

Il protocollo del 5 settembre 2014 al Trattato contro le doppie imposizioni tra Francia e Lussemburgo



Cristiano Bortolotti
Head of tax – Swiss operations
Senior tax specialist
Kering Group

Analisi del nuovo articolo 3 del Trattato e nuove opportunità di pianificazione fiscale

1. Introduzione

Lo scorso 5 settembre Francia e Lussemburgo hanno sottoscritto un nuovo protocollo (di seguito Protocollo) al Trattato contro le doppie imposizioni del 1958 (di seguito Trattato). Il Protocollo si aggiunge ai precedenti del 2006 e del 2009.

In estrema sintesi, il Protocollo determina il Paese contraente ove sono imponibili i *capital gain* realizzati attraverso la cessione di azioni, titoli partecipativi, o altri diritti in una società, *trust*, o altre istituzioni ed enti, il cui attivo sia composto per oltre il 50% del suo valore – direttamente o indirettamente attraverso l'interposizione di una o più società, *trust*, o altre istituzioni ed enti – da immobili, allineandosi di fatto al contenuto dell'articolo 13, paragrafo 4, del Modello OCSE di convenzione fiscale sui redditi e sul patrimonio (di seguito Modello OCSE).

I criteri di tassazione dei *capital gain* accolti dal nuovo Protocollo, nel Modello OCSE sono generalmente previsti ai paragrafi 1 e 4 dell'articolo 13 ove sono definiti i criteri di tassazione dei *capital gain* derivanti rispettivamente dalla cessione di immobili, ovvero dalla cessione di titoli partecipativi in società il cui attivo è costituito per almeno il 50% da beni immobili[1]. Come intuibile il Modello OCSE stabilisce che i *capital gain* realizzati dalla vendita di beni immobili, ovvero di titoli partecipativi di società immobiliari, sono imponibili nel Paese contraente ove si trovano gli immobili. Con le stesse modalità sono altresì imponibili i redditi derivanti dalla cessione di azioni o altri titoli in enti che detengono, a loro volta, quale *main asset*, partecipazioni nelle suddette società immobiliari[2]. Sia nel testo del Trattato del 1958, che nelle successive integrazioni, non esisteva un articolo contenente le disposizioni previste dall'articolo 13, paragrafo 4 Modello OCSE: circostanza che nel corso degli anni ha creato non pochi problemi interpretativi del Trattato e che ha portato alla recente sottoscrizione del Protocollo.

L'articolo 3 del Trattato nella versione originale si limitava infatti a stabilire che i redditi immobiliari sono imponibili nel Paese ove sono situati gli immobili da cui tali redditi hanno avuto

origine[3]. Il primo paragrafo dell'articolo 3 del Trattato è sostanzialmente assimilabile al primo paragrafo dell'articolo 13 Modello OCSE. La mancanza di una disposizione equivalente al successivo paragrafo 4 del Modello OCSE ha sempre portato all'unanime interpretazione secondo cui la cessione, diretta o indiretta, di azioni ovvero di qualsiasi titolo partecipativo in una società francese, indipendentemente dalla composizione dell'attivo di quest'ultima, era imponibile esclusivamente nel Paese di residenza del cedente. Dal momento che il Lussemburgo applica alle plusvalenze il regime della cosiddetta "*participation exemption*" – regime che costituisce storicamente uno dei capisaldi del sistema tributario del Granducato – precedentemente all'entrata in vigore del Protocollo era sufficiente cedere le azioni di una società francese proprietaria di un immobile situato in Francia e detenute da una società lussemburghese, per realizzare una plusvalenza completamente esente da qualsivoglia imposta sui redditi, tanto in Francia quanto in Lussemburgo.



Il Protocollo – nato per contrastare il fenomeno della doppia non-imposizione – stabilisce tuttavia una conferma importante e offre diverse possibilità di pianificazione fiscale per coloro che nel corso degli anni hanno deciso di compiere investimenti immobiliari in Francia utilizzando società di diritto lussemburghese.

Il fatto che i due Paesi siano giunti alla sottoscrizione del Protocollo, conferma innanzitutto la bontà dell'interpretazione

del Trattato data da coloro che avevano ritenuto non imponibile in Francia la cessione delle azioni o altri titoli partecipativi di società i cui attivi erano composti da immobili situati in questo Stato. Il fatto che i due Paesi abbiano sentito la necessità di sottoscrivere il Protocollo supporta la conclusione che l'interpretazione del Trattato data dagli operatori in precedenza era corretta, altrimenti perché preoccuparsi di sottoscrivere il Protocollo se il Trattato doveva essere interpretato nel senso di considerare imponibili in Francia i *capital gain*? Come noto, *in claris non fit interpretatio*.

