

I PROFILI INTERNAZIONALI DELLA PREVIDENZA COMPLEMENTARE

Federico Rasi

Ottobre 2012

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

PRESENTAZIONE

Il lavoro di Federico Rasi evidenzia la presenza di numerosi ostacoli al funzionamento della disciplina fiscale della previdenza complementare in un contesto "transnazionale". Nonostante che negli ultimi anni sia a livello europeo che a livello interno siano stati fatti significativi passi in avanti per l'eliminazione dei più rilevanti ostacoli alla libera circolazione del risparmio previdenziale dei lavoratori, permangono ancora numerose le barriere che la legislazione dei singoli stati pongono alle possibilità dei lavoratori di aderire a forme previdenziali estranee al proprio Paese di residenza o di trasferire la posizione previdenziale accumulata fra forme previdenziali appartenenti a diversi Stati. Per non parlare, poi, delle incertezze che si determinano al momento di maturazione della prestazione previdenziale, laddove sussista una divergenza anagrafica fra lo Stato di residenza della forma previdenziale e quello di residenza del percettore.

Come si evince dallo stesso lavoro di Federico Rasi tali ostacoli non appaiono facilmente superabili. Nell'adesione, che appare ormai diffusa per non dire generalizzata, dei diversi Paesi Europei e non ad uno schema di previdenza complementare secondo il modello E-E-T (exemption, exemption, taxation), il superamento delle barriere alla libera circolazione del risparmio previdenziale può essere realizzato solo a condizione della rinuncia all'imposizione da parte del Paese che ha concesso l'esenzione nella fase di accantonamento e/o di accumulo a favore del Paese presso cui si realizza il momento impositivo (fase dell'erogazione della prestazione previdenziale). Tutto ciò non può realisticamente che essere realizzato solo sulla base di accordi di 'reciprocità' fra i vari Stati, accordi che – a livello europeo – potrebbero anche essere trovati all'interno degli strumenti legislativi comunitari, mentre – a livello mondiale – non posso che formare oggetto di negoziati bilaterali.

È, insomma, il modello E-E-T che, presupponendo la rinuncia all'imposizione nelle fasi dell'accantonamento e dell'accumulazione a favore del recupero dell'imposizione nella fase dell'erogazione, mentre funziona all'interno del singolo e medesimo ordinamento, mostra limiti invalicabili in un contesto 'transnazionale'. Provocatoriamente ciò potrebbe portare a ritenere che in un'economia moderna e globalizzata tale modello debba considerarsi superato a vantaggio dell'opposto modello T-E-E (taxation, exemption, exemption), laddove, ponendosi il momento impositivo nella fase iniziale dell'accantonamento a favore dell'esenzione nelle successive fasi dell'accumulo e dell'erogazione, verrebbe meno qualunque tipo di ostacolo alla libera circolazione internazionale del risparmio previdenziale.

Fabio Marchetti

* * *

INTRODUZIONE

Il presente lavoro esamina le principali problematiche (essenzialmente dovute all'esistenza di asimmetrie tra gli ordinamenti coinvolti) relative ai profili internazionali della previdenza complementare che i fondi pensione ed i relativi iscritti incontrano in caso di situazioni *cross border*.

In dettaglio, i principali ostacoli fiscali che si frappongono alla realizzazione di un sistema omogeneo della previdenza complementare interessano:

- *la fase della contribuzione:* si tratta dei casi in cui la deducibilità o altra agevolazione riconosciuta in caso di adesione ai fondi pensione residenti non sia invece riconosciuta in caso di adesione a fondi pensione non residenti;
- *la fase dell'accumulazione:* si tratta dei casi in cui la tassazione eventualmente subita dai fondi pensione nella fase di accumulazione, e per la quale non siano previsti rimborsi in capo ai non residenti, riduca la competitività degli stessi nei confronti di istituzioni residenti in paesi in cui tale fase sia esente da imposta;
- *la fase della prestazione:* si tratta dei casi in cui si generino fenomeni di doppia imposizione dovuti alla circostanza che il paese della fonte e quello della residenza non si accordino circa l'attribuzione della potestà impositiva.

Tanto premesso, si intende procedere secondo il seguente ordine espositivo:

CONSIDERAZIONI DI ORDINE GENERALE.	1
1. FASE DELLA CONTRIBUZIONE.	7
1.1. Deducibilità dei contributi versati a fondi pensione esteri (comunitari e non) da parte di residenti in Italia.	7
1.1.1. Problematiche connesse al versamento di contributi a fondi pensione esteri: gli obblighi di monitoraggio.	12
1.2. Problematiche relative ai contributi versati da iscritti non residenti a fondi italiani.	15
1.3. La nuova Convenzione Italia – USA.	22
1.4. Trasferimento di posizione previdenziale.	24
1.4.1. Il trasferimento dall'Italia all'estero.	27
1.4.2. <i>Il trasferimento dall'estero all'Italia.</i>	34
1.5. Il conferimento del trattamento di fine rapporto.	37
2. FASE DELL'ACCUMULAZIONE.	40
2.1. Soggettività passiva dei fondi pensione a fini convenzionali e applicabilità delle Convenzioni contro le doppie imposizioni.	40
2.2. Non applicabilità dell'istituto del credito di imposta.	47
2.3. La concorrenza al risultato di gestione di redditi di fonte estera.	49
2.4. L'attuazione in Italia della Direttiva 2003/41/CE.	53
2.4.1. Operatività all'estero di fondi italiani.	57
2.4.2. Operatività in Italia di fondi esteri.	59
2.4.3. Cooperazione e scambio di informazioni tra autorità di vigilanza in materia previdenziale.	60
2.5. Gli obblighi di monitoraggio in capo all'iscritto nel caso di partecipazione a fondi esteri nella fase dell'accumulazione.	61

3. FASE DELLA PRESTAZIONE.	62
3.1. Il riparto della potestà impositiva.	62
3.2. Il residente iscritto ad un fondo pensione estero.....	64
3.2.1. La disciplina in assenza di Convenzioni contro le doppie imposizioni applicabili alle prestazioni erogate in rendita e in capitale.....	64
3.2.2. La disciplina convenzionale applicabile alle prestazioni erogate in rendita e in capitale. .	70
3.2.3. Gli obblighi di monitoraggio in capo all'iscritto nel caso di prestazioni previdenziali erogate da fondi esteri.	71
3.3. Il non residente iscritto ad un fondo pensione italiano.	72
3.3.1. La disciplina in assenza di Convenzioni contro le doppie imposizioni applicabili alle prestazioni erogate in rendita e in capitale.....	72
3.3.2. La disciplina convenzionale (modello OCSE) applicabile alle prestazioni erogate in rendita.....	72
3.3.3. La disciplina convenzionale (modello OCSE) applicabile alle prestazioni erogate in capitale.....	74
3.3.3.1. Profili di incompatibilità con il diritto comunitario.	78
3.3.4. La nuova Convenzione Italia – USA.	81
3.4. Le anticipazioni.	85
3.5. I riscatti.....	91

* * *

CONSIDERAZIONI DI ORDINE GENERALE.

“La diversità, complessità e specificità dei sistemi fiscali nazionali sviluppatasi negli ultimi anni sono considerati il maggior ostacolo per l’esercizio della libera circolazione delle persone e la libertà di prestazione di servizi in materia di pensione complementare ed assicurazione sulla vita”. Così si esprimeva la Commissione Europea nella COM (1999)134 *“Verso un mercato unico per i regimi pensionistici integrativi”* dell’11 maggio 1999 evidenziando come le diversità negli schemi di previdenza complementare potessero causare un impedimento all’esercizio delle libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario.

Da quella data si osserva un impegno delle istituzioni comunitarie, della Commissione e della Corte di Giustizia in particolare, per cercare di rimuovere tali ostacoli: questo impegno ha prodotto una serie di interventi i cui profili tecnici formeranno successivamente oggetto di valutazione. Per ora ci si limita a rilevare come tali interventi, sul piano sistematico, si connotano per il fatto di cercare di tenere conto delle specificità della vicenda previdenziale.

Tale vicenda deve essere analizzata in una prospettiva “diacronica”, differente dalla tradizionale prospettiva “sincronica” attraverso cui si osserva il fenomeno fiscale. In questa materia vige infatti il principio dell’autonomia dei periodi di imposta in forza del quale la rilevanza dei fatti generatori dell’obbligazione tributaria rimane confinata nel periodo di imposta in cui si manifestano (che per le persone fisiche coincide con l’anno solare) di modo che il corrispondente obbligo tributario rimane circoscritto a tale periodo di riferimento.

La disciplina fiscale della previdenza complementare ha, invece, in mente un più ampio orizzonte temporale di riferimento. Ciò consente ai legislatori nazionali di concentrare la tassazione del risparmio previdenziale in una sola delle fasi (contribuzione, accumulazione, prestazione) in cui la vicenda previdenziale stessa si articola.

Potrà però accadere che qualora il lavoratore si sposti da uno Stato che applica il sistema c.d. E-E.T. ad un altro fondato sul sistema c.d. T-E-E. o viceversa, subisca una disparità di trattamento rispetto ai lavoratori che

continuano ad aderire ad un unico sistema. Il trasferimento dell'iscritto potrà, in altri termini, causare il verificarsi di casi di doppia imposizione (ma anche di doppia non imposizione)¹.

