

La tassazione in Italia delle plusvalenze realizzate da società francesi

di Stefano Vignoli (*)

L'applicazione della Convenzione italo-francese può portare, in alcuni casi, a risultati paradossali con tassazioni diverse per fattispecie simili. La diversa tassazione delle plusvalenze da cessioni transfrontaliere di partecipazioni qualificate ne costituisce un esempio eclatante, determinando un trattamento fiscale oneroso soltanto se realizzate da controllanti francesi. Di seguito si esamineranno in tale contesto i profili discriminatori, e quindi censurabili, del Fisco italiano, anche alla luce di recente giurisprudenza di merito che ha rilevato la violazione di alcuni principi comunitari.

1. Premessa

Nel panorama delle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni stipulate dall'Italia, quella con la Francia (1) riveste una primaria importanza stante i numerosi rapporti tra i due Paesi. La Francia risulta il primo investitore in Italia, con 1.600 filiali di case madri francesi e 200.000 dipendenti (l'Italia è invece il quinto investitore in Francia) (2).

Una particolarità della Convenzione Italia/Francia risiede nella rilevanza del Protocollo.

La Convenzione, costituita da 32 articoli, è infatti integrata dal Protocollo composto da 17 articoli che ne costituisce parte integrante, chiarendo e completando le disposizioni convenzionali. Come vedremo nel prosieguo, il mancato esame del Protocollo può determinare una erronea interpretazione della Convenzione.

In applicazione delle disposizioni della Convenzione (e del suo Protocollo), nonché delle regole

di imposizione in Italia dei **redditi prodotti dai non residenti**, emerge una tassazione penalizzante per le **società francesi** che realizzano plusvalenze dalla **cessione di partecipazioni in società italiane**.

La discriminazione nei confronti delle società francesi che vendono partecipazioni in Italia si ha sia in raffronto con le cedenti italiane (che possono, se ricorrono i requisiti, beneficiare del regime *participation exemption* - PEX), che nella fattispecie inversa (anche la società italiana che cede una partecipata in Francia può beneficiare della PEX).

Occorre pertanto esaminare eventuali profili di illegittimità alla luce dei principi antidiscriminatori convenzionali e soprattutto comunitari.

Sul tema, di recente, la giurisprudenza (3) ha riconosciuto il diritto delle società francesi di beneficiare dello stesso trattamento fiscale applicato alle società italiane e quindi, laddove ne ricorrano i presupposti, di applicare il regime di

(*) Dottore commercialista e Revisore legale in Firenze.

(1) Ad oggi le Convenzioni che l'Italia ha in vigore con altri Paesi sono 93, mentre 125 sono le Convenzioni applicabili dalla Francia.

(2) "La relazione Francia - Italia", Servizio stampa e comu-

nicazione dell'Ambasciata francese in Italia, 23 febbraio 2015.

(3) Comm. trib. prov. di Milano, sent. n. 5738 del 16 marzo 2015 e Comm. trib. prov. di Pescara, n. 80 del 5 marzo 2014, confermata in secondo grado dalla Comm. trib. reg. di Pescara con sent. n. 1477 del 28 settembre 2015.

tribuyente, pur in presenza di una pronuncia, sebbene non definitiva, di annullamento del provvedimento impositivo a monte. E se così fosse quale potrebbe essere il rimedio per la parte privata. Le posizioni della dottrina sul tema generale della nuova procedura della sospensione delle sentenze non appaiono concordi (15). I dubbi riguardano in particolare la previsione, recata nei medesimi artt. 52 e 62-bis, a mente della quale il contribuente "può comunque chiedere la sospensione dell'esecuzione dell'atto se da questa può derivargli un danno grave e irreparabile". Non è chiara infatti l'esatta portata di essa e in particolare l'individuazione dei casi in cui il soggetto passivo debba chiedere la sospensione dell'una (la sentenza) o dell'altro (l'atto impositivo). Se si assume che la pronuncia del giudice, di annullamento totale o parziale dell'atto di accertamento, ha una funzione sostitutiva dell'atto stesso (16), si deve concludere che in tali casi ciò che deve essere sospeso è sempre e solo la sentenza, e non l'atto originariamente impugnato. Viceversa, in caso di sentenza di rigetto, l'effetto sostitutivo non dovrebbe verificarsi e pertanto il contribuente deve in tale eventualità chiedere sempre la sospensione dell'atto, e non della sentenza (17).

