

**Civile Sent. Sez. 5 Num. 6067 Anno 2023**

**Presidente: CIRILLO ETTORE**

**Relatore: CATALDI MICHELE**

**Data pubblicazione: 28/02/2023**

IRES-ARTT. 26, CO.5, E 26-  
QUATER DPR 600/'73-  
OMESSA EFFETTUAZIONE  
RITENUTE SU INTERESSI-  
DIRETTIVA IRD-  
BENEFICIARIO EFFETTIVO

### **SENTENZA**

sul ricorso iscritto al n. 14823/2018 R.G. proposto da:

AGENZIA DELLE ENTRATE, in persona del Direttore generale *pro tempore*, con domicilio legale in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

– *ricorrente e controricorrente incidentale*–  
contro

ENGIE PRODUZIONE s.p.a., già GDF Suez Produzione s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, Piazza Mazzini n. 9/11, presso lo studio dell'avvocato Prof.Livia Salvini, che la rappresenta e difende per procura speciale.

– *controricorrente e ricorrente incidentale*–  
per la cassazione della sentenza della Commissione tributaria regionale del Lazio n. 6584/11/2017, depositata il 15 novembre 2017.

Udita la relazione svolta nella pubblica udienza dell'8 febbraio 2023 dal Consigliere dott. Michele Cataldi;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale dott. Giuseppe Locatelli, che ha concluso chiedendo rigettarsi il ricorso principale e dichiararsi inammissibile quello incidentale;

uditi l'Avvocato di Stato Alessandro Maddalo per la parte ricorrente principale e l'Avv. Prof. Livia Salvini per la parte controricorrente e ricorrente incidentale.

### **FATTI DI CAUSA**

1. Il giudizio ha per oggetto l'impugnazione degli avvisi di accertamento, relativi ai periodi di imposta 2008 e 2009, per 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 da GDF Suez Produzione s.p.a. ("GDF Produzione") – già denominata AceaElectrabel Produzione s.p.a. ("AEP")- in favore di GDF Suez Energia Italia S.p.a. ("GDF Energia") - già denominata Electrabel Italia s.p.a. ("EBL Italia")- sulla base di contratti di finanziamento.

2. GDF Produzione (già AEP) e GDF Energia (già EBL Italia) appartenevano al gruppo belga ELECTRABEL SA (divenuto in seguito gruppo francese GDF Suez, ora gruppo Engie); GDF Produzione, 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, nel contesto di un progetto di ristrutturazione finanziaria dell'intero gruppo, EBL Italia acquistò tutte le partecipazioni nelle società operative italiane, assumendo il ruolo di *subholding*, ed EIL acquistò il 45 per cento del capitale sociale di EBL Italia. In un momento successivo, EBL Italia e EIL sottoscrissero un accordo (*credit facility agreement*) con il quale EIL cedeva a EBL Italia i diritti e gli obblighi derivanti dai contratti di finanziamento stipulati con le società operative, compresa GDF Produzione; 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. Secondo l'Amministrazione finanziaria, data la corrispondenza e la sostanziale parità fra i flussi di reddito intercorsi tra GDF Produzione ed 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 GDF Produzione alla finanziaria EIL, con conseguente obbligo, in capo a GDF Produzione, di operare la ritenuta ex art. 26, comma 5, d.P.R. n. 600 del 1973, 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 misura del 10 per cento, 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 dell'art. 26-*quater*, d.P.R. n. 600 del 1973, che prevede l'esenzione da imposta degli interessi pagati a società residenti in altri Stati membri dell'Unione europea, ritenendo l'Amministrazione che, al fine di usufruire 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.