Attraverso la sottoscrizione del Protocollo quindi i due Paesi hanno i) ratificato la non imponibilità dei *capital gain* realizzati precedentemente al 5 settembre 2014, data di sottoscrizione del Protocollo; ii) ratificato la non imponibilità dei *capital gain* eventualmente realizzati tra la data di sottoscrizione del Protocollo e la sua entrata in vigore, il 1. gennaio 2015.

Gli investitori che hanno creduto nell'interpretazione favorevole del Trattato potrebbero vedere la loro caparbità premiata da almeno tre possibilità di pianificazione fiscale offerte dal Protocollo.

- 1) Rivalutazione gratuita per la società lussemburghese (di seguito Luxco) del valore di carico della partecipazione nella società francese che detiene l'immobile in Francia (di seguito FrCo).
- 2) Trasferimento in regime di esenzione fiscale della partecipazione detenuta dalla società lussemburghese ad altra società di diritto europeo il cui trattato con la Francia sia conveniente.
- 3) Diluizione dell'attivo della società francese.

Tabella 1

	Costo storico	Valore di mercato
Prezzo acquisto immobile (FrCo)	1'000	2'500
Valore di carico di FrCo nella contabilità di Luxco	1'000	2'500
Plusvalenza latente	1'500	

La dottrina ritiene che il dispositivo del Protocollo si applicherà al valore di carico delle azioni e dei titoli partecipativi valutati al 31 dicembre 2014.

2. La rivalutazione gratuita per la società lussemburghese (Luxco) del valore di carico della partecipazione nella società francese che detiene l'immobile in Francia (FrCo)

Qualora l'azionista della società lussemburghese intenda rivalutare in franchigia d'imposta il valore di carico della propria partecipazione in FrCo, potrà cedere quest'ultima ad altra società che iscriverà la partecipazione in FrCo al prezzo di acquisto.

Figura 1

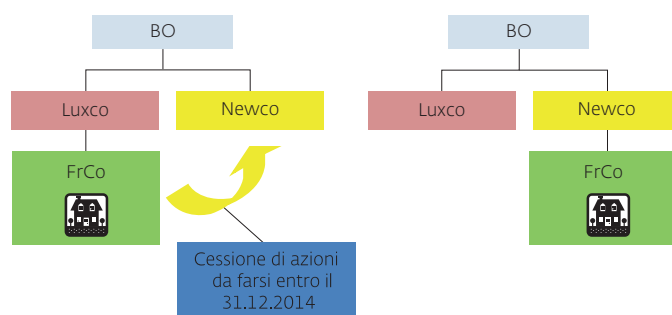


Tabella 2

	Luxco	Newco
Valore di carico in contabilità della partecipazione	1'000	2'500
Plusvalenza latente	1'500	1'500

Attraverso questa semplice operazione, in futuro Newco potrà cedere la propria partecipazione in FrCo e se Newco sarà nuovamente una società lussemburghese, secondo il disposto del Protocollo, sarà imponibile in Francia solamente l'eventuale *capital gain* eccedente 2'500. Ipotizzando la successiva cessione delle azioni di FrCo da parte di Newco ad un prezzo di 2'700, se Newco ha affrancato il valore di carico della partecipazione in FrCo fino a 2'500, sarà imponibile solamente il *capital gain* pari alla differenza tra il prezzo di cessione ed il valore di carico, ossia 200 (=2'700-2'500). Nel caso in cui la riorganizzazione sopra prospettata non fosse realizzata prima dell'entrata in vigore del Protocollo, ovvero il 1. gennaio 2015, l'intero *capital gain* sarebbe imponibile in Francia per un valore pari a 1'700 (=2'700-1'000). Occorre a questo punto chiedersi se sia opportuno che Newco sia una società di diritto lussemburghese.

3. Il trasferimento in regime di esenzione fiscale della partecipazione detenuta dalla società lussemburghese ad altra società di diritto europeo il cui trattato con la Francia sia conveniente

Prescindendo per esigenze di sintesi dall'analisi della fiscalità nello Stato di residenza del socio, con riferimento alla questione in esame, occorre chiedersi se le disposizioni del Protocollo consentano come unica possibilità di pianificazione fiscale, l'affrancamento dell'eventuale *capital gain* latente, pari alla differenza tra il *fair market value* dell'immobile ed il valore di carico della partecipazione in FrCo.

