

Cass. civ., Sez. V, Sent., (data ud. 08/02/2023) 28/02/2023, n. 6050

IMPOSTE E TASSE IN GENERE › *Avviso di accertamento*

IMPOSTA VALORE AGGIUNTO (IVA) › *In genere*

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

Intestazione

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CIRILLO Ettore - Presidente -

Dott. CATALDI Michele - Consigliere -

Dott. DE ROSA Maria Luisa - Consigliere -

Dott. GUIDA Riccardo - rel. Consigliere -

Dott. FRACANZANI Marcello Maria - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 1853-2020 R.G. proposto da:

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

- Ricorrente -

contro

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

- Controricorrente -

Avverso la sentenza della COMM.TRIB.REG. LAZIO n. 3333-2019 depositata il 30/05/2019.

Udita la relazione svolta dal Consigliere Riccardo Guida nella pubblica udienza dell'08 febbraio 2023.

Udito il Sostituto Procuratore Generale Giuseppe Locatelli 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. Si controverte dell'impugnazione dell'avviso di accertamento, relativo al periodo di imposta 2008, per l'omessa applicazione della ritenuta a titolo di imposta ex [D.P.R. n. 600 del 1973](#), [art. 26](#), comma 5, sugli

interessi passivi corrisposti da EBLACEA Spa ("EBLACEA") (successivamente incorporata dalla ricorrente (già (Omissis) Spa)) alla subholding italiana ELECTRABEL ITALIA S p a ("EBL Italia"), entrambe appartenenti al gruppo belga ELECTRABEL SA. In particolare, la linea di finanziamento alla società operativa EBLACEA era stata aperta, nel 2003, dalla consociata lussemburghese ELECTRABEL INVESTMENT LUXEMBOURG SA ("EIL"). In seguito, nell'ambito di un progetto di ristrutturazione finanziaria dell'intero gruppo, in data 20/12/2006 (con effetto dal 27/12/2006) EBL Italia e EIL sottoscrissero un accordo (facility agreement e working capital facility) con il quale EIL cedeva a EBL Italia i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto di finanziamento stipulato (nel 2003) da EIL e EBLACEA. Contestualmente, per procedere all'acquisizione dei crediti di EIL verso le società operative (compresa EBLACEA), 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 che le aveva ceduto.

2. Secondo l'Amministrazione finanziaria ("A.F."), data la corrispondenza e la sostanziale parità tra i flussi di reddito intercorsi tra EBLACEA e EBL Italia e quelli rimessi da quest'ultima a EIL, vista l'assenza di compenso o il compenso irrisorio a fronte dell'attività di rifinanziamento delle società del gruppo, si doveva considerare il pagamento degli interessi come effettuato direttamente dalla società operativa EBLACEA alla finanziaria EIL, con conseguente obbligo, in capo a EBLACEA, di operare la ritenuta ex [D.P.R. n. 600 del 1973, art. 26](#), comma 5, riguardante l'applicazione della ritenuta a titolo d'imposta, nel caso di corresponsione di interessi su finanziamenti da una società residente ad una non residente, (nella specie) nella misura del 10 per cento (per un ammontare di Euro 65.806,67), stabilita dall'art. 11, par. 2, della convenzione tra Italia e Lussemburgo per evitare le doppie imposizioni del 3 giugno 1981. L'accertamento oggetto di questo giudizio ha escluso, invece, l'applicazione del [D.P.R. n. 600 del 1973, art. 26-quater](#), che prevede l'esenzione da imposta degli interessi pagati a società residenti in altri Stati membri dell'Unione Europea, e questo perchè l'A.F. ritenne che, al fine di usufruire artificialmente della cennata esenzione da imposta, EBL Italia avesse svolto il ruolo di società conduit dei flussi finanziari (recte, degli interessi) diretti alla società lussemburghese EIL, che era il "beneficiario effettivo" degli stessi redditi, ma non presentava i requisiti per l'esenzione.