Tornando però alla questione in esame, resta il dubbio se l'eventuale accoglimento della sospensiva dell'Agenzia delle entrate comporti la mera inibitoria di un *facere* (18), come si auspica, oppure se si risolva nel ripristino pieno e incondizionato dell'**efficacia dell'atto originario**,

con un effetto anticipatorio delle conseguenze della sentenza di merito del giudice del riesame. In attesa di verificare l'orientamento delle Commissioni tributarie, potrebbe essere opportuno opporre all'istanza di sospensione dell'Amministrazione finanziaria una **istanza di sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato** (19), anche se appare a dir poco imbarazzante ipotizzare che il medesimo giudice possa accogliere entrambe le richieste cautelari senza cadere in una evidente condizione di "schizofrenia", seppure indotta dal legislatore. Tanto, in ragione della circostanza che, ai sensi dell'art. 52, comma 5, D.Lgs. n. 546/1992, il Collegio dovrebbe comunque deliberare il merito della controversia, tanto nell'ipotesi della sospensiva della sentenza che in quella della sospensione della esecutività dell'atto impugnato. Ed è evidente che la deliberazione del merito non può condurre, in linea di principio, a conclusioni tra loro contrastanti nei riguardi della parte pubblica e di quella privata. La situazione non cambia di molto in pendenza di giudizio di Cassazione, in relazione alla quale il successivo articolo 62-bis richiede testualmente solo la valutazione del *periculum* e non del *fumus*, atteso che anche in questo caso, poiché la configurazione del *periculum* è identica (20) sia nei riguardi dell'Amministrazione appellante che nei confronti del contribuente controricorrente, non si comprende come il giudice possa addivenire a provvedimenti "convergenti" (21) nelle fasi cautelari promosse da entrambi.

(15) Si vedano tra i molti E. A. Sepe, "Nuove regole su esecutività delle sentenze e misure cautelari successive", in *il fisco*, n. 1/2016, pag. 33 ss.; C. Lamberti, "Tutela cautelare oltre il primo grado", in *Esecuzione di atti e sentenze nel processo tributario*, *Le Guide il fisco*, luglio, 2016, Wolters Kluwer; M. Cicala, "Procedimento cautelare in pendenza del giudizio davanti alla Corte di Cassazione", in *Esecuzione di atti e sentenze nel processo tributario*, cit.; C. Glendi, "Fermenti legislativi processualtributaristici: lo schema di Decreto delegato sul contenzioso", in *Corr. Trib.*, n. 32-33/2015, segnatamente pagg. 2473-2474; M. Conigliaro, "Tutela cautelare estesa a tutti i gradi del giudizio tributario", in *il fisco*, n. 45/2015, pag. 4350; C. Glendi, "Commento all'art. 52, D.Lgs. n. 546/92", in C. Glendi - C. Consolo - A. Contrino (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Milano, 2016, pag. 229 ss.; F. Randazzo, "La riforma della sospensione cautelare nel processo tributario", in *Corr. Trib.*, n. 5/2016, pag. 375; D. Cané, "Riflessioni sulla riforma della tutela cautelare nel processo tributario", in *Boll. trib.*, n. 5/2016, pag. 338 ss.

(16) Tesi questa fortemente avversata dalla dottrina prevalente (tra i molti, si vedano M. Basilavecchia, *Funzione impositiva e forme di tutela*, Torino, 2013, pag. 147 ss.), ma da tempo recepita negli orientamenti della Corte di cassazione (in termini, si vedano Cass., SS.UU., n. 14815/2008; Id., Sez. trib., n.

11217/2007; Id., n. 26157/2013; Id., n. 24092/2014).

(17) In questo senso, tra gli altri, Randazzo, op. cit. Resta peraltro il dubbio su come tale ricostruzione, che parrebbe sorreggersi sui principi generali del processo tributario, possa armonizzarsi con l'assetto previgente alla riforma, in cui con interventi pretori della giurisprudenza di vertice (Corte cost., n. 109/2012 e Id., ord. n. 254/2012, e Cass., n. 2845/2012), si era giunti a configurare la generalizzata applicabilità della disciplina della sospensione recata nel c.p.c. (artt. 283 e 373) che tuttavia riguarda sempre e necessariamente le sentenze. Detto in altri termini, se fosse esatta la ricostruzione interpretativa del testo, le acquisizioni della giurisprudenza *ante* riforma si sarebbero rivelate del tutto inefficaci proprio nelle ipotesi di maggior "bisogno" del contribuente, ovvero in quelle di rigetto del ricorso, delineandosi così un quadro complessivo poco razionale e probabilmente non in linea con i desiderata degli stessi giudici di vertice. Critico sull'indirizzo pregresso C. Glendi, *Commento all'art. 62-bis*, op. cit., pagg. 247-248.

