

Convenzione Multilaterale OCSE: utili da partecipazioni in società “immobiliari”

di Francesco Nobili e Anna Zullo

L'approfondimento

Il 7 giugno 2017 circa 70 Stati, tra cui l'Italia, hanno sottoscritto la Convenzione Multilaterale per l'attuazione di alcune misure finalizzate a prevenire il c.d. *Base Erosion and Profit Shifting*. Una volta ratificata dai firmatari, tale Convenzione consentirà di implementare, all'interno delle singole Convenzioni internazionali, le misure concordate nell'ambito del Progetto BEPS.

Nel presente contributo, l'analisi si concentrerà sull'art. 9 della Convenzione Multilaterale, dedicato alla tassazione degli utili di capitale derivanti da alienazione di partecipazioni in entità il cui valore deriva principalmente da beni immobili, verificando l'impatto che tale norma potrebbe generare all'interno del network dei trattati italiani.

In data 24 novembre 2016 l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico ha reso disponibile alla comunità internazionale il testo della *Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*. La nuova Convenzione rappresenta uno dei risultati dell'*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (meglio noto come *BEPS Action Plan*), finalizzato ad ostacolare il fenomeno dell'erosione delle basi imponibili mediante lo “spostamento” artificioso dei profitti in giurisdizioni caratterizzate da una fiscalità più vantaggiosa.

Il citato *BEPS Action Plan* si declina in 15 iniziative, delle quali l'ultima, di natura “strumentale” rispetto alle altre, diretta ad esplorare la possibilità di sviluppare uno “strumento multilaterale” per implementare, all'interno dei trattati fiscali esistenti, le misure proposte dalle altre iniziative BEPS¹.

Gli studi effettuati dall'OCSE nell'ambito del progetto BEPS (ed in particolare nell'*Action 15*) evidenziavano la necessità di modificare i Modelli di Convenzione e i Trattati esistenti per adeguarli alle sfide poste dalla globalizzazione e dall'elusione fiscale internazionale. Le misure adottate fino a quel momento a livello unilaterale si erano infatti rivelate inadeguate a contrastare i fenomeni di erosione delle basi imponibili e pertanto si rendeva necessaria un'azione di contrasto unitaria e condivisa tra tutti i Governi nazionali. Lo sviluppo di uno “strumento multilaterale” avrebbe pertanto garantito speditezza e coordinamento all'intero processo di implementazione delle misure BEPS, consentendo di modificare simultaneamente migliaia di trattati².

Francesco Nobili - Dottore Commercialista, Partner Studio Legale e Tributario Bisozzi Nobili

Anna Zullo - Avvocato, Studio Legale e Tributario Bisozzi Nobili

Note:

- ¹ *Action 15 - Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties.*
- ² Nelle previsioni dell'*Action 15*, l'introduzione di uno strumento multilaterale sarebbe stata “*not only feasible but also desirable*” e pertanto le negoziazioni per un tale strumento avrebbero dovuto essere concluse nel minor tempo possibile.

In linea con l'Action 15, la nuova Convenzione Multilaterale (per brevità, anche "strumento multilaterale" o "MLI"), sottoscritta lo scorso 7 giugno 2017 da circa 70 Stati, tra cui l'Italia, permette a ciascun Paese di trasporre, in maniera rapida, coordinata e coerente, i risultati del progetto BEPS direttamente all'interno dei propri Trattati fiscali (sia che essi siano basati sul Modello di Convenzione OCSE o sul Modello ONU), senza la necessità di rinegoziare bilateralmente gli accordi esistenti per evitare la doppia imposizione sui redditi³.

Ad oggi, "esperienze multilaterali" sono state confinate a casi limitati nel panorama fiscale internazionale. Ne sono un esempio, tra gli altri, il *Nordic Multilateral Double Taxation Convention with respect to Taxes on Income and Capital* o il *Double Taxation Agreement of the Caribbean Community* (CARICOM).