3. La Commissione tributaria provinciale di Roma ha accolto il ricorso della contribuente, con sentenza (n. 11995-2017) che è stata confermata dalla Commissione tributaria regionale ("C.T.R.") del Lazio, con la decisione indicata in epigrafe, sulla base delle seguenti considerazioni: (i) la pretesa erariale ipotizza una volontà elusiva che è in contrasto con la creazione della subholding italiana che, nel quadro dell'esigenza di razionalizzare le attività svolte in Italia dalla multinazionale belga, si è effettivamente e non apparentemente sostituita all'originaria creditrice, quale società non residente. E infatti, in aderenza alla decisione di primo grado, non ha trovato conforto la ricostruzione dell'A.F. attesa l'irrilevanza, sul piano probatorio, dei verbali del C.d.A. e del collegio sindacale della stessa subholding; (ii) sotto altro profilo, la normativa richiamata dall'ufficio è inconfidente in quanto entrambe le società parti del rapporto finanziario sono residenti, sicchè se l'accertamento (testualmente, a pag. 4 della decisione), per altro viziato da carente motivazione, "si fosse basato su una situazione effettiva diversa da quella apparente - che giustificava l'omessa ritenuta sugli interessi - e caratterizzata da uno scopo meramente elusivo", avrebbe dovuto contenere un richiamo esplicito al [D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis](#), che per l'appunto contiene le "disposizioni antielusive".

4. L'Agenzia delle entrate ha proposto ricorso, con due motivi, per la cassazione della sentenza di appello; la contribuente ha resistito con controricorso e, in prossimità dell'udienza, ha depositato una memoria.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo di ricorso ("I. Falsa applicazione del D.P.R. n. 29.9.1973 n. 600, art. 37-bis. Violazione del D.P.R. n. 29.9.1973 n. 600, artt. 26, comma 5, 26-quater e 37-bis nonché degli [artt. 2697, 2727 e 2729](#) c.c., in relazione all'[art. 360](#) c.p.c., comma 1, n. 3"), l'Agenzia delle entrate premette che la sentenza

impugnata ha rigettato l'appello dell'ufficio in ragione del fatto che, trattandosi di rapporto di finanziamento tra società entrambe residenti, se l'accertamento si fosse basato su una situazione effettiva, diversa da quella apparente (la quale giustificava l'omessa applicazione della ritenuta sugli interessi), caratterizzata da uno scopo meramente elusivo, avrebbe dovuto essere costruito mediante il richiamo al [D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis](#), che, infatti, reca disposizioni antielusive. Aggiunge che la materia è regolata dalla [direttiva 2003/49/CE](#) ("IRD (2003/49)") e, sul piano nazionale, dal [D.P.R. n. 600 del 1973, art. 26-quater](#), in tema di esenzione dalle imposte sugli interessi e sui canoni corrisposti a soggetti residenti in Stati membri dell'UE, secondo cui gli interessi e i canoni pagati da una società di capitali ad altro ente (società o stabile organizzazione) residente in un altro Stato membro è esente da ritenuta alla fonte in presenza di determinati requisiti oggettivi e soggettivi, compreso quello che la società che riceve il pagamento sia il "beneficiario effettivo" degli interessi. Svolte queste premesse, l'ufficio censura la sentenza impugnata per avere trascurato che il fatto che la nozione di beneficiario effettivo di cui all'art. 26-quater abbia una finalità antielusiva, perchè diretta a incidere su fenomeni di abuso consistenti nell'interposizione reale di società (c.d. conduit company) tra l'ente che eroga il prestito e la destinataria finale, non impone al fisco di applicare la procedura del [D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis](#). Da una diversa prospettiva, l'ufficio censura la sentenza impugnata che ha negato la volontà elusiva in quanto la modifica soggettiva dei rapporti finanziari infragruppo era conseguita alla creazione di una subholding italiana, nel quadro della ristrutturazione dell'intelaiatura societaria sovranazionale, omettendo di considerare gli elementi di fatto, evidenziati nell'atto impositivo, che dimostravano che EBL Italia era una mera conduit del flusso di denaro dalla società operativa finanziata alla consociata lussemburghese EIL, quale beneficiaria effettiva degli interessi sul capitale mutuato.