4. La Commissione tributaria provinciale di Roma, dopo averli riuniti, ha accolto i ricorsi della contribuente e la Commissione tributaria regionale del Lazio, con la sentenza che è stata indicata in epigrafe, ha rigettato l'appello dell'Agenzia delle entrate, sulla base delle seguenti considerazioni: (i) la pretesa erariale ipotizza che si tratti di «operazioni elusive», ma tale ricostruzione non ha trovato conforto sul piano probatorio; (ii) sotto altro profilo, la normativa richiamata dall'ufficio è inconferente, in quanto sia il soggetto pagante che quello percipiente gli interessi in questione sono residenti in Italia e se l'accertamento (testualmente, nell'ultima pagina della decisione), per altro viziato per difetto di motivazione, «avesse voluto dimostrare l'intento elusivo avrebbe dovuto richiamare non l'art. 26, c. 5, ma l'art. 37-bis, d.P.R. 600/ 1973, invocando l'abuso del diritto».

5. L'Agenzia delle entrate ricorre, con tre motivi, per la cassazione della sentenza di appello; la contribuente resiste con controricorso e propone ricorso incidentale condizionato, affidato a due motivi, al quale la ricorrente risponde con controricorso. Il P.G. ha depositato conclusioni scritte, con le quali ha chiesto « di rigettare il ricorso principale e dichiarare inammissibile il ricorso incidentale.». Entrambe le parti hanno depositato memoria.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. Con il primo motivo si lamenta « violazione o falsa applicazione dell'art. 42, co. 2 e 3, del d.p.r. n. 600/1973, anche in combinato disposto con gli artt. 26, co. 5, 26-*quater* e 37-bis del d.p.r. 29.9.1973 n. 600.».

Secondo la ricorrente, la CTR ha erroneamente ritenuto nullo l'avviso di accertamento per carenza di motivazione, in ragione dell'omesso richiamo all'art. 37-*bis* del d.p.r. n.

600 del 1973, quando invece nello stesso avviso erano chiaramente e senza possibilità di equivoco illustrate le ragioni di fatto e di diritto della pretesa impositiva.

2. Con il secondo motivo si denuncia « falsa applicazione dell'art. 37-bis del d.p.r. 29.9.1973 n. 600. Violazione degli artt. 26, co. 5, 26-quater e 37-bis del d.p.r. 29.9.1973 n. 600. »

A detta della ricorrente, la CTR ha erroneamente ritenuto che l'Ufficio avrebbe dovuto muovere la contestazione *ex art. 37-bis* del d.p.r. n. 600 del 1973, nonostante tale contestazione si fondasse sul combinato disposto degli artt. 26, quinto comma, e 26-*quater* dello stesso d.p.r. e l'operazione *de qua* esulasse dalle fattispecie delineate dall'art. 37-bis, terzo comma. Conseguentemente, la CTR ha altrettanto erroneamente valutato la fattispecie, oltre che gli elementi indiziari adottati dall'Ufficio, nell'ottica della astratta e (irrilevante) elusività dell'operazione di ristrutturazione societaria e finanziaria del gruppo multinazionale, ma non già per verificare se alla luce di tali elementi EBL fosse una mera "*conduit*" dello specifico reddito d'interessi e la lussemburghese EIL ne fosse la "beneficiaria effettiva".

3. Con il terzo motivo, si denuncia «violazione degli artt. 2727 e 2729 c.c., e conseguenziale violazione o falsa applicazione degli artt. 26, co. 5, 26-*quater* e 37-*bis* del d.p.r. 29.9.1973 n. 600.

Rileva la ricorrente che la CTR ha affermato che l'assunto dell'Ufficio non era documentato da idonei elementi probatori, omettendo la valutazione, analitica e unitaria, degli elementi indiziari offerti dall'Ufficio a supporto della pretesa fiscale.

4. I tre motivi, da esaminare insieme per connessione, sono ammissibili.

Infatti, a differenza di quanto eccepito dalla controricorrente, essi attingono, in maniera specifica, il complesso delle ragioni sulle quali si fonda la decisione impugnata, censurandole in diritto e non meramente in fatto.

I motivi, inoltre, sono anche fondati.