La scelta di uno Stato di riservare ad un iscritto un regime fiscale di favore in una data fase, si fonda, infatti, sul presupposto del rinvio della tassazione ad una fase successiva (la concessione del vantaggio fiscale della deduzione dei contributi, a titolo di esempio, è correlata alla successiva tassazione delle prestazioni, lontana nel tempo dalla prima). Il trasferimento di un iscritto da uno Stato ad un altro modifica tale simmetria con effetti ora favorevoli ora sfavorevoli per l'iscritto.

Nella prospettiva del diritto comunitario, l'ambizione di uno Stato di ripristinare le simmetrie infrante rischia di violare le libertà fondamentali sancite dal Trattato sull'Unione Europea.

Ne deriva quindi una situazione particolarmente complessa che qui si cercherà di analizzare e che è conseguenza della mancata applicazione negli Stati Membri del principio di reciproco riconoscimento dei sistemi pensionistici complementari e delle norme fiscali che li caratterizzano.

Hanno cercato di porre rimedio a questa situazione le istituzioni comunitarie ed in particolare la Commissione e la Corte di Giustizia

La Commissione, oltre ad aver avviato procedure di infrazione² nei confronti degli Stati Membri, ha cercato di offrire soluzioni con la Direttiva 2003/41/CE. Questa, accogliendo l'ottica della specificità del fenomeno previdenziale, ha individuato le condizioni (e le procedure) alle quali un ente pensionistico costituito in uno Stato Membro può offrire servizi previdenziali in un altro a condizioni di parità. Da questa Direttiva, come meglio si chiarirà nel prosieguo, emerge l'estrema cautela con la quale la Commissione ha

¹ Così F. MARCHETTI, I. CHERUBINI, *La previdenza complementare e le libertà fondamentali del Trattato sull'Unione Europea*, in Archivio CERADI, 2001, disponibile, nel momento in cui si licenzia il presente scritto, all'indirizzo [internet](http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/osservatori/tributario/marchetti_pensioni.pdf) http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/osservatori/tributario/marchetti_pensioni.pdf, pag. 26.

² Ancora per l'Italia procedura di infrazione n. 2002/2291 in cui si invitata l'Italia a modificare la propria legislazione fiscale attribuendo, ai contributi pensionistici versati a fondi pensione di un altro Stato Membro, il medesimo trattamento riservato ai contributi versati ai fondi nazionali.

affrontato il problema della previdenza complementare e se ne ricava l'impressione che la Commissione abbia accolto la conclusione che, diversamente da altri settori, quello previdenziale potrebbe tollerare differenze nelle legislazioni.

Analogo approccio è accolto dalla Corte di Giustizia che per prima ha dovuto affrontare il problema e valutare se la simmetria cercata dagli Stati Membri potesse giustificare eventuali violazioni alle regole comunitarie. Così nella sentenza *Commissione/Belgio* (Causa C-300/90), essa ha riconosciuto l'esistenza di un legame fra la deducibilità dei contributi e l'imponibilità delle somme dovute a carattere previdenziale. È stato così affermato il principio della "coerenza fiscale". Tuttavia la Corte mentre ha modificato la nozione di coerenza per adattarla a materie diverse da quella previdenziale, in quest'ultima materia, è rimasta ancorata all'originaria impostazione ritenendola maggiormente aderente alla specificità del fenomeno previdenziale. Eco di tale impostazione si trova nella sentenza *Commissione c/ Danimarca* (Causa C-150/04) nella quale la nozione di coerenza fiscale viene precisata nel senso che essa deve essere valutata alla luce della possibilità dello Stato di tassare le future prestazioni: uno Stato dovrà consentire eventuali detrazioni o regimi di esenzione allorquando possa esercitare la propria potestà impositiva sulle future prestazioni, a condizione però che ciò sia consentito dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni eventualmente applicabili. La Corte pare così consentire agli Stati di preservare le proprie scelte in materia di fiscalità della previdenza complementare e individua nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni lo strumento più adatto a perseguire questo scopo³.

È allora anche alle Convenzioni contro le doppie imposizioni che occorre rivolgere l'attenzione.

Il primo problema che si pone è quello di individuare in quali norme convenzionali si colloca la previdenza complementare. Questo è un problema

³ Nello stesso senso Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 10 settembre 2009, Causa C-269/07, *Commissione c/ Germania*, secondo cui "anche a voler ritenere che una ... discriminazione nella concessione di un vantaggio sociale possa essere giustificata da ragioni di coerenza fiscale, tale giustificazione non può, nel caso di specie, essere accolta, dal momento che la coerenza fiscale è garantita sulla base di convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione concluse dalla Repubblica federale di Germania con altri Stati membri (v., per analogia, sentenza *Wielockx*, cit., punto 25)".

tipico delle Convenzioni contro le doppie imposizione: quello dell'interpretazione delle relative norme.

Il Modello OCSE, cui comunemente si ispira l'Italia come gli altri Paesi industrializzati, dedica al problema l'art. 3, comma 2, Modello OCSE. Questo recita che *“ai fini dell'applicazione della presente Convenzione da parte di uno Stato contraente, le espressioni ivi non definite hanno il significato che ad esse è attribuito dalla legislazione di detto Stato relativa alle imposte cui si applica la presente Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione”*. Il Commentario al Modello OCSE offre un'interpretazione del tenore di detta disposizione: il suo contenuto viene coordinato con quello degli artt. 23A e 23B del Modello OCSE (che indicano i metodi per eliminare la doppia imposizione) al fine di affermare il diritto dello Stato della fonte di procedere alla qualificazione di un componente reddituale e correlativamente l'obbligo dello Stato di residenza di accettare la qualificazione operata dallo Stato della fonte, anche se la propria legislazione interna avrebbe determinato una diversa qualificazione.

Tale soluzione è fortemente avversata dalla dottrina⁴ che suggerisce di attribuire significati comuni alle disposizioni convenzionali per pervenire non solo ad una reale uniformità interpretativa, ma anche per garantire la massima certezza del diritto

Neppure l'Amministrazione Finanziaria dimostra di accogliere le soluzioni offerte dal Commentario al Modello OCSE: essa sembra piuttosto procedere ad interpretare le disposizioni convenzionali esclusivamente alla luce delle categorie interne.

I conflitti di qualificazione tra Stato della fonte e Stato della residenza di cui si è fatto cenno non fanno così altro che aumentare la possibilità che l'iscritto ad un fondo pensione perda i vantaggi fiscali connessi a tale forma di investimento e frustrano il diritto dei lavoratori alla mobilità transnazionale.

In linea di principio, si osserva che di norma entrano in gioco due disposizioni: l'art. 15 del Modello OCSE relativo ai redditi di lavoro dipendente e l'art. 18 del medesimo Modello specificamente relativo alle pensioni ed analoghe remunerazioni. Quest'ultima disposizione, che come si dirà nel

⁴ Cfr. per una completa analisi di tali teorie G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, pag. 678.

prosegua pare quella correttamente applicabile, assegna potestà impositiva esclusiva allo Stato della residenza. L'OCSE nel suo modello suggerisce, infatti, la seguente clausola "*pensions and other similar remuneration paid to a resident of a Contracting State in consideration of past employment shall be taxable only in that State*", assegnando la potestà impositiva esclusiva allo Stato della residenza dell'iscritto.

Una simile norma non è sufficiente a disciplinare il fenomeno previdenziale: disciplina solo una fase della vicenda previdenziale, e non l'intera vicenda. L'OCSE non fornisce nel modello di Convenzione contro le doppie imposizioni una soluzione a tale questione. Nel Commentario viene dato atto di tale situazione e viene affermato che "*many States have adopted the approach under which, subject to various restrictions, tax is totally or partially deferred on contributions to, and earnings in, pension schemes or on the accrual of pension rights, but is recovered when pension benefits are paid*". Si riconosce così la scelta degli Stati di rinviare la tassazione ad una sola fase e si suggerisce una serie di clausole che tengano conto delle istanze degli Stati e colleghino le tre fasi in cui si articola il rapporto previdenziale.

Si deve quindi registrare a livello OCSE la "presa d'atto" della questione e la circostanza che si indichi agli Stati la necessità di adottare un approccio di lungo periodo e di disciplinare a livello convenzionale sia la fase della contribuzione, sia la fase della prestazione. Tuttavia, allo stato attuale, come meglio si illustrerà, l'unica Convenzione in cui l'Italia ha adottato tale approccio è la recente Convenzione con gli Stati Uniti d'America in cui sono contenute clausole del tipo di quelle suggerite dal Commentario al modello OCSE.

Anche a livello di Convenzioni contro le doppie imposizioni si registrano quindi alcuni aspetti problematici. Limitandosi alla prassi italiana, le soluzioni (che saranno meglio illustrate) da essa proposte a tali profili, non appaiono soddisfacenti: esse risultano animate dalla volontà di recuperare in via di fatto la connessione tra fase della prestazione e della contribuzione, ma se tale obiettivo è corretto, esso deve essere perseguito coerentemente con la normativa vigente; invece, le conclusioni cui perviene l'Amministrazione Finanziaria se sono condivisibili *de iure condendo*, non sono tali *de iure condito*.