(18) Rappresentato dal rimborso delle somme pagate *medio tempore* dal contribuente.

(19) Così D. Cané, op. cit., pag. 340.

(20) E cioè l'esistenza di un danno grave e irreparabile.

(21) Nel senso dell'accoglimento delle istanze di sospensiva di ambedue le parti processuali.

esenzione parziale delle plusvalenze previsto dall'art. 87 del T.U.I.R.

2. Regime PEX in Italia e Francia

Il regime della *participation exemption* previsto dall'art. 87 del T.U.I.R. permette ai "soggetti IRES" di esentare, nella misura del 95%, le plusvalenze realizzate dalla cessione di partecipazioni al ricorrere delle seguenti condizioni:

- **ininterrotto possesso** della partecipazione dal primo giorno del dodicesimo mese precedente a quello dell'avvenuta cessione;
- classificazione delle partecipazioni tra le **immobilizzazioni finanziarie** nel primo bilancio chiuso;
- le partecipazioni cedute **non** devono riferirsi a società residenti in **Stati o territori a fiscalità privilegiata** (salvo la possibilità, anche con interpello, di dimostrare che dalla partecipazione non si è conseguito l'effetto di localizzare i redditi in Paesi *black list*);
- esercizio ininterrotto, da parte dell'impresa partecipata, di **attività commerciale**.

Resta **esclusa** dal beneficio della tassazione PEX, la cessione di partecipazioni in società di **mera gestione immobiliare**.

Così, una società di capitali che realizzi, dal 2017, una plusvalenza da cessione di partecipazione in società commerciale sopporterà un carico fiscale di **appena l'1,2%** (ovvero 1,375% fino al 2016).

La Francia adotta un regime simile, denominato *régime société mère-fille*, per il quale è possibile optare ove ricorrano le seguenti condizioni:

- detenzione di una partecipazione almeno pari al **5% del capitale sociale**;
- possesso delle azioni o quote da **almeno due anni**;
- le partecipazioni cedute **non** devono riferirsi a società in **Paesi black list**.

Le plusvalenze realizzate dalle società di capitali sono in questo caso esenti (art. 219 I-a *quinquies* del *Code général des impôts* - CGI), con obbligo di **reintegro di una quota parte forfettaria**, pari al 12% a titolo di costi non deducibili.

In particolare, il carico fiscale per la società francese che realizza la plusvalenza sarà pari al 4% della stessa (l'imposta su reddito delle società è pari a 33,1/3%).

3. La tassazione in Italia delle plusvalenze realizzate da società non residenti

Le società (e gli enti) non residenti sono assoggettati alle imposte sui redditi in Italia limitatamente ai redditi ivi prodotti (**principio della territorialità** previsto dall'art. 151 del T.U.I.R.). In particolare, l'art. 151, comma 3, dispone che i redditi prodotti da società non residenti (indicati nell'art. 23) vengano determinati secondo le disposizioni del titolo I del T.U.I.R.

Pertanto, i redditi delle società non residenti sono **tassati su base isolata**, senza compensazioni, in base alla disciplina della tassazione delle persone fisiche, con la sola eccezione del reddito prodotto dalle stabili organizzazioni in Italia, a cui si applica la disciplina del reddito di impresa.

Le plusvalenze realizzate da società non residenti, salvo diversa disposizione convenzionale, sono quindi tassate in base ai criteri dell'art. 67 del T.U.I.R., in maniera **speculare alla tassazione delle persone fisiche**.

Così, la plusvalenza realizzata da una società non residente (e non riferibile ad una stabile organizzazione in Italia) concorrerà alla base imponibile limitatamente al 58,14% (4) del suo ammontare (dal 2017) e sarà soggetta ad IRES con aliquota ordinaria del 24%, corrispondenti ad un carico impositivo del 13,95%, sensibilmente superiore a quello sopportato dalla società residente che realizzi analoga plusvalenza (1,2%).

Tale modalità di tassazione riguarda le c.d. **partecipazioni qualificate**; le partecipazioni non qualificate sono invece soggette ad imposta sostitutiva pari al 26%.

4. Cessione di partecipazioni in società immobiliari

L'art. 13 della Convenzione italo-francese, conformemente al modello OCSE, per le plusvalenze derivanti dall'alienazione di partecipazioni, stabilisce la **tassazione esclusiva nello Stato di residenza della società partecipante**, specularmente a quanto avviene in materia di dividendi (art. 10) (5).