2. Con il secondo motivo ("II. Nullità della sentenza per omessa motivazione in violazione degli [artt. 132](#), comma 2, n. 4, c.p.c. e 118 comma 1, disp. att. c.p.c. e del [D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 36](#) in relazione all'art. 360, 1 comma, n. 4"), si censura la motivazione apparente della sentenza impugnata, che recepisce acriticamente la decisione di primo grado e non spiega le ragioni per le quali non ravvisa nella finanziaria di diritto lussemburghese EIL il beneficiario effettivo del flusso reddituale.

3. I due motivi, da esaminare insieme per connessione, sono fondati.

4. Si appalesa prima facie lacunosa e carente l'affrettata motivazione della sentenza di appello - che pertanto non sfugge alla censura di nullità dell'ufficio (secondo motivo di ricorso) - che, in maniera assertiva, limitandosi a lambire il variegato tema del decidere, dichiara di condividere altre pronunce della medesima Commissione regionale, favorevoli alla contribuente, senza indicarle puntualmente, e anche la decisione di primo grado, per concludere, per un verso, che EBLACEA non doveva operare alcuna ritenuta sugli interessi corrisposti alla subholding EBL Italia, la quale era stata creata per razionalizzare e coordinare le attività svolte in Italia dalla multinazionale e aveva perciò sostituito "effettivamente" e non "apparentemente" l'originaria creditrice EIL; per altro verso, che l'atto impositivo era privo del necessario riferimento all'art. 37-bis, quale archetipo delle disposizioni antielusive.

5. In materia di motivazione della sentenza per relationem ad altra decisione, questa Corte ha già avuto modo di chiarire che "La motivazione della sentenza, con rinvio "per relationem" a provvedimenti giudiziari resi in altro processo, è ammissibile e rispetta il minimo costituzionale richiesto dalla Cost., [art. 111](#), comma 6, purchè la condivisione della decisione avvenga attraverso un autonomo esame critico dei motivi d'impugnazione, con richiamo ai contenuti degli atti cui si rinvia, non potendosi risolvere in una acritica adesione al provvedimento richiamato" ([Cass. 06/07/2022, n. 21443](#)). In altre parole "(n)el processo civile, la validità della sentenza la cui motivazione sia redatta "per relationem" ad un provvedimento giudiziario reso in un altro processo, presuppone che essa resti "autosufficiente", riproducendo i contenuti mutuatati e rendendoli oggetto di autonoma valutazione critica nel contesto della diversa causa, in modo da consentire la verifica della sua compatibilità logico-giuridica, mentre deve ritenersi nulla, ai sensi dell'[art. 360](#) c.p.c., comma 1, n. 4, la sentenza che si limiti alla mera indicazione dell'esistenza del provvedimento richiamato, senza esporne il contenuto e senza compiere

alcun apprezzamento delle argomentazioni assunte nell'altro giudizio e della loro pertinenza e decisività rispetto ai temi dibattuti dalle parti, così rendendo impossibile l'individuazione delle ragioni poste a fondamento del dispositivo". (Cass. 10/01/2022, n. 459).

6. Nel nostro caso, le surrichiamate generiche asserzioni del giudice di appello non consentono di individuare le ragioni della decisione. Per orientamento consolidato di questa Corte (ex plurimis [Cass. 19/01/2023, n. 1618](#); [Cass. 23/12/2022, n. 37770](#), che menziona Cass. Sez. U. 27/12/2019, n. 34476, la quale cita, in motivazione, [Cass. Sez. U., 07/04/2014, n. 8053](#); Sez. U. 18/04/2018, n. 9558; Sez. U. 31/12/2018, n. 33679) "nel giudizio di legittimità è denunciabile solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'[art. 12](#) preleggi, in quanto attiene all'esistenza della motivazione in sè, purchè il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali: tale anomalia si esaurisce nella mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, nella motivazione apparente, nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili e nella motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile, esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di sufficienza della motivazione".

