantaggi che, altrimenti, non le sarebbero dovuti. Infatti, una cosa è l'abuso del diritto, altra cosa (ed è questo il campo nel quale s'inscrive la figura del beneficiario effettivo) sono i requisiti da soddisfare affinché spettino i benefici riconosciuti da disposizioni ispirate a finalità antiabuso. Si tratta di diversi piani di indagine, anche dal punto di vista della concreta attività accertatrice e della ripartizione, tra fisco e contribuente, dell'onere della prova (cfr. punto 14).

13. Venendo alla questione centrale del beneficiario effettivo, è il caso di inoltrarsi nel percorso argomentativo della Corte di giustizia (sent. 26 febbraio 2019, nelle cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16), la quale chiarisce che "il termine "beneficiario effettivo" non è utilizzato in un'accezione ristretta e tecnica, bensì deve essere esteso nel suo contesto alla luce dell'oggetto e dell'obiettivo della convenzione, segnatamente per evitare le doppie imposizioni nonchè prevenire la frode e l'evasione fiscale" (cfr. punto 6 della decisione che richiama il punto 8 del Commentario OCSE, edizione 2003. Tale aspetto è precisato nell'edizione 2017 del Commentario (par. da 9 a 14), laddove (par. 9.1.) si puntualizza che, proprio in ragione della finalità antielusiva della clausola: "The term "beneficial owner" is therefore not used in a narrow technical sense (such as the meaning that it has under the trust law of many common law countries), rather it should be understood in its context, in particular in relation to the words "paid to a resident", and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance".

14. L'individuazione del "beneficiario effettivo", talvolta non disgiunta dall'interferenza di una "società conduit", non può prescindere da un approfondito scrutinio della fattispecie concreta ad opera del giudice di merito, che sia idoneo a gettare luce sulla sostanza economica dell'operazione finanziaria. Al riguardo, [Cass. n. 14756/2020](#) (la quale richiama [Cass. n. 27112/2016](#) in materia di dividendi; cfr., altresì, le sentenze "gemelle" nn. 27113/2016, 27115/2016, 27116/2016), afferma che una subholding pura - che è sufficiente che abbia una struttura "leggera", ma adeguata - può essere considerata "beneficiario effettivo" degli interessi etc. all'esito della valutazione di una serie di "parametri spia", che indicano la padronanza e l'autonomia di gestione del flusso di reddito, nonchè l'assenza di indici di artificiosità e di abusività, come delineati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Inoltre, considerato che la condizione di "beneficiario effettivo" degli interessi costituisce un requisito da soddisfare affinché spettino i benefici concessi dalla direttiva, lo Stato d'origine può imporre alla società percettrice degli interessi di dimostrare di esserne il beneficiario effettivo, nel senso di rappresentare l'entità che beneficia effettivamente, sotto il profilo economico, degli interessi percepiti e disponga, pertanto, del potere di deciderne liberamente la destinazione (Corte di giustizia, sent. 26 febbraio 2019, nelle cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, cit., punti 140-145 e 122, primo trattino). Spetta quindi alla società contribuente, anche per il principio di vicinanza della prova ([art. 2697](#), c.c.), dimostrare di essere

il "beneficiario effettivo", sul piano sostanziale e non meramente formale (in termini, [Cass. n. 17746/2021](#)); invece, in caso di superamento del primo step di verifica, in ossequio alla regola generale sull'onere della prova, all'Amministrazione spetterà dimostrare l'abuso del diritto e la sussistenza di una costruzione artificiosa.