Come rilevato in dottrina⁴, nessuna delle Convenzioni fiscali multilaterali fino ad oggi adottate risulta tuttavia assimilabile al nuovo strumento elaborato dall'OCSE, atteso che le prime, una volta adottate, hanno completamente sostituito, "rimpiazzandoli", tutti i trattati precedentemente in vigore tra gli Stati contraenti. Al contrario, il MLI si limita a modificare l'applicazione delle norme contenute nei *Covered Tax Agreement*⁵ (in seguito, per brevità, "CTA"), ma non ne sostituisce il testo letterale. Pertanto, non si genera alcun effetto di "sostituzione", ma il MLI coesiste con le Convenzioni fiscali contro le doppie imposizioni attualmente vigenti, applicandosi in parallelo ad esse⁶.

Tale caratteristica rende il nuovo MLI un trattato unico nel suo genere, quanto meno in ambito tributario.

Altra caratteristica degna di nota è il fatto che il MLI si applica esclusivamente agli Stati firmatari. In tale contesto, risulta di particolare rilievo l'assenza degli Stati Uniti tra i sottoscrittori (gli Stati Uniti non hanno siglato la Convenzione Multilaterale, "né è probabile che vi possano

aderire nell'immediato futuro"⁷), con la conseguenza che le convenzioni bilaterali con tale Paese resteranno invariate.

Inoltre, affinché una Convenzione contro le doppie imposizioni rientri nell'ambito di applicazione del MLI, è necessario che essa sia stata espressamente indicata da entrambi gli Stati⁸. Così, se l'Italia indica una Convenzione bilaterale in essere con un altro Stato e quest'ultimo non fa altrettanto, tale Convenzione non rientra fra quelle modificabili dal MLI.

Quanto alla struttura, il MLI si compone di 39 disposizioni suddivise in VII Parti.

Di queste, le Parti da II a VI recano le disposizioni di recepimento delle iniziative contenute nel BEPS Action Plan. In particolare, e ai fini che qui rilevano, la Parte III (artt. da 6 a 11) si occupa dell'utilizzo abusivo

Note:

- ³ In questo senso, cfr. il Preambolo alla Convenzione, che elenca gli obiettivi del nuovo MLI. Da notare che tra gli obiettivi dichiarati del MLI non si rinviene, invece, quello di risolvere le problematiche di doppia imposizione.
A. Crazzolara, "Il Trattato multilaterale BEPS è *self-executing*?", in *Riv. dir. trib.* (supplemento *on line*), 2017, osserva che il MLI non rappresenta propriamente una "convenzione multilaterale contro le doppie imposizioni", in quanto il suo fine è quello di "modificare il testo delle convenzioni bilaterali concluse tra i propri Stati contraenti".
- ⁴ N. Bravo, "The multilateral tax instrument and its relationship with *Tax Treaties*", in *World Tax Journal*, n. 8/2016, pag. 3.
- ⁵ L'art. 2(1)(a) del MLI utilizza il termine *Covered Tax Agreement* per indicare un accordo per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito (che tale accordo si applichi o meno ad altre imposte) in vigore tra due o più Parti e rispetto alle quali ciascuna Parte ha effettuato una notifica al Depositario, in modo che sia coperto dalla Convenzione.
- ⁶ Chiarisce bene il meccanismo di funzionamento del MLI in relazione ai trattati bilaterali preesistenti il par. 13 dell'*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting* (d'ora innanzi, per brevità, Note Esplicative al MLI), cui si rinvia.
- ⁷ Così, G. Maisto, "Il successo della Convenzione non può essere dato per scontato", in *Il Sole - 24 Ore* del 7 giugno 2017, pag. 33.
- ⁸ Il MLI concede un elevato grado di flessibilità ai Paesi sottoscrittori, i quali hanno la facoltà di escludere certi CTA dal campo di applicazione del MLI (ad es., se sono stati da poco rinegoziati per implementare le misure BEPS o sono attualmente in fase di rinegoziazione). Cfr., sul punto, le Note Esplicative al MLI, par. 14.

delle convenzioni fiscali, oggetto di analisi nell'Action 6. Al suo interno sono contenute disposizioni che rientrano nel c.d. *minimum standard*⁹ (artt. 6 e 7), nonché norme che eccedono il *minimum standard* (artt. 8-11).

Tra queste ultime, l'art. 9 è dedicato alla tassazione degli utili di capitale derivanti da alienazione di partecipazioni in entità il cui valore deriva principalmente da beni immobili. Tale articolo intende introdurre, all'interno dei trattati fiscali esistenti, le proposte di modifica emerse nell'Action 6 BEPS.