In definitiva, il maggior ostacolo alla mobilità transnazionale dei lavoratori è la “miopia” degli Stati troppo attenti a disciplinare solo taluni aspetti e dimenticando il quadro di insieme. Le soluzioni sino ad ora offerte appaiono troppo settoriali; sarebbe, invece, opportuno che fosse predisposta una legislazione di coordinamento a livello comunitario che permetta un reciproco riconoscimento degli schemi di previdenza complementare di tutti gli Stati membri, che detti norme in grado di prevenire la doppia imposizione fiscale⁵. Almeno a livello comunitario è assolutamente preferibile un approccio che in maniera diretta affronti il problema della previdenza complementare avendo a mente le fasi in cui si articola. Anche gli Stati dovrebbero recuperare la visione di insieme e meglio dettagliare le Convenzioni.

Come anticipato il presente scritto vuole verificare come tale istanze sono accolte (o non accolte) dal legislatore italiano e quali soluzioni sono state individuate nella prassi.

* * *

⁵ F. MARCHETTI, I. CHERUBINI, *La previdenza complementare e le libertà fondamentali del Trattato sull'Unione Europea*, in Archivio CERADI, 2001, disponibile, nel momento in cui si licenzia il presente scritto, all'indirizzo *internet* http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/osservatori/tributario/marchetti_pensioni.pdf, pag. 26.

1. FASE DELLA CONTRIBUZIONE.

1.1. Deducibilità dei contributi versati a fondi pensione esteri (comunitari e non) da parte di residenti in Italia.

La prima questione che merita di essere analizzata riguarda il regime fiscale applicabile ai contributi versati da parte di un soggetto residente in Italia a fondi pensioni esteri. Si pone in questa ipotesi il problema della verifica della deducibilità fiscale di tali versamenti dal reddito imponibile dell'iscritto analogamente a quanto avviene nell'ipotesi di partecipazione a fondi residenti. Ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. e-bis), primo inciso, infatti i contributi versati alle forme pensionistiche complementari di cui al d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, sono deducibili dal reddito complessivo dell'iscritto alle condizioni e nei limiti previsti dall'articolo 8 del medesimo decreto. Alla luce di tale disposizione i contributi versati dal lavoratore e dal datore di lavoro o committente, sia volontari sia dovuti in base a contratti o accordi collettivi, anche aziendali, alle forme di previdenza complementare, sono deducibili dal reddito complessivo per un importo non superiore ad € 5.164,57. Si ricorda, infatti, che il rinvio dell'articolo 10 t.u.i.r. all'articolo 8 d.lgs. n. 252 del 2005 (che riguarda solo i lavoratori dipendenti) ha la sola funzione di individuare le condizioni e i limiti di deducibilità, fermo restando che la previsione dello stesso articolo 10 riveste carattere generale e ha come destinatari tutti i contribuenti interessati, a prescindere dalle tipologie di reddito prodotte e dalla individuazione del soggetto che versa i contributi.

Limitare l'applicazione di tale regime ai soli fondi italiani avrebbe rischiato, almeno con riferimento ai fondi pensione residenti nell'Unione Europea, di tradursi in una violazione di talune delle libertà fondamentali, in particolare della libertà di circolazione all'interno dell'Unione Europea⁶.

⁶ Come evidenziato dalla circolare ministeriale 18 dicembre 2007, n. 70/E, la disposizione summenzionata si è resa necessaria, secondo la relazione di accompagnamento alla Legge Finanziaria per il 2007, "*onde allineare la normativa interna a quella comunitaria, ponendo così fine al contenzioso in essere con la Corte di Giustizia della Comunità Europea*" in relazione alla procedura di infrazione n. 2002/2291 ai sensi dell'articolo 226 del Trattato UE. A tale riguardo la Commissione, al fine di garantire la piena libertà di prestazione fra i diversi Stati Membri ed assicurare la piena mobilità transfrontaliera dei lavoratori, aveva avviato procedure di infrazione sulle norme in materia di tassazione delle pensioni nei confronti di otto Stati

Opportunamente, pertanto, l'art. 10 t.u.i.r. menzionato è stato modificato dai commi 313 e 314 dell'art. 1, legge 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. Legge Finanziaria per il 2007) introducendo la possibilità di dedurre anche i contributi versati alle forme pensionistiche complementari istituite negli Stati membri dell'Unione Europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo⁷.

Membri, ivi inclusa l'Italia: Belgio, Danimarca, Irlanda, Francia, Portogallo, Spagna e Regno Unito. Per ciò che specificamente atteneva all'Italia, la Commissione aveva formalmente invitato l'Italia a modificare la propria legislazione fiscale attribuendo, ai contributi pensionistici versati a fondi pensione di un altro Stato Membro, il medesimo trattamento riservato ai contributi versati ai fondi nazionali. La richiesta è stata formulata sotto forma di "parere motivato". Il 5 febbraio 2003 la Commissione aveva inviato una prima richiesta di informazioni sotto forma di lettera di costituzione in mora. Un'ulteriore richiesta di informazioni, inviata all'Italia nel dicembre 2003, era rimasta disattesa. Successivamente, l'Italia si era impegnata a modificare la legislazione interna al fine di allinearla a quella comunitaria.

L'intervento italiano è stato assolutamente opportuno e tempestivo sol se si tiene conto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che anche in recenti sentenze ha dichiarato l'incompatibilità di normative simili a quella italiana ante riforma. Ci si riferisce alla recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 19 novembre, Causa C-314/08, *Filipiak*, in cui era stata sottoposta all'attenzione della Corte la normativa polacca relativa all'imposta sul reddito, in quanto riconosceva il diritto alla deduzione dalla base imponibile dell'imposta sul reddito all'importo dei contributi previdenziali obbligatori ed il diritto alla detrazione dei contributi obbligatori di assicurazione malattia, solo ed esclusivamente se versati in Polonia con l'effetto che un cittadino polacco, soggetto ad un obbligo tributario illimitato in Polonia, che ha versato contributi obbligatori previdenziali e di assicurazione malattia in un altro Stato membro a fronte di un'attività economica ivi esercitata e siffatti contributi non siano stati dedotti dal reddito o detratti dall'imposta in quest'altro Stato membro, non può dedurre o detrarre gli stessi in Polonia. La Corte muove dall'osservazione che *"la situazione di un contribuente come il sig. Filipiak, che risiede in Polonia e esercita un'attività economica in un altro Stato membro, nel quale è affiliato ai regimi obbligatori di assicurazione malattia e di previdenza sociale, e quella di un contribuente anch'egli residente in Polonia, ma che esercita la sua attività professionale in questo stesso Stato, nel quale è affiliato ai regimi nazionali di assicurazione malattia e di previdenza sociale, sono analoghe per quanto riguarda i principi di imposizione, in quanto in Polonia entrambi i contribuenti sono soggetti ad un obbligo tributario illimitato"*.

Nella visione della Corte il mancato riconoscimento della possibilità di dedurre e/o detrarre dal reddito polacco i contributi versati a forme di previdenza estere si traduce in una restrizione vietata dagli artt. 43 e 49 del Tratto UE in quanto dissuade un cittadino di uno Stato Membro dall'esercitare un'attività economica in un altro Stato Membro. Pertanto, la Corte non può che concludere ritenendo che *"gli artt. 43 CE et 49 CE ostano ad una normativa nazionale in forza della quale un contribuente residente può ottenere, da un lato, che l'importo dei contributi previdenziali pagati nel corso dell'esercizio fiscale sia dedotto dalla base imponibile e, dall'altro, che i contributi di assicurazione malattia versati in questo periodo siano detratti dall'imposta sul reddito da questi dovuta, unicamente qualora i suddetti contributi siano versati nello Stato membro di imposizione, mentre tali agevolazioni vengono negate nel caso in cui tali contributi siano pagati in un altro Stato membro, quand'anche essi non siano stati oggetto di deduzione dal reddito o detrazione dall'imposta in quest'ultimo Stato membro"*. Se il legislatore italiano non fosse intervenuto, la normativa nazionale si sarebbe esposta alle medesime censure.

⁷ Come precisato dalla Circolare 18 dicembre 2007, n. 70/E, *"la modifica ha esteso la deducibilità, ai fini IRPEF, anche ai contributi versati a forme pensionistiche complementari istituite presso gli Stati membri"*

Prima delle modifiche apportate all'art. 10 t.u.i.r, l'ordinamento italiano consentiva agli iscritti a fondi pensione di dedurre dal proprio reddito complessivo i contributi versati a fondi pensione costituiti esclusivamente nelle forme previste dalla legislazione italiana. La medesima deduzione non spettava, quindi, nel caso in cui i contributi fossero versati a fondi pensione costituiti in forme diverse, ad esempio, in conformità a legislazioni estere. Ciò non solo obbligava, implicitamente, gli intermediari esteri alla costituzione di fondi pensione aperti secondo la legislazione italiana, ma anche un soggetto che voleva accedere a fondi esteri ne era dissuaso in quanto avrebbe perso i vantaggi fiscali connessi alla sottoscrizione di un fondo nazionale. Una simile legislazione non era allineata ai principi del diritto comunitario.

Allo stato attuale invece è riconosciuta la deducibilità *“alle medesime condizioni ed entro gli stessi limiti”* previsti per i contributi versati a forme pensionistiche costituite secondo la legislazione italiana ai *“contributi versati alle forme pensionistiche complementari istituite negli Stati membri dell'Unione europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo che sono inclusi nella lista di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis”* t.u.i.r..