15. L'indagine si articola in tre test, autonomi e disgiunti, come denominati dalla dottrina, la quale ha razionalizzato i principi cardine enunciati dalla giurisprudenza, comunitaria e di legittimità, e dalle Corti anglo Saxonie e mitteleuropee in noti leading case: (i) il substantive business activity test; (ii) il dominion test; (iii) il business purpose test. Il primo test mira a verificare se la società interposta sia o meno una costruzione artificiosa in quanto, per i principi generali del diritto dell'Unione Europea, gli Stati membri non possono avvalersi in maniera fraudolenta e abusiva delle norme di diritto eurounitario. Se una società non supera la prova dello svolgimento di un'attività economica effettiva, si è in presenza di un abuso e alla società non è precluso soltanto di fruire del regime fiscale riservato dalla IRD (2003/49) al beneficiario effettivo, ma anche di avvalersi del fascio di libertà e diritti riconosciuti dal TFUE. Con il dominion test - che è il centro dell'indagine e, prescindendo da costruzioni artificiali, punta al cuore del significato economico dell'operazione (substantial economic effect) - si valuta la capacità della società di disporre liberamente degli interessi percepiti, se cioè essa sia o meno il beneficiario effettivo. Il "dominio" degli interessi ricevuti si ha quando la percipiente ne può disporre liberamente e non è tenuta a rimettere il flusso reddituale a un terzo (che può essere anche una società appartenente allo stesso gruppo multinazionale). L'obbligazione restitutoria può risultare da un contratto o può essere desunta da elementi fattuali, quali, a titolo di esempio: il ristretto arco di tempo tra la ricezione degli interessi e il pagamento della rata del finanziamento ricevuto; la regolarità dei trasferimenti alla controllante; l'esiguità del margine di guadagno sugli interessi ricevuti; l'identità del management della società interposta e di quella destinataria finale del flusso reddituale; la circostanza che la società interposta non abbia deliberato il finanziamento, che non ne sopporti il rischio, o, ancora, che non possa rinunciare alle somme prestate (in termini, [Cass. nn. 32840/2018](#), [32842/2018](#), in materia di royalties; [Cass. n. 26920/2022](#), in materia di dividendi). Se una società non supera il dominion test non può essere considerata il beneficiario effettivo, ma non le è precluso di godere degli altri diritti e libertà sanciti dalla normativa Europea. Il business purpose test indaga sulle ragioni della deviazione del flusso reddituale, onde appurare se la "triangolazione" sia finalizzata soltanto al risparmio fiscale o se invece risponda ad altre motivazioni economiche.

16. In base alla corretta esegesi della IRD (2003/49), fornita dalle "sentenze danesi", pertanto, va enunciato il seguente principio di diritto: "In tema di esenzione degli interessi (e di altri flussi reddituali) dall'imposta ex art. 26 quater, del D.P.R. n. 29 settembre 1973, n. 600, in applicazione dell'ordinario riparto dell'onere probatorio tra fisco e contribuente, nonchè per il principio di vicinanza della prova, spetta alla società contribuente, che ne adduca la qualità, la prova di essere il "beneficiario effettivo"; a tal fine è necessario che essa superi tre test, autonomi e disgiunti, (i quali, in rapporto alla fattispecie concreta, prendono in considerazione dei "parametri spia" o "indici segnaletici"): (i) il substantive business activity test, che verifica se la società percipiente svolga un'attività economica effettiva; (ii) il dominion test, che verifica se la società percipiente possa disporre liberamente degli interessi ricevuti o se invece sia tenuta a rimetterli ad un soggetto terzo; (iii) il business purpose test, che verifica le ragioni dell'interposizione di una società nel flusso reddituale transfrontaliero, e cioè se la società percipiente abbia una funzione nell'operazione di finanziamento, o se invece sia una mera conduit company (o società relais), la cui interposizione è finalizzata esclusivamente ad un risparmio fiscale".

17. Da un'ultima angolazione giuridica, per la Corte di giustizia si può verificare se la società terza per la quale agisce la società conduit abbia in proprio i requisiti per fruire del regime di esenzione della convenzione o della direttiva e, in caso di risposta affermativa, il beneficio fiscale deve essere riconosciuto (c.d. approccio look through). Infatti, per i Giudici del Lussemburgo (ibidem, punto 94) "la

sola circostanza che la società percettrice degli interessi in uno Stato membro non ne sia il "beneficiario effettivo" non esclude necessariamente l'applicabilità dell'esenzione prevista dall'[art. 1](#), paragrafo 1, della direttiva 2003/49. E', infatti, concepibile che gli interessi medesimi siano esentati a tal titolo, nello Stato della fonte, nel caso in cui la società percettrice ne trasferisca l'importo ad un beneficiario effettivo stabilito nell'Unione che risponda peraltro a tutti requisiti indicati dalla direttiva 2003/49 ai fini del beneficio dell'esenzione".