Nei paragrafi che seguono, l'analisi si concentrerà sulle norme che disciplinano la tassazione degli utili di capitale derivanti da partecipazioni in società immobiliari. In particolare, si vedrà se e come disposizioni di tal genere sono state recepite nei principali Trattati stipulati dall'Italia; si analizzerà poi il nuovo art. 9 del MLI e l'impatto che tale norma potrebbe generare all'interno del *network* dei trattati italiani. L'analisi sarà incentrata sulla vendita di partecipazioni in società il cui valore deriva principalmente da beni immobili siti in Italia da parte di soggetti non residenti.

Plusvalenze da cessione di partecipazioni in società "immobiliari"

La maggioranza delle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia non dettano specifiche disposizioni per la tassazione delle plusvalenze da cessione di partecipazioni in società "immobiliari".

Pertanto, in tali casi, le plusvalenze sono trattate alla stregua degli utili provenienti "dall'alienazione di ogni altro bene diverso da quelli menzionati ai paragrafi" precedenti (es. immobili, beni mobili relativi ad una stabile organizzazione, navi, aeromobili), e per esse è prevista - con disposizione analoga a quella contenuta nella c.d. *catch-all clause* di cui all'art. 13 (5) del Modello di Convenzione OCSE - la tassazione esclusiva nello Stato di residenza del cedente.

In tal senso, se un soggetto non residente vende partecipazioni in società il cui valore deriva principalmente da beni immobili siti in Italia, l'Italia stessa non ha diritto di tassare le relative plusvalenze.

Alcuni Trattati conclusi dall'Italia contengono, tuttavia, specifiche clausole di carattere antielusive, volte a contrastare l'esenzione nello Stato della fonte di plusvalenze "sostanzialmente immobiliari". In virtù di tali clausole, gli utili derivanti da alienazione di partecipazioni in società "immobiliari" sono imponibili anche nello Stato in cui sono siti gli immobili: nell'esempio proposto sopra, anche l'Italia avrebbe pertanto diritto di tassare.

Nel corpo del Modello OCSE, simile clausola antielusive è contenuta all'art. 13 (4)¹⁰, il quale stabilisce che gli utili conseguiti da un residente di uno Stato contraente a seguito dell'alienazione di partecipazioni [*shares*] derivanti per oltre il 50% del loro valore, direttamente o indirettamente, da beni immobili situati nell'altro Stato contraente sono imponibili [*may be taxed*] in detto altro Stato.

La norma citata, che alloca il *primary right to tax* in capo allo Stato dove sono situati gli immobili

Note:

9 Il *minimum standard* costituisce un insieme di misure concordate in ambito BEPS per la modifica dei trattati, cui gli Stati tendenzialmente non possono derogare. Esse riguardano alcuni contenuti dell'Action 6, relativo alla prevenzione degli abusi del trattato e dell'Action 14, in materia di risoluzione delle controversie.

10 Benché, peraltro, la norma sia stata introdotta per finalità antielusive, essa era (ed è) costruita come una autonoma *distributive rule*, la cui applicazione non è confinata a scenari abusivi (la verifica dell'intento abusivo della transazione non è presupposto applicativo della norma), ma ogniqualvolta ricorrano i requisiti, elencati dalla norma, che concorrono a formare la fattispecie. Così, S. Simontacchi, *Immovable Property Companies as Defined in Article 13(4) of the OECD Model, Bulletin*, 2006, pag. 30, cui si rinvia per un'analisi circa il contenuto e la portata dell'art. 13 (4) del Modello OCSE. Si segnala che clausole analoghe sono contenute anche nel Modello di Convenzione ONU e nel Modello di Convenzione degli Stati Uniti. Per semplicità espositiva, nel prosieguo si farà riferimento al solo art. 13 (4) del Modello OCSE.

(c.d. *situs principle*), è stata variamente recepita nel *network* dei Trattati conclusi dall'Italia¹¹.

Si considerino, ad esempio, le Convenzioni stipulate con Stati Uniti¹², Israele¹³, India¹⁴, Canada¹⁵, Cina¹⁶, Filippine¹⁷, Hong-Kong¹⁸ e Francia¹⁹.