Perché sia applicabile tale regime, come chiarito nella circolare 18 dicembre 2007, n. 70/E, devono ricorrere in capo alle forme pensionistiche complementari istituite in ambito comunitario i requisiti previsti dalla direttiva n. 2003/41/CE relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali sulla quale si tornerà più oltre. Si anticipa sin d'ora che ai fini della direttiva si intende per «ente pensionistico aziendale o professionale» o «ente pensionistico»: un ente, a prescindere dalla sua forma giuridica, operante secondo il principio di capitalizzazione, distinto da qualsiasi impresa promotrice o associazione di categoria, costituito al fine di erogare prestazioni pensionistiche in relazione a un'attività lavorativa sulla base di un accordo o di un contratto stipulato:

- individualmente o collettivamente tra datore di lavoro e lavoratore, o i loro rispettivi rappresentanti o;

dell'Unione Europea e presso gli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo che consentono un effettivo scambio di informazione, equiparando, fiscalmente, i contributi versati ai fondi pensione esteri a quelli italiani”.

- con lavoratori autonomi, conformemente alla legislazione dello Stato Membro di origine e dello Stato Membro ospitante e che esercita le attività direttamente connesse.

Pare opportuno meglio chiarire il rinvio operato dalla Circolare n. 70/E del 2007 alle forme di previdenza complementare istituite nell'Unione Europea o nello Spazio Economico Europeo in capo alle quali si devono verificare i requisiti previsti dalla direttiva n. 2003/41/CE⁸. L'affermazione dell'Agenzia delle Entrate può prestarsi a due differenti interpretazioni:

- 1) una prima secondo la quale è sufficiente che le forme pensionistiche estere soddisfino i requisiti previsti dalla predetta direttiva di modo che possano, in potenza, essere autorizzate all'operatività al di fuori del proprio Paese di costituzione;
- 2) una seconda, più restrittiva, secondo la quale occorre, invece, che le forme pensionistiche estere non solo soddisfino i requisiti previsti dalla predetta direttiva, ma siano stati concretamente autorizzate all'offerta di servizi previdenziali fuori del proprio Paese di costituzione e segnatamente in Italia.

Muovendo dal tenore letterale dell'art. 10, comma 1, lett. *e-bis*), t.u.i.r., si deve concludere ritenendo deducibili dal reddito complessivo dell'iscritto residente in Italia i contributi versati a qualunque forma di previdenza complementare operante in un Paese dell'Unione Europea o dello Spazio Economico Europeo (purché incluso nella futura *white list*), indipendentemente dalla circostanza che questa forma pensionistica complementare sia stata effettivamente autorizzata all'operatività in Italia. È sufficiente, in altri termini, che il fondo pensione possa essere autorizzato e non che lo sia concretamente. In particolare, occorre che il fondo risulti distinto dall'impresa promotrice o dall'associazione di categoria nel cui ambito è sorto, sia costituito con lo scopo di erogare prestazioni pensionistiche complementari, operi secondo il principio della capitalizzazione. In caso di contestazioni sulla sussistenza di tali requisiti (e quindi sulla possibilità per l'iscritto italiano di poter dedurre i contributi versati), pare di dover concludere, in ossequio al principio di vicinanza della

⁸ Sulla quale si tornerà comunque più diffusamente in seguito.

prova più volte affermato dalla giurisprudenza della Cassazione⁹, che spetti al contribuente l'onere di dimostrare la sussistenza di tali requisiti. È opportuno quindi che l'iscritto proceda, in particolare, alla raccolta e conservazione di documentazione relativa alle caratteristiche dello schema pensionistico cui ha aderito e alla struttura amministrativa dello stesso.

Pare sin d'ora necessario offrire una precisazione: le conclusioni cui si è pervenuti con riferimento al problema della deducibilità dei contributi versati a forme pensionistiche complementari istituite nell'Unione Europea e nello Spazio Economico Europeo non valgono ai fini della determinazione dei limiti entro cui opera il principio di neutralità di trasferimento di posizione previdenziale nel caso di trasferimento da un fondo italiano ad un fondo estero o viceversa. Su tale questione si tornerà più approfonditamente nel prosieguo.

L'art. 168 *bis* t.u.i.r. introdotto ad opera dell'art. 1, comma 83, lett. n), legge 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. Legge Finanziaria per il 2008), rinvia ad un decreto ministeriale per l'emanazione di una c.d. *White list*. In altri termini il Ministero dell'economia e delle finanze è stato autorizzato a procedere alla puntuale elencazione, con due distinti decreti, dei Paesi che:

- 1) consentono un adeguato scambio di informazioni;
- 2) consentono un adeguato scambio di informazioni ed il cui livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia.

È previsto che ai fini dell'applicazione dell'art. 10, co. 1, lett. e *bis*) si debba tenere conto della *white list* emanata *sub* 1).

In via transitoria, ai sensi del successivo comma 88 dell'art. 1, legge n. 244 del 2007, l'art. 168 *bis* t.u.i.r. si applica a decorrere dal periodo di imposta che inizia successivamente alla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto e fino al periodo di imposta precedente continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti al 31 dicembre 2007. Dal momento che non risulta ancora emanato il decreto di cui all'art. 168 *bis* t.u.i.r., occorrerà ancora riferirsi a quanto disposto dal d.m. 4 settembre 1996 che elenca gli Stati con i quali è attuato lo scambio di informazioni.

⁹ Da ultimo Cass., sent. 16 settembre 2008, n. 23727; Cass. Sez. Un., sent. 11 gennaio 2008, n. 582; Cass., sent. 25 luglio 2008, n. 20484; Cass. Sez. Un., sent. 10 gennaio 2006, n. 141.

1.1.1. Problematiche connesse al versamento di contributi a fondi pensione esteri: gli obblighi di monitoraggio.

Per completezza, si ricorda che il versamento di contributi a fondi pensione potrebbe determinare l'applicabilità degli obblighi del c.d. monitoraggio fiscale (di cui al Quadro RW del modello UNICO di dichiarazione dei redditi). In conformità a quanto previsto nel d.l. 28 giugno 1990, n. 167, convertito dalla legge 4 agosto 1990, n. 227, e modificato dal d.lgs. 21 novembre 1997, n. 461, le persone fisiche residenti sono tenute ad indicare:

- a) i trasferimenti da e verso l'estero di denaro, certificati in serie o di massa o titoli effettuati attraverso soggetti non residenti, senza il tramite di intermediari residenti, se l'ammontare complessivo di tali trasferimenti nel corso del periodo di imposta sia stato superiore a € 10.000,00. Nell'ammontare complessivo vanno computati tutti i trasferimenti e, quindi, sia quelli verso l'estero che quelli dall'estero;
- b) gli investimenti all'estero e le attività estere di natura finanziaria (c.d. consistenza) attraverso cui possono essere conseguiti redditi di fonte estera imponibili in Italia, detenuti al termine del periodo di imposta se l'ammontare complessivo di tali investimenti ed attività, al termine del periodo di imposta, risulta superiore a € 10.000,00. Quest'obbligo sussiste anche se nel corso dell'anno non siano intervenute movimentazioni.

Agli effetti degli obblighi di dichiarazione, si considerano come di fonte estera i redditi corrisposti da soggetti non residenti, nonché i redditi derivanti da beni che si trovano al di fuori del territorio dello Stato¹⁰.

¹⁰ Si considerano redditi di fonte estera:

- gli interessi e gli altri proventi dei depositi e conti correnti bancari costituiti all'estero;
- i proventi derivanti da operazioni di prestito titoli, riporti e pronti contro termine corrisposti da soggetti non residenti;
- gli interessi, premi ed altri frutti delle obbligazioni e degli altri titoli pubblici di cui all'art. 31, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 ("Interessi delle obbligazioni pubbliche") e degli altri titoli con regime fiscale equiparato, emessi all'estero a decorrere dal 10 settembre 1992, nonché gli interessi premi ed altri frutti delle obbligazioni medesime e di quelle emesse da non residenti,

Nella dichiarazione dei redditi deve essere indicato l'ammontare dei trasferimenti da, verso e sull'estero che, nel corso dell'anno, hanno interessato gli investimenti all'estero e le attività estere di natura finanziaria effettuati attraverso intermediari residenti o in forma diretta oppure attraverso soggetti non residenti, indipendentemente dalla causa da cui gli stessi traggono origine (donazione, successione, eccetera). Gli obblighi di dichiarazione sussistono soltanto per gli investimenti e le attività estere di natura finanziaria attraverso cui possono essere conseguiti redditi di fonte estera che siano imponibili in Italia. In altri termini, non sussistono obblighi dichiarativi per gli investimenti esteri e le attività estere di natura finanziaria attraverso i quali non possono essere conseguiti redditi di fonte estera, oppure possono essere conseguiti redditi di fonte estera di cui non sia prevista l'imponibilità in Italia.

L'obbligo di dichiarazione non sussiste, comunque, se l'ammontare complessivo degli investimenti e attività al termine del periodo di imposta, ovvero l'ammontare complessivo dei movimenti (compresi i disinvestimenti), effettuati nel corso dell'anno, non supera l'importo di € 10.000.