5. Al fine di meglio rimarcare i profili essenziali della lite, che il giudice tributario di appello non ha dimostrato di aver correttamente individuato in diritto, è utile innanzitutto ricordare che l'avviso di accertamento 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* GDF Energia (già EBL Italia) gli interessi sul finanziamento ricevuto, senza operare la prescritta ritenuta, benché la società italiana che ha percepito il pagamento non fosse il "beneficiario effettivo" del flusso reddituale, ma ricoprisse il ruolo di mera società *conduit* rispetto

ad EIL, società di diritto lussemburghese, appartenente al medesimo gruppo, da considerarsi essa il "beneficiario effettivo" degli interessi.

Pertanto, la controversia si colloca, sul piano normativo, nel perimetro della direttiva 2003/49/CE (c.d. direttiva IRD) - che è alla base dell'introduzione, nella normativa nazionale, del ridetto articolo 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, (tali decisioni vengono indicate 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 membro a società di altri Stati membri); Cass. 10/07/2020, n. 14756; Cass. 30/09/2019, n. 24297.

6. Delineate, sinteticamente, la normativa e la giurisprudenza sovranazionale e di legittimità cui occorre fare riferimento, va rilevato che la direttiva IRD prevede sì l'obbligo generale dello Stato di residenza di assoggettare a tassazione il soggetto destinatario degli interessi (dei canoni etc.), ma fa salva l'applicazione della c.d. clausola del beneficiario effettivo (*beneficial owner*). 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).

7. Il regime fiscale dei flussi transfrontalieri di interessi impone, pertanto, di stabilire se il percettore "formale" ne sia o meno il beneficiario effettivo, senza tralasciare che, per la direttiva IRD (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, cit., pagg. 8-9).

Pertanto, l'indagine sul beneficiario effettivo s'interseca necessariamente con la verifica del ruolo concretamente assunto dalla società intermediaria (*conduit company* o *société 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 direttiva IRD, 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.

8. 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 direttiva IRD 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 sono i requisiti da soddisfare affinché spettino i benefici riconosciuti da disposizioni ispirate ad una finalità antiabusiva (ed è quest'ultimo il campo nel quale s'inscrive la figura del beneficiario effettivo). 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.

In sostanza, come è stato ben sottolineato in dottrina, l'abuso in senso tecnico e, cioè, la pratica di porsi artificialmente nelle condizioni per beneficiare delle esenzioni concesse dalle (normative di recepimento delle) Direttive, differisce dai comportamenti interessati da specifiche previsioni che pure siano ispirate da finalità antiabuso, le quali, nell'ambito delle Direttive, sono tipicamente concepite come requisiti da soddisfare affinché spettino i benefici tributari. Infatti, laddove tali comportamenti siano posti in essere e siano nondimeno invocati i vantaggi tributari previsti dalle Direttive, non si è tecnicamente in presenza di abuso, dato che il contribuente non ha in realtà soddisfatto i requisiti per beneficiare di tali vantaggi, che dunque non spettano. In particolare, la condizione di "beneficiario effettivo" degli interessi costituisce appunto un requisito da soddisfare affinché spettino i benefici concessi dalla direttiva e, come tale, non deve

essere confuso con l'applicazione delle norme antiabuso. Sotto il profilo logico, deve innanzitutto stabilirsi se il percipiente sia o meno il "beneficiario effettivo" degli interessi o canoni secondo la definizione fornita dalla normativa di recepimento della direttiva interessi-*royalties*, e qualora la risposta sia negativa i benefici della direttiva non spettano e possono essere disconosciuti senza ricorrere a tali norme.

9. In merito alla clausola, cruciale, del "beneficiario effettivo", il 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) 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 nonché 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 ulteriormente nell'edizione 2017 del Commentario, par. da 9 a 14, dove, in particolare al 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*»).

