



Paola Tarigo

---

**BENEFICIARIO DI ROYALTY,  
HOLDING COMPANY E  
PREVISIONI ANTIABUSO NELLA  
CONV. ITALIA-SVIZZERA**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore



COMM. TRIB. prov. di Milano, sez. I, 1° febbraio 2013, n. 66; Pres. D'Orsi, Rel. Astolfi

- Ires - Redditi di impresa - *Transfer pricing* - Rettifica dei prezzi di trasferimento in relazione alla pretesa incongruità di costi di promozione e *marketing* sostenuti da una società residente in Italia nei confronti di fornitori terzi indipendenti - Riaddebito di una quota di tali costi alla società consociata svizzera licenziataria del marchi - Mancanza di prova in ordine alla effettività della cessione di servizi di pubblicizzazione dei marchi della consociata svizzera - Illegittimità della rettifica - Consegue.**
- Ires - Redditi di impresa - Oneri fiscali e contributivi - Iva versata in base ad accertamento con adesione - Deducibilità ai sensi dell'art. 99, Tuir - Esclusione**
- Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni - *Royalties* - Regime di riduzione del prelievo fiscale alla fonte al 5 per cento se il percipiente è beneficiario effettivo delle *royalties* (art. 12, 2 par., Conv. Italia-Svizzera) - Società percipiente residente in Svizzera che riversa il 90 per cento delle *royalties* provenienti dall'Italia alla capogruppo svizzera - Fruizione da parte della capogruppo dello statuto fiscale delle *holding* svizzere - Inapplicabilità del regime di riduzione al 5 per cento del prelievo alla fonte - Consegue**

*È illegittima la rettifica dei prezzi di trasferimento operata dall'Ufficio, ex art. 110, comma 7, Tuir, in relazione alla congruità di costi di promozione e marketing sostenuti da una società residente in Italia nei confronti di terzi indipendenti, costi ritenuti dall'Ufficio medesimo imputabili alla pubblicità dei marchi di proprietà di una consociata svizzera e quindi da riaddebitare da parte della società che li aveva sostenuti (la ricorrente) alla società svizzera.*

*Tale illegittimità consegue dalla circostanza che la valutazione dell'Ufficio è stata basata sulla cessione di servizi di pubblicizzazione dei marchi di proprietà, cessione per la quale non è stata fornita alcuna prova da parte dei verificatori e la semplice congettura di una cessione di servizi non è idonea a realizzare qualcosa di diverso da quanto voluto dalle parti.*

*Relativamente all'Iva versata in relazione ad un atto di accertamento con*

*adesione, detta imposta è indeducibile ai fini della determinazione della base imponibile Ires ai sensi art. 99, Tuir.*

*La riduzione al 5 per cento del prelievo alla fonte, previsto dall'art. 12, 2 par., Conv. Italia-Svizzera per i canoni di provenienza dall'Italia se la società percipiente ne è il beneficiario effettivo, non compete se il destinatario finale è una società diversa rispetto a quella che appare ed a prescindere che tale soggetto apparente sia assoggettato a tutte le imposte nello Stato svizzero di residenza.*

*In particolare, la circostanza che la prima beneficiaria dei canoni ne riversi il 90 per cento all'altra sottende un'interposizione attuata per consentire il pagamento di tali canoni a soggetto rientrante solo formalmente nelle caratteristiche dell'art. 12 della convenzione, allorché se tale ultimo soggetto fruisce di un regime fiscale (holding svizzere) grazie al quale la tassazione, ai fini delle imposte cantonali e municipali, avviene sul patrimonio della società e non sul reddito (1)\*.*

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Alla ricorrente venivano notificati gli avvisi di accertamento in oggetto ai fini Irap e ai fini Ires a seguito di verifica effettuata dalla Agenzia delle Entrate con il quale l'Ufficio riprendeva maggiori ricavi dovuti a titolo di contribuzione alle spese pubblicitarie sostenute da N.I. s.p.a. per lo sviluppo ed il mantenimento dei marchi di proprietà della S.P.N. S.A. calcolati dall'Ufficio secondo il metodo TNMM (*Transactional Net Margin Method*) in contrapposizione al metodo CUP adottato dal contribuente poiché l'Ufficio ritiene che tali transazioni comparabili in misura così elevata da consentirne l'applicazione; pertanto l'affidabilità del metodo adottato dal contribuente non appare sufficientemente adeguata.

Una seconda ripresa riguarda costi indeducibili relativi ad Iva versata per l'anno 2000 e 2001 a seguito di accertamento con adesione.

La terza ripresa riguarda ritenute a titolo di imposta non effettuate dalla ricorrente in relazione alle *royalties* versate nei confronti della S.P.N. S.A.; parte ricorrente determinava tali ritenute pari al 5 per cento tenuto conto della convenzione Italo-Svizzera contro le doppie imposizioni.

L'Ufficio riteneva non operante tale convenzione in considerazione che la società effettivamente percipiente era la N. S.A. risiedeva in un paese a fiscalità privilegiata e poiché tale soggetto godeva di agevolazioni fiscali nel paese di residenza in quanto non versava le imposte comunali e cantonali.

Avverso i predetti accertamenti ricorre il contribuente rilevando:

1) in relazione alle omesse ritenute alla fonte a titolo di imposta rileva che le ritenute sono state effettuate in conformità alle disposizioni dell'art. 12 della convenzione Italo-Svizzera contro le doppie imposizioni ritenendo non vero che la S.P.N. S.A. fosse una semplice intermediaria della riscossione delle *royalties* e che successivamente versava tali somme alla capogruppo N. S.A. che a diffe-

renza dell'altra società era non soggetta alle imposte cantonali e municipali. Il recupero secondo la ricorrente è fondato esclusivamente su una corrispondenza elettronica tra la società italiana e quella svizzera assolutamente non probatoria.

In subordine parte ricorrente rileva che anche la Società N. S.A. soddisfaceva tutte le condizioni previste per l'applicazione della convenzione (art. 23) essendo assoggettata a imposte federali per i redditi ovunque prodotti e ad imposte cantonali e municipali sul patrimonio.

In ulteriore subordine parte ricorrente rileva la illegittimità dell'avviso di accertamento per violazione dell'art. 23 della convenzione Italo-Svizzera contro le doppie imposizioni e la validità probatoria delle certificazioni rilasciate dalla Autorità fiscale svizzera e l'onere gravante sulla Autorità fiscale italiana di esperire la speciale procedura prevista dall'art. 23, par. 3, secondo periodo della convenzione.

In ulteriore subordine rileva la erronea quantificazione della base imponibile (delle *royalties*, N.d.r.) da assoggettare a ritenuta che si assumono riversate a N. S.A. in quanto ai sensi del combinato disposto dell'art. 25, comma 4, del DPR n. 600/1973 e dell'art. 67, comma 1, lett. g) e 71 comma 1, del Tuir in forza dei quali nella ipotesi in cui i diritti di proprietà individuale sono stati acquisiti a titolo oneroso, la base imponibile della ritenuta alla fonte deve essere abbattuta del 25 per cento;

2) la illegittimità delle sanzioni applicate in relazione al rilievo a titolo di omesso versamento delle ritenute di imposta per insussistenza di una condotta sanzionabile secondo l'indirizzo della giurisprudenza comunitaria. Rileva inoltre che nella specie ricorrono le condizioni di obiettiva incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma che si assume violata. Ritiene esistano anche le esimenti di cui all'art. 6 del D.Lgs. n. 472/1997 ritenendo scusabile l'errore nella individuazione del beneficiario effettivo delle *royalties*.

Relativamente alle sanzioni applicate per infedele dichiarazione rileva che nel caso sarebbe, al limite, applicabile la sanzione di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 471/1997;

3) la illegittimità del rilievo a titolo di rettifica dei prezzi di trasferimento ex art. 110, comma 7, del Tuir in relazione alla congruità dei costi di promozione e *marketing* sostenuti da N.I. s.p.a. nei confronti di terzi indipendenti, ritenuti dall'Ufficio imputabili alla pubblicità dei marchi di proprietà S.P.N. S.A., e che quindi dovessero essere riaddebitati dalla ricorrente alla società svizzera. Rileva il ricorrente che nel caso non ricorrono i presupposti di operazioni intercorse tra società residente e società controllante non residente poiché i prezzi riguardano operazioni con diverse società pure residenti e non legate da alcun rapporto di controllo.

Inoltre le spese di pubblicità possono essere interamente dedotte nell'esercizio in cui vengono sostenute e a norma del comma 2 dell'art. 108 del DPR n. 917/1986 si prescinde completamente dalla natura e dalle finalità delle spese pubblicitarie, anche nel caso in cui la società che le ha sostenute non abbia la titolarità del marchio.

Rileva inoltre che l'Ufficio non può travalicare il reale voluto dalle parti creando un voluto proprio di cessione di servizi pubblicitari.

Parte ricorrente contesta inoltre la illegittimità del rilievo fondato su un procedimento di determinazione affetto da gravi e numerosi errori metodologici in riferimento alla scelta delle società prese a comparazione dall'Ufficio tutte di diritto inglese; rileva inoltre la non comparabilità del mercato inglese con quello italiano.

Contesta inoltre il metodo adottato dall'Ufficio (TNMM) ed il raffronto con il margine netto ricavato dalla media delle medie di una serie di società campione (pari al 3,39 per cento) rispetto a quello della società (pari al 1,62 per cento), senza determinare la redditività normale dell'attività distributiva al netto della attività manifatturiera;

4) illegittimità del rilievo a titolo di Iva indeducibile per violazione delle disposizioni di cui all'art. 99 del DPR n. 917/1986, le disposizioni sull'accertamento con adesione non introducono limitazioni o deroghe alla deducibilità delle imposte versate dal contribuente in base all'accertamento con adesione anche in considerazione del tassativo divieto dell'esercizio della rivalsa dell'Iva dovuta a seguito di accertamento di cui all'art. 60 del DPR n. 633/1972;

5) contesta inoltre l'applicabilità delle sanzioni inerenti le maggiori imposte dirette accertate, ricorrendo nella specie le obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle norme che si assumono violate anche in considerazione della norma che prevede il caso in cui la violazione se è conseguenza di errore sul fatto l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da colpa. Chiede inoltre l'applicazione nella misura minima non avendo l'Ufficio motivato l'incremento dell'80 per cento ai fini Irap;

6) parte ricorrente rileva inoltre la violazione dell'art. 6 della Cedu e dell'art. 1 del Protocollo aggiuntivo della predetta convenzione.

Chiede quindi l'annullamento dell'atto impugnato; in subordine rideterminare le ritenute dovute nell'importo di euro 1.801.221,82, sul piano sanzionatorio annullare tutte le sanzioni e, in subordine la riduzione delle stesse, con vittoria di spese di giudizio.

Con atto del 16 luglio 2012 si costituiva l'Ufficio rilevando in merito al rilievo riguardante l'omesso versamento di ritenute che la S.P.N. S.A. è una società *conduit* che riversa il 90 per cento del riscosso alla capogruppo come rilevabile dalla documentazione verificata in sede. La N. S.A. è una pura *holding* e come tale beneficia di una tassazione privilegiata e rientra nelle società operanti nei territori *black list*. In merito alle connesse sanzioni l'Ufficio sostiene la legittimità delle stesse.

In merito alla illegittimità del rilievo a titolo di rettifica dei prezzi di trasferimento ex art. 110, comma 7, del Tuir in relazione alla congruità dei costi di promozione e *marketing* sostenuti l'Ufficio rileva che non sono in discussione le spese di pubblicità sostenute dalla Società italiana, ma lo studio delle spese sostenute in Italia è funzionale alla determinazione delle *royalties* corrisposte al-

la Società svizzera. Rileva inoltre la inesistenza di gravi e numerosi errori metodologici come indicati da parte ricorrente.

In merito alla illegittimità del rilievo a titolo di Iva indeducibile per violazione delle disposizioni di cui all'art. 99 DPR n. 917/1986, l'Ufficio rileva che trattasi di un debito verso l'Erario per Iva indebitamente detratta che, pertanto, non può (che, N.d.r.) tradursi in un costo indeducibile.

In merito alle sanzioni corrispondenti alle maggiori imposte dirette accertate l'Ufficio rileva la legittimità e la correttezza delle stesse come determinate.

In merito alla violazione dell'art. 6 della Cedu o dell'art. 1 del protocollo aggiuntivo della stessa l'Ufficio rileva che trattasi di generiche eccezioni.

Chiede quindi il rigetto del ricorso con vittoria di spese di giudizio.

Con memoria del 16 ottobre 2012 parte ricorrente contesta la costituzione in giudizio dell'Ufficio riportandosi alle motivazioni del ricorso introduttivo e alle conseguenti richieste.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Relativamente all'avviso di accertamento n ... osserva quanto segue.

*La prima ripresa*, in sostanza riguarda la rideterminazione delle spese riconosciute alla capogruppo svizzera a seguito delle elevate spese sostenute allo scopo di valorizzare, mantenere o accrescere il valore degli *intangibile* che tuttavia non hanno trovato, quale contropartita, né una riduzione delle *royalties* corrisposte né un riconoscimento delle spese sostenute, come l'Ufficio ritiene debba essere.

Per determinare il valore da riaddebitare alla capogruppo l'Ufficio ha utilizzato un approccio TNMM valutando un gruppo di società ritenute comparabili come da studio presentato dalla società a seguito del quale ha ritenuto che la quota da addebitare alla capogruppo doveva garantire almeno un margine netto. Tale metodo utilizzato dai verificatori richiederebbe un minor grado di comparabilità nella transizione in esame con le transazioni effettuate dalle parti indipendenti prese a raffronto, rispetto al caso in cui si utilizzino metodi tradizionali.

Per tali motivi l'Ufficio ha determinato in euro 33.265.945,33 la contribuzione alle spese pubblicitarie sostenute dalla ricorrente per il mantenimento e lo sviluppo dei marchi pubblicitari di proprietà della capogruppo svizzera, in violazione degli artt. 5 e 11-bis del D.Lgs. n. 446/1997, applicando un *Ebit* corretto che avrebbe garantito un margine netto.

Parte ricorrente rileva che le operazioni contestate sono reali ed effettive e sono intervenute con numerosi fornitori di servizi pubblicitari residenti nel territorio dello Stato e non legati alla controparte da alcun rapporto di controllo. Pertanto, non essendovi rapporti di controllo con società estere in relazione ai quali occorre verificare la congruità dei prezzi di trasferimento ai sensi del combinato disposto degli artt. 110, commi 2 e 7, e 9 comma 3 del Tuir.

In ogni caso parte ricorrente ritiene che le spese di pubblicità siano intera-

mente spcsabili nell'esercizio di sostenimento e nei cinque successivi. In ogni caso parte ricorrente ritiene che la rettifica dei prezzi di trasferimento viola la norma sulla interpretazione dei contratti poiché fondata sulla invenzione di contratti virtuale.

Ritiene la Commissione che la valutazione dell'Ufficio è basata sulla cessione di servizi di pubblicizzazione dei marchi di proprietà della capogruppo cessione per la quale non viene fornita alcuna dimostrazione; in sostanza non viene fornita prova da parte dei verificatori che trattasi effettivamente di spese di pubblicizzazione del marchio e non di spese per la promozione dei prodotti presso i punti vendita al fine di aumentarne la penetrazione nel mercato. La semplice congettura di una cessione di servizi non appare idonea a realizzare qualcosa di diverso da quanto voluto dalle parti.

È ben vero che la promozione dei prodotti venduti dalla ricorrente contiene anche una veicolizzazione della promozione del marchio, ma occorre una valutazione accurata di quello che potrebbe essere la quota attribuibile alla promozione del marchio e tale valutazione non può certamente essere effettuata mediante una percentuale del venduto, che non può essere valutata per comparazioni con altri soggetti poiché non vi è la prova che la valutazione è stata effettuata se non nei confronti di soggetti identici quanto meno nei confronti di soggetti che possono essere considerati almeno omogenei, pertanto tale percentuale derivante dalla media delle mediane degli *Ebit* del triennio 2004/2006 delle società campione prese a riferimento non appare attendibile.