18. Tornando ai motivi di ricorso, la sentenza impugnata si attiene ai citati principi giurisprudenziali e, alla stregua di un accertamento di fatto che spetta esclusivamente al giudice di merito, seguendo un filo conduttore sufficientemente chiaro, afferma che (cfr. pag. 11 della decisione) la sussistenza di un "collegamento simmetrico tra due contratti di finanziamento posti in essere, entrambi sottoscritti in pari data (31/07/2006) e le assegnazioni di tali crediti a EBL Italia effettuate in data 20/12/2006, con identici termini e condizioni" e il fatto che "EBL Italia contabilizzava gli interessi passivi versati a EIL in maniera esattamente speculare rispetto agli interessi attivi pagati da Rosen, così da canalizzare puntualmente, per obbligo contrattuale, gli stessi interessi verso la EIL" dimostravano che EBL Italia "non aveva autonomia gestionale ed era obbligata a versare tutti i flussi reddituali, cioè gli interessi, ottenuto da Rosen immediatamente alla lussemburghese EIL", con la conseguenza che il beneficiario effettivo degli interessi doveva individuarsi nella società lussemburghese EIL. 19. Un simile accertamento di fatto consente di superare le censure esposte nei motivi di ricorso in esame, le quali poggiano su circostanze diverse da quelle ricostruite in sede di merito. In particolare: quanto al primo motivo, il giudice di appello ha escluso il carattere meramente "domestico" dell'operazione che, in realtà, consiste in un pagamento transfrontaliero di interessi; in relazione al quarto motivo, dai fatti di causa non risulta che EIL detenesse una partecipazione azionaria diretta in RRE. 20. E' altresì scongiurato il pericolo, prospettato nel secondo motivo, di una doppia imposizione giuridica e/o economica e della conseguente di Spa rità di trattamento rispetto a società residenti. E tale considerazione prescinde dalla prospettabile carenza di interesse della contribuente a fare valere il divieto della doppia imposizione, dato che ad essere illegittimamente inciso sarebbe il patrimonio della società lussemburghese finanziatrice, non quello della ricorrente (società finanziata). In di Spa rte, poi, l'altrettanto prospettabile inammissibilità della questione, la quale non risulta essere stata proposta dalla contribuente nei gradi di merito.

21. In ultima analisi, sul punto, è convincente l'articolata obiezione della difesa erariale secondo cui, come extrema ratio, le disposizioni sovranazionali e gli accordi fiscali bilaterali prevedono degli strumenti contro le doppie imposizioni, capaci di favorire la realizzazione e il funzionamento del mercato Europeo. E infatti, da un lato, la società lussemburghese EIL aveva la possibilità di scontare, nel proprio sistema fiscale, la ritenuta alla fonte operata nello Stato membro di origine; dall'altro, è sempre possibile accedere alle procedure amichevoli contro le doppie imposizioni previste dagli artt. 6 e seguenti della convenzione 90/436/CEE del 23/07/1990 (ratificata con [L. 22 marzo 1993, n. 99](#)), relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate. Più specificamente, in relazione al primo aspetto, si deve ricordare che, a norma dell'[art. 24](#), par. 1, della convenzione tra Italia e Lussemburgo contro le doppie imposizioni, se un residente nel Lussemburgo possiede redditi che, in base alla stessa convenzione, sono imponibili in Italia, può essergli riconosciuta un'esenzione da imposta di tali redditi, oppure può essere accordata una deduzione dell'imposta prelevata sui redditi del detto residente di ammontare pari all'imposta pagata in Italia.

22. La corretta interpretazione della direttiva, in rapporto alle circostanze del caso concreto, quali accertate dal giudice tributario di appello, e l'assenza del rischio di violazione del divieto di doppia imposizione, fanno sì che non sia necessario il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia - richiesto dalla contribuente con il terzo, il quinto e il sesto motivo - onde verificare la compatibilità degli artt. 26 e 26-quater con la IRD (2003/49) e con la libertà di stabilimento di cui agli [artt. 49](#) (43 del TCE) e seguenti [TFUE](#). A prescindere dalla considerazione che l'asse attorno al quale ruota la controversia è il principio