10. 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, la già citata Cass. n. 14756/2020 (la quale richiama Cass. 28/12/2016, n. 27112, in materia di dividendi; cfr., altresì, le sentenze "gemelle" nn. 27113/2016, 27115/2016, 27116/2016) afferma che una *subholding* pura - che è sufficiente 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 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, cod. civ.), 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'eventuale abuso del diritto e la sussistenza di una costruzione artificiosa.

11. L'indagine si articola in tre test, autonomi e disgiunti, che, a seconda della fattispecie concreta, prendono in considerazione dei "parametri spia" o "indici segnaletici, e sono stati denominati dalla dottrina, la quale ha razionalizzato i principi cardine enunciati dalla giurisprudenza, comunitaria e di legittimità, e dalle Corti anglosassoni 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 direttiva IRD al beneficiario effettivo, ma anche di avvalersi del fascio di libertà e diritti riconosciuti dal TFUE.

Il *dominion test* è il centro dell'indagine e, prescindendo da costruzioni artificiali, punta al cuore del significato economico della specifica operazione (*substantial economic effect*) indagata, atteso che, in ipotesi, la stessa società ben può essere beneficiario effettivo riguardo i flussi finanziari provenienti da alcune operazioni del gruppo e non esserlo invece rispetto ad altre. Con esso si valuta la capacità della società di disporre liberamente degli interessi percepiti, se cioè essa ne 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 ad 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 dal diritto europeo. 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 risponde ad altre motivazioni economiche.

12. Da un'ultima angolazione, 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'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2003/49. È, 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 i requisiti indicati dalla direttiva 2003/49 ai fini del beneficio dell'esenzione». L'approccio *look through*, in ogni caso, resta circoscritto al perimetro applicativo della direttiva, in quanto «solamente un'entità stabilita nell'Unione può costituire un beneficiario effettivo degli interessi, idoneo a godere dell'esenzione prevista dall'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2003/49» (punto 89 della citata sentenza). Tanto meno il *look through approach* può essere utilizzato per riconoscere il regime di esenzione della direttiva ad un beneficiario effettivo che, per quanto residente all'interno dell'Unione, sia tuttavia privo dei requisiti tassativamente richiesti. Al riguardo, è lo stesso art. 3, comma 1, lett. b), della direttiva IRD (tradotto nell'ordinamento interno dall'art. 26-quater, comma 2, lett. b), del d.P.R. n. 600 del 1973), che – con chiarezza letterale tale da non dare adito a dubbi o divergenze nella sua interpretazione – configura la partecipazione rilevante necessariamente come «diretta» e consente agli

Stati membri di sostituire, come ha fatto l'Italia, il criterio della partecipazione di una quota minima nel capitale con quello di una quota minima «dei diritti di voto».

In questo senso, del resto, questa Corte ha già chiarito che «In tema di agevolazioni, ai fini dell'applicazione dell'art. 26-*quater*, comma 1, del d.P.R. n. 600 del 1973, il quale dispone l'esenzione dalle imposte sugli interessi e sui canoni corrisposti a soggetti residenti in Stati membri dell'Unione europea, la detenzione, da parte della società che riceve il pagamento dei canoni o interessi, del 25% dei diritti di voto nella società che effettua il pagamento deve essere diretta, sicché la stessa non può essere anche indiretta in quanto, per un verso, trattandosi di disposizione avente natura agevolativa, è di stretta interpretazione e, per un altro, tale interpretazione è conforme all'art. 3 della direttiva Consiglio 2003/49/CE.» (Cass. 30/09/2019, n. 24297).

12.1. Non è quindi condivisibile la tesi della società (illustrata nel controricorso e nella memoria) che mira a superare il significato letterale, univoco, 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.

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 stessa 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 espansiva della direttiva madre-figlia, in un orizzonte di garanzia della parità delle armi a disposizione degli enti che operano sul mercato unico UE.