Allo stesso modo l'analisi comparativa deve essere svolta anche nei confronti dei mercati sui quali le società operano.

Nello stesso senso si esprimono i principi Ocse con riguardo alle linee guida sul prezzo di trasferimento secondo i quali per determinate se una impresa sia o meno comparabile a quella che si intende esaminare non è sufficiente che vi sia una certa similitudine tra le imprese e tra le attività svolte ma è necessario che sia svolta una compiuta analisi delle funzioni svolte dalle stesse, dei rischi assunti, e dei beni strumentali, materiali e immateriali utilizzati da ciascuna nella attività imprenditoriale.

E la dimostrazione della esistenza di una indiscutibile comparabilità è a carico dell'Ufficio che intende far valere la pretesa vantata e l'illegittimo comportamento del contribuente.

*Per quanto sopra la ripresa deve essere annullata.*

*Relativamente alla seconda ripresa* riguardante costi indeducibili per Iva versata per gli atti di accertamento con adesione per i quali è stata sancita la indetraibilità di Iva su acquisti di servizi commerciali afferenti gli anni 2000/2001 nella misura del 50 per cento in quanto l'Ufficio ha ritenuto che sull'importo recuperato a tassazione di tali servizi parte ricorrente avrebbe dovuto emettere note di credito con aliquota del 9,18 per cento pari all'aliquota media delle operazioni imponibili di cui alla dichiarazione Iva per l'anno 2000. La ricorrente avrebbe quindi determinato uno storno dell'Iva a debito precedentemente conta-



bilizzata che è l'Iva che sulla base delle considerazioni fatte e condivise in sede di adesione, la parte avrebbe potuto legittimamente detrarre.

Quanto sopra vale anche per il periodo di imposta 2001.

La ripresa è giustificata, secondo l'Ufficio, dalle disposizioni dell'art. 99 del Tuir secondo il quale le imposte per le quali è prevista la rivalsa, anche facoltativa, non sono ammesse in deduzione.

Pertanto l'Ufficio recuperava a tassazione l'importo complessivo di euro 6.506.505,00.

Parte ricorrente rileva che per l'effetto di tale ripresa è venuta meno la neutralità dell'imposta.

Comunque la regola generale del citato art. 99 prevede alcune deroghe tassative e comunque ammette la deducibilità di accantonamenti per accertamenti non definitivi.

L'accertamento con adesione non introduce limitazioni circa la deducibilità delle imposte versate.

In merito la Commissione osserva che non risulta esservi discussione sulla portata dell'accertamento con adesione nel quale le parti riconoscono l'illegittimità della detrazione relativa a indimostrati servizi promo/pubblicitari e, sulla scorta delle risultanze della verifica, riqualificato le relative fattispecie come sconti sul prezzo trattabili fiscalmente con note di variazione ex art. 26 del DPR n. 633/1972.

In sostanza le parti hanno dato atto che per tali sconti sul prezzo si rendono applicabili le disposizioni di cui al secondo e terzo comma di tale articolo per tanto le note di variazione non possono essere emesse decorso un anno dalla effettuazione della operazione imponibile anche in considerazione del fatto che tali variazioni non sono conseguenti ad intervenuti accordi tra le parti, ma fin dalla origine riguardavano operazioni aventi un titolo diverso da quello originariamente qualificato.

Nella procedura adottata dall'Ufficio, invece, viene riconosciuto l'abbattimento che comunque avrebbe dovuto essere applicato in occasione della emissione della nota di variazione pari alla aliquota media di tutte le operazioni imponibili risultante dalla dichiarazione Iva annuale.

*Per quanto sopra la ripresa deve essere confermata.*

La terza ripresa riguarda rilievi ai fini delle ritenute d'acconto a titolo di imposta per i canoni a titolo di *royalties* corrisposti alla società di diritto svizzero SPN S.A.

I rapporti commerciali tra le due società sono regolati da contratto di licenza dal quale si evince che la società elvetica ha la titolarità dei marchi utilizzati dalla ricorrente sui prodotti venduti in Italia.

Su tali canoni la ricorrente ha effettuato una ritenuta alla fonte del 5 per cento secondo quanto previsto dall'art. 12 della convenzione Italo-Svizzera per evitare le doppie imposizioni, anziché effettuare la ritenuta ordinaria del 30 per cento prevista ai sensi dell'art. 25, comma 4, del DPR n. 600/1973.

L'Ufficio ha rilevato che la S.P.N. S.A., pur essendo titolare del marchio,

non è altro che una mera società cd. *conduit* che svolge una funzione di intermediaria nella riscossione delle *royalties* ricevute da tutte le società italiane del gruppo e che riversa il 90 per cento del riscosso alla capogruppo N. S.A. società residente in Svizzera e sottoposta ad un regime fiscale agevolato riservato alle *holding*.

Vengono a cadere pertanto, i requisiti richiesti per la applicazione dell'art. 12 della convenzione Italo-Svizzera per evitare le doppie imposizioni.

Pertanto l'Ufficio riprendeva l'importo di euro 8.941.373,26 a titolo di maggiori ritenute non versate in violazione dell'art. 25, comma 4, del DPR n. 600/1973.

Con ampio ricorso si opponeva il contribuente rilevando che anche la Società N. S.A. soddisfaceva tutte le condizioni previste per la applicazione della convenzione (art. 23) essendo assoggettata a imposte federali per i redditi ovunque prodotti e ad imposte cantonali e municipali sul patrimonio.

In subordine parte ricorrente rileva la illegittimità dell'avviso di accertamento per violazione dell'art. 23 della convenzione Italo-Svizzera contro le doppie imposizioni e la validità probatoria delle certificazioni rilasciate dalla Autorità fiscale svizzera e l'onere gravante sulla Autorità fiscale italiana di esperire la speciale procedura prevista dall'art. 23, par. 3, secondo periodo della convenzione.

In ulteriore subordine rileva la erronea quantificazione della base imponibile da assoggettare a ritenuta che si assumono riversate a N. S.A. in quanto ai sensi del combinato disposto dell'art. 25, comma 4, del DPR n. 600/1973 e dell'art. 67, comma 1, lett. g) e 71 comma 1, del Tuir in forza dei quali nella ipotesi in cui i diritti di proprietà individuale sono stati acquisiti a titolo oneroso, la base imponibile della ritenuta alla fonte deve essere abbattuta del 25 per cento.

La Commissione rileva che nel caso non è vero che parte ricorrente abbia correttamente applicato le disposizioni riguardanti l'art. 12 della convenzione Italo-Svizzera per evitare le doppie imposizioni in quanto destinatario finale delle *royalties* in questione è un soggetto diverso rispetto a quello che appare anche se S.P.N. S.A. è un soggetto sottoposto a tutte le imposte dovute; nel caso non è controverso il fatto che S.P.N. SA riversa a N. S.A. il 90 per cento dei canoni percepiti.

Tale fatto induce a ritenere che l'interposizione di S.P.N. S.A. è avvenuta al fine di consentire il pagamento di tali canoni a soggetto rientrante formalmente nelle caratteristiche di cui al citato art. 12 della convenzione citata.

Ciò in considerazione del fatto che la capogruppo N. S.A. gode, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, di agevolazioni fiscali rappresentate dal fatto che la tassazione per le imposte municipali e cantonali avviene sul patrimonio della società.

Nel caso non è in contestazione l'applicazione dell'art. 23 della convenzione Italo-Svizzera, ben potendo essere rispettati i parametri e i limiti posti da detto articolo, ma si rileva unicamente che destinatario finale dei canoni è altro soggetto e non quello che formalmente appare.

È opportuno rilevare che anche l'Ocse nel caso di presenza di società *conduit* viene considerata come un indice di possibile operazione abusiva volta ad ottenere l'uso improprio della convenzione.

Né può, nel caso, ritenersi che non vengono rispettati da parte della pubblica amministrazione gli accordi internazionali resi esecutivi in Italia, poiché trattasi di diversa interpretazione di tali accordi in funzione dei soggetti che vorrebbero siano applicati, ma che a parere di questa Commissione, non hanno le caratteristiche come richieste.

In merito alla applicazione della aliquota ridotta, come rilevato da parte ricorrente, in quanto nelle ipotesi in cui i diritti di proprietà intellettuale sono stati acquistati a titolo oneroso la base imponibile della ritenuta alla fonte deve essere abbattuta del 25 per cento, c S.P.N. S.A. tali diritti avrebbe acquistato a titolo oneroso, si osserva che poiché destinatario finale delle *royalties* non è detta società, la riduzione non compete.

In merito alla applicazione delle sanzioni riguardante la specifica ripresa si osserva che la ricorrente avendo stipulato un contratto per la corresponsione delle *royalties* con la S.P.N. S.A. quale proprietaria dei marchi ben poteva ritenere che questa società fosse la effettiva destinataria delle somme. Inoltre non vi è dimostrazione da parte dell'Ufficio che la ricorrente fosse a conoscenza della natura, del contenuto e della portata del contratto tra questa società e la capogruppo, pertanto può ritenersi esistere un errore scusabile, tanto più se si considerano le obiettive condizioni di obiettiva incertezza sulla portata e l'ambito di applicazione della norma che si assume violata.

*Per quanto sopra la ripresa per omesse ritenute alla fonte deve essere confermata, mentre non sono applicabili le sanzioni ad essa connesse.*

Relativamente all'avviso di accertamento n. ... relativo ad Ires 2006, vale quanto detto relativamente alla prima e seconda ripresa trattandosi delle stesse contestazioni.

Relativamente all'avviso di accertamento n. ... si osserva quanto segue. L'accertamento riguarda la stessa fattispecie di cui al terzo rilievo di cui sopra relativo alla carente effettuazione di ritenute alla fonte posta in essere da N.P.P. Italia s.p.a. per complessivi euro 2.573.174,03.

Per tale ripresa vale quanto sopra dedotto anche ai fini della applicazione delle sanzioni.

*Per quanto sopra la ripresa per omesse ritenute alla fonte deve essere confermata, mentre non sono applicabili le sanzioni ad essa connesse.*

Il parziale accoglimento dei ricorsi riuniti giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M. - La Commissione in parziale accoglimento dei ricorsi riuniti proposti da N.I. s.p.a. determina il maggior reddito di impresa in euro 6.506.505,00, imposte e penalità di conseguenza; determina la maggiore ritenuta a titolo di imposta in euro 8.941.373,26 e dichiara non dovute le sanzioni.

In parziale accoglimento del ricorso riunito proposto da N.P.P. Italia s.p.a.

determina la maggiore ritenuta a titolo di imposta in euro 2.573.174,03 e dichiara non dovute le sanzioni.

Spese compensate.

**(1) Beneficiario di royalty, holding company e previsioni antiabuso nella Conv. Italia-Svizzera (\*).**

Con la pronuncia in oggetto la Commissione tributaria provinciale di Milano si è pronunziata, fra l'altro, per l'inapplicabilità del regime di riduzione al 5 per cento dell'imposta prelevata alla fonte sulle *royalty*, regime che è previsto dall'art. 12, 2 par., Conv. Italia-Svizzera (1976) alla condizione che il percipiente ne sia il beneficiario effettivo.

La Corte ha ritenuto che la società residente in Svizzera, alla quale la società consociata residente in Italia versava i canoni sulla base di un contratto di licenza, fosse una mera *conduit*. Ciò in quanto questa riscuoteva le *royalty* e le riversava (90 per cento) alla capogruppo svizzera che, in base al regime delle *holding*, era tassata a livello cantonale e municipale sul patrimonio, e non sul reddito.

*With such decision the tax Court of Milan has pronounced itself, among other things, in favour of the inapplicability of the reduced-to-5% withholding tax, provided for by article 12, para. 2, of the Italy-Switzerland income tax Treaty (1976) and subject to the condition that the recipient is the beneficial owner of the royalties.*

*The Court held that the Swiss resident company, to which the Italian subsidiary paid royalties on a licensing agreement basis, was a mere conduit, as it received the royalties and flowed them (90 per cento) to the Swiss parent company that qualified for the holding companies tax regime and was therefore subject to tax on capital, and not on income, at cantonal and municipal level.*

**SOMMARIO:** 1. I fatti in causa e la decisione. - 2. Il ricorso di norme contro "l'uso senza causa legittima" del trattato quale connotato distintivo della Conv. Italia-Svizzera in rapporto al sistema di "tax treaty law" italiano: in generale. - 3. (Segue). La norma antiabuso in tema di residenza e le due clausole, cd., di "look-through". - 4. (Segue). Alcune prime conclusioni circa i limiti che derivano all'interprete della Conv. Italia-Svizzera dal ricorso di queste norme. - 5. La preliminare e duplice verifica da compiere nei riguardi della persona prima beneficiaria dei redditi: riscontro della sua qualità di residente convenzionale perché, in positivo, "assoggettata ad imposta" (*liable to tax*) e, in negativo, beneficiaria non apparente (art. 4, par. 1 e 5). - 6. Raffronto fra il requisito di "beneficiario apparente", stabilito ai fini della residenza convenzionale, e quello di "beneficiario effettivo" posto in materia di canoni (art. 12, par. 2.). - 7. L'ulteriore e identica verifica da compiere nei confronti della persona ritenuta "destinataria" dei redditi ai fini del giudizio di residente con-

(\*) Lavoro sottoposto a revisione esterna

venzionale della prima beneficiaria e la condizione aggiuntiva di residenza nel medesimo Stato contraente di quest'ultima. - 8. Un secondo ordine di conclusioni: applicabilità del regime di riduzione dell'imposta prelevata alla fonte anche in ipotesi di destinazione delle *royalty* ad altra persona, se soddisfa la condizione aggiuntiva di residenza pattizia nel medesimo Stato contraente della prima beneficiaria. - 9. Sempre sull'ulteriore verifica nei confronti della persona "destinataria" dei redditi ai fini del giudizio sul "beneficiario apparente" della prima: il cd. "*liable to tax test*" dinanzi all'imposta svizzera, insieme di imposte federali, cantonali e comunali. - 10. (Segue). Il cd. "*liable to tax test*" dinanzi allo statuto fiscale delle *holding* svizzere. - 11. Inapplicabilità della norma antielusiva interna, che qualifica nella cd. "*black list*" la Svizzera per il regime fiscale delle *holding*, a riguardo di situazioni disciplinate dal trattato italo-elvetico.

1. *I fatti in causa e la decisione.* - Di interesse questa pronuncia dei giudici tributari milanesi (1), sia perché concerne una pluralità di temi attuali e centrali negli studi di diritto internazionale tributario, sia perché investe un trattato italiano, la Conv. Italia-Svizzera, che, pur essendo fra i più risalenti in vigore, contiene, fin dal suo testo originario siglato nel 1976, alcune previsioni espresse di contrasto al relativo utilizzo abusivo - nelle parole del suo stesso preambolo "uso senza causa legittima" - che, tanto sotto un profilo testuale, quanto sotto un profilo logico-sostanziale non trovano corrispondenza in alcun altro accordo italiano (2): elementi normativi, dunque, che ne fanno un *unicum* nel sistema di "*tax treaty law*" italiano, costituito da oltre 90 accordi bilaterali, e ciò anche in rapporto alla peculiarissima Conv. Italia-Stati Uniti (1999) che è di gran lunga la più raffinata sul fronte del contrasto all'abuso dei trattati.

Anche dalla prospettiva svizzera l'accordo con l'Italia è di regola citato, accanto a quelli all'incirca coevi con la Francia (1966), la Germania (1971) ed il Belgio (1978), come caso particolare di trattato che presenta un'autonoma disciplina di contrasto al suo uso senza causa legittima, diversamente da quella che è sempre stata la *treaty policy* della Svizzera fino a pochi anni addietro, i cui accordi mancavano di norme antiabuso (3).