È inoltre sufficiente che un'operazione sia stata conclusa con l'intervento degli intermediari tenuti all'obbligo della rilevazione o che i relativi redditi siano stati riscossi attraverso il loro intervento per evitare al

che vengono riconosciuti, sia in modo esplicito che implicito, nel corrispettivo di acquisto dei titoli stessi da soggetti non residenti;

- i proventi, compresa la differenza tra il valore di riscatto o di cessione delle quote o azioni ed il valore di sottoscrizione o acquisto derivanti dalla partecipazione ad organismi di investimento collettivo in valori mobiliari di diritto estero, situati negli Stati membri della UE, conformi alle direttive comunitarie, percepiti da persone fisiche senza l'applicazione della ritenuta a titolo di imposta nella misura del 12,5%;
- i proventi compresi nei capitali corrisposti in dipendenza di contratti di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione ed i proventi relativi ai rendimenti delle rendite vitalizie aventi funzione previdenziale derivanti da contratti assicurativi stipulati con imprese di assicurazione non residenti;
- i proventi derivanti da depositi di denaro, di valori mobiliari e di altri titoli diversi dalle azioni e titoli similari, costituiti presso soggetti non residenti, a garanzia di finanziamenti concessi a imprese residenti, qualora i proventi stessi non siano stati percepiti per il tramite di intermediari;
- gli utili di fonte estera derivanti da partecipazioni non qualificate e i proventi derivanti da contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza, con un apporto diverso da opere e servizi;
- altri redditi di capitale sempre di fonte estera che non concorrono a formare il reddito complessivo del contribuente;
- i redditi derivanti da beni che si trovano al di fuori del territorio dello Stato (ad esempio, plusvalenze, eccetera).

contribuente qualsiasi obbligo di dichiarazione (anche in assenza di opzione da parte del contribuente per il regime del risparmio amministrato o gestito). In presenza di tali condizioni, infatti, l'operazione verrà rilevata dall'intermediario che interviene nella conclusione del contratto o da quello che interviene nella riscossione dei relativi redditi.

Così brevemente riassunto il quadro normativo, si osserva che la partecipazione di un residente in Italia ad un fondo estero comporta per l'iscritto:

- a) nella fase della contribuzione la possibilità di trasferire all'estero denaro a titolo di versamento contributivo;
- b) nella fase dell'accumulazione la titolarità di beni (le quote del fondo pensione) da cui possono essere ricavati redditi in Italia;
- c) nella fase della prestazione in caso di pagamento di prestazioni per importi superiori alle predette soglie.

Conferma tale impostazione non solo la circolare 17 novembre 2009, n. 48/E ove l'Amministrazione Finanziaria ha indirettamente precisato l'obbligo di indicare nel quadro RW i contributi versati a fondi pensione esteri allorché ha consentito il ricorso alla disciplina in tema di c.d. *“scudo fiscale”* per procedere anche alla *“regolarizzazione dell'ammontare dei contributi complessivamente versati a forme di previdenza individuale o collettiva organizzate o gestite da società ed enti di diritto estero”*, ma anche la successiva circolare 23 novembre 2009, n. 49/E ove viene esplicitamente chiarito che *“il residente fiscale italiano iscritto ad un fondo pensione estero ha l'obbligo di indicare ...i trasferimenti relativi ai contributi effettuati nel periodo d'imposta nella Sezione III del medesimo modulo”*.

Ne deriva l'applicabilità per l'iscritto degli obblighi di monitoraggio fiscale. Con specifico riferimento alla fase della contribuzione si ricorda che ai fini del superamento del limite di € 10.000,00 oltrepassato il quale trovano applicazione gli obblighi di monitoraggio, si devono calcolare tutti i trasferimenti di denaro verso l'estero. Ne deriva pertanto che il versamento di contributi per un ammontare inferiore a tale somma non esonera di per sé dalla compilazione del Quadro RW del modello UNICO di dichiarazione dei redditi. L'iscritto dovrà tenere conto di tutti i trasferimenti di denaro verso l'estero.

1.2. Problematiche relative ai contributi versati da iscritti non residenti a fondi italiani.

Nell'ipotesi in cui un soggetto non residente risulti iscritto ad un fondo italiano e sia titolare di redditi imponibili in Italia¹¹, ai sensi dell'art. 24 t.u.i.r., egli non può portare in deduzione dal proprio reddito complessivo tassabile in Italia i contributi versati al fondo pensione.

Tale diversità deriva dalle differenze esistenti quanto a regole di determinazione della base imponibile tra soggetti fiscalmente residenti in Italia e soggetti fiscalmente non residenti in Italia¹². Mentre per i soggetti residenti sono imponibili i redditi ovunque prodotti (art. 3 t.u.i.r. ove è affermato il c.d. principio della tassazione del reddito mondiale o *worldwide income taxation*), per i soggetti non residenti sono imponibili solo i redditi prodotti in Italia (c.d. principio della territorialità), individuati secondo i criteri di collegamento previsti dall'art. 23 t.u.i.r.. Completa tale quadro l'art. 24 t.u.i.r. in tema di determinazione dell'imposta riconoscendo ai non residenti soltanto alcune tra le deduzioni e detrazioni previste agli artt. 10, 13 e 15 t.u.i.r.. Tra le deduzioni di cui all'art. 10 t.u.i.r. la cui applicabilità è riconosciuta anche a favore dei non residenti non vi è quella di cui alla lett. e *bis*).

¹¹ Si assume quale ipotesi operativa esclusivamente quella in cui il soggetto non residente produca redditi imponibili in Italia. Non si tratta la diversa ipotesi in cui un soggetto non residente non svolga alcuna attività in Italia e ciò nonostante contribuisca ad un fondo pensione italiano, in quanto in capo a costui, durante la fase della contribuzione, non sorge alcuna obbligazione tributaria. Egli sarà tenuto a corrispondere le imposte in Italia, allorché, nella fase della prestazione, saranno erogate nei suoi confronti le prestazioni previdenziali. Infatti, ai sensi dell'art. 23, comma 2, lett. b), t.u.i.r., si considerano prodotti nel territorio dello Stato se corrisposti da soggetti residenti nel territorio dello Stato i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui all'art. 50, comma 1, lett. h *bis*), t.u.i.r..

¹² È residente la persona fisica che per la maggior parte del periodo d'imposta (anno solare) alternativamente (a) sia iscritta nelle anagrafi comunali della popolazione residente (b) abbia nel territorio dello Stato il domicilio ai sensi dell'art. 43, comma 1, cod. civ., e cioè abbia nello Stato la sede principale dei propri affari ed interessi (c) abbia nel territorio dello Stato la propria dimora abituale ai sensi del comma 2 dell'art. 43 cod. civ.. Con norma di chiara valenza antielusiva, è previsto che la cancellazione dall'anagrafe della popolazione residente ed il trasferimento della residenza all'estero in Paesi aventi un regime fiscale privilegiato (c.d. Paradisi fiscali) non fa venir meno la residenza fiscale in Italia, a meno che il contribuente non sia in grado di dimostrare l'effettività del trasferimento e che esso non sia stato fatto al solo fine di sottrarsi alla tassazione in Italia.

Tale discriminazione può ritenersi giustificata a condizione che sussistano reali differenze tra la posizione dei residenti e quella dei non residenti. A questo scopo può essere preso in considerazione il diverso modo di atteggiarsi del principio di personalità dell'imposizione che caratterizza i residenti: a questi, a fronte dell'imponibilità dei redditi prodotti su base mondiale, è riconosciuta la possibilità di portare in deduzione dal proprio reddito imponibile determinati oneri, al fine di ricostruirne quella capacità contributiva complessiva che, nel caso del soggetto non residente rileverà, invece, nel rispettivo Stato di residenza, nel quale si terrà dunque conto di tali oneri¹³. Il problema diventa allora, per le persone fisiche, di stabilire in quali circostanze la posizione del non residente diventi assimilabile a quella del soggetto residente nello Stato che applica la disposizione che si assume discriminatoria.

Tale indagine assume particolare rilievo nell'ipotesi in cui il soggetto non residente in Italia sia invece residente in uno dei Paesi Membri dell'Unione Europea; in tale caso costui potrebbe infatti lamentare una violazione delle libertà fondamentali del Trattato dell'Unione Europea. Tale questione non è nuova nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Essa è stata affrontata in vari casi:

- 1) nel caso *Schumacker*¹⁴ relativo ad un cittadino belga che produceva in Germania la totalità del proprio reddito di lavoro dipendente, ma che in Germania veniva trattato alla stregua di un soggetto non residente, senza poter beneficiare delle deduzioni personali e dello *splitting*, mentre in Belgio, non avendo redditi imponibili, veniva sì considerato soggetto residente ma, essendo privo di redditi imponibili, non poteva neanche beneficiare delle deduzioni personali;
- 2) nel caso *Wielockx*¹⁵ avente ad oggetto un cittadino belga ivi residente, che produceva la quasi totalità del proprio reddito di lavoro autonomo nei Paesi Bassi, ma al quale non spettava il diritto di costituire una riserva di

¹³ Da ultimo, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 1° luglio 2004, Causa C-169/03, *Wallentin*.

¹⁴ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 14 febbraio 1995, Causa C-279/93, *Schumacker*.