13. Chiudendo pertanto l'intero ragionamento, vanno enunciati i seguenti principi di diritto: In base alla corretta esegesi della direttiva IRD, fornita dalle "sentenze danesi", pertanto, va enunciato il seguente principio 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, gli artt. 26 e 26-*quater*, d.P.R. 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)»;**

**(b) «In tema di esenzione degli interessi (e di altri flussi reddituali) dall'imposta ex art. 26 *quater*, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, in applicazione dell'ordinario riparto dell'onere probatorio tra fisco e contribuente, nonché 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 *société relais*), la cui interposizione è finalizzata esclusivamente ad un risparmio fiscale».**

14. Alla luce della chiara normativa sovranazionale, come interpretata dalla già richiamata giurisprudenza comunitaria, non sono persuasive 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 articoli 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.

In disparte il rilievo che il principio eurounitario intorno al quale ruota la controversia è quello della libera circolazione di capitali (art. 63 TFUE), occorre aggiungere che l'articolo 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 direttiva IRD. 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).

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, § 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 allorché 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., 6.10.1982, C-283/81, *Cilfit*; cfr. altresì C. giust. 5/04/2016, C-689/13, *Puligienica Facility Esco*. Cfr., in termini, C. giust. 28/07/2016, C-379/15, *Association France Nature Environnement*) viene meno l'obbligo di rinvio pregiudiziale allorché 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*) che, in base alle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione ed alle difficoltà particolari relative alla sua interpretazione, si imponga anche agli altri giudici nazionali e alla Corte (C.giust.,15/12/2022, C-144/22)

15. Invero, l'istanza della contribuente di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, variamente modulata in controricorso, postula la fallace esegesi della normativa eurounitaria, come quando (cfr. pag. 30 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».

A giudizio del Collegio, invece, come già evidenziato ai punti 6 ss. che precedono, tutt'altra è la corretta chiave di lettura delle disposizioni di diritto europeo, avendo 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) chiarito che lo scopo della direttiva è di assicurare ai flussi di interessi (e *royalties*) 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 (e le *royalties*) 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). Il regime fiscale dei flussi transfrontalieri di interessi impone, pertanto, di stabilire se il percettore sia o meno il beneficiario effettivo, secondo i principi già esposti.

16. Non sussiste nemmeno il rischio, prospettato comunque dalla controricorrente soltanto nella memoria, di una doppia imposizione giuridica e/o economica, cui sarebbe collegata una disparità di trattamento tra società operanti sul mercato europeo. Invero vi è carenza di interesse della contribuente a fare valere il divieto della doppia imposizione, inteso in senso ampio, dato che ad essere illegittimamente inciso sarebbe il patrimonio della società lussemburghese finanziatrice e beneficiaria effettiva degli interessi, non quello della controricorrente. In disparte, altresì, la prospettabile inammissibilità della questione, che non risulta inclusa tra quelle che la stessa contribuente [cfr. pagg. 10 s. del controricorso per cassazione] ha allegato di aver proposto nel ricorso introduttivo. A ciò si aggiunga il carattere puramente teorico della doglianza, del tutto scissa elementi oggettivi idonei a dimostrare che, nella specie, vi sia stata una doppia imposizione giuridica o economica.

In ultima analisi, poi, deve sul punto considerarsi che, come *extrema ratio*, le disposizioni sovranazionali e convenzionali prevedono degli strumenti contro le doppie imposizioni, capaci di favorire la realizzazione e il funzionamento del mercato unionale. E infatti, da un lato, la società lussemburghese EIL aveva la possibilità di scontare, nel proprio sistema fiscale, la ritenuta subita all'estero; 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 legge 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, giova 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.