---

(1) Comm. trib. prov. Milano, sez. I, 6 novembre 2012, dep. 1° febbraio 2013, n. 66, ric. *Nestlé s.p.a. c. Agenzia delle Entrate*.

(2) Conv. Italia-Svizzera (1976), resa esec. con legge n. 943/1978.

(3) Per tutti, cfr.: M.R. JUNG, *Trends and Developments in Swiss anti-Treaty Shopping Legislation and Treaty Shopping Case Law*, in *Eur. Tax.*, 2011, 230; X. OBERSON, *The Development of International Assistance in Tax Matters in Switzerland: From Evolution to Revolution*, in *Eur. Tax.*, 2013, 368.

Questi i fatti in causa che emergono dal testo della sentenza dei giudici milanesi, limitatamente al profilo che interessa qui approfondire.

L'impugnazione riguardava alcuni avvisi di accertamento ai fini dell'Ires (oltre che Irap e Iva) notificati alla ricorrente NI s.p.a., residente in Italia, a seguito di verifica effettuata nei suoi confronti dall'Agenzia delle Entrate. Vi si contestavano, fra gli altri, l'omessa effettuazione di ritenute a titolo di imposta in relazione a *royalty* da questa erogate ad una società di diritto svizzero, la SPN s.a., titolare dei marchi utilizzati dalla ricorrente sui prodotti venduti in Italia in base ad un contratto di licenza stipulato fra le due società.

Invero, la ricorrente, all'epoca, effettuò le ritenute nella misura del 5 per cento dei canoni corrisposti, ritenendo applicabile l'art. 12, 1 e 2 par., della Conv. Italia-Svizzera, vale a dire la previsione (1 par.) secondo cui i "canoni provenienti da uno Stato contraente e pagati ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato" e quella (2 par.) per cui "tali canoni possono essere tassati nello Stato contraente dal quale essi provengono ed in conformità della legislazione di detto Stato, ma, se la persona che percepisce i canoni ne è l'effettivo beneficiario, l'imposta così applicata non può eccedere il 5 per cento dell'ammontare lordo dei canoni".

L'Ufficio delle Entrate, di contro, nei suoi atti di accertamento aveva applicato la ritenuta ordinaria del 30 per cento in base alla norma di diritto interno (art. 25, comma 4, DPR n. 600/1973), in quanto a suo avviso la società effettivamente percipiente i canoni non era la SPN s.a. Pur titolare dei marchi, tale società era ritenuta dall'Ufficio una *conduit*, avente funzione di riscuotere da tutte le società italiane del gruppo le *royalty* per poi riversare il 90 per cento del riscosso alla capogruppo N. s.a. Insomma, secondo l'Ufficio, effettiva percipiente era quest'ultima, che risiedeva in un paese a fiscalità privilegiata, la Svizzera, e godeva di un regime tributario agevolato riservato alle *holding*, grazie al quale non versava imposte cantonali e comunali.

Nel ricorso proposto dalla società NI s.p.a. si deduceva, in ordine al rilievo sulle ritenute fiscali, che era fondato esclusivamente su una corrispondenza elettronica assolutamente non probatoria e che le ritenute erano state effettuate applicando correttamente la disciplina dell'art. 12, 1 e 2 par., Conv. Italia-Svizzera, in quanto la percipiente SPN s.a. era beneficiaria effettiva dei canoni e non, come ritenuto dall'Ufficio, semplice intermediaria della riscossione delle *royalty*.

In subordine la ricorrente rilevava come anche la capogruppo N. s.a. integrasse tutte le condizioni previste per l'applicazione della Conv. Ita-

lia-Svizzera (art. 23), in quanto era assoggettata ad imposte federali per i propri redditi ovunque prodotti e ad imposte cantonali e municipali sul patrimonio. In ulteriore subordinazione, deduceva l'illegittimità dell'avviso di accertamento per violazione delle norme dell'art. 23, Conv. Italia-Svizzera, anche a riguardo dell'onere gravante sulle autorità fiscali italiane di esperire la speciale procedura prevista dal par. 3 di detto articolo, rilevando la validità probatoria delle certificazioni rilasciate dalle autorità fiscali svizzere (4).

La sentenza di primo grado ha confermato la ripresa effettuata dall'Ufficio, ritenendo non correttamente applicate dalla ricorrente le disposizioni dell'art. 12, Conv. Italia-Svizzera, in ragione del fatto che destinatario finale delle *royalty* era un soggetto diverso rispetto a quello che appariva e ciò anche se la percipiente SPN s.a. era assoggettata a tutte le imposte.

Si legge, nella motivazione della sentenza, non essere controverso il fatto che la SPN s.a. riversasse alla N. s.a. il 90 per cento dei canoni percepiti. E tale fatto ha indotto la Commissione tributaria a ritenere che si trattasse d'interposizione di SPN s.a. "al fine di consentire il pagamento di tali canoni a soggetto rientrante formalmente nelle caratteristiche di cui al citato art. 12 della convenzione", mentre la capogruppo N s.a. frui-va, contrariamente a quanto ritenuto dalla ricorrente, "di agevolazioni fiscali rappresentate dal fatto che la tassazione per le imposte municipali e cantonali avviene sul patrimonio della società".

Non è in contestazione - così prosegue il ragionamento giudiziale - "l'applicazione dell'art. 23 della convenzione italo-Svizzera, ben potendo essere rispettati i parametri e i limiti posti da detto articolo, ma si rileva unicamente che destinatario finale dei canoni è altro soggetto e non quello che formalmente appare".

E per avvalorare questa affermazione, completando l'*iter* argomentativo, la Commissione richiama l'Ocde dove si illustra che "nel caso di

(4) In ulteriore subordinazione parte ricorrente deduceva la erronea quantificazione della base imponibile delle *royalty* da assoggettare a ritenuta che si assumevano riversate alla N. s.a., in quanto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 25, comma 4, DPR n. 600/1973 e dell'art. 67, comma 1, lett. g) e 71, comma 1, DPR n. 917/1986, nell'ipotesi in cui i diritti di proprietà individuale sono stati acquisiti a titolo oneroso la base imponibile della ritenuta alla fonte deve essere abbattuta del 25 per cento. La Commissione tributaria ha escluso l'applicazione di tale abbattimento della base imponibile in ragione del fatto che, non riconoscendo quale destinatario finale dei canoni la società SPN s.a. dalla quale i diritti sarebbero stati acquistati a titolo oneroso, bensì riconoscendo N. s.a. come società destinataria finale, a quest'ultima tale riduzione non competeva.

presenza di società *conduits* viene considerata come un indice di possibile operazione abusiva volto ad ottenere l'uso improprio della Convenzione".

Infine, la motivazione della sentenza si conclude con l'affermazione che non possano ritenersi violati, da parte dell'amministrazione finanziaria, gli accordi internazionali resi esecutivi in Italia, in quanto "trattasi di diversa interpretazione di tali accordi in funzione dei soggetti che vorrebbero siano applicati, ma che a parere di questa Commissione, non hanno le caratteristiche come richieste".

2. *Il ricorso di norme contro "l'uso senza causa legittima" del trattato quale connotato distintivo della Conv. Italia-Svizzera in rapporto al sistema di "tax treaty law" italiano: in generale.* - Come anticipato, ricorrono nella Conv. Italia-Svizzera alcune norme che ne fanno un *unicum* nel sistema di "tax treaty law" italiano, norme che, in prima approssimazione, appaiono rilevare nel caso portato dinanzi ai giudici di primo grado.

Nonostante la stipula dell'accordo con la Svizzera risalga, infatti, al 1976, in esso fanno la loro comparsa già allora previsioni contro "l'uso senza causa legittima" del trattato che anticipano di vent'anni quelle che solo nella seconda metà degli anni novanta faranno il loro ingresso in altri accordi italiani e, comunque, vi entreranno solo in modo sporadico. Oltre a precorrere i tempi, queste previsioni del trattato con la Svizzera sono singolari nella loro formulazione e nella loro portata, nonché articolate ed evolute, ciò anche in confronto con le clausole introdotte negli accordi siglati dall'Italia in questi ultimissimi anni (5).

Si allude specialmente a due distinte normative, oltre che, ed è questa un'ulteriore connotazione del trattato italo-svizzero, al ricorso nel relativo preambolo di una formula molto articolata con un espresso riferimento alla funzione dell'accordo di impedire "l'uso senza causa legittima" dello stesso, ciò che, del resto, trova attuazione nell'inserimento entro questo trattato della specifica disciplina di cui si è detto e che ora si esamina (6).

---

(5) Per una ricognizione di norme antiabuso e riscontro della relativa costanza di impiego nel sistema di "tax treaty law" italiano, cfr.: P. TARIGO, *Elusione del diritto interno e, cosiddetto, "abuso del trattato"*, in questa Rivista, 2012, I, 389 ss.

(6) Preambolo della Conv. Italia-Svizzera: "Il Consiglio federale svizzero ed il Governo della Repubblica italiana, *Desiderosi di evitare le doppie imposizioni* e di regolare talune altre questioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio; Riconosciuto



È vero che il preambolo costituisce solo una norma di contorno, ciò nonostante ha un suo indiscusso valore interpretativo (7) e non vi è dubbio alcuno che nel preambolo della pressoché totalità degli accordi italiani è solo fissato un duplice oggetto principale di disciplina degli accordi: l'eliminazione del doppio d'imposta e la prevenzione dell'evasione fiscale, senza alcun cenno all'elusione, o all'abuso, oppure all'uso improprio o senza causa legittima del trattato, come è, di contro, nella Conv. Italia-Svizzera. Dunque, questo aspetto deve essere tenuto nella debita considerazione sul piano interpretativo: su ciò si tornerà (8).

Ebbene, la prima normativa del tutto peculiare della Conv. Italia-Svizzera è in tema di residenza convenzionale (art. 4), perciò riguardante un requisito generale e fondamentale, di accesso al trattato (o meglio, di accesso a tutte quelle norme del trattato – la larghissima maggioranza di esso – aventi funzione di prevenire/eliminare la doppia imposizione).

La seconda normativa, racchiusa in un articolo interamente dedicato ad attuare la funzione indicata nel preambolo del trattato di contrasto all'uso senza causa legittima del trattato (art. 23), pone limiti alla disciplina che, all'interno dell'accordo, è fonte dell'obbligo internazionale, per ciascuno dei due Stati contraenti nella reciproca qualità di Stato di residenza, di adottare un dato metodo per l'eliminazione del doppio

---

che la conclusione di una Convenzione in tale settore contribuisce a rafforzare l'ordinario sviluppo delle relazioni economiche tra i due Paesi nel contesto di una maggiore cooperazione; Considerato l'impegno di ciascuno degli Stati contraenti alla più rigorosa applicazione di tutte le disposizioni intese a *combattere l'evasione e la frode fiscale* previste dalla propria legislazione fiscale interna; Riconosciuta la necessità di assicurare che i vantaggi di una Convenzione per evitare le doppie imposizioni vadano a profitto esclusivo dei contribuenti che adempiono i loro obblighi fiscali; *Riconosciuta la necessità di adottare provvedimenti per impedire l'uso senza causa legittima di detta Convenzione ...*" (corsivo mio). Sulle finalità della Conv. Italia-Svizzera alla luce del titolo e del preambolo, cfr. per tutti: A. CONTRINO, *La Convenzione fra l'Italia e la Svizzera contro le doppie imposizioni*, in (a cura di) C. Garbarino, *Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio*, Milano, 2002, 864-867; G. MENÉTREY, *Commentario alla Convenzione sulla doppia imposizione fra l'Italia e la Svizzera*, in M.H. Masshardt, Q. Tatti, G. Menétréy, *Commentario alla legge sull'imposta federale diretta*, Lugano, 1985, 587.

(7) Per tutti, sulla riconducibilità del preambolo alle norme di contorno, di cui l'interprete deve tenere conto nell'interpretazione testuale degli accordi internazionali sulla base della disposizione (art. 31, n. 2) codificata nella Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati, cfr.: L.M. BENTIVOGLIO, *Interpretazione delle norme internazionali*, in Enc. dir., XXII, Milano, 1972, 318.

(8) Per l'analisi del titolo e del preambolo dei vari trattati italiani, cfr.: P. TARIGO, *Doppia non imposizione e trattati italiani*, in Dir. prat. trib., 2009, 1131.

d'imposta (art. 24): è quest'ultima una disciplina, centrale nei trattati, che definisce la fattispecie convenzionale al cui verificarsi si origina, quale effetto giuridico, l'obbligo suddetto.

Con riguardo a tale disciplina ed alla fattispecie dalla stessa definita le norme dell'art. 23 individuano talune circostanze che, per essere connotate da un utilizzo senza causa legittima del trattato, sono impeditive del sorgere del menzionato obbligo. La suddetta disciplina concerne, peraltro, solo alcune tipologie di redditi che maggiormente si prestano all'utilizzo "senza causa legittima" del trattato: oltre a dividendi e interessi, le *royalty*.

Vi è, in realtà, nell'accordo una terza previsione di contrasto all'utilizzo senza causa legittima del trattato riguardante sempre le *royalty*. E, cioè, la clausola che pone il requisito di beneficiario effettivo a fini di limitare la misura del prelievo fiscale alla fonte (art. 12, 2 par.).

Ma, essendo presente in pressoché tutti i trattati italiani (perciò molto nota), non rappresenta una peculiarità dell'accordo svizzero, se non per il fatto che nella Conv. Italia-Svizzera del 1976 precorre la stessa comparso nel modello Ocde, che è dell'anno successivo, e così anticipa pressoché tutti gli altri accordi italiani nei quali è inserita dal 1977 in avanti.

Si vedrà, tuttavia, come l'espressione "beneficiario effettivo", o meglio il suo contrario, "beneficiario apparente" abbia, nel trattato italo-elvetico, un'attribuzione espressa di significato, ciò che lo rende, nuovamente, una rarità nel *network* degli accordi italiani contro le doppie imposizioni, nel cui ambito, infatti, si rinviene unicamente la definizione espressa di "beneficiario effettivo" presente nell'accordo con la Germania (1989), considerandosi tale una persona "se ad essa spetta il diritto al quale tali pagamenti si ricollegano e se i redditi che ne ritrae devono essere ad essa attribuiti in virtù della legislazione fiscale dei due Stati" (9).

3. (*Segue*). *La norma antiabuso in tema di residenza e le due clausole, cd., di "look-through"*. - Esaminando in dettaglio le due normative, la prima ricorre, oltre che nel trattato con l'Italia, solo in qualche altro vecchio accordo svizzero (10); si tratta di un tipo di clausola avente

(9) Art. 9, Prot. agg. alla Conv. Italia-Germania (1989), definizione stabilita ai sensi degli artt. 10, 11 e 12 del Trattato.

(10) In particolare, negli accordi della Svizzera con la Francia (1966, all'art. 4, par. 6, lett. a) e il Belgio (1978, all'art. 4, par. 4, 1), cfr.: M.R. JUNG, *Switzerland*, in *Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*, Cahiers de droit fiscal international, IFA, Vol. 95a, The Hague, 2010, 785.

funzione di contrasto al fenomeno abusivo delle società *conduit*, così come delle *strategic*, cosiddette, di “*stepping-stone*”, con utilizzo in modo improprio del trattato.

In base a tale previsione “Non è considerata residente di uno Stato contraente, ai sensi del presente articolo: a) una persona che, sebbene risponda ai requisiti di cui ai precedenti parr. da 1 a 3” – ossia ai requisiti ordinari in materia di residenza posti, di regola, dai vari trattati – “è soltanto beneficiaria apparente dei redditi, essendo questi in realtà - sia direttamente che indirettamente per il tramite di altre persone fisiche o giuridiche - destinati ad una persona che non può essere considerata di per sé residente di detto Stato ai sensi del presente articolo” (11).