della libera circolazione di capitali ([art. 63 TFUE](#)), occorre aggiungere che l'art. 26-quater, nel prevedere l'esenzione dalle imposte sugli interessi corrisposti a soggetti residenti in Stati membri dell'UE al ricorrere di determinati requisiti e condizioni, segue la linea tracciata dalla IRD (2003/49). Più in generale, diversamente da quanto adombra la ricorrente, il sistema giuridico multilivello - Eurounitario, convenzionale e domestico - poggia su solide fondamenta. A proposito del tema dei flussi reddituali transfrontalieri, la clausola generale del "beneficiario effettivo", tuttora rilevante nell'ordinamento fiscale internazionale, come ricorda [Cass. n. 14756/2020](#) (in connessione con [Cass. nn. 32840/2018, 32842/2018](#), in materia di royalties; [Cass. nn. 14527/2019, 24287/2019, 26290/2022](#), in materia di dividendi; [Cass. 24297/2019](#) in materia di interessi), è diretto a "impedire che i soggetti possano abusare dei trattati fiscali attraverso pratiche di treaty shopping, con lo scopo di riconoscere la protezione convenzionale a contribuenti che, altrimenti, non ne avrebbero avuto diritto o che avrebbero subito un trattamento fiscale, comunque, meno favorevole. Il treaty shopping implica lo sfruttamento delle differenze nei trattati stipulati fra le varie nazioni, mediante la frapposizione di un soggetto residente in uno Stato terzo (conduit) nel flusso reddituale tra lo Stato della fonte e quello del beneficiario effettivo. Pertanto, può fruire dei vantaggi garantiti dai trattati il "beneficiario effettivo", ossia solo il soggetto sottoposto alla giurisdizione dell'altro Stato contraente, che abbia l'effettiva disponibilità giuridica ed economica del provento percepito, realizzandosi altrimenti una traslazione impropria dei benefici convenzionali o addirittura un fenomeno di non imposizione" (cfr., su questi temi, [Cass. 16/12/2015, n. 25281](#)).

23. Non si può inoltre dimenticare che "(...) non v'è diritto della parte all'automatico rinvio pregiudiziale ogniqualvolta la Corte di cassazione non ne condivida le tesi difensive ([Cass., S.U., 8.7.2016, n. 14043](#)), bastando che le ragioni siano espresse (Corte EDU, in caso Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio), specie quando l'interpretazione della norma e del caso siano evidenti ([Cass., S.U., 24.5.2007, n. 12067](#)), e la corretta interpretazione della norma di diritto di cui trattasi non lasci Spazio a nessun ragionevole dubbio (Raccomandazioni 2016. C- 439.01, p. 6)". ([Cass. Sez. U., 19/06/2018, n. 16157](#), in motivazione, punto 5.5.; nello stesso senso, ex multis, [Cass. 25/02/2022, n. 6332](#), punto 6.2. - in continuità con [Cass. 7/06/2018, n. 14828](#); [Cass. 16/06/2017, n. 15041](#) - secondo cui il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea presuppone il dubbio interpretativo su una norma comunitaria, che non ricorre allorchè l'interpretazione sia auto-evidente oppure il senso della norma sia già stato chiarito da precedenti pronunce della Corte, non rilevando, peraltro, il profilo applicativo di fatto, che è rimesso al giudice nazionale). E anche la Corte costituzionale (Corte Cost. n. 28 del 2010, in motivazione al punto 6) ha ritenuto che sia da escludere il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, non "necessario quando il significato della norma comunitaria sia evidente, anche per essere stato chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia". Per la Corte di giustizia (C. giust. Cilift cit.; cfr. altresì C. giust. 5/04/2016, C-689/13, Puligenica Facility Esco. Cfr., in termini, C. giust. 28/07/2016, C-379/15, Association France Nature Environnement) viene meno l'obbligo di rinvio pregiudiziale allorchè la corretta applicazione del diritto dell'Unione Europea si imponga con un'evidenza tale da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da fornire alla questione sollevata (c.d. teoria dell'acte clair).

24. Esclusa (per le suindicate ragioni (cfr. punti 20 e 21)) l'ipotesi della doppia imposizione tra Stati membri dell'UE, non è condivisibile la tesi della società (illustrata nel sesto motivo di ricorso e nella memoria) di superare il significato letterale del requisito della "partecipazione qualificata diretta" tra consociata di uno Stato membro che paga gli interessi e beneficiaria (tramite la subholding residente nel medesimo Stato membro) di tali interessi residente in altro Stato membro, con il triplice obiettivo (prospettato dalla contribuente) di assicurare realmente la parità di trattamento fiscale delle operazioni nazionali e delle operazioni transfrontaliere, di agevolare la realizzazione e il funzionamento del mercato interno, e di evitare la discriminazione tra gruppi societari (come il gruppo ELECTRABEL/GDF Suez) strutturati secondo uno schema partecipativo "verticale" (che prevede la presenza di una subholding in diversi Stati membri) rispetto ai gruppi articolati secondo un sistema