La Convenzione non opera alcuna distinzione tra società operativa e società di gestione immo-

(4) La percentuale di imponibilità, prevista al 49,72% fino al 31 dicembre 2016, dovrebbe aumentare al 58,14% dal 2017, per tener conto dell'aliquota IRES che scende al 24%, al fine di "garantire un prelievo aggiuntivo IRPEF tale da portare il prelievo complessivo (società-socio) al 43%". Cfr. *Il Sole - 24 Ore*,

G. Gavelli, 17 gennaio 2017, pag. 37.

(5) Cfr. S. Mayr, "La nuova Convenzione Italia/Francia per evitare le doppie imposizioni sul reddito", in *Boll. trib.*, nn. 6, 7 e 8/1993. Seguendo lo schema del Modello OCSE, la Convenzione detta una disciplina separata per i redditi derivanti da

biliare. Se ne dedurrebbe che anche le **società a "preponderanza immobiliare"** siano tassate esclusivamente nello Stato di residenza.

Tuttavia, il punto 8.a) del Protocollo, in deroga a quanto disposto dall'art. 13 del Trattato, prevede che: "gli utili derivanti dall'alienazione di azioni, quote o partecipazione in una società o in una persona giuridica che possiede beni immobili situati in uno Stato i quali, secondo la legislazione di tale Stato, sono sottoposti allo stesso regime fiscale degli utili derivanti dall'alienazione di beni immobili, sono imponibili in detto Stato" (6).

Pertanto, in caso di cessione di quote di società francese a "preponderanza immobiliare" (7) da parte di residente italiano, la plusvalenza realizzata sarà imponibile (anche) in Francia (8).

Poiché il Protocollo fa riferimento alla legislazione nazionale, il punto 8.a dello stesso non sarà invece applicabile al caso inverso.

Così, la plusvalenza da cessione di quote di società immobiliare italiana da parte di socio francese non sarà soggetta ad imposte in Italia, in quanto il legislatore italiano non ha equiparato la tassazione della cessione di quote di società immobiliare alla cessione di immobili (9).

Infatti, la politica fiscale francese è più penalizzante di quella italiana nei confronti degli investimenti immobiliari (si pensi alle plusvalenze sugli immobili realizzate da privati, che diventano non imponibili soltanto dopo trenta anni) e tende ad equiparare la detenzione degli immobili, attraverso uno schermo societario, alla detenzione diretta (10).

5. Plusvalenze da cessione di altre società

Un'altra insidia nell'applicazione della Convenzione, che richiede l'attenta lettura del Protocollo, riguarda le plusvalenze realizzate da cessione di **partecipazioni in società non immobiliari**.

La regola generale prevista dall'art. 13 della Convenzione, circa l'imposizione nel solo Paese dell'alienante della plusvalenza realizzata, subisce, una seconda rilevante deroga.

Infatti, il punto 8.b) del Protocollo stabilisce che "gli utili derivanti dall'alienazione di azioni o di quote [...] di una partecipazione importante nel capitale di una società residente di uno Stato, sono imponibili in detto Stato, secondo le disposizioni della sua legislazione interna. Si considera che esista una partecipazione importante se il cedente, da solo o con persone associate o collegate, dispone direttamente o indirettamente di azioni o di quote che danno complessivamente diritto ad almeno il **25% degli utili della società**".

Dalla lettura della sola Convenzione, saremmo portati a ritenere che la plusvalenza realizzata dalla controllante francese, che cede la partecipata italiana, sia imponibile soltanto in Francia. Così non è, con conseguenze fiscali particolarmente rilevanti anche alla luce delle normative fiscali dei due Paesi.

Il criterio della **tassazione (anche) nello Stato della fonte**, ovvero di residenza della partecipata, è una particolarità della **Convenzione franco-italiana** (e di poche altre) (11) in quanto, generalmente, le Convenzioni prevedono tassazione esclusiva nel Paese di residenza (della partecipante).

Attesa la rilevante presenza dei gruppi francesi in Italia, l'esame della disciplina fiscale, applicabile alla cessione di partecipazioni in Italia da

determinati beni e per i redditi (plusvalenze) derivanti dalla cessione di tali beni. I criteri di tassazione di tali plusvalenze sono in generale identici a quelli che regolano la tassazione dei redditi.

Così, il primo comma dell'art. 13 attribuisce la tassazione delle plusvalenze su immobili allo Stato della fonte, cioè allo Stato in cui tali beni si trovano. Tale comma non contiene un'attribuzione esclusiva, per cui il trattamento fiscale di tale plusvalenza nello Stato di residenza è regolato dall'art. 24 della Convenzione.