La seconda normativa, anch'essa presente in alcuni risalenti trattati svizzeri (12), è costituita da una pluralità di disposizioni racchiuse nell'art. 23 rubricato “Sgravio delle imposte estere riscosse su i dividendi, gli interessi e i canoni” che riprende, pur con talune differenze (13), una disciplina interna introdotta in Svizzera con un Decreto del Consiglio Federale del 14 dicembre 1962 contro l'utilizzo “senza causa legittima” dei trattati (14).

(11) Art. 4, par. 5, lett. a), Conv. Italia-Svizzera. L'art. 4, par. 5, di tale accordo prevede un'ulteriore ipotesi, inserita alla lett. b), in cui una persona – ma in tal caso solo la persona fisica – non è considerata residente di uno Stato contraente ai sensi della disciplina dell'art. 4 e ciò avviene quando detta persona non è assoggettata alle imposte generalmente riscosse nello Stato contraente, di cui sarebbe residente secondo le disposizioni che precedono, per tutti i redditi generalmente imponibili secondo la legislazione fiscale di questo Stato e provenienti dall'altro Stato contraente”.

(12) Si vedano gli accordi della Svizzera con la Francia (1966, art. 14), la Germania (1971, art. 23) e il Belgio (1978, art. 22), cfr.: Y. DE COULON, *Report from Switzerland*, in H. BECKER, F.J. WURM (ed.), *Treaty shopping. An emerging Tax Issue and its Present Status in Various Countries*, Kluwer, Deventer, 1988, 236 ss.; M.R. JUNG, *Switzerland*, in *Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*, cit., 784 e 791. Cfr. anche: J. MALHERBE, *La non discriminazione e le clausole anti-abuso delle convenzioni sulla prevenzione della doppia imposizione. Diritto svizzero e comunitario*, in *Rass. trib.*, 2006, 2049.

(13) Cfr.: L. JERMINI, *Italy-Switzerland tax treaty: the swiss perspective*, in (a cura di) C. Garbarino, *Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio*, Milano, 2002, 996.

(14) Il testo del decreto - *Arrêté du Conseil fédéral instituant des mesures contre l'utilisation sans cause légitime des conventions conclues par la Confédération en vue d'éviter les double impositions du 14 décembre 1962* – è consultabile sul sito: <http://www.admin.ch/opa/fr/classified-compilation/19620277/index.html>. È questa una normativa interna di contrasto all'utilizzo “senza causa legittima” delle convenzioni ai sensi della quale (art. 1) lo sgravio (“*dégrèvement*”) dell'imposta estera non deve essere accordato alle persone che non avrebbero diritto ai benefici convenzionali in base alle

Le previsioni pattizie dell'art. 23 subordinano a determinate condizioni lo sgravio, da parte dello Stato contraente di residenza, dell'imposta prelevata alla fonte nell'altro Stato contraente, sgravio stabilito, in funzione di eliminare il doppio d'imposta, dalla disciplina del successivo art. 24 che, infatti, pone l'obbligo di sgravio solo per il primo Stato (d'altronde, in tutto il testo della Conv. Italia-Svizzera – redatta in due originali, entrambi in lingua italiana – il termine “sgravio” ricorre solo in questi due articoli, segnatamente non ricorre entro l'art. 12, 2 par.) (15).

norme del trattato medesimo. A tal fine la richiesta di sgravio d'imposta è considerata senza causa legittima in due ipotesi, ossia, quando le condizioni specificate nel trattato, in particolare domicilio o sede in Svizzera, diritto di godimento, imposizione, non sono soddisfatte, oppure, quando è abusiva. Su tale disciplina l'amministrazione Federale delle Contribuzioni ha emanato due Circolari, una del 31 dicembre 1962 (Circ. 1962) ed una successiva del 17 dicembre 1998 (Circ. 1999) con cui ha modificato in parte la prassi amministrativa di applicazione della suddetta disciplina, a riguardo delle quali: S. BAUMANN, *Switzerland – New measures to counteract treaty abuse*, in *Eur. tax.*, 1999, 192; P. COMUZZI, *Lotta all'utilizzo abusivo dei trattati, Il caso della Svizzera*, in *Fisco*, 1999, 2016; A. CONTRINO, *La Convenzione fra l'Italia e la Svizzera contro le doppie imposizioni*, cit., 965 ss. e spec. 968-969 con particolare riguardo alla relazione fra le due disposizioni, ossia quella autonoma del testo convenzionale in esame e quella del diritto interno costituita dal decreto 1962, e relativa bibliografia; X. OBERSON, H.R. HULL, *Switzerland in International Tax Law*, IBFD, Amsterdam, 2011, 156 ss. Da ultimo, l'Amministrazione Federale delle Contribuzioni ha emanato nel 2010 un'ulteriore circolare (Circ. 2010) con cui ha chiarito che, nell'ipotesi in cui ricorra in un dato trattato una specifica disciplina contro l'uso illegittimo dello stesso, questa debba prevalere sulla disciplina interna e sia conseguentemente inapplicabile il citato decreto e relative circolari del 1962 e del 1999.

(15) Si precisa, tuttavia, che per “sgravio” parrebbe intendersi non solo, come sopra detto, il metodo a cui è obbligato lo Stato contraente di residenza per eliminare la doppia imposizione, oggetto di disciplina nell'art. 24, Conv. Italia-Svizzera (fra l'altro, questo metodo interesserebbe solo lo Stato svizzero, poiché per l'Italia non ricorre il termine, ma è evidente come una tale interpretazione non possa essere accolta perché sbilanciata), come ad una prima lettura sembrerebbe, bensì il termine “sgravio” designerebbe anche la riduzione del prelievo fiscale da parte dello Stato contraente della fonte (tipicamente subordinata al requisito del beneficiario effettivo). Lo si deduce dal riferimento all'istanza di sgravio che è contenuto nella speciale disciplina di procedura amichevole dell'art. 23, 3 par., istanza riferibile, infatti, allo Stato contraente della fonte. Anche nel testo in francese della Convenzione (peraltro, lo si ribadisce, i due originali del testo del trattato sono entrambi in lingua italiana), consultabile sul sito <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19760043/index.html>, il termine “*dégrévement*”, corrispondente all'espressione “sgravio” del testo in lingua italiana, compare solo entro gli artt. 23 e 24, e non nell'art. 12. Pertanto, poiché obbligati ad accordare uno sgravio sono entrambi gli Stati contraenti, quello di residenza sulla base dell'art. 24, quello della fonte sulla base degli artt. 10, 11 e 12, entrambi gli Stati contraenti possono opporre circostanze impeditive al proprio obbligo convenzionale di sgravio, per un uso senza cau-

In particolare, ricorre una prima disposizione di cui è destinataria ogni "persona giuridica residente di uno Stato contraente, nella quale persone non residenti di detto Stato hanno un interesse preponderante, sia direttamente, sia indirettamente, in forma di partecipazione o in altro modo" (16). In tal caso, la persona giuridica residente "può fruire di uno sgravio delle imposte dell'altro Stato contraente riscosse sui dividendi, gli interessi e i canoni provenienti da detto altro Stato, in conformità delle disposizioni degli artt. 10, 11 e 12", solo se soddisfa congiuntamente cinque requisiti (art. 23, 1 par.) (17).

Completa questa clausola la previsione secondo cui restano riservati i provvedimenti più ampi che sono o saranno presi da uno Stato contraente per evitare che venga preteso abusivamente lo sgravio di un'imposta riscossa alla fonte dall'altro Stato contraente.

Sotto il profilo dei soggetti del diritto interno, ricade, tipicamente, nell'ambito applicativo della norma l'ipotesi di società residente in Svizzera (o in Italia) soggetta a controllo estero da parte di una *holding* non residente (posto che è tramite il controllo che si esplica principalmente l'interesse preponderante). Oppure, vi ricade l'ipotesi di *holding* residente in Svizzera (o in Italia) nella quale persone non residenti hanno un interesse preponderante.

Ai fini di questa norma la qualificazione come residente/non residente è (ovviamente) da vagliare in base alla norma convenzionale, sic-

---

sa legittima del trattato, sussistendo i presupposti applicativi dell'art. 23 e, comunque, nel rispetto della speciale procedura amichevole ivi contemplata, come correttamente sostenuta da parte ricorrente.

(16) Sull'espressione "interesse preponderante, sia direttamente sia indirettamente", che trova corrispondenza nel Decreto Federale 1962 (art. 2, par. 2, lett. b): "... *personnes ... sont, pour une partie essentielle, intéressées directement ou indirectement sous forme de participation ou d'une autre manière ..*", cfr.: F.R. EHRAT, *Il trattamento fiscale nel contesto del diritto internazionale svizzero. Osservazioni sull'art. 23 della Convenzione italo-svizzera*, in M. Bernasconi (a cura di), *Le società a tassazione speciale*, Bellinzona, 1994, 79, ampiamente citato da: A. CONTRINO, op. ult. cit., 965-966, nt. 306 e 308.

(17) I requisiti che devono essere soddisfatti dalla persona residente in Svizzera, affinché non si integri la fattispecie convenzionale di uso senza causa legittima del trattato, sono: un ragionevole rapporto *debt/equity* (totale degli interessi sui prestiti non eccedenti il sestuplo del patrimonio netto); un tasso di interesse sui prestiti non eccessivo; una percentuale massima del 50 per cento dei redditi provenienti dall'altro Stato contraente impiegata per interessi, canoni, etc., a non residenti; la copertura dei costi relativi ai redditi provenienti dall'altro Stato contraente attuata soltanto con detti redditi; infine, la distribuzione di almeno il 25 per cento dei redditi provenienti dall'altro Stato contraente.

ché, ai sensi del diritto interno svizzero (o italiano) la società potrebbe essere residente, ma non esserlo ai fini del trattato.

La previsione in esame richiede, dunque, la residenza estera del soggetto che ha un interesse preponderante, essendo mirata a contrastare insediamenti in Svizzera tramite strutture artificialmente create da tali soggetti non residenti.

Ora, nel ragionamento giudiziale, riportato nell'esposizione dei fatti in causa, si afferma espressamente che non è contestata alla ricorrente l'applicazione dell'art. 23 della Conv. Italia-Svizzera, ammettendo che possano essere soddisfatti i requisiti posti dalla norma a fini di superare questo specifico *test* antiabuso.

Né è formalmente contestata la residenza convenzionale nello Stato contraente svizzero della società concedente la licenza e così della capogruppo.

Neppure, d'altronde, era sostenibile che fosse la capogruppo, residente in Svizzera, ad essere soggetta ad un interesse preponderante di soggetti esteri: a prescindere che si sta parlando della più grande azienda mondiale nel settore alimentare, per statuto in detta società svizzera, quotata alla Borsa Valori di Zurigo, oltre che in molte altre borse, nessun soggetto poteva possedere più del 5 per cento dei diritti di voto. Insomma, anche la N. s.a. rispettava questo requisito applicativo della norma dell'art. 23, 1 par.

Quanto osservato per questa prima norma nel caso di specie può essere esteso anche nei riguardi dell'altra norma contro l'uso senza causa legittima del trattato che si passa ora ad esaminare.

È questa una seconda disposizione (art. 23, 2 par.) di cui è destinataria ogni "persona giuridica residente della Svizzera, nella quale persone non residenti della Svizzera hanno un interesse preponderante, sia direttamente, sia indirettamente, in forma di partecipazione o in altro modo".

In tale ipotesi detta persona "può pretendere, anche se soddisfa alle condizioni di cui al paragrafo 1, uno sgravio delle imposte riscosse dall'Italia sugli interessi o sui canoni che le sono pagati in provenienza dall'Italia, solo se, nel Cantone dove la persona giuridica ha la sede, gli interessi e i canoni sono assoggettati all'imposta cantonale sul reddito a condizioni identiche o analoghe a quelle previste dalle disposizioni concernenti l'imposta federale per la difesa nazionale" (18).

---

(18) L'art. 23, par. 2, Conv. Italia-Svizzera prosegue con una terza previsione anticlusiva, visibilmente estranea al caso di cui si discute, concernente la fondazione di famiglia residente della Svizzera, che "non può pretendere lo sgravio delle imposte riscosse

Anche con riguardo a questa norma, dunque, sotto il profilo dei soggetti del diritto interno, l'ipotesi tipica e quella di società residente in Svizzera (e solo in Svizzera, diversamente dall'altra previsione) soggetta a controllo estero da parte di una *holding* non residente, oppure *holding* residente nella quale persone non residenti hanno un interesse preponderante.

Sicché, nel caso portato dinanzi alla Commissione tributaria, si possono ripetere le considerazioni già svolte per ciò che concerne, in particolare, la non sussistenza di alcun interesse preponderante da parte di soggetti esteri sulla capogruppo e, a maggior ragione, sulla società concedente la licenza d'uso dei marchi.

Merita, ciò nonostante, evidenziare un singolare requisito posto da questa norma al fine di opportune distinzioni rispetto a quanto sarà esaminato in seguito, in tema di cd. "*liability to tax text*", circa il requisito di assoggettamento ad imposta.

Si allude alla condizione, richiesta dall'art. 23, 2 par., di assoggettamento delle *royalty* (oltre che degli interessi) all'imposta cantonale sul reddito a condizioni identiche o analoghe a quelle previste dalle disposizioni concernenti l'imposta federale.

4. (Segue). *Alcune prime conclusioni circa i limiti che derivano all'interprete della Conv. Italia-Svizzera dal ricorso di queste norme.* - Volendo trarre alcune prime conclusioni, si osserva come norme del tipo di quelle esaminate dell'accordo italiano con la Svizzera, riconducibili a quelle mirate a contrastare la pratica di abuso dei trattati attuata con l'acquisizione della residenza in un dato Stato, sono considerate dal commentario al modello Ocde - che cita ad esempio proprio gli accordi svizzeri, così come quelli statunitensi - l'unico strumento efficace per contrastare il fenomeno delle *conduit* e delle strategie di *stepping-stone* in particolare (19).

Circa questo tipo di clausole, ed in particolare quelle, cosiddette, di "*look-through*" dell'art. 23, l'Ocde suggerisce l'introduzione di una clausola di buona fede che non si rinviene nella Conv. Italia-Svizzera formulata nei termini del commentario.

---

in Italia sui dividendi, gli interessi e i canoni che le sono pagati in provenienza dall'Italia, se il fondatore o la maggioranza dei beneficiari sono persone non residenti della Svizzera e dai detti redditi traggono profitto o devono trarre profitto, per più di un terzo, persone non residenti della Svizzera".

(19) Cfr.: Modello Ocde 2010, commentario all'art. 1, par. 17. e 18.

Vi ricorre, tuttavia, una previsione assolutamente unica nei trattati italiani, fondante una specifica forma di amichevole composizione fra i due Stati contraenti che ha, perciò, una disciplina a sé, distinta dalla procedura amichevole dell'art. 26 del medesimo accordo (20). Rispetto a quest'ultima si presenta come procedimento a carattere preliminare che deve essere obbligatoriamente intentato fra i due Stati e, solo in caso di insuccesso, sfociare, in una fase successiva, nella procedura dell'art. 26 (21). È, insomma, un diverso modo di accertare la buona fede o, per essere più aderenti al testo ed alla *ratio* delle previsioni della Conv. Italia-Svizzera, di accertare l'uso con causa legittima di questo trattato.

A differenza di molti altri accordi italiani che sono privi di disposizioni espresse di contrasto all'uso improprio del trattato e per i quali – al limite – è giustificato chiedersi se vi sia spazio per il riconoscimento ad essi anche di una tale funzione alla luce della quale superare l'interpretazione letterale del testo convenzionale (sulla scorta di quel moderno approccio giudiziale al problema dell'elusione che connota diversi ordinamenti interni) (22), per la Conv. Italia-Svizzera la questione interpretativa non sta in questi termini.