7. Per chiarire gli aspetti cruciali della causa, che il giudice tributario di appello ha ommesso di esaminare, e anche nella prospettiva di evidenziare gli errori di diritto della sentenza impugnata (denunciati con il primo motivo di ricorso), innanzitutto, occorre richiamare l'avviso di accertamento che contesta alla contribuente la violazione del [D.P.R. n. 600 del 1973, art. 26](#), comma 5, in relazione all'[art. 26-quater](#), del medesimo decreto, per avere corrisposto alla subholding GSEI (già 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, del menzionato [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](#).

8 Delineate, sinteticamente, la normativa e la giurisprudenza Europea e di legittimità alle quali occorre prestare attenzione, è convincente la tesi erariale, esposta nel primo motivo di ricorso, secondo cui la matrice antielusiva degli [art. 26](#) e [26-quater](#) non deve indurre a confondere le stesse norme con l'[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).

9. D'altro canto, la critica a tutto tondo alla sentenza di appello, compendiata nei due motivi di impugnazione, dissolve i dubbi di inammissibilità del ricorso erariale espressi in controricorso dalla difesa della contribuente, basati sulla constatazione (in sè destituita di fondamento) che l'Amministrazione avrebbe attinto una soltanto delle due autonome rationes della decisione di appello.

10. Non sono persuasive nemmeno le richieste della contribuente - avanzate, in subordine, per l'ipotesi che al Collegio appaiano ammissibili e fondati i motivi di ricorso per cassazione - di sottoporre, in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia la verifica della compatibilità degli [artt. 26](#) e [26-quater](#) con le norme della direttiva IRD e con la libertà di stabilimento di cui agli [artt. 49](#) (43 del TCE) e seguenti [TFUE](#). 11. A prescindere dalla considerazione che l'asse attorno al quale ruota la controversia è quello 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, è in linea con la IRD (2003-49). Più in generale, diversamente da quanto adombra la contribuente, 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](#)).

12. 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).

13. Del resto, l'istanza della contribuente di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, variamente modulata in controricorso, postula la fallace esegesi della normativa Eurounitaria, laddove (cfr. pag. 24 del controricorso), per esempio, si afferma che "la facoltà riconosciuta dall'art. 5 della (...) Direttiva agli Stati membri di adottare misure volte a contrastare l'elusione delle previsioni in essa contenute (è) destinata esclusivamente ad evitare che, attraverso l'indebito sfruttamento del regime di esenzione, gli interessi "esentati" siano convogliati in favore di un soggetto residente in un paese terzo non membro dell'Unione Europea, mentre non riguarda affatto l'ipotesi in cui il "beneficiario effettivo" di tali interessi sia un soggetto residente in uno Stato dell'Unione".

14. A giudizio del Collegio, invece, tutt'altra è la corretta chiave di lettura delle disposizioni di diritto Europeo. Infatti, la IRD (2003/49) 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, bènèficiare 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 C299/16), 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).

15. 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.

16. 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 18).

17. Per quanto riguarda la questione centrale del beneficiario effettivo (che pare essere il fragile cardine dell'opaca motivazione della sentenza impugnata, che ha riconosciuto tale natura alla subholding italiana), è il caso di inoltrarsi nel percorso argomentativo della Corte di giustizia (sent. 26 febbraio 2019, nelle cause riunite C115/16, 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".

18. 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, nonché 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 benefici 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.

19. 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 Sassoni 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.

20. Infine, 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".

21. Tirando le fila Spa rse dell'intero ragionamento, vanno enunciati i seguenti principi di diritto:

(a) "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, il D.P.R. n. 29 settembre 1973, n. 600, artt. 26 e 26-quater, 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 sussumibili entro il [D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis](#), 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)";

(b) "In tema di esenzione degli interessi (e di altri flussi reddituali) dall'imposta ex D.P.R. n. 29 settembre 1973, n. 600, art. 26 quater, 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 rimmetterli 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 ri Spa rmio fiscale".

22. In conclusione, accolti entrambi i motivi di ricorso, la sentenza è cassata, con rinvio al giudice a quo, affinché riesamini i fatti di causa attenendosi ai principi di diritto sopra enunciati, e provveda sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di giustizia tributaria di secondo grado del Lazio, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Conclusione

Così deciso in Roma, il 8 febbraio 2023.

Depositato in Cancelleria il 28 febbraio 2023