(6) Il Modello di Convenzione OCSE ha introdotto, a partire dal 2003, il nuovo paragrafo 4 all'art. 13 che prevede la tassazione nello Stato della fonte delle plusvalenze realizzate a seguito della cessione di azioni di società il cui valore è rappresentato per oltre il 50% da immobili.

(7) Ai sensi del CGI, art. 219, I-a *sexies-0 bis* sono considerate società a *prépondérance immobilière* le società il cui attivo sia costituito (ai valori di mercato) per oltre il 50% da immobili, ovvero diritti reali su immobili; non sono presi in conto gli

immobili direttamente utilizzati per l'esercizio di attività industriale, commerciale o artigianale. In caso di cessione di quote il requisito della *prépondérance immobilière* è verificato alla data di cessione, ovvero alla data di chiusura dell'ultimo esercizio antecedente la cessione.

(8) Le plusvalenze da cessione di immobili o di quote in società immobiliari sono assoggettate a imposte in Francia con aliquota del 19%, oltre ai contributi sociali (CSG + CRDS) pari al 15,5%; questi ultimi dovuti soltanto dai soggetti residenti.

(9) E. Vial, *Fiscalità internazionale in pratica*, Il Sole - 24 Ore, 2012, pag. 37 ss.

(10) Art. 150 UB del CGI.

(11) Si segnalano altre Convenzioni bilaterali firmate dal nostro Paese che prevedono l'imponibilità nello Stato della fonte:

- Cina (partecipazione di almeno il 25%);

- Israele (partecipazione di almeno il 10% dei diritti di voto e posseduta da almeno 24 mesi);

- Brasile (potestà impositiva anche per lo Stato della fonte in caso di realizzo di plusvalenze).

parte della società francese, è sicuramente il caso più interessante da approfondire.

In funzione della partecipazione detenuta dalla casa madre francese, si possono avere **tre distinti casi** con profili impositivi molto diversi (12):

1) la società francese detiene una partecipazione nella società italiana non superiore al 5%. La partecipazione - in quanto inferiore al 25% - non è sostanziale e quindi la plusvalenza è tassata, ai sensi dell'art. 13 del Trattato, soltanto in Francia. In ragione della percentuale ridotta, il socio non beneficia inoltre del regime PEX previsto dagli artt. 145 e 216 del CGI;

2) la società francese detiene una partecipazione nella società italiana superiore al 5%, ma inferiore al 25%. Anche in questo caso, rileva l'art. 13 della Convenzione, che prevede la tassazione esclusiva in Francia, in quanto la partecipazione non è sostanziale. Inoltre, in considerazione della partecipazione superiore al 5%, il socio potrà beneficiare del regime PEX;

3) la società francese detiene una partecipazione sostanziale di almeno il 25% nella partecipata italiana. In base a quanto previsto dal punto 8.b del Protocollo, la plusvalenza è imponibile in Italia in base alle disposizioni nazionali.

Così, la plusvalenza da cessione di partecipazione sostanziale sarà soggetta alla penalizzante tassazione (13,95%), applicabile alle società non residenti, non potendo beneficiare del regime PEX.

Appare quindi evidente come l'applicazione della Convenzione si possa rivelare, in questo caso, gravemente discriminatoria nei confronti della controllante francese rispetto alla imposizione che verrebbe applicata, in analoga fattispecie, alla controllante italiana.

6. Recente giurisprudenza in Italia

Tale tassazione è stata confermata anche dagli Uffici dell'Agenzia delle entrate che in più occasioni (13) hanno ritenuto corretta l'imposizione

della controllante francese sulla base dei **criteri previsti per le persone fisiche residenti**.

Occorre quindi approfondire quali siano le possibilità di difesa, in sede di contenzioso, da parte del contribuente francese.

Recente giurisprudenza (14) ha ritenuto censurabile l'applicazione delle disposizioni di cui al titolo I del T.U.I.R. alla cessione di partecipazioni detenute in società italiane, alla luce dei principi comunitari (15).

Le sentenze si riferiscono al caso di due società controllanti francesi, le quali avevano realizzato rilevanti plusvalenze in Italia assoggettando le stesse, in via prudenziale, ad IRES senza applicazione della PEX (16) e presentando, quindi, istanza di rimborso all'Agenzia delle entrate.