Nell'accordo dell'Italia con la Svizzera una disciplina vi è, ed è ar-

---

(20) Sulla rimozione nel 2009, da parte della Svizzera, delle riserve all'art. 26 del Commentario Oede, sulla conseguente ordinanza del 1° settembre 2010 relativa all'assistenza amministrativa e sul cosiddetto modello svizzero "Rubik" in linea con queste modifiche, cfr.: A. RIVOLTA, *New Switzerland-Germany and Switzerland-United Kingdom: does anyone offer more than Switzerland?*, in Bull. inter. tax., 2012, 138; P. PISTONE, *European Union/Switzerland - Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective of an EU Academic*, in Bull. inter. tax., 2013, 216.

(21) L'art. 23, 3 par., dispone, infatti, che la "vigilanza, le indagini e le attestazioni che implica l'applicazione dei paragrafi 1 e 2 spettano alle autorità competenti dello Stato contraente di cui è residente il beneficiario dei redditi di cui si tratta. Se le autorità competenti dell'altro Stato contraente da dove provengono i detti redditi hanno indizi validi per dubitare delle dichiarazioni date dal loro beneficiario nell'istanza di sgravio dell'imposta, e attestate dalle autorità competenti del primo Stato, esse informeranno dei loro dubbi le autorità competenti del primo Stato; queste autorità procederanno ad una nuova indagine e ne comunicheranno il risultato alle autorità competenti dell'altro Stato. Persistendo le divergenze d'opinioni tra le autorità competenti dei due Stati, si applicheranno in tal caso le disposizioni dell'art. 26. Lo sgravio d'imposta sarà differito sino a quando non venga raggiunto un accordo".

(22) Cfr.: M. GAMMIE, *Moral taxation, immoral avoidance - What role for the law?*, in Brit. tax rev., 2013, 588, riferendosi a questo approccio nei termini di "Ramsay principle" in omaggio al caso *Ramsay* del 1981 a partire dal quale si iniziò a superare, nell'ordinamento inglese, l'interpretazione letterale dei testi normativi in funzione antelusiva.



ticolata, sicché è entro questa disciplina che deve essere ricercata dall'interprete la soluzione a problemi interpretativi nei casi di "uso senza causa legittima del trattato".

E ciò deve essere fatto muovendo dall'analisi di questa disciplina, ricostruendo lo specifico istituto convenzionale italo-svizzero avente funzione di contrastare "l'uso senza causa legittima del trattato".

Trattandosi, inoltre, di un istituto convenzionale, la relativa ricostruzione deve avvenire in modo autonomo rispetto ad eventuali istituti simili del diritto interno, istituti interni sui quali, d'altronde, prevale la disciplina convenzionale: ciò sia in base al diritto costituzionale italiano, sia in base al diritto federale svizzero.

La stessa Amministrazione Federale delle Contribuzioni nella circolare emanata nel 2010 ha chiarito che, nell'ipotesi in cui ricorra in un dato trattato una specifica disciplina contro l'uso senza causa legittima dello stesso, questa debba prevalere sulla disciplina interna e sia conseguentemente inapplicabile il Decreto del Consiglio Federale del 1962 e relative circolari del 1962 e del 1999.

Insomma, solo avendo ricostruito l'istituto e la sua funzione, si possono anche risolvere in modo fondato e coerente le varie questioni interpretative.

Fra queste, una fondamentale, al centro del tema dell'abuso e della buona fede, tanto più a riguardo di uno Stato, come è la Svizzera, considerato in base al diritto interno italiano a fiscalità privilegiata per il regime fiscale delle *holding*.

E, cioè, l'individuazione di una linea di confine fra ipotesi di insediamento societario sorrette da uno scopo principale abusivo ed altre ipotesi scortate invece da un *business purpose* (23).

---

(23) In una recente decisione, la Suprema Corte Federale svizzera ha considerato le attività svolte da un contribuente insufficienti a giustificare una stabile organizzazione con finalità di finanziamento nei riguardi di un gruppo interamente svizzero che esercitava il suo *core business* soltanto all'interno della Svizzera., cfr.: I. SEILER, M. KOBIERSKI, M.F. HUBER, *Switzerland/International - The Offshore Financing of Swiss Groups: A Recent Decision of the Swiss Federal Court Regarding Outbound Permanent Establishments*, in Bull. inter. tax., 2013, 379. Per la necessità che manchi una ragione economica principale, cfr.: M. BAUMANN, *Switzerland. New measures to counteract treaty abuse*, in Eur. tax., 1999, 192. La Suprema Corte Federale svizzera si è espressa nel 2006, nel caso *A Holding*, e successivamente nel 2012, nel caso *A/S*, per l'esistenza di una norma antiabuso implicita nei trattati, derivabile dall'art. 31 della Convenzione di Vienna, secondo cui i trattati devono essere interpretati in buona fede. Tuttavia, in mancanza di una previsione espressa antiabuso nel trattato, la condotta abusiva da parte del contribuente può essere riscontrata solo a fronte dell'inesistenza di una genuina attività com-

La mancanza di una principale causa economica nella condotta del contribuente non è requisito espressamente menzionato nella Conv. Italia-Svizzera, come d'altronde non lo è nei coevi trattati svizzeri sopra menzionati (24).

Ciò nonostante è elemento ricavabile da quel riferimento normativo, contenuto nel preambolo della Convenzione, di "uso senza causa legittima".

Alla luce della funzione del trattato di impedire il suo uso senza causa legittima devono pertanto essere interpretate le varie disposizioni convenzionali ed il riscontro di una tale condotta in un caso concreto non può prescindere dal preliminare accertamento della sussistenza di una valida e principale causa (ragione) economica.

Nel ragionamento giudiziale tutto quanto sopra è stato totalmente tralasciato.

Prescindendo in pieno dalla disciplina contro l'uso senza causa legittima e dalla sua interpretazione, si è fondato il riconoscimento della capogruppo quale beneficiaria effettiva solo sulla circostanza che ad essa erano riversati buona parte dei canoni, nonché sulle osservazioni dell'Ocde – presumibilmente, il commentario (il cui valore nell'interpretazione dei trattati, tuttavia, non è certo pari ad un mezzo primario (25)) – per l'ulteriore passaggio argomentativo che la presenza di società *conduit* è indice di possibile operazione abusiva volta ad ottenere l'uso improprio della Convenzione.

##### *5. La preliminare e duplice verifica da compiere nei riguardi della persona prima beneficiaria dei redditi: riscontro della sua qualità di re-*

---

merciale (ciò che nella fattispecie non era, svolgendo il contribuente la sua attività dal 1924, avendo alle proprie dipendenze 61 lavoratori e disponendo di attività e profitti), cfr.: W. WIJNEN, J. DE GOEDE, *Tax Treaty Case Law – A Trio of Recent Cases on beneficial Ownership*, in *Bull. intern. tax.*, 2012, 326.

(24) A commento della disciplina presente nell'art. 23, Conv. Italia-Svizzera e nei coevi trattati svizzeri che si è menzionato e su questo specifico profilo, cfr.: Y. DE COULON, *Report from Switzerland*, cit., 239: "The absence of economic reasons is not mentioned as such in the Swiss treaties or legislation; it is nonetheless the major element and the complement of the "principally tax motivated" concept underlying treaty abuse provisions. It also is the key criterion of the avoidance concept of Article 21, para. 2 FATA (Annexe I) which is sometimes referred to as the "theory of economic reality" (l'art. 21 del FATA, *Federal Anticipatory Tax Act*, del 13 ottobre 1965, disciplina il rimborso delle imposte).

(25) Si rinvia ai vari contributi pubblicati in: S. DOUMA, F. ENGELEN (a cura di), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, 2008, *passim*.

*sidente convenzionale perché, in positivo, "assoggettata ad imposta" (liable to tax) e, in negativo, beneficiaria non apparente (art. 4, parr. 1 e 5).* - Dal testo della sentenza non emerge se sia stata effettuata dall'Ufficio delle Entrate quella che avrebbe dovuto essere una verifica preliminare in ordine alla qualificazione della società concedente la licenza d'uso dei marchi alla stregua di "residente di uno Stato contraente", ed in particolare di residente della Svizzera secondo le norme dell'art. 4 del relativo trattato con l'Italia.

Pare, insomma, che non sia stata posta in discussione la residenza convenzionale di tale società in Svizzera, bensì sia stata data come presupposta.

Analogamente per la società capogruppo.

Tale verifica era in particolare necessaria, per stabilire, innanzi tutto, l'applicabilità del trattato Italia-Svizzera e, sulla base di un tale riscontro positivo, per individuare, in seconda istanza, i limiti derivanti all'Italia e, indirettamente, alla società ivi residente, quanto al prelievo fiscale alla fonte sulle *royalty* da quest'ultima corrisposte.

Non solo si è data per presupposta la residenza (o così potrebbe), ma, anzi, considerate le conclusioni a cui giunge l'Ufficio e così la Commissione tributaria - nel senso di individuare nella società concedente la licenza d'uso dei marchi un beneficiario apparente dei canoni e nella capogruppo il beneficiario effettivo - dette conclusioni risultano contraddittorie in rapporto al presupposto di residenza convenzionale in Svizzera di entrambe le società da cui tanto l'Ufficio, quanto la Commissione, muovono.

Con la conseguenza ulteriore che tutte le affermazioni successive circa l'applicazione delle varie norme della Conv. Italia-Svizzera (artt. 12, 23, etc.) risultano inconferenti, se non erranee: nessuna previsione del trattato può essere interpretata ed applicata in modo corretto, in funzione di prevenire/eliminare il doppio d'imposta, se preliminarmente non è stata risolta la questione della residenza convenzionale.

Invero, l'aver concluso che la società concedente la licenza d'uso dei marchi (residente in Svizzera per il diritto interno) è beneficiario apparente comporta, ai sensi del trattato italo-elvetico, implicazioni ulteriori rispetto a qualsivoglia altro accordo bilaterale italiano in vigore.

Presuppone, cioè, che la capogruppo non sia qualificabile come residente convenzionale della Svizzera e, di riflesso, neppure lo sia la società concedente la licenza d'uso dei marchi, ponendosi così in discussione la stessa applicabilità di tale accordo, che invece tanto l'Ufficio, quanto i giudici non contestano.

Secondo quanto si è già anticipato in ordine alle peculiarità della Conv. Italia-Svizzera in tema di residenza convenzionale (art. 4), la verifica preliminare, di cui si discute, esige, infatti, un duplice riscontro.

Il primo, comune a qualsivoglia altro trattato italiano, consiste nel ben noto *liability to tax test* ed imponeva di verificare, in positivo, se la detta società, concedente la licenza d'uso dei marchi alla licenziataria italiana, e quindi prima ed immediata beneficiaria delle *royalty*, fosse qualificabile come residente dello Stato contraente svizzero ai sensi del trattato, essendo assoggettata ad imposta in detto Stato, sulla base delle norme del relativo diritto interno, a motivo di un criterio di collegamento di natura personale e a riferimento territoriale (26).

Il secondo riscontro, in negativo e tipico del solo accordo dell'Italia con la Svizzera, imponeva di verificare se detta persona, ancorché qualificabile come residente sulla base del predetto *liability to tax test*, non fosse mera beneficiaria apparente dei redditi, "essendo questi in realtà – sia direttamente che indirettamente per il tramite di altre persone fisiche o giuridiche – destinati a una persona che non può essere considerata di per sé residente di detto Stato ai sensi del presente articolo" (art. 4, 5 par.) (27).

Quanto al primo *test*, nulla nella sentenza induce a ritenere che l'Ufficio abbia posto in discussione l'assoggettamento della società, concedente la licenza dei marchi, a tutte le imposte svizzere sul reddito, sia

(26) Cfr.: art. 4, par. 1, Conv. Italia-Svizzera): "che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga", tenuto conto che non si considerano residenti di tale Stato "le persone che sono imponibili in questo Stato soltanto per il reddito che esse ricavano da fonti situate in detto Stato o per il patrimonio che posseggono in detto Stato". Per le varie questioni interpretative, e relativa bibliografia, legate al cosiddetto *liability to tax test*, cfr.: P. TARIGO, *I soggetti passivi Ires nelle convenzioni contro le doppie imposizioni*, in (corso di pubblicazione su) Riv. dir. trib. internaz., par. 3-6; Id., *Doppia non imposizione e trattati italiani*, in Dir. prat. trib., 2009, I, 1133 ss. In questi ultimi anni il requisito in oggetto è stato sempre più al centro di critiche da parte della dottrina, cfr. per tutti: J. WHEELER, *The Missing Keystone of Income Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam, 2012, *passim*.

(27) Si riporta anche il testo in francese della Convenzione, rinvenibile sul sito dell'amministrazione finanziaria svizzera, pur ribadendo che il trattato Italia-Svizzera è stato redatto in due esemplari, entrambi in lingua italiana, cfr.: art. 4, par. 5, lett. a), Conv. Italia-Svizzera: "*Une personne qui, bien que remplissant les conditions posées aux par. 1 à 3 ci-dessus, n'est que le bénéficiaire apparent des revenus, lesdits revenus bénéficiant en réalité - soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'autres personnes physiques ou morales - à une personne qui ne peut être regardée elle-même comme un résident dudit Etat au sens du présent article*".

quella federale, sia quelle cantonali e comunali, in base ad un criterio di natura personale ed a riferimento territoriale. Dunque, era indiscusso che questa società superasse questa prima verifica.

Non altrettanto nei confronti della capogruppo, della quale, pur senza entrare nel merito della residenza convenzionale, l'Ufficio ha contestato l'assoggettamento alle imposte cantonali e comunali.

Pertanto, è il secondo *test* ad essere decisivo e di ciò si parla nella parte che segue.

**6. Raffronto fra il requisito di "beneficiario apparente", stabilito ai fini della residenza convenzionale, e quello di "beneficiario effettivo" posto in materia di canoni (art. 12, par. 2).** - È fin troppo noto quanto sia controversa la nozione di "beneficiario effettivo" (*beneficial owner*) nella letteratura internazionalistica. Si discute, in particolare, degli elementi definatori di questa espressione e di quanto un tale requisito sia realmente efficace in funzione antiabuso (28).

Nei trattati italiani in vigore la formula compare – salvo qualche rara eccezione – solo in materia di dividendi interessi e canoni (con riferimento al Modello Ocde: artt. 10, 11 e 12) in funzione di contrastare pratiche di abuso aventi ad oggetto tali elementi di reddito (29).

L'espressione "beneficiario effettivo" è entrata a far parte del diritto convenzionale svizzero nel 1954 entro la Conv. Regno Unito-Svizzera siglata all'epoca e dagli anni settanta è sistematicamente iscritta nei trattati svizzeri. In una pronuncia del 2005 si è statuito che tale requisito corrisponda ad una norma implicitamente accolta dagli accordi della Svizzera e ciò è in linea con quanto ritenuto dalla prevalente dottrina (30).

La circostanza, esclusiva della sola Conv. Italia-Svizzera per ciò che concerne i vigenti accordi dell'Italia, che nello stesso trattato un requisito sulla figura del beneficiario sia richiesto due volte – una prima, in negativo, ai fini di stabilire la residenza convenzionale (che non sia "bene-

(28) Per tutti, cfr.: S. JAIN, *Effectiveness of the Beneficial Ownership Test in Conduit Company Cases*, IBFD, Amsterdam, 2013, *passim*; M. LANG, P. PISTONE, J. SCHUCH, C. STARINGER, A. STORCK (a cura di), *Beneficial Ownership: Recent Trends*, IBFD, Amsterdam, 2013, *passim*.

(29) In via eccezionale nei trattati italiani in vigore il requisito di beneficiario effettivo è posto anche ai fini di altri redditi, cfr.: P. TARIGO, *Elusione del diritto interno e, cosiddetto, "abuso del trattato"*, cit., 392.

(30) Cfr.: M.R. JUNG, *Switzerland*, cit., 788.

ficiario apparente”), una seconda, in positivo, per dividendi, interessi e canoni (che sia “effettivo beneficiario”), al fine di limitare il prelievo nello Stato contraente di non residenza – solleva un’ulteriore questione interpretativa, riguardante la portata, anche reciproca, dei due requisiti.