¹⁵ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 11 agosto 1995, Causa C-80/94, *Wielockx*.

vecchiaia fiscalmente detraibile alle stesse condizioni previste per i contribuenti residenti;

- 3) nel caso *Zurstrassen*¹⁶, in cui un cittadino belga residente in Lussemburgo, che percepiva la quasi totalità dei propri redditi di lavoro dipendente in Lussemburgo, non aveva diritto a beneficiare in tale Stato dello *splitting*, risiedendo il proprio coniuge in Belgio;
- 4) dal ultimo nel caso *Repubblica di Estonia*¹⁷ in cui un cittadino estone residente in Finlandia e che riceveva dall'Estonia una pensione di vecchiaia, lamentava il fatto che ai fini del calcolo dell'imposta sul reddito applicata in Estonia a tale pensione, non poteva beneficiare dell'abbattimento della base imponibile nonché dell'abbattimento supplementare che la legge sull'imposta prevede per i contribuenti residenti in Estonia.

In tali casi, la Corte, verificato se sussiste un'identità sostanziale tra la situazione dei non residenti e tali soggetti e quella propria dei residenti, ha equiparato appunto il trattamento a quello riservato ai soggetti residenti.

Tale principio è stato confermato nella sentenza *Wallentin*¹⁸, relativa ad un cittadino tedesco che aveva ricevuto, quale unico reddito imponibile, una retribuzione in qualità di praticante presso la chiesa svedese, assoggettata in Svezia a ritenuta a titolo di imposta nella misura del 25%, senza poter altresì beneficiare della deduzione alla base concessa ai contribuenti residenti in Svezia. La Corte di Giustizia ha ritenuto tale legislazione incompatibile con l'art. 39 Trattato, poiché da un lato, per quanto riguarda un non residente che percepisce in uno Stato Membro diverso da quello in cui risiede la parte essenziale dei propri redditi, la discriminazione consiste nel fatto che la situazione personale e familiare non è presa in considerazione né nello Stato di residenza, né in quello dell'occupazione e, dall'altro, poiché l'abbattimento della base imponibile persegue una "finalità sociale", in quanto consente di

¹⁶ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 16 maggio 2000, Causa C-87/99, *Zurstrassen*.

¹⁷ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 10 maggio 2012, Causa C-39/10, *Commissione c/ Estonia*.

¹⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 1 luglio 2004, Causa C-169/03, *Wallentin*.

garantire al contribuente un minimo vitale esente da qualunque imposta sul reddito.

Nella sentenza resa nel caso *Gerritse*¹⁹, la Corte di Giustizia ha reso ancor più problematico il raffronto tra soggetti residenti e soggetti non residenti. Nei confronti di questi ultimi, infatti, la rilevanza impositiva solo parziale, per lo Stato della fonte, del reddito da essi prodotto, non può giustificare, ad avviso della Corte, né la tassazione su una base imponibile lorda, né l'applicazione di una ritenuta alla fonte a titolo di imposta, ove tali modalità non siano applicate anche ai soggetti residenti. Nella specie, un batterista residente in Olanda aveva percepito dei compensi per una prestazione artistica resa in Germania, ivi assoggettata a ritenuta a titolo di imposta del 25%, applicata sull'ammontare lordo dei compensi percepiti. La Corte di giustizia ha ritenuto che il mancato riconoscimento della deducibilità, in capo al soggetto non residente, delle spese direttamente connesse all'attività svolta nello Stato della fonte, si risolvesse in una discriminazione indiretta fondata sulla nazionalità, e che fosse altresì incompatibile con il Trattato l'applicazione di una ritenuta alla fonte tale da determinare un carico fiscale superiore a quello che sarebbe derivato dall'applicazione della tabella progressiva prevista per i soggetti residenti.

La regola dell'indeducibilità dei contributi versati a forme pensionistiche italiane potrebbe, tuttavia, considerarsi giustificata sulla base di alcune altre considerazioni.

Potrebbe, infatti, essere avanzata quale giustificazione la coerenza del sistema fiscale interno. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza 30 gennaio 2007, Causa C-150/04, *Commissione c/ Danimarca* ha, infatti affermato che “ *nel caso in cui un residente danese, che abbia stipulato un regime pensionistico presso un ente stabilito in Danimarca, beneficiando di vantaggi fiscali sui contributi versati nell'ambito di tale regime e, successivamente, prima che le prestazioni giungano a scadenza, trasferisse la propria residenza in un altro Stato membro, il Regno di Danimarca si vedrebbe privato del potere di tassare le prestazioni corrispondenti ai contributi portati in detrazione, quanto meno nel caso in cui con lo Stato, nel quale sia stata trasferita la residenza dell'interessato, sia stata stipulata una convenzione contro le doppie imposizioni*

¹⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent.12 giugno 2003, Causa C-234/01, *Gerritse*.

sulla falsariga della convenzione OCSE. In tale ipotesi, tale conseguenza non è tuttavia imputabile al fatto che l'ente pensionistico sia stabilito all'estero" (punto 72 della sentenza). Da tale conclusione la Corte fa discendere che *"solamente nel caso in cui il contribuente abbia trasferito, prima che le prestazioni assicurative siano giunte a scadenza, la propria residenza in un altro Stato membro, il Regno di Danimarca potrebbe incontrare difficoltà nel tassare le prestazioni erogate e solamente in tal caso risulterebbe, quindi, pregiudicata la coerenza del sistema fiscale danese in materia di pensioni private"* (punto 73, secondo periodo, della sentenza).

Seguendo il ragionamento della Corte, la coerenza del sistema deve essere valutata alla luce della possibilità dello Stato di tassare le future prestazioni. Uno Stato dovrà consentire eventuali detrazioni o regimi di esenzione allorquando possa esercitare la propria potestà impositiva sulle future prestazioni; la sentenza Commissione c/ Danimarca sembrerebbe considerare, invece, giustificato il rifiuto di riconoscere tali detrazioni o la previsione di oneri fiscali nell'ipotesi in cui lo Stato non possa più esercitare la propria potestà impositiva a seguito del trasferimento di residenza all'estero.

Se nell'ipotesi in cui le prestazioni non siano tassabili in Italia potrebbe ritenersi non esservi alcuna discriminazione, si deve analizzare l'ipotesi in cui le medesime prestazioni siano tassabili in Italia. Tale situazione potrebbe verificarsi in quanto ai sensi dell'art. 23, comma 2, lett. b) t.u.i.r. taluni redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente, ivi comprese le prestazioni della previdenza complementare, sono tassate in Italia in quanto corrisposte da soggetti italiani.

Alla luce del d.lgs. n. 252 del 2005, come chiarito dalla circolare n. 70 del 2007, i contributi versati, a qualsiasi titolo, al fondo di previdenza complementare, per la parte non dedotta non scontano l'imposizione fiscale al momento della liquidazione della prestazione, sicché è necessario, quindi, che il fondo di previdenza complementare abbia conoscenza delle somme che non hanno beneficiato della deduzione. Il legislatore del d.lgs. n. 252 del 2005 ha, infatti, ritenuto di articolare il regime fiscale della previdenza complementare rinviando la tassazione del reddito accantonato per finalità previdenziali al momento dell'erogazione della prestazione previdenziale. Corollario della predetta regola è che il risparmio previdenziale deve essere assoggettato ad imposta una sola volta, sicché il prelievo tributario deve essere fissato in uno

solo dei momenti in cui può idealmente scomporsi l'atto previdenziale (contribuzione, accumulazione, erogazione). Ciò consente di evitare possibili fenomeni di doppia imposizione ritenuti contrari alla logica previdenziale. Tale circostanza connota fiscalmente il risparmio previdenziale distinguendolo da quello finanziario ove un'analoga esigenza non è avvertita, ben potendo il risparmio essere investito al lordo dell'imposta che lo ha gravato ed i redditi finanziari prodotti essere a loro volta assoggettati ad imposizione. In sede previdenziale, invece, l'impianto sistematico del d.lgs. n. 252 del 2005 consente di concludere ritenendo che eventuali fenomeni di doppia imposizione debbano essere eliminati. È, a questo scopo, previsto che i redditi assoggettati ad imposizione nella fase di accumulazione (e cioè i redditi prodotti dalla forma pensionistica complementare nella gestione del risparmio previdenziale ed assoggettati ad imposta in capo allo stesso fondo pensione) non siano soggetti ad imposta al momento dell'erogazione della prestazione previdenziale. Allo stesso fine è previsto che non siano tassati eventuali contributi non dedotti in quanto dalla mancata deduzione deriva l'assoggettamento a tassazione di tali somme (assolve a tale funzione la disposizione secondo cui la base imponibile dell'iscritto è determinata al netto dei contributi non dedotti).