In assenza di risposta, le due società hanno impugnato il silenzio rifiuto dell'Agenzia, dinanzi alle Commissioni tributarie competenti e, previa dimostrazione di possedere i requisiti richiesti per l'applicazione del regime PEX, nonché di non poter beneficiare del rimborso in Francia dell'imposta versata in Italia, hanno ottenuto accoglimento dei ricorsi per violazione del principio di **libertà di stabilimento** (art. 47 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) e del principio di **libera circolazione** dei capitali (art. 63 T.F.U.E.), in quanto "non è consentito trattare diversamente ai fini fiscali una società nazionale rispetto a una comunitaria" (17).

La Commissione tributaria provinciale di Milano riconosceva addirittura alla istante francese il **diritto al rimborso** dell'intera IRES versata, mentre la Commissione tributaria regionale di Pescara, si ritiene più correttamente, ha condannato l'Agenzia delle entrate al rimborso dell'**imposta eccedente** a quella calcolata in caso di applicazione del regime PEX (18).

7. Il principio di non discriminazione

I Trattati bilaterali, ancorché recepiti con legge ordinaria, hanno **carattere di specialità** e si

(12) A. Crosti, "Italia e Francia a confronto sulla Pex", in *Fiscaltà & Commercio internazionale*, n. 4/2011.

(13) Come testimoniato dal "silenzio rifiuto" alle istanze di rimborso di seguito analizzate.

(14) Comm. trib. prov. di Milano, sent. n. 5738 del 16 marzo 2015 e Comm. trib. prov. di Pescara, n. 80 del 5 marzo 2014, confermata in secondo grado dalla Comm. trib. reg. di Pescara, con sent. n. 1477 del 28 settembre 2015.

(15) Cfr. L. Maisto, "Il regime Pex supera i confini nazionali", in *Il Sole* - 24 Ore del 26 luglio 2016.

(16) Nel caso trattato dalla Comm. trib. prov. di Milano addirittura in misura piena, senza procedere alla riduzione della percentuale di imponibilità ridotta, prevista per le plusvalenze

realizzate da persone fisiche.

(17) Comm. trib. prov. di Milano, sent. n. 5738/2015.

(18) Così la sentenza n. 1477, Comm. trib. reg. di Pescara: "Quanto all'appello incidentale esso è infondato laddove mira ad ottenere l'intero rimborso di quanto versato senza decurtare l'imposta italiana sul 5% della plusvalenza. Ciò in quanto, anche se la ratio della norma è rinvenibile in un'astratta sterilizzazione della deduzione di oneri non deducibili, essa non richiede a tal fine la prova dell'effettiva deduzione da parte dei residenti in Italia e quindi coerentemente ciò non può essere ritenuto un presupposto per il residente in altri Stati dell'Unione, pena una discriminazione al contrario".

pongono, nella gerarchia delle fonti, a un livello superiore alla normativa nazionale (19).

Verificare se la tassazione, prevista dal T.U.I.R., delle plusvalenze realizzate dalla società francese possa essere considerata in contrasto con la Convenzione, costituisce, pertanto, un passaggio fondamentale per constatarne la legittimità. L'art. 25 della **Convenzione italo-francese**, corrispondente all'art. 24 del Modello OCSE, prevede il **principio di non discriminazione**.

In particolare, il paragrafo 4 dell'art. 25 dispone che non possano essere discriminate le imprese il cui capitale sia detenuto da residenti nell'altro Stato; queste imprese non potranno infatti essere soggette a maggiori e diverse imposte rispetto ad imprese similari partecipate da residenti.

Non pare che questo paragrafo possa "soccorrere" il contribuente francese, al fine di dimostrare la discriminante tassazione della plusvalenza, atteso che il Commentario al paragrafo 76 (20) ha chiarito il fatto che la non discriminazione in oggetto è prevista in favore delle **sole società partecipate e non delle partecipanti**: nella fattispecie in esame non si rilevano maggiori imposte a carico dell'impresa italiana, in quanto la maggiore tassazione della plusvalenza è sopportata dalla controllante francese.

La più onerosa tassazione della plusvalenza potrebbe invece trovare una censura nel primo paragrafo laddove si prevede, conformemente al modello OCSE, un principio di non discriminazione fiscale a tutela dei nazionali di uno Stato contraente rispetto ai nazionali di altro Stato (21).

Tale tutela opera non soltanto in favore delle persone fisiche, ma anche delle persone giuridiche; in questo caso, la nazionalità di una società è riconducibile al Paese nel quale la stessa è stata costituita.