Ora, in materia di dividendi, interessi e canoni la formula che vi ricorre – “ma, se la persona che percepisce i dividendi/interessi/canoni ne è l’effettivo beneficiario, l’imposta così applicata non può eccedere ...” – si limita a porre il requisito del beneficiario effettivo, senza offrire alcun ulteriore elemento esplicito.

In materia di residenza qualche elemento espresso è fornito. Si allude, in modo specifico, a: “... beneficiaria apparente dei redditi, essendo questi in realtà – sia direttamente che indirettamente per il tramite di altre persone fisiche o giuridiche – destinati a una persona ...”.

Tuttavia, tali elementi espressi sono già derivabili in via interpretativa anche dalla prima previsione (come dimostra la letteratura in materia di *beneficial owner*), sicché in sostanza nulla aggiungono, pur se in questo accordo è indiscutibile che costituiscano elementi definitori convenzionali, ossia elementi di una definizione (espressa) autonoma del termine, propria di questo trattato, che previene possibili problemi interpretativi di differente qualificazione giuridica interna del termine fra i due Stati contraenti (31).

Di rilievo appare la distinzione testuale fra “destinazione” e “percezione” del reddito, ma tali elementi normativi risultano estranei alle nozioni di beneficiario apparente/effettivo, per aver piuttosto riguardo ai meccanismi di imputazione, anche temporale, del reddito stabiliti dal diritto interno (32).

In conclusione, i requisiti paiono essere sostanzialmente analoghi, sia pur speculari, simmetrici, complementari (33).

(31) Cfr.: A. CONTRINO, *La Convenzione fra l'Italia e la Svizzera contro le doppie imposizioni*, cit., 955-956, circa la peculiarità dell'accordo Italia-Svizzera di delineare l'espressione “beneficiario effettivo” degli artt. 10, 11 e 12 sufficientemente nei suoi contenuti, essendo ricavabile *a contrariis* da quella di “beneficiario apparente” dell'art. 4, par. 5, della Convenzione medesima.

(32) Cfr.: J. WHEELER, *The attribution of income to a person for tax treaty purposes*, in *Bull. intern. tax.*, 2005, 478.

(33) Afferma che l'espressione beneficiario apparente dell'art. 4, 5 par., in oggetto della Conv. Italia-Svizzera, così come quella dei trattati con la Francia (1966, all'art. 4, 6 par.) e il Belgio (1978 all'art. 4, 4 par.) ha lo stesso significato della locuzione convenzionale “*beneficial owner*” degli artt. 10, 11 e 12 del Modello Ocde: M.R. JUNG, *Switzerland*, cit., 785; A. CONTRINO, op. ult. cit., 955-956, ritenendo complementari le due nozioni.

7. *L'ulteriore e identica verifica da compiere nei confronti della persona ritenuta "destinataria" dei redditi ai fini del giudizio di residente convenzionale della prima beneficiaria e la condizione aggiuntiva di residenza nel medesimo Stato contraente di quest'ultima.* - Dal testo della sentenza neppure emerge se l'Ufficio delle Entrate abbia compiuto alcun accertamento a riguardo della residenza convenzionale della capogruppo, ritenuta essere la beneficiaria effettiva dei canoni, onde derivarne le particolari conseguenze che le norme dell'accordo italiano con la Svizzera stabiliscono.

Ora, in base a quanto si è finora detto a riguardo della peculiare previsione, in materia di residenza, contro l'uso senza causa legittima del trattato Italia-Svizzera (art. 4, 5 par.), l'accertamento da compiere nei confronti della persona che è ritenuta destinataria dei redditi, a fronte di un ipotetico beneficiario apparente, consiste nel medesimo tipo di verifica da svolgere nei confronti di quest'ultimo.

Con la conseguenza che, se la "destinataria" soddisfa il requisito di residenza convenzionale nei termini in cui lo si è già illustrato per la prima beneficiaria e, inoltre, lo soddisfa nel senso di essere residente nello stesso Stato contraente di quest'ultima, è la prima beneficiaria a superare pienamente il proprio *test* di residenza pattizia al duplice livello che il trattato richiede, vale a dire sia quanto all'essere assoggettata ad imposta secondo dati criteri (*liability to tax test*), sia quanto all'essere qualificabile come "beneficiaria non apparente".

Infatti, è disposto (lo si ripete): "Non è considerata residente di uno Stato contraente, ai sensi del presente articolo: a) una persona che, sebbene risponda ai requisiti di cui ai precedenti par. da 1 a 3" - ossia ai requisiti ordinari in materia di residenza posti, di regola, dai vari trattati - "è soltanto beneficiaria apparente dei redditi, essendo questi in realtà - sia direttamente che indirettamente per il tramite di altre persone fisiche o giuridiche - destinati ad una persona che non può essere considerata di per sé residente di detto Stato ai sensi del presente articolo" (34).

Dalla previsione emerge altrettanto chiaramente come si possano presentare più passaggi di reddito ad altrettante figure, stante il riferimento alla destinataria "indiretta", con una catena di persone interposte. In questa ipotesi - che non ricorreva nel caso prospettato ai giudici - la verifica non deve, tuttavia, riguardare ogni singolo passaggio e relativa figura beneficiaria, bensì rileva solo la persona finale, cioè, quella cui i redditi sono "destinati".

(34) Art. 4, 5 par., lett. a), Conv. Italia-Svizzera. Evidenza in corsivo mia.

In conclusione, una corretta interpretazione delle previsioni contro l'uso senza causa legittima del trattato avrebbe dovuto condurre l'Ufficio e i giudici a verificare nei confronti della società capogruppo la qualità di residente dello Stato contraente di residenza svizzero, esattamente come la società concedente la licenza dei marchi.

Ciò sarà oggetto della parte che segue con particolare riguardo a talune questioni interpretative che si prospettavano all'Ufficio e ai giudici, salvo prima formulare un secondo ordine di conclusioni di rilievo già ora derivabili, sulla base di quanto detto, dal combinato disposto delle due norme sul beneficiario apparente/effettivo (art. 4, 5 par. e art. 12, 2 par., Conv. Italia-Svizzera).

**8. Un secondo ordine di conclusioni: applicabilità del regime di riduzione dell'imposta prelevata alla fonte anche in ipotesi di destinazione delle royalty ad altra persona, se soddisfa la condizione aggiuntiva di residenza pattizia nel medesimo Stato contraente della prima beneficiaria.** - L'Ufficio, e così la Commissione tributaria provinciale, giungono alla conclusione di escludere l'applicabilità della norma del trattato sulla riduzione d'imposta nello Stato di provenienza delle *royalty* (l'Italia) nel presupposto che la beneficiaria prima ed immediata di esse (la società svizzera concedente la licenza dei marchi) fosse solo beneficiaria apparente e che beneficiaria effettiva fosse la capogruppo svizzera.

Ora, ribadito che non è stata contestata dall'Ufficio e dalla Commissione tributaria la residenza convenzionale in Svizzera della capogruppo, questa conclusione di inapplicabilità del regime di prelievo fiscale limitato nello Stato della fonte viola, oltre la norma sul beneficiario effettivo dei canoni (art. 12, 2 par.), anche quella norma in materia di residenza contro l'uso senza causa legittima del trattato (art. 4, 5 par., Conv. Italia-Svizzera) che, invero, stando al testo della sentenza, tanto l'Ufficio quanto la Commissione hanno visibilmente ignorato.

Infatti, in base all'interpretazione sia letterale del testo del trattato (*a treaty is to be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context*), sia logico-sistemica in ragione del suo oggetto e scopo (*and in light of its object and purpose*) (35), risulta chiaro che i due Stati contraenti hanno inteso impedire l'applicazione dei benefici convenzionali – e fra questi, *in primis*, la riduzione del prelievo alla fonte – non in qualsivoglia ipo-

---

(35) Art. 31, 1 par., Conv. Vienna sul diritto dei trattati (1969).



tesi di destinazione del reddito a persona diversa dal beneficiario apparente residente in uno dei due Stati contraenti (nel caso specifico, in Svizzera), bensì solo nelle ipotesi in cui i redditi siano destinati a persona non residente nello stesso Stato di residenza convenzionale di questo beneficiario apparente, ossia, nel caso in questione, a persona destinataria non residente in Svizzera.

Il testo normativo è chiaro al riguardo (art. 4, 5 par., lett. a): la qualifica di residente di uno Stato contraente è preclusa a quella persona che, pur rispondendo al requisito di assoggettamento ad imposta secondo dati criteri (*liable to tax test*), è "beneficiaria apparente" dei redditi, definendosi come tale la persona che è beneficiaria di redditi "in realtà - sia direttamente che indirettamente per il tramite di altre persone fisiche o giuridiche - destinati ad una persona che non può essere considerata di per sé residente di *detto Stato* ai sensi del presente articolo".

È proprio tale elemento normativo testuale (sopra riportato fra virgolette) a precisare, all'interno della Conv. Italia-Svizzera, il significato dell'espressione "beneficiario apparente" non solo ai fini delle norme in materia di residenza (art. 4), bensì anche ai fini della disciplina dell'art. 12, 2 par., in tema di canoni, ricorrendovi l'espressione speculare di "beneficiario effettivo".

Se il reddito è in realtà destinato ad altra persona, ma quest'ultima è qualificabile, ai sensi del trattato, come residente dello stesso Stato contraente di residenza convenzionale della prima beneficiaria, quest'ultima non è qualificabile come "beneficiario apparente" ai sensi del trattato con la Svizzera, sebbene nel linguaggio comune o per altri trattati possa, al contrario, essere definita come tale in ragione di un elemento definitorio esclusivo tramite cui risalta la mera destinazione del reddito ad altri.

Quest'ultimo è elemento necessario della definizione normativa di "beneficiario apparente" della Conv. Italia-Svizzera, ma è non l'unico. È elemento necessario, altresì, la destinazione a persona residente in altro Stato, elemento in assenza del quale (sussistendo la residenza nel medesimo Stato contraente) non si è in presenza di un "beneficiario apparente".

Se, poi, una persona assume lo *status*, ai sensi del trattato italo-elvetico, di beneficiaria apparente, perché - come precisato - il reddito è destinato ad altra persona che non può essere considerata di per sé residente di *detto Stato* ai sensi dell'art. 4, 5 par., lett. a) - ebbene, neppure questa beneficiaria apparente è qualificabile come residente di *detto Stato* contraente e, dunque, non ha accesso ad alcuno dei benefici convenzionali in funzione di prevenire o eliminare il doppio d'imposta.

In conclusione, all'interno di questo specifico trattato non si può essere residente di uno Stato contraente senza essere al tempo stesso anche beneficiario effettivo, perché l'essere qualificabile come beneficiario apparente, stante la definizione normativa espressa eccezionalmente presente in questo accordo bilaterale, preclude la qualifica di residente di uno Stato contraente.

Sul piano sistematico – vale a dire, tenuto conto dell'oggetto e dello scopo del trattato di contrasto al relativo uso senza causa legittima – *ratio* della norma non è quella di precludere l'accesso ai benefici convenzionali a qualsiasi figura interposta fra l'erogatore del reddito, residente in uno Stato contraente, ed il beneficiario effettivo, bensì solo di impedirlo a quella figura che sia interposta con residenza nell'altro Stato contraente senza che il beneficiario effettivo sia anch'esso residente di questo stesso Stato ai sensi del trattato stipulato fra i due Stati.

La *ratio* che non qualsiasi forma d'interposizione precluda i benefici convenzionali è, d'altronde, a base anche della disciplina in materia di canoni prevista dal Modello Ocde, laddove si fissa il criterio del beneficiario effettivo ai fini di ridurre l'aliquota del prelievo fiscale alla fonte.

Nel Commentario si afferma, infatti, che, nei casi in cui tra l'erogatore del canone, residente di uno Stato contraente, ed il beneficiario effettivo, residente dell'altro Stato contraente, si frapponga un altro soggetto, il regime di limitazione dell'imposta nello Stato della fonte resta applicabile (36). Al Modello sono state apportate modifiche in tal senso con la versione del 1995 (37), ma, secondo il Commentario, la sussistenza dell'obbligo di riduzione dello Stato della fonte anche in questa ipotesi era già ritenuto implicito nelle versioni precedenti del Modello

(36) Cfr.: Commentario all'art. 12, Modello Ocde, par. 1, punto 4.2.: "*Sous réserve d'autres conditions imposées par l'article, la limitation de l'impôt dans l'État de la source reste disponible lorsqu'un intermédiaire tel qu'un agent ou autre mandataire situé dans un État contractant ou dans un État tiers est imposé entre le bénéficiaire et le payeur, mais que le bénéficiaire effectif est un résident de l'autre État contractant (le texte du Modèle de convention a été modifié en 1995 pour préciser ce point qui a constitué la position constante des États membres). Les États qui veulent expliciter ce point peuvent le faire lors des négociations bilatérales*".

(37) A partire dalla versione 1995, l'art. 12, par. 1, Modello Ocde, è così formulato: "I canoni provenienti da uno Stato contraente ed il cui beneficiario effettivo è un residente dell'altro Stato contraente non sono imponibili che in questo altro Stato". Tratta di queste modifiche al Commentario: A. BALLANCIN, *La nozione di "beneficiario effettivo" nelle Convenzioni internazionali e nell'ordinamento tributario italiano*, in *Rass. trib.*, 2006, 209.

("... 1995 pour préciser ce point ...") ed in linea con la posizione costante degli Stati membri quale in particolare emerge dal *Report* del Comitato degli Affari Fiscali dell'Ocde sulle società *conduit* (o *sociétés relais*) (38).

Se le modifiche al Commentario del 2003 hanno ormai esplicitato che sussiste l'obbligo dello Stato della fonte di ridurre l'aliquota del prelievo fiscale sulla base del trattato fra questo Stato e quello di residenza del beneficiario effettivo del reddito anche nell'ipotesi d'interposizione di una terza persona situato in uno Stato contraente o in un terzo Stato, vi è da dire che nei riguardi della Conv. Italia-Svizzera neppure si pone quel problema interpretativo che in passato ha riguardato taluni accordi privi della precisazione esplicita.

Sebbene, infatti, l'art. 12, 2 par., Conv. Italia-Svizzera sia formulato come il Modello Ocde versione 1977 e come molti trattati italiani, nel subordinare esplicitamente al solo requisito del beneficiario effettivo la sussistenza dell'obbligo dello Stato della fonte di ridurre il prelievo, per tale trattato non può in alcun modo essere sollevato il dubbio che, in ipotesi di non coincidenza tra il primo percettore e il beneficiario effettivo, tale obbligo non venga ad esistenza.

Nel caso, infatti, della Conv. Italia-Svizzera questa previsione espressa vi ricorre ed è stabilita in materia di residenza mediante la definizione del termine "beneficiario apparente" che si è esaminato (art. 4, 5 par., lett. a).

Anzi, questa previsione del trattato italo-elvetico pone condizioni più stringenti rispetto al Modello Ocde, perché tale Convenzione richiede la residenza nello stesso Stato contraente del beneficiario apparente e di quello effettivo, mentre il Modello Ocde, come illustra il Commentario, ammette che la persona interposta sia localizzata in uno Stato contraente o in uno Stato terzo.

Per concludere su questo punto, risulta palesemente illegittima l'interpretazione e la conseguente applicazione delle norme in materia di residenza convenzionale-beneficiario apparente (art. 4, 5 par., lett. a) e di beneficiario effettivo (art. 12, 2 par.) della Conv. Italia-Svizzera che sono state effettuate dall'Ufficio e dalla Commissione tributaria provinciale nel caso in esame.

---

(38) Ocde, *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation de sociétés relais*, adottato dal Consiglio dell'Ocde il 27 novembre 1986 e pubblicato l'anno successivo.