"stellare", in cui un'unica capogruppo controlla direttamente tutte le società "operative" consociate. Al riguardo, [Cass. n. 24297/2019](#) ha chiarito che l'interpretazione dell'art. 26-quater, che ha natura di agevolazione tributaria, deve essere restrittiva, nel senso che la detenzione della società che riceve il pagamento non inferiore al 25 per cento del capitale o dei diritti di voto nella società che effettua il pagamento, in accordo con il dato testuale della IRD (2003/49), non può che essere "diretta". La previsione di requisiti stringenti di partecipazione diretta tra società consociate in rapporto, per esempio, ai criteri meno rigorosi della [direttiva 90/435/CEE](#) (c.d. direttiva madre-figlia) ha resistito, finora, ad alcune proposte di modifica della Commissione Europea (cfr., per es., la proposta 2011/0314 dell'11/11/2011, citata dalla contribuente, e l'analoga iniziativa della Commissione del novembre 2017, che si è arenata per le notevoli divergenze tra gli Stati membri) che, per simmetria con la direttiva madre-figlia, mirano a prendere in considerazione le partecipazioni societarie indirette e all'abbassamento dal 25 per cento al 10 per cento della soglia richiesta per considerare le società "consociate". A distanza di molti anni dall'entrata in vigore della IRD (2003/49), è probabile che la ragione del mancato allineamento dell'ambito di applicazione personale delle due direttive sia riconducibile non soltanto alla finalità di limitare l'impatto della IRD (2003/49) sul gettito fiscale degli Stati membri, ma anche all'esigenza (enunciata nel considerando 6 di quest'ultima direttiva) di evitare di precludere agli Stati membri la possibilità di adottare le misure appropriate per combattere le frodi e gli abusi. In altri termini, sulla premessa che la IRD (2003/49), in accordo con il TFUE, mira a porre rimedio alle barriere fiscali al mercato interno, l'attuale rilevanza del requisito della partecipazione diretta tra le società di diversi Stati membri appare coerente con la finalità - non solo agevolativa, ma anche antiabuso - della IRD (2003/49), a fronte della funzione puramente e sostanzialmente della direttiva madre-figlia, in un orizzonte di garanzia della parità delle armi a disposizione degli enti che operano sul mercato unico UE. 25. Il settimo motivo non è fondato.

26. Nonostante la matrice antielusiva degli artt. 26 e 26-quater, i precetti in essi contenuti non vanno confusi con la disciplina dell'art. 37-bis. In effetti, a giudizio della Corte, le disposizioni antielusive che punteggiano la variegata normativa tributaria (si pensi al transfer pricing, alla disciplina delle società non operative o di comodo, al c.d. "valore normale" nei diversi contesti delle IIDD, Iva, doganale, etc.) non sono sovrapponibili alle prescrizioni (quali quelle endoprocedimentali del contraddittorio preventivo e dell'obbligo della motivazione rafforzata dell'atto impositivo) dell'art. 37-bis (o dell'abuso innominato). In altre parole, la sentenza impugnata, nel confermare la legittimità dell'accertamento, si è attenuta al seguente principio di diritto: "In tema di esenzione dalle imposte sugli interessi (e sui canoni) corrisposti a soggetti residenti in Stati membri dell'Unione Europea, nonostante la comune matrice antielusiva, gli artt. 26 e 26-quater, D.P.R. n. 29 settembre 1973, n. 600, come le altre disposizioni tributarie antielusive (quali, per es., la disciplina del transfer pricing, le norme in tema di società non operative o di comodo, il c.d. "valore normale" nei diversi contesti delle IIDD, Iva, doganale), non sono suscettibili entro l'[art. 37-bis, D.P.R. n. 600 del 1973](#), anche per quanto attiene alle prescrizioni endoprocedimentali recate da quest'ultimo (quali, per es., l'obbligo del contraddittorio preventivo e della motivazione rafforzata dell'atto impositivo)".

27. In conclusione, il ricorso deve essere rigettato.

28. Le spese del giudizio di legittimità, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

## **P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 12.000,00, a titolo di compenso, oltre alle spese prenotate a debito.

Ai sensi del [D.P.R. n. 115 del 2002](#), [art. 13](#), comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del comma 1-bis del citato art. 13, se dovuto.

## **Conclusione**

Così deciso in Roma, il 11 gennaio 2023.

Depositato in Cancelleria il 28 febbraio 2023