Di queste, la maggioranza (cfr. Convenzioni con Stati Uniti, Israele, India, Canada, Cina e Filippine) non prevedono, a differenza dell'art. 13 (4) del Modello OCSE, una percentuale determinata (*i.e.*, 50%) oltre la quale opera la disposizione in commento: le norme in esse contenute genericamente allocano il *primary taxing right* in capo allo Stato della "fonte" (*rectius*, in cui gli immobili sono siti) qualora il patrimonio della società sia "principalmente" (o, nel caso degli Stati Uniti, "interamente o principalmente", o, nel caso di Filippine e Cina, "essenzialmente") costituito da beni immobili.

Inoltre, le Convenzioni concluse con Stati Uniti, Canada e Filippine si caratterizzano per un ambito di applicazione abbastanza ampio, che ricomprende, oltre alle azioni in società (così come attualmente previsto dall'art. 13 (4) del Modello OCSE)²⁰, anche partecipazioni in società di persone [*partnership*] (tutte e tre le Convenzioni), *trust* (Canada e Filippine) patrimonio ereditario/successione (Stati Uniti e Canada).

La Convenzione conclusa con Hong-Kong si caratterizza, invece, per una formulazione pressoché identica a quella dell'attuale art. 13 (4) del Modello OCSE, salvo prevedere l'esclusione, dal proprio ambito applicativo, degli utili derivanti dall'alienazione di azioni quotate in una borsa valori di una delle Parti contraenti o in qualsiasi altra borsa valori concordata tra le autorità competenti²¹.

Infine, il Protocollo aggiuntivo della Convenzione Italia-Francia alloca il *primary taxing right* in capo allo Stato in cui gli immobili sono siti se gli utili, "secondo la legislazione di tale Stato, sono sottoposti allo stesso regime fiscale

degli utili derivanti dall'alienazione di beni immobili"²².

Con riferimento a tale Convenzione, vi è peraltro da segnalare che il Protocollo fa rinvio alla legislazione interna ed "il legislatore italiano non ha equiparato la tassazione della cessione di quote di società immobiliare alla cessione di immobili"²³; ne dovrebbe conseguire quindi che la plusvalenza da cessione di quote di società il cui valore deriva principalmente da beni immobili siti in Italia da parte di socio francese non è, di fatto, soggetta ad imposte in Italia, quantomeno per effetto della suddetta disposizione convenzionale.

Action 6 BEPS e proposte di modifica all'art. 13 (4) del Modello OCSE

Nell'ambito dell'Action 6, l'OCSE si è occupata, *inter alia*, delle transazioni che aggirano l'applicazione dell'art. 13 (4) citato²⁴, suggerendo l'introduzione, nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni, delle seguenti modifiche:

Note:

- 11 Si segnala che l'art. 13 (4) citato è stato introdotto nel corpo del Modello OCSE nel 2003 (e fino ad oggi è rimasto invariato). Benché, peraltro, i Trattati stipulati dall'Italia si ispirino in linea di massima al Modello OCSE, diverse Convenzioni dell'Italia contenevano, già prima del 2003, clausole volte a limitare l'utilizzo strumentale dello schermo societario per alienare beni immobili.
- 12 Ratificata dall'Italia con Legge 3 marzo 2009, n. 20.
- 13 Ratificata dall'Italia con Legge 9 ottobre 1997, n. 371.
- 14 Ratificata dall'Italia con Legge 14 luglio 1995, n. 319.
- 15 Ratificata dall'Italia con Legge 24 marzo 2011, n. 42.
- 16 Ratificata dall'Italia con Legge 31 ottobre 1989, n. 376.
- 17 Ratificata dall'Italia con Legge 28 agosto 1989, n. 312.
- 18 Ratificata dall'Italia con Legge 18 giugno 2015, n. 96.
- 19 Ratificata dall'Italia con Legge 7 gennaio 1992, n. 20.
- 20 Il par. 28.5 del Commentario al Modello OCSE già prevede che gli Stati possano estendere la norma, per ricomprendervi anche gli utili da alienazione di partecipazioni in *partnership* o *trust*.
- 21 Tale esclusione è peraltro già prevista dal Commentario al Modello OCSE.
- 22 Vengono al contempo esclusi, ai fini dell'applicazione di tale norma, "gli immobili che sono utilizzati da detta società o persona giuridica nell'esercizio della propria attività, industriale, commerciale, agricola ovvero nell'esercizio di una attività non commerciale".
- 23 S. Vignoli, "La tassazione in Italia delle plusvalenze realizzate da società francesi", in *il fisco*, 2017, pag. 1158 ss.
- 24 Action 6: 2015 Final Report, Section A, § 41-44.