Tale simmetria deve essere garantita sia nell'ipotesi in cui l'iscritto sia residente, sia nell'ipotesi in cui sia non residente (e specialmente qualora sia residente in un Paese dell'Unione Europea). Pertanto le prestazioni pensionistiche erogate da fondi italiani a soggetti non residenti dovranno essere calcolate verificando se l'iscritto abbia dedotto o meno, in Italia o all'estero, i contributi versati. Nell'ipotesi in cui i contributi versati siano Stati dedotti all'estero (indipendentemente dall'ammontare dedotto in quanto viene fatto riferimento solo all'ammontare dei contributi non dedotti senza richiamare il limite di € 5.164,57) se ne dovrebbe tenere conto ai fini del calcolo della quota tassabile delle prestazioni; parimenti si dovrebbe tenere conto della mancata deduzione dei contributi nell'ipotesi in cui questi non siano Stati dedotti né all'estero né in Italia per effetto dell'art. 24 t.u.i.r.. Operativamente il fondo pensione dovrebbe acquisire documentazione da parte dell'iscritto (ad esempio copia delle dichiarazioni dei redditi da allegare alla comunicazione dei contributi non dedotti prevista dall'art. 8 d.lgs. n. 252 del 2005 o specifiche certificazioni delle Autorità tributarie) da eventualmente opporre

all'Amministrazione Finanziaria al fine di dimostrare la correttezza del proprio operato.

Sulla base di tali considerazioni la legislazione italiana potrebbe considerarsi non discriminatoria nella prospettiva internazionale e vieppiù nella prospettiva comunitaria. Le argomentazioni qui esposte si ritiene potrebbero trovare accoglimento avanti la Corte di Giustizia.

Preme sottolineare che quelle qui illustrate sono argomentazioni di tipo difensivo che potrebbero essere utilizzate in sede di ricostruzione della disciplina per suggerire un'interpretazione compatibile con il diritto comunitario, tuttavia non si manca di sottolineare che, allo stato attuale, la vigente legislazione italiana non offre né nel testo del d.lgs. n. 252 del 2005 indicazioni precise che consentano di tenere conto dei contributi dedotti all'estero né si segnalano chiarimenti ufficiali dell'Agenzia delle Entrate.

Al contrario, dal punto di vista operativo, ferma restando la necessità di meglio conoscere gli indirizzi operativi adottati dai fondi pensioni, si è a conoscenza della prassi di taluni fondi di considerare del tutto irrilevante la circostanza che i contributi pagati da non residenti siano o meno dedotti all'estero in quanto fuori dal campo di applicazione della normativa italiana. Ne consegue che al momento dell'erogazione della prestazione, i fondi non tengono conto di tali contributi nel calcolo della quota di prestazione non tassabile incrementando l'ammontare della quota di prestazione tassabile. Dal punto di vista finanziario si ottiene un effetto analogo a quello di considerare tali contributi dedotti. Ne deriva una discriminazione tra residenti in Italia e residenti in altri Paesi dell'Unione Europea: soggetti residenti in altri Stati Membri potrebbero essere dissuasi dall'investire in fondi italiani.

Sul punto al fine di evitare l'avvio di possibili procedure di infrazione da parte delle competenti Autorità dell'Unione Europea sarebbe opportuno un intervento legislativo che espressamente corregga il trattamento da adottare nell'ipotesi di iscritti non residenti.

Da parte dell'Amministrazione Finanziaria si segnala esclusivamente la circolare 23 dicembre 1997, n. 326/E, il cui paragrafo 2.2.1, illustrando i criteri di deducibilità dal reddito di lavoro dipendente dei contributi precisa: *“tenuto conto che il legislatore ha fissato la disciplina dei contributi distinguendo soltanto i contributi*

obbligatori versati in ottemperanza ad una disposizione di legge da quelli che, invece, tali non sono, si deve ritenere sia irrilevante la circostanza che detti contributi, obbligatori o "facoltativi", siano versati in Italia, sempreché le somme e i valori cui i contributi si riferiscono siano assoggettati a tassazione in Italia". La precisazione dimostra come la questione della deducibilità dei contributi erogati all'estero sia risolta dall'Amministrazione Finanziaria alla luce della normativa nazionale.

Relativamente alla previdenza complementare, la risoluzione 9 maggio 2002, n. 140/E ha espressamente affermato che *"le disposizioni di cui al D.Lgs. n. 124 del 1993, e successive modificazioni ed integrazioni, non appaiono riferibili a fondi pensione non nazionali"*. Muovendo da tale considerazione l'Agenzia ha escluso abbia rilevanza in Italia l'avvenuta deduzione di contributi avvenuta in Stati esteri.

1.3. La nuova Convenzione Italia – USA.

Deve essere separatamente analizzata la Convenzione del 25 agosto 1999 tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo degli Stati Uniti d'America per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le frodi o le evasioni fiscali, ratificata con legge 3 marzo 2009, n. 20, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 64 del 18 marzo 2009. L'intervento si è reso necessario per disciplinare in maniera più equilibrata i rapporti tra i due Paesi anche alla luce delle rilevanti modifiche intervenute nei rispettivi sistemi fiscali. Alla Convenzione, che si compone di 29 articoli, sono allegati un protocollo e un verbale d'intesa.

La presente convenzione risulta particolarmente significativa in quanto il paragrafo 6 dell'art. 18 così stabilisce: *"Ai fini della presente Convenzione, quando una persona fisica, che partecipa ad un fondo pensione costituito e riconosciuto in conformità alla legislazione di uno degli Stati contraenti, svolge un'attività nell'altro Stato contraente:*

- (a) i contributi versati al fondo da o per conto della persona fisica durante il periodo in cui detta persona svolge tale attività nell'altro Stato sono deducibili (o suscettibili di esclusione) dal computo del suo reddito imponibile in detto Stato. Le somme maturate in base al fondo o i pagamenti effettuati a favore del fondo da o per conto del suo datore di lavoro durante detto periodo non sono considerati come parte del reddito imponibile*

del dipendente e sono ammessi in deduzione nel computo degli utili del datore di lavoro in detto altro Stato.

(b) Le disposizioni del presente paragrafo si applicano soltanto se:

(i) i contributi versati da o per conto della persona fisica a favore del fondo pensione (o di altro analogo fondo che abbia sostituito il primo) sono stati versati prima dell'arrivo di detta persona nell'altro Stato; e

(ii) l'autorità competente dell'altro Stato abbia approvato che il fondo pensione corrisponde in linea generale ad un fondo pensione riconosciuto ai fini fiscali da detto Stato.

Le somme corrisposte in virtù del presente paragrafo non possono eccedere le somme che sarebbero riconosciute dall'altro Stato ai propri residenti in relazione a contributi versati, o a somme altrimenti maturate in base ad un fondo pensione riconosciuto ai fini fiscali da detto Stato”.

Per effetto di tale disposizione viene riconosciuta da parte di un residente di uno Stato contraente che presta un'attività lavorativa nell'altro Stato contraente la deducibilità dei contributi versati dal lavoratore a fondi pensione esistenti nello Stato contraente di origine del lavoratore. I contributi versati dal datore di lavoro sono deducibili dal reddito imponibile dello Stato di residenza.

Ai sensi dell'ultimo inciso viene precisato che la quota di contributi deducibili è stabilita in misura non discriminatoria sicché il soggetto non residente potrà dedurre i contributi nella stessa misura secondo cui sono deducibili per un residente.

È inoltre previsto che la quota a carico del datore di lavoro sia deducibile dal reddito del datore di lavoro nello Stato in cui esercita l'attività il lavoratore.

Si ponga il caso di soggetto residente in Italia che svolga attività lavorativa negli Stati Uniti d'America, costui, qualora iscritto ad un fondo pensione italiano, potrà dedurre dal proprio reddito imponibile negli Stati Uniti d'America i contributi versati a tale fondo nella stessa misura ammessa per lavoratori americani ed il datore di lavoro potrà dedurre dai redditi americani i contributi a suo carico.

Il riconoscimento della deducibilità dei contributi è condizionato a due circostanze. In primo luogo deve trattarsi di contributi versati “*prima dell’arrivo di detta persona nell’altro Stato*”: tale inciso dovrebbe intendersi nel senso che è necessario che il lavoratore risulti già iscritto alla forma pensionistica complementare dello Stato del quale è residente prima di iniziare l’attività nell’altro Stato. Proseguendo pertanto nell’esempio occorre che il lavoratore italiano risulti iscritto ad una forma pensionistica italiana.

In secondo luogo tale regime è ammesso a condizione che il versamento avvenga a favore di fondi riconosciuti dall’altro Stato. In altri termini è necessario che il fondo del Paese di residenza del lavoratore ottenga un riconoscimento dalle autorità competenti dello Stato presso il quale presta la sua attività il lavoratore. Nel caso prospettato il fondo italiano dovrebbe pertanto ottenere un riconoscimento dalle autorità americane.

1.4. Trasferimento di posizione previdenziale.

Per trasferimento di posizione previdenziale si intende come noto il diritto dell’iscritto di circolare all’interno del mercato del lavoro, ferma restando la permanenza all’interno del sistema previdenziale. Tale diritto al trasferimento della posizione previdenziale si articola, ai sensi del menzionato art. 14, d.lgs. n. 252 del 2005, in due ipotesi:

- a) un’ipotesi di trasferimento “necessitato” dal venire meno dei requisiti di partecipazione (ad esempio a seguito della cessazione del rapporto di lavoro) (art. 14, co. 2, lett. a) e;
- b) un’ipotesi di trasferimento “volontario” che si verifica allorquando, il lavoratore, pur permanendo i requisiti di partecipazione, preferisca aderire ad un altro fondo pensione (art. 14, co. 6), purché siano decorsi almeno due anni dall’iscrizione al fondo pensione.