9. *Sempre sull'ulteriore verifica nei confronti della persona "destinataria" dei redditi ai fini del giudizio sul "beneficiario apparente" della prima: il cd. "liable to tax test" dinanzi all'imposta svizzera, insieme di imposte federali, cantonali e comunali.* - Sempre in merito all'accertamento che l'Ufficio avrebbe dovuto compiere a riguardo della residenza convenzionale della capogruppo, ritenuta essere la beneficiaria effettiva dei canoni, a fini di ritenere comunque applicabile la norma dell'accordo bilaterale che prevede la riduzione del prelievo alla fonte, si è visto come sia questione di appurare la residenza convenzionale di tale persona nello stesso Stato contraente di cui è residente la prima beneficiaria.

Nel caso in esame, dunque, una corretta interpretazione delle previsioni contro l'uso senza causa legittima del trattato, non solo secondo un criterio letterale, bensì anche in base ad un criterio logico-sistematico, avrebbe dovuto condurre ad una tale verifica nei confronti della società capogruppo, accertamento che si sarebbe concluso riconoscendo la sussistenza dei presupposti di applicazione del regime di ritenuta alla fonte ridotta.

A tale riguardo non motivati appaiono i rilievi dell'Ufficio, che emergono dal testo della sentenza, secondo cui detta società risiedeva in un paese a fiscalità privilegiata e godeva di un regime fiscale agevolato riservato alle *holding*, grazie al quale non versava le imposte comunali e cantonali, alludendo a quelle norme antielusive italiane che, proprio con riferimento a questo profilo della disciplina elvetica, collocano la Svizzera nelle cd. "*black list*".

Infatti, la circostanza che le norme antielusive italiane qualificano come Stato a fiscalità privilegiata la Svizzera proprio con riferimento allo statuto fiscale delle società *holding* (oltre a quelle ausiliarie e di "domicilio") in materia di imposte cantonali e comunali, non preclude di per sé la qualifica convenzionale di residente dello Stato contraente svizzero a tali società: è questa la conclusione, che già si può anticipare, di quel problema interpretativo, che si riprenderà in seguito, riguardante, in generale, l'applicabilità delle norme antielusive interne a situazioni disciplinate da norme convenzionali.

In secondo luogo non ricorre all'interno del trattato italo-elvetico una previsione simile a quella che si ritrova nella Conv. Italia-Lussemburgo, ossia quel tipo di clausola avente funzione di contrasto all'uso improprio del trattato, in particolare al *treaty shopping*, riportabile, in modo specifico, alla pratica di contrasto cd. di *exclusion approach*. La clausola esclude totalmente l'applicazione delle norme del trattato per deter-

minati soggetti che, in base al diritto interno, fruiscono di regimi fiscali di esenzione o comunque agevolativi.

Un noto esempio è offerto nell'art. 1, protocollo finale, della Conv. Italia-Lussemburgo (1981) con riguardo alle *holding* lussemburghesi regolate dalla legge 31 luglio 1929, storiche società, beneficianti di un regime di totale esenzione da imposta sul reddito e sul patrimonio (39) (ben diverso il regime delle *holding* svizzere, soggette ad imposizione federale sul reddito e ad imposizione federale e locale sul patrimonio).

In terzo ed ultimo luogo, ai sensi della Conv. Italia-Svizzera, si definisce in modo espresso quale "imposta svizzera", unitariamente, le imposte federali, cantonali e comunali sul reddito, mentre per "imposta italiana" si intende di volta in volta – secondo il metodo tipico di elencazione dei trattati – la singola imposta, ossia l'Irpef, oppure l'Irpeg, o l'Ilor (art. 2, 3 par.) (40).

La Svizzera ha, invero, un sistema di federalismo fiscale complesso al cui interno convivono, in materia di imposizione diretta, tre differenti livelli: una prima imposizione sul reddito, sia delle persone fisiche, sia sugli utili societari, è quella della Confederazione; a questa si aggiunge quella parallela dei Cantoni con le stesse imposte (oltre che imposte sul patrimonio) non limitata alla tassazione del reddito prodotto sul territorio cantonale, bensì estesa al reddito complessivo; infine, vi è l'imposizione dei Comuni che, di regola, avviene sotto forma di addizionale al prelievo cantonale (41).

Stante la definizione espressa presente nel trattato di "imposta svizzera", si pone una questione interpretativa, ai fini di stabilire se una persona è residente dello Stato contraente svizzero in base all'art. 4, 1 par., del trattato con l'Italia, circa il significato con cui debba essere inteso

---

(39) A. STEICHEN, L. NOGUERA, *Avoidance of double non-taxation in Luxembourg*, in M. Lang, *Avoidance of double non-taxation*, Linde Verlag, Wien, 2003, 226.

(40) Art. 2, par. 3, lett. b), Conv. Italia-Svizzera: "Le imposte attuali cui si applica la convenzione sono in particolare: a) per quanto concerne l'Italia: (1) l'imposta sul reddito delle persone fisiche; (2) l'imposta sul reddito delle persone giuridiche; e (3) l'imposta locale sui redditi; ancorché riscosse mediante ritenuta alla fonte (qui di seguito indicate quali 'imposta italiana'); b) per quanto concerne la Svizzera: le imposte federali, cantonali e comunali (1) sul reddito (reddito complessivo, proventi di lavoro, reddito del patrimonio, utili industriali e commerciali, guadagni di capitale ed altri redditi); (2) sul patrimonio (patrimonio complessivo, patrimonio mobiliare e immobiliare, patrimonio industriale e commerciale, capitale e riserve ed altri elementi del patrimonio); (qui di seguito indicate quali 'imposta svizzera')".

(41) Per tutti: X. OBERSON, *Droit fiscal suisse*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013, *passim*.

l'assoggettamento di tale persona a questa imposta, fermo restando che è da assumere in virtù della legislazione interna dello Stato svizzero ed a motivo di un criterio sia di tipo personale, sia a riferimento territoriale (*locality-related*), quali sono, infatti, tutti i criteri che la suddetta previsione elenca (domicilio, residenza, sede della direzione) a titolo solo csemplificativo ("o di ogni altro criterio di natura analoga").

Una prima interpretazione, la meno plausibile, è quella per cui la verifica deve essere eseguita disgiuntamente per l'imposta federale, da un lato, e quelle locali, dall'altro (se il prelievo comunale è riducibile ad una forma di addizionale al prelievo cantonale, altrimenti anche queste in modo distinto le une dalle altre) (42). È la meno plausibile in ragione del criterio interpretativo letterale, contrario, ed altresì in ragione dell'oggetto e dello scopo del trattato, considerate le caratteristiche dell'imposizione reddituale svizzera cui ancora si accennerà.

Una seconda possibile interpretazione impone di aver riguardo esclusivo all'imposta federale, prescindendo da quelle locali. La definizione di "residente di uno Stato contraente" parrebbe, invero, non adattarsi perfettamente alle imposte locali, sia in quanto chiaramente costruita sull'imposta dello Stato (se soggetto giuridico internazionale, "residente di uno Stato contraente"), sia in quanto è, per eccellenza, l'imposta sul reddito statale a colpire la capacità contributiva del soggetto con caratteri di generalità, globalità, su tutto il territorio statale, e non sul territorio della sola suddivisione locale.

Ma, nuovamente, questa interpretazione non si adatta al sistema fiscale svizzero ed in particolare alla sua caratteristica di prevedere un'imposizione a livello cantonale sul reddito complessivo del soggetto non riducibile ad un prelievo addizionale di scarso rilievo quantitativo e comunque non limitata al territorio del cantone, sicché la qualità della persona di essere assoggettata ad imposta secondo i criteri indicati dalla norma in materia di residenza convenzionale (art. 4, 1 par.) non può prescindere dal considerare anche l'imposizione cantonale.

Infine, una terza linea interpretativa è che si debba avere unitaria-

---

(42) Stante la diversa formulazione dell'art. 2 questo dubbio interpretativo non si pone per l'imposta italiana, per la quale il riscontro richiesto è chiaramente distinto per ciascuna singola imposta ("attuale") elencata dal trattato e per qualsivoglia imposta, introdotta dallo Stato italiano in epoca successiva alla firma di questo accordo e in sostituzione o in aggiunta a quelle elencate, che abbia natura identica o analoga a queste (dunque, distinta per Irpeg, Ilor, Ires, Irap, e relative addizionali).

mente riguardo alle imposte federali, cantonali e comunali sul reddito (o sul patrimonio) cui detta persona è assoggettata.

Cocrente con il dato letterale e con un criterio logico-sistematico - considerato, da un lato, ciò che il "*liability to tax test*" richiede (43) e, dall'altro, le illustrate caratteristiche del sistema fiscale svizzero nella tassazione del reddito complessivo fra prelievo federale e cantonale - questa interpretazione solleva, tuttavia, una questione interpretativa ulteriore in ipotesi di regimi stabiliti dal diritto interno svizzero quale è quello delle società *holding* (come nel caso in esame sottoposto ai giudici) o in ipotesi in cui nella legislazione elvetica convivono fattispecie imponibili dell'imposta federale con fattispecie esenti delle imposte cantonali e comunali, ciò che sarà oggetto di esame nella parte che segue.

Fin d'ora è comunque possibile trarre alcune conclusioni sulla base di quanto qui osservato.

A prescindere da altre questioni, già esaminate o esaminate in seguito, i rilievi dell'Ufficio riguardanti la fruibilità, da parte della capogruppo, di regimi fiscali riservati alle *holding* grazie ai quali non versava imposte cantonali e comunali, negando sulla base di ciò l'applicabilità della disciplina convenzionale di riduzione della ritenuta fiscale alla fonte, risultano illegittimi per violazione delle norme in materia di imposte (art. 2, 3 par.) e di residenza (art. 4, 1 par.) della Convenzione in vigore con l'Italia, in quanto non è possibile prescindere da una considerazione unitaria di tutte le imposte svizzere gravanti sul reddito.

L'Ufficio e i giudici hanno dato rilievo soltanto al regime delle sole imposte cantonali e comunali, tralasciando le imposte federali sul reddi-

---

(43) Infatti, affinché una persona sia qualificabile come "residente di uno Stato contraente" ai sensi dell'art. 4, par. 1, Conv. Italia-Svizzera (come di qualsivoglia altro accordo bilaterale italiano), è necessario che una relazione, sia di tipo personale, sia a riferimento territoriale, sia configurata dal diritto interno a criterio di collegamento (unilaterale) nella definizione spaziale della fattispecie d'imposta e, quindi, in funzione di riferire l'obbligazione tributaria al soggetto passivo che presenta questa relazione con detto Stato. Il riscontro della qualità di "residente di uno Stato contraente" richiede, cioè, che questa relazione sia tale da determinare la soggezione all'imposta sul reddito (o sul patrimonio) della "persona" in funzione della relazione medesima e non soltanto in ragione di un collegamento che la situazione di fatto assunta a presupposto d'imposta presenta per sé stessa con il territorio dello Stato e che questa relazione sussista. La fattispecie imponibile, insomma, deve essere riferibile alla persona a motivo di questa relazione, e non in ragione esclusiva di un elemento materiale di collegamento con il territorio; così, il concorso alle spese pubbliche deve essere giustificato in funzione di questo legame personale, e non soltanto in ragione di una capacità contributiva solo oggettivamente legata al territorio.

to, cui le *holding* sono peraltro assoggettate, omettendo – immotivatamente – proprio la considerazione delle imposte federali, ossia di quelle imposte che, per avere natura statale, sono riscontro, non esclusivo, ma comunque principale del requisito di assoggettamento ad imposta su cui è fondato il giudizio di residenza convenzionale.

10. (*Segue*). Il cd. “liable to tax test” dinanzi allo statuto fiscale delle holding svizzere. - Occorre riprendere brevemente i termini del dibattito che, da anni, è in corso sul tema del cd. “liability to tax test” e poi passare alle previsioni dello specifico trattato.

È largamente riconosciuto, a livello internazionale, che la qualità della persona di essere assoggettata ad imposta secondo dati criteri, con riferimento all’art. 4, 1 par., del Modello Ocde, non richiede l’assunzione in concreto della figura di soggetto passivo d’imposta, essendo sufficiente una soggettività passiva anche solo in astratto. Ciò vale anche per l’analoga previsione di tutti i trattati italiani, compresa la Conv. Italia-Svizzera (44).

Sia l’interpretazione letterale del testo dei vari trattati italiani, sia quella sistematica lo confermano: la presenza in essi di clausole che hanno funzione di richiedere un effettivo assoggettamento ad imposta (cd. *subject to tax clause*), e talvolta di richiederlo specificamente nello Stato contraente di residenza, sarebbero del tutto inutili se già il cd. *liability to tax test* imponesse l’assunzione in concreto della figura di obbligato d’imposta (45).

(44) Per la tesi che l’art. 4 non richieda un’imposizione effettiva dalla prospettiva svizzera (senza specifico riferimento al trattato della Svizzera con l’Italia), cfr.: R.J. DANON, H. SALOMÉ, *Avoidance of double non-taxation in Switzerland*, in M. Lang, *Avoidance of double non-taxation*, Lindt Verlag, Wien, 2003, 388; DANON R.J-SALOMÉ H., *Rapports des Groupements IFA: Switzerland*, in *Double non-taxation, Cahiers de droit fiscal international*, vol. 89a, IFA, Amersfoort, 2004, 682; X. OBERSON, H.R. HULL, *Switzerland in International Tax Law*, cit., 83.

(45) Sono, invero, clausole infrequenti con riguardo al prelievo fiscale per lo Stato contraente di residenza: per lo più, infatti, riguardano il prelievo nell’altro Stato contraente. Inoltre, di regola si ha a che fare con norme che pongono un collegamento esclusivo con il solo Stato contraente di residenza alla condizione di un assoggettamento ad imposta effettivo in esso. Se la condizione non è soddisfatta, vi sono diversi schemi. Per una ricognizione nei trattati italiani di queste norme, aventi la caratteristica di porre un collegamento esclusivo con lo Stato di residenza subordinato ad una condizione di effettivo assoggettamento ad imposta in tale Stato, cfr.: P. TARIGO, *Doppia non imposizione e trattati italiani*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, I, 1156 ss.



D'altronde, la qualifica di "residente di uno Stato contraente" è requisito applicativo generale del trattato, sovraordinato a tutte le norme in esso contenute in cui si dà rilievo alla residenza e, dunque, sovraordinato anche alla "*subject to tax clause*".

In quanto tale, non può richiedere quell'assunzione in concreto della figura di obbligato che ricade nella funzione specifica della "*subject to tax clause*". Quando, insomma, è richiesto un effettivo assoggettamento ad imposta nello Stato contraente di residenza, ciò è sancito in termini espressi.

Se, dunque, è sufficiente un astratto assoggettamento ad imposta, la soluzione del problema interpretativo impone di distinguere fra esclusioni ed esenzioni: le prime, sicuramente, non integrano il requisito convenzionale, in quanto difetta anche l'astratta soggettività passiva d'imposta. E che debba sussistere soggettività passiva in astratto all'imposta è fuor di dubbio.

Per le esenzioni il discorso è più complesso. La circostanza che una persona benefici di un regime interno di esenzione soggettivo od oggettivo, particolarmente se a carattere temporaneo o se subordinato a dati requisiti da soddisfare, non preclude il riscontro nei suoi riguardi del requisito di "*liable to tax*" (46).

Oltre all'argomento che si è già anticipato del ricorso di specifiche clausole di assoggettamento ad imposta, si può osservare che lo statuto fiscale cantonale delle *holding* svizzere è principalmente mirato ad evitare la doppia imposizione economica degli utili societari – quindi, risponde più ad una scelta di sistema che ad un regime di esonero – e pone determinati requisiti in ordine alla sua fruibilità (47).

---

(46) La possibilità che un reddito non tassato, grazie ad una norma di esenzione temporanea, soddisfi, non solo il *liable to tax test*, bensì, addirittura, una *subject to tax clause* – richiedente, in particolare, l'assoggettamento effettivo ad imposta nello Stato di residenza come condizione a fini di escludere il collegamento con l'altro Stato contraente – è stato affermato nel Regno Unito nel caso *Weiser*, del 2012, riguardante un contribuente residente in Israele, esente da imposta in questo Stato per i primi 10 anni di residenza su diversi redditi, fra i quali la pensione di fonte inglese, cfr.: J.F. AVERY JONES, *Weiser v HMRC: why do we need "liable to tax" and "subject to tax" clauses?*, in *Brit. tax rev.*, 2013, 9.