(i) ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 13 (4), in modo da comprendere, oltre agli utili derivanti dall'alienazione delle partecipazioni in società, anche quelli derivanti dall'alienazione di partecipazioni in altre entità, quali *partnership* o *trust*²⁵;

(ii) introduzione di un *testing period* (i.e. 365 giorni che precedono l'alienazione) per verificare se la soglia del valore rilevante sia stata raggiunta non solo al momento dell'alienazione, ma in un momento anteriore alla stessa. In particolare, l'introduzione di detto *testing period*, nelle previsioni dell'Action 6, avrebbe permesso di coprire quelle ipotesi in cui vengono conferiti *asset* in una entità poco prima della vendita delle azioni o partecipazioni al fine di "diluire" la "percentuale di valore rilevante" derivante da beni immobili²⁶.

Per effetto di tali modifiche, il nuovo testo dell'art.13 (4) proposto dall'OCSE risulterebbe il seguente: "*Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares or comparable interests, such as interests in a partnership or trust, may be taxed in the other Contracting State if, at any time during the 365 days preceding the alienation, these shares or comparable interests derived more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable property, as defined in Article 6, situated in that other State*".

Art. 9 della Convenzione Multilaterale: il recepimento delle proposte BEPS

L'art. 9 del MLI prevede due disposizioni di tenore simile, contenute nel paragrafo 1 e nel paragrafo 4, le quali, con modalità diverse, mirano ad introdurre all'interno dei CTA le proposte di modifica contenute nell'Action 6 di cui si è detto sopra.

In particolare, il par. 1 intende incorporare nei CTA le modifiche *sub* (i) e *sub* (ii) citate precedentemente, lasciando, per il resto, "invariate" le norme convenzionali già esistenti in tema di tassazione delle plusvalenze da cessione di partecipazioni in società "immobiliari".

In questa prospettiva, l'art. 13 (4) del Modello OCSE, così come modificato dall'Action 6 di cui si è detto, non sostituisce nei CTA le suddette disposizioni convenzionali (ferma restando la necessità che le stesse siano applicate rispettando le modifiche *sub* (i) e (ii)).

Le note esplicative al MLI chiariscono²⁷, infatti, che la formulazione del par. 1 non riproduce fedelmente il *wording* utilizzato nell'ambito dell'Action 6, discostandosi leggermente da esso per includere anche quei CTA che non si ispirano al Modello OCSE. Così, le specifiche eccezioni previste da alcuni CTA (es., esclusione delle plusvalenze derivanti dall'alienazione delle azioni di società quotata nel mercato di uno delle due Giurisdizioni Contraenti)²⁸ possono continuare a trovare applicazione, e le differenti soglie di rilevanza previste nei CTA (individuate mediante riferimento ad una determinata percentuale o mediante espressioni normative più generiche, quali "la maggior parte", "principalmente", "interamente") possono essere mantenute.

Il par. 1 citato così recita:

"Provisions of a Covered Tax Agreement providing that gains derived by a resident of a Contracting Jurisdiction from the alienation of shares or other rights of participation in an entity may be taxed in the other Contracting Jurisdiction provided that these shares or rights derived more than a certain part of their value from immovable property (real property) situated in that other Contracting Jurisdiction (or provided that more than a certain part of the property of the entity consists of such immovable property (real property)):

a) shall apply if the relevant value threshold is met at any time during the 365 days preceding the alienation; and

b) shall apply to shares or comparable interests, such as interests in a partnership or trust (to the extent that such shares or interests are not already covered) in addition to any shares or rights already covered by the provisions".

Note:

25 Così come consentito dal Commentario al Modello OCSE, par. 28.5.

26 Si segnala che, in data 21 novembre 2017, il Consiglio OCSE ha approvato i contenuti del "2017 update to the OECD Model Tax Convention". Tale documento contiene, tra le altre, le modifiche al par. 13(4) del Modello OCSE (e al relativo Commentario), suggerite nell'Action 6. Tali aggiornamenti saranno incorporati in una nuova versione del Modello OCSE, oggetto di pubblicazione nei prossimi mesi.