17. Tornando quindi ai motivi di ricorso, in ragione della già svolta premessa sulle norme ed i principi di diritto applicabili alla fattispecie, non è corretta l'argomentazione portante della decisione della CTR, espressa invero in termini di apodittica petizione di principio, secondo cui la normativa richiamata dall'Ufficio nell'atto impositivo (ovvero gli artt. 26, comma 5, e 26-*quater*, comma 2, lett. b), del d.P.R. n. 600, come dà atto lo stesso controricorso, a pag. 9 e *passim*) sarebbe «inconferente» e l'atto avrebbe dovuto piuttosto contenere un richiamo esplicito all'art. 37-bis, d.P.R. n. 600 del 1973, che per l'appunto contiene le "disposizioni antielusive". Infatti, come si è già detto, non va confusa la configurazione di una pretesa fattispecie, tipica o atipica, di abuso del diritto, con l'accertamento della sostanziale ricorrenza della condizione di "beneficiario effettivo", richiesta dalla direttiva IRD (e dalla norma italiana che l'ha attuata) come requisito da soddisfare affinché spettino i benefici tributari.

La pretesa «inconferenza» dell'apparato normativo invocato dall'atto impositivo non sussiste e non può quindi determinare le conseguenze che la CTR, invero senza rigoroso ordine logico, ha contemporaneamente declinato, sotto il profilo della nullità dell'atto e della sua motivazione, e della fondatezza della pretesa tributaria.

Tanto a prescindere, poi, dalla ingiustificata inversione del percorso logico-giuridico seguito dalla CTR nella lettura dell'atto impositivo, giacché, invece di valutarne l'effettivo contenuto, ha ipotizzato *a priori* quale esso avrebbe dovuto essere, e poi ne ha tratto conseguenze.

Sono quindi fondati il primo ed il secondo motivo.

18. La CTR ha inoltre errato, come denunciato nel terzo motivo, nelle modalità con le quali ha condotto l'accertamento che l'ha portata a negare che i flussi effettivi degli interessi pagati dalla contribuente fossero diretti verso EIL.

Invero già il perimetro dell'oggetto dell'accertamento - concentrato nella motivazione della sentenza impugnata sulla ricerca di operazioni elusive, correlate a monte alla creazione di una società intermedia, con funzione accentratrice delle operazioni finanziarie - non è in linea con l'effettivo *thema decidendum* e con le verifiche puntuali ed articolate richieste dai già richiamati test, secondo i principi *ante* chiariti, anche in tema di oggetto ed onere della prova. Nella sostanza, infatti, nel caso di specie la CTR avrebbe dovuto piuttosto dare corso al *dominion test*, ovvero verificare se la società percipiente dei pagamenti ne fosse, con riferimento alla specifica operazione in questione, anche la beneficiaria effettiva, secondo i principi *ante* già richiamati.

Inoltre, a fronte del complesso di elementi indiziari dedotti nell'accertamento e richiamati dalla ricorrente (anche nel ricorso per cassazione), il giudice del merito si è limitato alla onnicomprensiva e generica affermazione, assertiva ed apodittica, che «la pretesa tributaria non risulta provata», in assenza di «idonei elementi probatori», violando le modalità con le quali va condotto l'esame della prova indiziaria.

Infatti, secondo consolidata giurisprudenza di questa Corte, « In tema di prova per presunzioni, il giudice, dovendo esercitare la sua discrezionalità nell'apprezzamento e nella ricostruzione dei fatti in modo da rendere chiaramente apprezzabile il criterio logico posto a base della selezione delle risultanze probatorie e del proprio convincimento, è tenuto a seguire un procedimento che si articola necessariamente in due momenti valutativi: in primo luogo, occorre una valutazione analitica degli elementi indiziari per scartare quelli intrinsecamente privi di rilevanza e conservare, invece, quelli che, presi singolarmente, presentino una positività parziale o almeno potenziale di efficacia probatoria; successivamente, è doverosa una valutazione complessiva di tutti gli elementi presuntivi isolati per accertare se essi siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva, che magari non potrebbe dirsi raggiunta con certezza considerando atomisticamente uno o alcuni di essi. Ne consegue che deve ritenersi censurabile in sede di legittimità la decisione in cui il giudice si sia limitato a negare valore indiziario agli elementi acquisiti in giudizio senza accertare se essi, quand'anche singolarmente sforniti di valenza indiziaria, non fossero in grado di acquisirla ove valutati nella loro sintesi, nel senso che ognuno avrebbe potuto rafforzare e trarre vigore dall'altro in un rapporto di vicendevole completamento.» (Cass. 02/03/2017, n. 5374, *ex plurimis*). E la corretta attuazione di tale procedimento logico deve trasparire dalla motivazione della sentenza, in quanto, secondo consolidata giurisprudenza di questa Corte, il giudice non può, nella motivazione, limitarsi ad