(47) Lo statuto fiscale delle *holding* svizzere è delineato dalla disposizione dell'art. 28, comma 2, *Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes*, LHID, du 14 décembre 1990 (Etat le 1er janvier 2014), consultabile al sito <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19900333/index.html>, nonché dalle norme corrispondenti delle legislazioni cantonali. In particolare, l'art. 28, comma 2, LHID, stabilisce: "*Les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives dont le but sta-*

La società che beneficia dello statuto "holding" non è, comunque, esonerata dall'imposta sul reddito e dall'imposta sul capitale: a livello cantonale, è tassata sul reddito degli immobili situati in Svizzera, così come è assoggettata all'imposta sul capitale secondo le regole generali di questo tributo; a livello federale, la tassazione avviene, nuovamente, secondo i regimi ordinari applicabili a qualsivoglia altra società (48).

Lo statuto fiscale delle *holding* svizzere risulta, poi, tradizionalmente, meno favorevole di quello di altri Stati, ad esempio (tralasciando le *holding* lussemburghesi del 1929), rispetto a quello delle *holding* olandesi. Ciò, in particolare, per alcuni profili di disciplina, fra i quali l'elevata ritenuta alla fonte, stabilita nella misura del 35 per cento, che colpisce tuttora le distribuzioni di dividendi (49).

Infine, il requisito di assoggettamento ad imposta dell'art. 4, 1 par., della Conv. Italia-Svizzera deve essere, soprattutto, interpretato ed apprezzato alla luce di quella condizione, di cui si è già parlato, richiesta dall'art. 23, 2 par., di questo trattato per le opportune distinzioni.

Si allude, in particolare, alla condizione, fissata dalla norma anti-abuso dell'art. 23, 2 par., Conv. Italia-Svizzera, che richiede l'assoggettamento delle *royalty* (oltre che degli interessi) all'imposta cantonale sul reddito a condizioni identiche o analoghe a quelle previste dalle disposizioni concernenti l'imposta federale. Norma che – si è visto – non risultava applicabile alla capogruppo, in quanto nessun soggetto estero esercitava su di essa un interesse preponderante.

Ora, a prescindere che l'uno è requisito che riguarda la persona,

---

*tutaire principal consiste à gérer durablement des participations et qui n'ont pas d'activité commerciale en Suisse ne paient pas d'impôt sur le bénéfice net lorsque ces participations ou leur rendement représentent au moins deux tiers du total des actifs ou des recettes. Le rendement des immeubles suisses de ces sociétés est imposable au barème ordinaire, compte tenu des déductions correspondant à une charge hypothécaire usuelle".* <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19900333/index.html> - fn-#a28-7 <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20042402/index.html> - fn-#a15-1

(48) Dall'angolo visuale dell'ordinamento svizzero il regime fiscale delle *holding* è un regime di imposizione ordinaria, come tale riconducibile alla previsione dell'art. 28, comma 5, LHID: "*Les recettes et rendements pour lesquels un dégrèvement des impôts à la source étrangers est demandé ne bénéficient pas des réductions de l'impôt sur le bénéfice prévues aux al. 2 à 4 lorsque la convention internationale prescrit que ces recettes et rendements doivent être imposés selon le régime ordinaire en Suisse*". <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19900333/index.html> - fn-#a28-7 <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20042402/index.html> - fn-#a15-1

(49) E. TOMSETT, *Tax planning for multinational companies*, Cambridge, 1989, 20.

quindi, soggettivo, l'altro, è requisito che concerne il reddito, le *royalty*, dunque, oggettivo, ciò che si vuole evidenziare è che, laddove i due Stati contraenti hanno inteso richiedere l'assoggettamento del reddito all'imposta cantonale sul reddito a condizioni identiche o analoghe a quelle previste dalle disposizioni concernenti l'imposta federale, l'hanno fatto inserendo una previsione *ad hoc*, come quella dell'art. 23, 2 par.

Questa analogia, similarità nelle condizioni di assoggettamento ad imposta federale e cantonale non è, di contro, in alcun modo richiesta ai fini del giudizio di residenza convenzionale dell'art. 4, 1 par., Conv. Italia-Svizzera.

In ragione di tutto quanto sopra illustrato è da ritenere che la società assoggettata allo statuto fiscale delle *holding* svizzere soddisfi il requisito di assoggettamento ad imposta richiesto dall'art. 4, par. 1, Conv. Italia-Svizzera.

Si conferma con ciò che i rilievi dell'Ufficio, cui si è allineata la Commissione tributaria, riguardanti la fruibilità, da parte della capogruppo, di un regime fiscale riservato alle *holding* grazie al quale non versava imposte cantonali e comunali, negando sulla base di ciò l'applicabilità della disciplina convenzionale di riduzione della ritenuta fiscale alla fonte, risultano illegittimi per violazione delle norme in materia di imposte (art. 2, 3 par.) e di residenza (art. 4, 1 par.) della Convenzione in vigore con l'Italia.

11. *Inapplicabilità della norma antielusiva interna, che qualifica nella cd. "black list" la Svizzera per il regime fiscale delle holding, a riguardo di situazioni disciplinate dal trattato italo-elvetico.* - Resta da esaminare ancora una questione in ordine ai rilievi dell'Ufficio, che emergono dal testo della sentenza, di localizzazione della capogruppo in un paese a fiscalità privilegiata e di assoggettamento ad un regime fiscale, riservato alle *holding*, grazie al quale non erano dovute imposte cantonali e comunali.

Si è già anticipato come la qualificazione della Svizzera nella cosiddetta "*black list*", in base ad una norma antielusiva italiana, e ciò proprio con riferimento allo statuto fiscale delle società *holding* (nonché quelle ausiliarie e di "domicilio") ai fini delle imposte cantonali e comunali, non precluda di per sé la qualifica convenzionale di residente dello Stato contraente svizzero nei riguardi della capogruppo e, di riflesso, quella della società concedente la licenza d'uso dei marchi.

Innanzitutto, la qualificazione come Stato a fiscalità privilegiata per lo statuto fiscale sopra menzionato esplica effetti, in base al diritto

italiano, solo in ambiti di materia delimitati, ossia, ai fini del regime antielusivo di indeducibilità delle spese e degli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata (50), nonché, ai fini del regime CFC (51).

Ambiti di materia totalmente estranei a quella, disciplinata dai trattati, della residenza: dunque, già in base a questo primo argomento è da escludere che una tale norma interna possa essere applicabile a riguardo di situazioni in cui è questione di stabilire se una *holding* è residente in Svizzera in base al relativo trattato con l'Italia (a fini ulteriori di riscontro della qualità di beneficiario non apparente della società concedente la licenza d'uso dei marchi).

Ora, ammesso anche, per pura ipotesi, che una tale norma interna risulti applicabile – lo si ribadisce, per un ambito di materia che non corrisponderebbe comunque a quello interno (ossia, aldilà di questioni di deducibilità dei costi e di CFC) – trattandosi di situazioni regolate da una normativa convenzionale, occorre, comunque, stante il vincolo derivante dalla Costituzione di rispetto degli obblighi internazionali (art. 117, comma 1, Cost.), che una norma dello specifico trattato lo consenta.

Ciò tanto più a riguardo di un accordo bilaterale, quale è quello dell'Italia con la Svizzera, siglato nel 1976, ossia in un periodo in cui il Comitato degli Affari Fiscali dell'Ocde sollecitava gli Stati sia nel senso di rafforzare i propri diritti interni con norme antielusive, sia di introdurre nei propri accordi previsioni volte a preservare l'applicabilità di tale disciplina nazionale, onde evitare possibili conflitti fra norme che, nei singoli ordinamenti interni, avrebbero, molto probabilmente, rinvenuto quale criterio risolutore quello di prevalenza della norma di origine internazionale, a scapito dei regimi antielusivi interni.

Sollecitazioni che furono fatte proprie dallo stesso commentario al Modello Ocde a partire, infatti, dalla versione 1977 (52).

La *treaty policy* della Svizzera è, al riguardo, rimasta ferma negli anni: essa ha opposto espresse osservazioni contrarie alla linea interpretativa accolta dal commentario a partire dai primi anni novanta di superfluità di clausole *ad hoc* nei trattati (come regola generale, sebbene non

(50) Ai sensi art. 110, comma 10, DPR n. 917/1986; art. 3, comma 1, 13), DM 23 gennaio 2002.

(51) Art. 3, comma 1, 14), DM 21 novembre 2001.

(52) Cfr.: Modello Ocde 1977, commentario all'art. 1, par. 7.

assoluta), posizione che ha segnato un totale *revirement* del commentario rispetto al passato (53).

Non diversa la prospettiva dell'Italia quale emerge dal sistema dei suoi trattati: un'indagine svolta sugli accordi italiani in vigore denota un'impostazione opposta a quella di superfluità ritenuta dal commentario, in quanto la quasi totalità degli accordi italiani in vigore siglati fino ad ora a partire dalla seconda metà degli anni novanta contiene una previsione espressa che fa salva l'applicabilità delle norme interne, mentre nessun accordo siglato prima del 1995 ne contiene una, salvo un'eccezione di cui si dirà.

Questo riscontro depone, sul piano interpretativo, nettamente a favore della tesi secondo cui l'Italia – a partire dagli anni novanta – non considera in alcun modo superfluo il ricorso di una previsione espressa di applicabilità della disciplina antielusiva interna, ancorché nel commentario non abbia espresso osservazioni contrarie in merito (54).

Se una simile presunzione di costanza d'impiego non può certo, invece, porsi a base dell'interpretazione dei trattati italiani risalenti ad un periodo antecedente, perché ne erano tutti privi, salvo uno, un discorso a sé va fatto per la Conv. Italia-Svizzera del 1976, costituendo proprio questa eccezione.

In conclusione, se è questione di stabilire, a riguardo di situazioni disciplinate dal trattato, l'applicabilità della norma antielusiva interna che qualifica la Svizzera nella cosiddetta "*black list*" per il regime fisca-

---

(53) Cfr.: Modello Oecd 2010, commentario all'art. 1, par. 27.9. Nella versione 2010 non si registrano sul punto modifiche rispetto alla versione 2003.

(54) L'analisi sugli accordi italiani porta, in specie, alla luce la presenza di tre diversi tipi di previsioni che stabiliscono l'applicabilità della disciplina interna antielusiva, differenziate per l'ambito di normativa convenzionale in ordine alla quale è fatta salva questa applicabilità e per i presupposti cui può essere condizionata. Un primo tipo di previsione che rende applicabili i regimi interni antielusivi è quella che limita tale applicabilità ai fini delle sole norme dell'accordo in materia di non discriminazione ed è collocata entro il relativo articolo (art. 24, con riferimento al Modello Oecd 2010). Un secondo tipo di clausola fa salva l'applicazione di qualsivoglia norma interna antielusiva dei due Stati contraenti a riguardo, indifferentemente, di tutte le norme dell'accordo; ne compaiono due varianti: una prima, è un tipo di previsione di mera applicabilità, incondizionata; una seconda, oltre ad essere condizionata dal riscontro dello scopo principale abusivo, concerne solo date norme interne antielusive (deducibilità delle spese derivanti da transazioni fra imprese). Infine, un terzo tipo di previsione di scambio di informazioni espressamente finalizzato all'applicazione delle norme antielusive e al fine generale di prevenire l'elusione. Cfr.: P. TARIGO, *Elusione del diritto interno e, cosiddetto, "abuso del trattato"*, cit., 404-418 e 432.

le delle *holding* ai fini delle imposte cantonali e comunali, occorre muovere, come criterio interpretativo principale, dall'esame dello specifico trattato e, in primo luogo del relativo testo (55). In particolare, assumendo un metodo oggettivo di interpretazione dell'accordo (56), il criterio testuale è basato sulla presunzione che il testo rifletta l'intenzione delle parti e che, quindi, se una previsione espressa di applicabilità della disciplina interna anticlusiva non vi ricorre, si intende che gli Stati contraenti non l'abbiano voluta. Se, di contro, una tale previsione espressa vi ricorre, si intende che i due Stati contraenti hanno inteso consentire questa applicabilità, nei limiti, ovviamente, di quanto stabilito dalla previsione medesima.

Poi, in ragione di ciò che si è illustrato circa la riscontrata costanza di impiego nei trattati italiani di previsioni di applicabilità delle norme interne anticlusive, le conclusioni a cui conduce il criterio interpretativo testuale sono confermate, su un piano sistematico, dal criterio interpretativo logico sopra enunciato con riguardo al trattato Italia-Svizzera: ossia, unica eccezione, nel sistema di *tax treaty law* italiano, di accordo che, già prima degli anni novanta, ha inteso con una specifica clausola espressa riservare determinati provvedimenti del diritto interno.

Non resta, dunque, che stabilire se, in relazione a ciò che costituisce oggetto di applicabilità ai fini di questa eccezionale clausola, legittimamente l'Ufficio abbia invocato la residenza della capogruppo in un paese a fiscalità privilegiata e la circostanza che fruisse di un regime fiscale agevolato riservato alle *holding*, grazie al quale non erano dovute imposte cantonali e comunali.

Questione interpretativa a cui è agevole dare risposta, in quanto la disposizione che nella Conv. Italia-Svizzera (art. 23, I par., ultimo periodo) fa salvi i provvedimenti adottati dal diritto interno – “Restano riservati i provvedimenti più ampi che sono o saranno presi da uno Stato contraente per impedire che venga preteso abusivamente lo sgravio di un'imposta riscossa alla fonte dall'altro Stato contraente” – sono innanzitutto esclusivamente quelli dello Stato contraente di residenza (ciò emerge in modo chiaro dal testo che contrappongono allo Stato contraente

---

(55) Sull'utilizzo preliminare di questo criterio interpretativo anche a riguardo degli accordi internazionali, cfr. R. MONACO, *Interpretazione, II) Interpretazione delle norme internazionali*, in Enc. giur., Roma, 1989, 3.

(56) Sul metodo oggettivo, quale metodo privilegiato, per tutti, cfr.: R. MONACO - C. CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico. Parte generale*, Torino, 2009, 213; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, 107.

della fonte quello, contraente, che adotta il provvedimento interno), Stato che – nel caso portato dinanzi alla Commissione tributaria – non era l'Italia, essendo quest'ultima Stato contraente della fonte.

Secondariamente, sono fatti salvi solo i provvedimenti interni che, quanto ad oggetto, ricadono nell'ambito di disciplina di contrasto all'uso senza causa legittima del trattato che è contenuta nell'art. 23, comma 1, ossia in quella clausola del tipo *look through* mirata a prevenire forme di abuso della Convenzione attuate tramite acquisizione di residenza nello Stato (nella specie) svizzero da parte di persona giuridica sulla quale persone non residenti hanno, direttamente o indirettamente, un interesse preponderante: ipotesi che, come già illustrato, non ricorreva nel caso portato dinanzi alla Commissione tributaria.

Sicché, in conclusione, l'applicazione delle norme anticlusive da parte dell'Ufficio risultava del tutto pretestuosa ed infondata (fra l'altro, l'Agenzia delle Entrate ha ripetutamente affermato l'applicabilità del regime fissato dalle norme convenzionali contro le doppie imposizioni anche alle società *black list*) (57).

PAOLA TARIGO

---

(57) AGENZIA DELLE ENTRATE, Dir. norm. e cont., circol. n. 47/E del 2 novembre 2005, par. 1, in tema di regime fiscale applicabile ai pagamenti di interessi e canoni fra società consociate di Stati membri diversi (attuazione della direttiva n. 2003/49/Ce; Circ. n. 55/E del 30 dicembre 2005, premessa (attuazione direttiva n. 2003/48/Ce.

.....

.....