27 Parr. 130 e 131.

28 L'art. 2(1)(c) del MLI utilizza il termine *Contracting Jurisdiction* per indicare la Parte di un CTA.

Convenzioni contro doppie imposizioni

Poiché, peraltro, la disposizione riguardante gli utili di capitale da alienazione di azioni o partecipazioni in entità il cui valore deriva principalmente da beni immobili non rientra nel c.d. *minimum standard*, è lasciata alle Parti facoltà di non applicare (*opt-out*) in tutto o in parte le disposizioni di cui al par. 1²⁹.

La seconda “modalità” di recepimento delle misure BEPS è prevista dal par. 4 dell’art. 9, il quale, come chiarito nelle Note Esplicative³⁰, permette alle Parti di incorporare nei propri CTA il “nuovo” (a seguito delle modifiche proposte dall’*Action 6*, di cui si è detto al precedentemente) art. 13 (4) del Modello OCSE, anziché limitarsi - così come previsto dal par. 1 - ad (i) aggiungere un *testing period* e (ii) allargare la “tipologia” di partecipazioni incluse nelle proprie disposizioni convenzionali.

In questa prospettiva, le norme esistenti nei CTA verrebbero integralmente sostituite (*rectius*, la loro applicazione verrebbe modificata) dal nuovo art.13 (4) del Modello OCSE.

Il par. 4 così recita:

“For purposes of a Covered Tax Agreement, gains derived by a resident of a Contracting Jurisdiction from the alienation of shares or comparable interests, such as interests in a partnership or trust, may be taxed in the other Contracting Jurisdiction if, at any time during the 365 days preceding the alienation, these shares or comparable interests derived more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable property (real property) situated in that other Contracting Jurisdiction”.

Il par. 4 costituisce una disposizione “opzionale”³¹ e si applica ad un CTA solo se le Giurisdizioni contraenti vi hanno optato, notificando tale scelta al Depositario³².

La scelta di optare per il par. 4 riguarda anche i CTA che non contengono già una simile disposizione³³.

L’impatto sul network dei trattati italiani

Riserve all’applicazione del MLI e notifiche che gli Stati hanno formulato al momento della sottoscrizione della Convenzione diventeranno,

nella maggior parte dei casi, vincolanti solo una volta completato il processo di ratifica, accettazione, approvazione³⁴.

Dall’analisi delle riserve ed opzioni provvisoriamente comunicate in fase di sottoscrizione del MLI emerge in primo luogo che l’Italia ha scelto di optare per il par. 4 (*i.e.* che, come visto, a differenza del par. 1, ricalca la formulazione dell’art. 13 (4) del Modello OCSE) e ha notificato l’elenco dei CTA che già contengono una disposizione analoga (*i.e.* tassazione degli utili su cessione di partecipazioni in società immobiliari). Trattasi, nel dettaglio, dei CTA conclusi con i seguenti Paesi: Armenia, Azerbaijan, Barbados, Canada, Cina, Estonia, Finlandia, Francia, Hong Kong, India, Israele, Kenya, Messico, Nuova Zelanda, Pakistan, Filippine, Romania, Arabia Saudita, Svezia e Ucraina³⁵.

Poiché, peraltro, la concreta applicabilità del par.4 è subordinata alla “reciprocità” (nel senso che - come già anticipato - tale norma trova applicazione soltanto se entrambe le Giurisdizioni contraenti vi hanno optato), per verificare il reale impatto di tale norma nel *network* dei Trattati stipulati dall’Italia, è necessario appurare di volta in volta se anche le altre Giurisdizioni contraenti abbiano manifestato la volontà di applicare la medesima previsione³⁶. Ebbene, non tutti i Paesi, che hanno concluso con l’Italia un CTA contenente una clausola sulla tassazione delle plusvalenze da alienazione di azioni o partecipazioni “immobiliari”, hanno optato per

Note:

29 Art. 9(6), lett. (a)-(e).

30 Al par. 133.

31 Ai sensi dell’art. 9(3), una Parte può infatti optare per l’applicazione del successivo par. 4.

32 In tal caso, il par. 1 non trova applicazione.

33 Art. 9(5). Trattandosi di norma che eccede lo *standard* minimo, le Parti possono anche scegliere di non applicare il par. 4 ai propri CTA che già prevedono una simile disposizione, *ex art.* 9(6)(f).