Risulta quindi in contrasto con l'art. 25 della Convenzione, la circostanza che la partecipante francese ("il nazionale di uno Stato") sia soggetta ad una imposizione più onerosa di quella a cui sarebbe soggetta una partecipante italiana, che realizzi una plusvalenza dalla cessione di azioni di società italiana ("i nazionali di detto altro Stato che si trovino nella stessa situazione"), in quanto la stessa potrebbe beneficiare del regime PEX.

Non solo, anche la controllante italiana che realizzi plusvalenze da cessione di partecipazione francese potrebbe usufruire del regime PEX (in Francia) al pari di una *holding* francese; il principio di non discriminazione convenzionale è pienamente operante in quanto rispetta anche la condizione di reciprocità.

Occorre peraltro rilevare che la discriminazione in oggetto non è riconducibile a una finalità (espressamente tutelata anche dall'OCSE) di prevenire l'evasione e l'elusione fiscale. Si pensi al caso dell'art. 110, comma 10, del T.U.I.R.: i limiti alla deducibilità dei costi, derivanti da operazioni intercorse con controparti in Paesi *black list*, sono stati considerati compatibili con le Convenzioni contro le doppie imposizioni, soltanto qualora la Convenzione contenga il paragrafo (22) che tutela la lotta all'evasione (23).

8. Libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali

Per quanto riguarda la normativa comunitaria, si rileva, in primo luogo, come non emergano violazioni della Direttiva madre-figlia, in quanto la stessa si applica ai dividendi, ma non alle plusvalenze.

Occorre, quindi, verificare se la **tassazione discriminatoria delle società francesi** possa es-

(19) Come evidenziato da Comm. trib. prov. di Milano, n. 294/5/2012 "Reputa il Collegio che le disposizioni contenute in una Convenzione internazionale, in quanto destinate a disciplinare in via esclusiva i rapporti tra i soggetti appartenenti ad uno Stato estero ed i soggetti appartenenti allo Stato Italiano, ovvero i rapporti tra uno Stato Estero e l'Italia, assumano il carattere di specialità e, quindi, assumano rilievo rispetto alle normative nazionali quali, nel caso in esame, il T.U.I.R."

(20) Cfr. C(24)-24, paragrafo 76 del Commentario OCSE 2012: "This paragraph forbids a Contracting State to give less favourable treatment to an enterprise, the capital of which is owned or controlled, wholly or partly, directly, by one or more residents of the other Contracting State. This provision, and the discrimination which it puts an end to, relates to the taxation only of enterprises and not of the persons owning or controlling their capital. Its object therefore is to ensure equal treatment for taxpayers residing in the same State, and not to subject foreign capi-

tal, in the hands of the partners or shareholders, to identical treatment to that applied to domestic capital".

(21) Tra i tanti interventi della dottrina: F. Amatucci, "La discriminazione di trattamento nel modello OCSE", in V. Uckmar (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, CEDAM, 2002.

(22) Il Commentario suggerisce di inserire nelle Convenzioni il seguente paragrafo: "le disposizioni dei paragrafi precedenti del presente articolo non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni interne per prevenire l'evasione e l'elusione fiscale. La presente disposizione comprende in ogni caso le limitazioni della deducibilità delle spese e degli altri elementi negativi derivanti da transazioni tra imprese di uno Stato contraente ed imprese situate nell'altro Stato contraente".

(23) Sul tema si cfr. P. Valente, *Convenzioni Internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2016.

sere considerata in conflitto con i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario.

Tale verifica è di assoluta rilevanza, in quanto la normativa comunitaria (T.F.U.E.) si pone a un livello gerarchicamente superiore non soltanto a quella nazionale, ma anche a quella pat-
tizia.

In caso di **conflitto tra norme di diritto comunitario e norme di diritto internazionale**, saranno le prime, quindi, a prevalere (come previsto dal T.F.U.E.) e ciò anche quando la Convenzione sia stata stipulata antecedentemente al Trattato comunitario.

È ormai pacifico, come chiarito da copiosa giurisprudenza della Corte Europea (24), che anche se il Trattato istitutivo non ricomprende nella sua sfera di applicazione le imposte dirette, per le quali gli Stati membri conservano la piena potestà legislativa, occorre, pur sempre, che l'esercizio di tale potestà non interferisca con i principi fondamentali previsti dal Trattato comunitario.

La **prevalenza della normativa comunitaria** risulta, tra l'altro, sancita dal supremo giudice comunitario con la sentenza del 19 novembre 2009 (causa C-540/07), che ha censurato la normativa italiana contraria ai principi comunitari di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali, nella misura in cui prevedeva un'imposizione dei dividendi più gravosa in capo ai non residenti.