La dottrina ritiene che esista la possibilità di affrancare anche i futuri *capital gain*, scegliendo opportunamente l'ordinamento di riferimento – che non potrà più evidentemente essere quello lussemburghese – nel quale assoggettare i futuri *capital gain*.

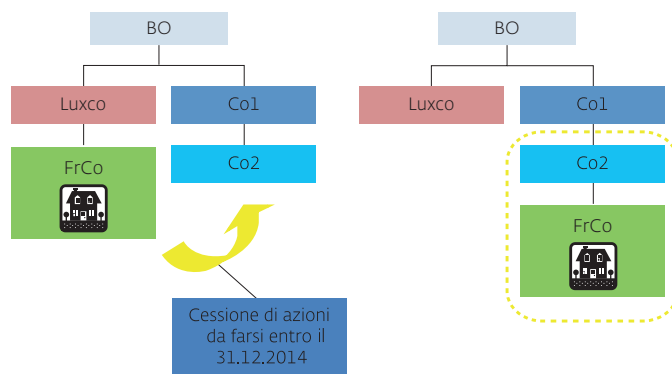
Da un'analisi condotta sui trattati sottoscritti dalla Francia con i Paesi rappresentanti le principali economie, si può nota-

re come la disposizione introdotta dal Protocollo che – come già detto – ripercorre sostanzialmente le disposizioni del Modello OCSE, sia prevista ad esempio nei trattati con Stati Uniti e Cina, mentre non sia presente nei trattati sottoscritti ad esempio con Germania, Belgio, Olanda, Italia, Regno Unito, Irlanda. Se la Francia vorrà uniformare tutti i propri trattati al Protocollo, dovrà prevedere nei prossimi anni un'intensa attività diplomatica.

L'articolo 13 del Trattato contro le doppie imposizioni sottoscritto da Francia ed Olanda per esempio, al paragrafo 1 ricalca parzialmente il contenuto del Modello OCSE[4]. Come si può notare infatti, se il paragrafo 4 dell'articolo 13 Modello OCSE prevede che "Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares deriving more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable properties", il paragrafo 1 dell'articolo 13 del Trattato franco-olandese si limita a stabilire solamente che: "Gains from the alienation of immovable property, as defined in paragraph 2 of Article 6, or from the alienation of shares or comparable interests in a company whose assets consist mainly of immovable property [...]". A differenza di quanto previsto dal Modello OCSE, il Trattato franco-olandese sembra attrarre i *capital gain* a tassazione solamente in caso di cessioni dirette di titoli partecipativi in società che detengono un immobile nell'altro Stato contraente. Sembrano quindi escluse le cessioni indirette. Tale interpretazione tra l'altro è rafforzata anche dalla lettura del Protocollo che con riferimento al nuovo articolo 3 del Trattato franco-lussemburghese stabilisce invece che "Gains from the alienation of shares [...], the assets or property of which consist for more than 50% of their value of, or derive more than 50% of their value – directly or indirectly – through the interposition of one or more other companies [...] shall be taxable only in that State". Il Trattato Francia-Olanda non è l'unico che prevede la tassazione dei *capital gains* indiretti nel Paese di residenza del cedente.

Riprendendo l'esempio di cui al punto precedente sarà quindi sufficiente che – entro il 31 dicembre 2014 – Luxco ceda le azioni di FrCo a una società (Co2) che sia residente (assieme alla sua controllante Co1) in un Paese (P) che abbia sottoscritto con la Francia un accordo che preveda la tassazione dei *capital gains* nel Paese di residenza del cedente (ossia, P) e che P preveda il regime della *participation exemption* anche per le società immobiliari, per ottenere il duplice obiettivo di: i) affrancare in Co2 la differenza tra il prezzo di acquisto dell'immobile e il valore di carico di FrCo in Luxco (2'500-1'000=1'500) ed ii) affrancare anche le future plusvalenze. In futuro infatti Co1 potrà cedere le azioni di Co2. L'eventuale *capital gain* realizzato da Co1 (nell'esempio precedente 2'700-2'500=200) sarebbe regolato esclusivamente dal diritto di P e quindi esente per effetto della *participation exemption*. Nel caso in esame la Francia non potrebbe attrarre ad imposizione né il primo *step up* da 1'000 a 2'500 (il Protocollo entrerà in vigore infatti solamente il 1. gennaio 2015), né il futuro *capital gain*, mancando nel Trattato Francia-P una disposizione relativa ai *capital gain* realizzati "indirettamente".