34 Artt. 28, parr. (5)-(9) e 29, parr. (3)-(6).

35 L’Italia si è invece riservata il diritto di non applicare l’art. 9(1) a tutti i suoi CTA.

36 Così, F. Avella, “L’incognita delle immobiliari”, in *Il Sole - 24 Ore* del 10 luglio 2017, pag. 17.

l'applicazione del par. 4 (e conseguentemente notificato al Depositario i rispettivi CTA con l'Italia). Tra gli Stati che non hanno optato per il par. 4 si segnalano, a titolo esemplificativo, Hong Kong e Canada³⁷. L'impatto della nuova disposizione del MLI sarà, in tal caso, pressoché nullo, in quanto continueranno a trovare applicazione, senza alcuna modifica, le "vecchie" clausole convenzionali, che già prevedono la tassazione concorrente delle plusvalenze.

Al contrario, la rilevanza del nuovo MLI sarà più tangibile nei rapporti tra l'Italia e quei Paesi - es. India, Israele e Francia - che hanno optato per il par. 4 (e notificato al Depositario i propri CTA stipulati con l'Italia), giacché l'art. 9(4) sostituirà *in toto* le (*rectius*, modificherà l'applicazione delle) disposizioni convenzionali già contenute nei Trattati stipulati con l'Italia.

Nel caso di India e Israele, ciò comporterà (ferma restando la tassazione delle plusvalenze immobiliari nel Paese in cui gli immobili sono situati) l'introduzione di un *testing period*, l'estensione della clausola antielusiva a *partnership* e *trust*, nonché la sua applicazione qualora il patrimonio della società sia costituito per più del 50% (anziché, "principalmente") da beni immobili.

Nel caso della Francia, si passerebbe da una tassazione concorrente subordinata alla circostanza che gli utili derivanti dall'alienazione di azioni, quote o partecipazioni in società "immobiliari" siano sottoposti, in base alla legge nazionale dello Stato della fonte (*rectius*, in cui gli immobili sono siti), "allo stesso regime fiscale degli utili derivanti dall'alienazione degli immobili", ad una tassazione concorrente "generalizzata". Di conseguenza (e si tratta di una novità), la plusvalenza da cessioni di quote di società o partecipazioni comparabili (che, in qualsiasi momento nel corso dei 365 giorni che precedono l'alienazione, hanno derivato oltre il 50% del loro valore, direttamente o indirettamente, da beni immobili siti in Italia), realizzata dal socio francese, sarà assoggettata ad imposizione italiana per effetto della suddetta disposizione convenzionale.

Si consideri, inoltre, che - come già anticipato - la scelta di optare per il par. 4 vale anche per i CTA stipulati dall'Italia che non prevedono attualmente una specifica clausola disciplinante la tassazione delle plusvalenze da alienazione di azioni o partecipazioni in entità il cui valore deriva principalmente da beni immobili.

Ad esempio, Stati come Russia, Germania e Slovenia hanno optato per l'applicazione del par. 4. Si dovrebbe passare, quindi, dalla attuale tassazione nel solo Stato di residenza del cedente, alla tassazione concorrente nello Stato di residenza e nello Stato in cui gli immobili sono siti (ed è questa la novità realmente sostanziale). Ad esempio, nel caso in cui una società russa, tedesca o slovena realizzi utili sulla vendita di partecipazioni in società o partecipazioni comparabili, che, in qualsiasi momento nel corso dei 365 giorni che precedono l'alienazione, hanno derivato oltre il 50% del loro valore, direttamente o indirettamente, da beni immobili siti in Italia, dette plusvalenze potrebbero essere tassate in Italia, per effetto della suddetta disposizione convenzionale³⁸.

Resteranno, invece, invariate le disposizioni (*i.e.* tassazione nel solo Stato di residenza del cedente) contenute nei CTA stipulati dall'Italia con Paesi, quali, ad esempio, Lussemburgo, Svizzera e Austria che allo stato attuale non hanno notificato al Depositario la scelta di applicare il par. 4³⁹.