enunciare il giudizio nel quale consiste la sua valutazione, perché questo è il solo contenuto "statico" della complessa dichiarazione motivazionale, ma deve impegnarsi anche nella descrizione del processo cognitivo attraverso il quale è passato dalla sua situazione di iniziale ignoranza dei fatti alla situazione finale costituita dal giudizio, che rappresenta il necessario contenuto "dinamico" della dichiarazione stessa (cfr. Cass., 23/01/2006, n. 1236; Cass. 29/07/2016, n. 15964; Cass. 20/12/2018, n. 32980).

E' quindi fondato anche il terzo motivo.

19. All'accoglimento del ricorso principale consegue la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio al giudice *a quo*, per i necessari accertamenti in fatto, da condurre secondo i richiamati principi.

20. Con il primo motivo di ricorso incidentale condizionato, la contribuente deduce la nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ., poiché la CTR avrebbe omesso di pronunciarsi sulla domanda di accertamento dell'illegittimità dell'avviso impugnato, per violazione dell'art. 7 della legge n. 212 del 2000, in quanto l'atto impositivo richiama e fa rinvio ad una serie di atti che non vengono ad esso allegati e che non sono, altresì, mai stati portati a conoscenza della ricorrente.

La ricorrente incidentale elenca nel corpo del mezzo i documenti in questione e fa richiamo (anche con trascrizioni di estratti) alla proposizione della questione nel ricorso introduttivo ed alla sua riproposizione in appello.

21. Con il secondo motivo di ricorso incidentale condizionato, la contribuente deduce, in via subordinata, la nullità della sentenza per carenza assoluta di motivazione, in relazione all'art. 360, primo comma 1, n. 4, cod. proc., assumendo che, nell'ipotesi in cui dovesse ritenersi configurabile un rigetto implicito dell'eccepita illegittimità dell'atto impugnato per violazione dell'art. 7 della legge n. 212 del 2000, si tratterebbe comunque di decisione totalmente priva di motivazione.

22. Il primo motivo di ricorso incidentale condizionato è infondato, mentre il secondo è fondato e va accolto. Invero, dato atto della proposizione e della riproposizione della questione nei due gradi di merito, deve ritenersi che la CTR l'abbia implicitamente, ma necessariamente, rigettata, decidendo sulla pretesa impositiva nel merito e, comunque, contestualmente rilevando una nullità dell'avviso fondata su ragioni diverse da quelle qui in esame. Se quindi, nella peculiare struttura della decisione impugnata, il passaggio alla trattazione del merito è indicativo del rigetto implicito dell'eccepita ulteriore ragione di nullità dell'atto impositivo, la motivazione

resa dalla CTR non si estende però, neppure implicitamente, anche a tale questione, posta a monte di quelle trattate. La decisione di rigetto implicito sul punto è, dunque, totalmente priva di motivazione. Anche per tale aspetto, quindi, la sentenza impugnata va cassata, con rinvio al giudice del merito per i relativi accertamenti in fatto.

**P.Q.M.**

Accoglie il ricorso principale ed il secondo motivo del ricorso incidentale; rigetta il primo motivo del ricorso incidentale; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia alla Corte di giustizia tributaria di secondo grado del Lazio, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità. Così deciso in Roma, nella camera di consiglio dell' 8 febbraio 2023.