Figura 2



4. La "diluizione" dell'attivo della società francese

Una soluzione proposta da alcuni esponenti della dottrina francese per salvaguardare il regime fiscale favorevole degli investimenti in immobili situati in Francia e fatti per il tramite di veicoli lussemburghesi, consiste nel "diluire" gli attivi francesi con un apporto di liquidità corrispondente o superiore al valore degli immobili. La liquidità a sua volta potrebbe essere reinvestita nel gruppo di cui fanno parte le società coinvolte o in altre attività.

Specificamente, con riferimento agli esempi di cui al paragrafo 2, entro la data di entrata in vigore del Protocollo la società lussemburghese dovrebbe fare un apporto (come debito o come *equity*) per 2'501 in FrCo. In questo modo l'attivo di quest'ultima sarebbe composto per il 49.99% dall'immobile e per il 50.01% da liquidità. FrCo potrebbe a sua volta reinvestire la liquidità ricevuta da LuxCo per esempio finanziando il *beneficial owner* o un'altra società del gruppo.

Questa soluzione ancorché relativamente semplice da implementare, impone tuttavia un periodo di "sospensione" affinché FrCo non sia considerata come avente un attivo prevalentemente immobiliare. È richiesto infatti che la condizione sia rispettata per almeno due anni ai fini delle imposte dirette ed un anno ai fini dell'imposta di registro (in Francia scontano imposta di registro in misura proporzionale anche le cessioni di azioni di società a preponderanza immobiliare).

5. Conclusioni

Nei paragrafi precedenti abbiamo analizzato alcune possibili opportunità di pianificazione fiscale offerte dal Protocollo. Le tecniche d'interpretazione e applicazione dei trattati sono condizione necessaria, ma non sufficiente per la realizzazione di una corretta, seria e sostenibile pianificazione fiscale. Tutte e tre le soluzioni, per poter essere sostenibili, presuppongono infatti approfondimenti ulteriori che esulano da questa sede.

I principi di diritto tributario internazionale racchiusi nel documento BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) emesso dall'OCSE ad esempio, vanno sempre più verso l'affermazione della sostanza sulla forma, così come le amministrazioni finanziarie dei vari Paesi che richiedono criteri sempre più stringenti per determinare, ad esempio, il luogo di effettiva residenza delle società e la titolarità del diritto di beneficiare delle disposizioni dei trattati.

Elenco delle fonti fotografiche:

<http://www.corriereuniv.it/cms/wp-content/uploads/2014/03/ocse.png>
[05.11.2014]

[1] Si veda l'articolo 13 paragrafi 1 e 4 Modello OCSE che prevede quanto segue: "Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of immovable property referred to in Article 6 and situated in the other Contracting State may be taxed in that other State". E rispettivamente: "Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares deriving more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable property situated in the other Contracting State may be taxed in that other State".

[2] In tal senso, il testo del nuovo Protocollo estende espressamente lo scopo della nuova disposi-

zione anche alle partecipazioni che solo indirettamente derivano il loro valore da beni immobili.

[3] Si veda l'articolo 3 paragrafo 1 del Trattato: "Income from immovable property and its accessories, including income from agriculture and forestry exploitation, shall only be taxable in the State where the property is situated. This provision shall also apply to profits derived from the alienation of the property concerned". Rispettivamente il paragrafo 2: "The provision of paragraph 1 shall also apply to the profits resulting from the exploitation and alienation of immovable property of an enterprise". Ed il paragrafo 3: "The provisions of paragraphs 1 and 2 shall also apply to gains derived from

the exploitation or alienation of immovable property by companies which, regardless their legal form, do not have a personality distinct from their shareholders for the application of the taxes listed in article 1".

[4] Si veda l'articolo 13 paragrafo 1 del Trattato contro le doppie imposizioni tra Francia e Olanda che prevede quanto segue: "Gains from the alienation of immovable property, as defined in paragraph 2 of Article 6, or from the alienation of shares or comparable interests in a company whose assets consist mainly of immovable property, shall be taxable in the State in which such property is situated".