La stessa sentenza della Corte è richiamata dalle tre citate Commissioni a fondamento delle proprie sentenze, in quanto è stato ritenuto che la portata della stessa non sia circoscrivibile ai soli dividendi, ben potendo rilevarsi una censurabile discriminazione in capo al soggetto non residente anche in tema di plusvalenze.

In generale, l'appartenenza all'Unione Europea comporta, infatti, la diretta applicabilità di alcuni principi fondamentali, tra i quali:

- la **libertà di stabilimento dei cittadini** di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro ai sensi dell'art. 49 del T.F.U.E. (art. 43 del T.C.E.); in base a tale principio deve essere riconosciuto il diritto delle imprese comunitarie di esercitare un'attività economica in un altro

Stato membro, ovvero di aprirvi un centro secondario di attività beneficiando delle stesse condizioni riconosciute ai residenti (25);

- la **libera movimentazione di capitali**, prevista dall'art. 63 (*ex art.* 56), con cui viene vietata ogni restrizione ai movimenti di capitali degli Stati membri.

Norme interne che restringano una o entrambe le citate libertà fondamentali sono pertanto da considerarsi illegittime.

Nella fattispecie in esame, emergono limitazioni alla libertà di circolazione dei capitali, in quanto l'impossibilità di beneficiare del regime PEX rende meno interessante l'investimento in Italia, per via della penalizzante tassazione delle eventuali plusvalenze (26).

Nel caso, poi, di **partecipazioni totalitarie** (come nelle fattispecie giurisprudenziali citate), o comunque di controllo, risulta violato il principio della libertà di stabilimento a causa del maggior onere fiscale riconducibile alla scelta di insediamento in Italia.

D'altronde non pare giustificabile la discriminazione del contribuente francese sul presupposto della salvaguardia della coerenza del regime tributario atteso che la Corte tende a limitare tale deroga, che non può comunque essere ricondotta a ragioni di "opportunità erariale" (27).

9. Conclusioni

Malgrado il condivisibile orientamento giurisprudenziale, a oggi restano gravi incertezze applicative sul regime impositivo applicabile alle plusvalenze realizzate dalle controllanti transalpine.

I gruppi francesi più accorti hanno ovviato al rischio di elevata imposizione sulle plusvalenze utilizzando **holding in altri Paesi** (soprattutto in Olanda e Lussemburgo).

Le controllanti francesi potrebbero inoltre ridurre il carico fiscale procedendo, prima della cessione della partecipazione, alla **distribuzione di dividendi** (28) con conseguente rischio di "depatrimonializzazione" per le partecipate italiane.

(24) Il primo intervento della Corte in materia di imposte dirette risale al 28 gennaio 1986, procedimento C-270/83, caso "Avoir Fiscal".

(25) Cfr. P. Flora, "Riflessioni in tema di ritenuta sui dividendi transnazionali", in *Fiscalità internazionale*, n. 1/2008.

(26) Cfr. A. Crosti, "Il regime PEX e partecipazioni in Italia di soggetti non residenti: discriminazioni", in *Fiscalità & Commercio internazionale*, n. 2/2017.

(27) Cfr. la sentenza 6 giugno 2000 nel procedimento C-35/98 caso "Verkooijen".

(28) In base all'art. 10 della Convenzione, la distribuzione di utili è imponibile soltanto in Francia e beneficia inoltre dell'esenzione delle ritenute in applicazione della Direttiva madre-figlia e di una imponibilità limitata al 5% come previsto dall'art. 215 CGI.

A questo punto, è auspicabile un intervento dell'Agenzia delle entrate che recepisca l'orientamento della giurisprudenza e confermi l'**applicazione del regime PEX in favore delle controllanti francesi** (ancora più auspicabile sarebbe un intervento legislativo).

D'altronde, il legislatore è già intervenuto, sulla scorta della citata sentenza C-540/07, introducendo un'imposta sostitutiva pari al 1,375% sugli utili corrisposti a società comunitarie.

Sarebbe sufficiente prendere atto, come hanno fatto le Commissioni, dell'ampia portata della sentenza comunitaria e prevedere un'**imposta sostitutiva** (che dovrebbe essere pari all'1,2%) quando la plusvalenza sia realizzata da una società francese (di fatto unica società comunitaria tenuta ad assoggettare in Italia le plusvalenze ivi realizzate).

La rilevanza degli investimenti transalpini in Italia esige, infatti, chiarezza sulle regole impositive.