Note:

37 Tali Stati si sono riservati il diritto di non applicare il par. 1 e non hanno optato per il par. 4.

38 Cfr., anche G. Odetto, "Pianificazione fiscale delle immobiliari all'estero da rifare", in *Eutekne* del 10 agosto 2017.

39 Tali Stati si sono riservati il diritto di non applicare il par. 1 e non hanno optato per il par. 4. Con specifico riferimento al Lussemburgo, si rinvia a K. O'Donnell - O.R. Hoor - S. Schmitz-Merle, "Luxembourg signs the MLI: the right choices to remain competitive?", in *Tax planning international review*, 44 (2017) 6, per i quali la scelta di tale Stato di non introdurre le modifiche di cui all'art. 9 del MLI appare condivisibile. Poiché, infatti, il Lussemburgo rappresenta uno dei maggiori centri per la strutturazione degli investimenti immobiliari transfrontalieri, l'introduzione dell'art. 9 risulterebbe dannosa per gli investitori, oltre che contraria agli interessi di tale Paese.

Convenzioni contro doppie imposizioni

Parimenti invariata resterà la Convenzione (*i.e.* tassazione concorrente alle condizioni descritte ai paragrafi precedenti) con gli Stati Uniti e le Filippine, stante l'assenza di detti Stati nel novero dei sottoscrittori del MLI.

In definitiva, per effetto del complesso sistema riserve e opzioni, l'impatto del nuovo art. 9 del MLI⁴⁰ varierà in maniera (anche significativa) da Trattato a Trattato.

Si rileva, infine, che il MLI entrerà in vigore all'inizio del quarto mese successivo a quello di deposito dello strumento di ratifica, accettazione o approvazione da parte di almeno cinque Stati⁴¹. In attesa dell'entrata in vigore del MLI e in attesa che gli Stati firmatari confermino riserve e notifiche provvisoriamente comunicate all'OCSE, il primo esempio applicativo di una clausola sostanzialmente in linea con il nuovo art. 9 del MLI potrebbe essere rappresentato, nel panorama dei trattati italiani, dall'art. 13 (4) della recente Convenzione Italia-Cile⁴², che così recita:

“Gli utili che un residente di uno Stato contraente ritrae dall'alienazione di azioni, interessi o altri diritti analoghi sono imponibili nell'altro Stato contraente se (...) in qualsiasi momento durante i 365 giorni che

precedono l'alienazione, azioni, interessi o altri diritti analoghi derivavano più del 50% del loro valore, direttamente o indirettamente, da beni immobili, secondo la definizione di cui all'art. 6, situati in detto altro Stato. (...) Nonostante ogni altra disposizione del presente paragrafo, gli utili ricavati da un fondo pensione che è un residente di uno Stato contraente dall'alienazione di azioni, interessi o altri diritti analoghi sono imponibili soltanto in detto Stato”.

Note:

40 Fortemente critico sul nuovo art. 9 del MLI è F. Haase, *“Reconceptualization of the ‘Immovable Property Clause’ in Article 13 Paragraph 4 OECD Model Convention by Means of the Multilateral Instrument?”*, in *Intertax*, pag. 287, per il quale la norma non risolve i problemi applicativi cui aveva dato luogo, anzi creando maggiori complicazioni, tanto da augurarsi che un alto numero di Stati non optino per l'applicazione di tale norma.

41 Per ogni Paese firmatario che ratifica, accetta o approva il MLI dopo il deposito del quinto strumento di ratifica, esso entra in vigore all'inizio del quarto mese successivo a quello di deposito della ratifica, accettazione o approvazione (art. 34 del MLI).

Al 15 dicembre 2017, solo Austria, Isola di Man e Jersey hanno depositato lo strumento di ratifica, accettazione o approvazione. La Polonia, in data 8 novembre 2017, ha ratificato il MLI e deve depositare tale ratifica all'OCSE, confermando la lista delle riserve e notifiche.

42 Ratificata dall'Italia con Legge 3 novembre 2016, n. 212. Tale Convenzione non è stata “notificata” dall'Italia quindi non subirà modifiche per effetto del MLI.