In entrambe le fattispecie, il trasferimento è il frutto di una scelta del lavoratore; infatti, anche nell’ipotesi di trasferimento necessitato al lavoratore è riconosciuta la facoltà di scegliere tra il trasferimento ad un nuovo fondo o il riscatto della propria posizione previdenziale. Per rendere effettivo tale

trasferimento, il comma 8 dell'articolo in esame provvede a definire gli obblighi a carico del fondo di provenienza dal cui adempimento consegue, per il fondo stesso, la definitiva liberazione dal debito previdenziale verso l'(ex)iscritto. Il decreto legislativo n. 252 del 2005, attraverso le due menzionate ipotesi ha dato attuazione al principio di mobilità tra fondi pensione che la legge delega per la riforma del sistema previdenziale (legge 23 luglio 2004, n. 243) aveva inteso accentuare rispetto al passato²⁰. Obiettivo della legge delega e del provvedimento delegato è facilitare il passaggio tra le gestioni previdenziali²¹.

Tale passaggio può realizzarsi non solo tra forme previdenziali nazionali, ma anche tra forme previdenziali italiane ed estere, in un senso e nell'altro. Le problematiche giuridiche sottese saranno ora separatamente analizzate tenendo conto dei profili comunitari. Come anticipato e come più volte chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

²⁰ L'art. 1, comma 2, lett. e), n. 4, legge 23 luglio 2004, n. 243, invitava, infatti, il Governo a procedere *“all'eliminazione degli ostacoli che si frappongono alla libera adesione e circolazione dei lavoratori all'interno del sistema della previdenza complementare”*.

²¹ Si ricorda che a seguito della *“Linee guida in tema di gestione dei trasferimenti tra le forme di previdenza complementare”* emanate dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale in data 24 aprile 2008, una volta ricevuta la richiesta di trasferimento, il Fondo Cedente verifica entro 45 giorni la completezza dei dati forniti, nonché la sussistenza dei requisiti per l'esercizio del diritto. Espletata la verifica in ordine alla completezza delle informazioni ricevute e alla sussistenza dei requisiti legittimanti il trasferimento, comunica contestualmente al Fondo Cessionario la disponibilità a procedere al trasferimento della posizione individuale maturata dall'interessato, segnalando i dati identificativi dell'Aderente, i propri dati identificativi, la tipologia, il proprio numero di iscrizione all'Albo dei fondi pensione tenuto dalla COVIP e le modalità di gestione delle risorse da esso adottate. Ricevuta da parte del Fondo Cessionario la comunicazione della disponibilità a ricevere il trasferimento, il Fondo Cedente dispone nel più breve tempo possibile e nel rispetto delle procedure e dei termini definiti dal Fondo stesso il disinvestimento della posizione individuale e pone in essere il Trasferimento al Fondo Cessionario. Il Fondo Cessionario, entro 45 giorni decorrenti dalla data di ricevimento della comunicazione della disponibilità a procedere al trasferimento della posizione individuale maturata dall'interessato da parte del Fondo Cedente ovvero dalla data di ricezione della richiesta di trasferimento inviata direttamente al Fondo Cessionario, comunica al Fondo Cedente la disponibilità a ricevere il trasferimento della posizione individuale maturata dall'interessato, segnalando i dati identificativi dell'Aderente, i propri dati identificativi, la tipologia, il numero di iscrizione all'Albo dei fondi pensione tenuto dalla COVIP e le coordinate bancarie da utilizzare per l'esecuzione del bonifico. Ricevuto il bonifico e le informazioni minime, il Fondo Cessionario accredita le somme trasferite sulla posizione individuale dell'Aderente nel più breve tempo possibile.

e ulteriormente confermato nel presente caso²², una legislazione di uno Stato Membro:

a) non deve dissuadere un prestatore di servizi di uno Stato Membro dall'operare in altri Stati Membri così da non incorrere in una violazione della libertà di prestazione di servizi di cui all'art. 49 Trattato CE;

b) non deve dissuadere un residente di uno Stato Membro dall'entrare in rapporti commerciali con operatori appartenenti ad altri Stati Membri così da non incorrere in una violazione della libertà di circolazione dei lavoratori di cui all'art. 39 Trattato CE e della libertà di stabilimento di cui all'art. 43 Trattato CE.

Oltre che a livello comunitario, il trasferimento di posizione previdenziale presenta aspetti problematici anche a livello internazionale. Il Commentario al Modello OCSE registra infatti la prassi che il trasferimento di posizione previdenziale causa una fuoriuscita dal sistema previdenziale che comporta per l'iscritto l'emersione di materia imponibile. Le somme ricevute dal fondo pensione di precedente iscrizione risultano quindi tassate nello Stato di residenza del precedente fondo (di norma corrispondente con lo Stato di residenza dell'iscritto) senza che lo Stato di residenza del nuovo fondo (di norma corrispondente con il nuovo Stato di residenza dell'iscritto) ne tenga conto. Per questo motivo il Commentario al modello OCSE invita gli Stati ad adottare una clausola²³ che estenda al trasferimento internazionale di posizione previdenziale il medesimo regime fiscale previsto per l'ipotesi di trasferimento interno di posizione previdenziale.

Per mera completezza si ricorda che nell'ipotesi di trasferimento di posizione previdenziale da un fondo italiano ad un fondo estero (europeo armonizzato e non, o di un altro Stato, anche americano), nel caso in cui

²² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 30 gennaio 2007, Causa C-150/04, *Commissione c/ Danimarca*; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 26 giugno 2003, Causa C-422/01, *Skandia*; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 28 aprile 1998, Causa C-118/96, *Safir*.

²³ Il testo suggerito della clausola è il seguente: “*Where pension rights or amounts have accumulated in a pension scheme established in and recognised for tax purposes in one Contracting State for the benefit of an individual who is a resident of the other Contracting State, any transfer of these rights or amounts to a pension scheme established in and recognised for tax purposes in that other State shall, in each State, be treated for tax purposes in the same way and subject to the same conditions and limitations as if it had been made from one*

l'iscritto conservi la residenza in Italia, dovrà tenere conto dell'ammontare trasferito ai fini degli obblighi di monitoraggio. Si dovrà tenere conto dell'ammontare della posizione trasferita sia ai fini del superamento della soglia di € 10.000,00 quanto ai trasferimenti da e verso l'estero di denaro, sia ai fini del superamento della medesima soglia quanto alla consistenza delle attività estere da cui possono essere conseguiti redditi di fonte estera imponibili in Italia.

1.4.1. Il trasferimento dall'Italia all'estero.

L'art. 14, comma 7, d.lgs. n. 252 del 2005 stabilisce che *“le operazioni di trasferimento delle posizioni pensionistiche sono esenti da ogni onere fiscale, a condizione che avvengano a favore di forme pensionistiche disciplinate dal presente decreto legislativo. ... “.* La disposizione da ultimo menzionata impedisce che l'esercizio del diritto alla portabilità della propria posizione previdenziale, fortemente accentuato dal d.lgs. n. 252 del 2005, possa venire frustrato dall'applicazione di oneri fiscali.

A seguito del recepimento in Italia della direttiva 2003/41/CE, risulteranno ammesse a prestare servizi previdenziali in Italia anche forme pensionistiche estere ai sensi dell'art. 15 *ter* d.lgs. n. 252 del 2005 secondo cui *“i fondi pensione istituiti negli Stati membri dell'Unione europea, che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2003/41/CE e che risultano autorizzati dall'Autorità competente dello Stato membro di origine allo svolgimento dell'attività transfrontaliera possono raccogliere adesioni su base collettiva sul territorio della Repubblica”.*

Ne consegue che anche i fondi pensione comunitari sono ammessi all'offerta di prestazioni previdenziali in Italia ai sensi del medesimo d.lgs. n. 252 del 2005, sicché essi possono considerarsi *“forme pensionistiche disciplinate dal presente decreto legislativo”* e pertanto gli iscritti, che nei limiti di cui all'art. 14, d.lgs. n. 252 del 2005, intendano esercitare il diritto alla portabilità, potranno trasferire la loro posizione previdenziale a tali fondi senza che ciò determini il sorgere di alcuna obbligazione tributaria.

pension scheme established in and recognised for tax purposes in that State to another pension scheme established in and recognised for tax purposes in the same State”.

Depone in tal senso anche il comma 4 del predetto art. 15 *ter* secondo cui “*ai fondi pensione di cui al comma 1, limitatamente alle adesioni effettuate nel territorio della Repubblica ed alle risorse accumulate e gestite in relazione a tali adesioni, si applicano le norme contenute nel presente decreto in materia di destinatari, adesioni in forma collettiva, finanziamento, prestazioni, permanenza nella forma pensionistica complementare, cessazione dei requisiti di partecipazione, portabilità*”.

Si realizza così quella differenza tra perimetro entro il quale opera il principio della neutralità del trasferimento di posizione previdenziale e perimetro entro il quale è possibile beneficiare del regime di deducibilità dei contributi versati a fondi pensione esteri. Mentre il tenore letterale dell’art. 10, comma 1, lett. *e-bis*), primo inciso, t.u.i.r., consente un’interpretazione estensiva della disciplina di modo che è possibile riconoscere la deducibilità in Italia dei contributi versati anche forme pensionistiche complementari che non sono state concretamente ammesse ad operare in Italia, non è possibile giungere ad analoghe conclusioni nell’ipotesi di trasferimento di posizione previdenziale. Muovendo dall’art. 14, comma 7, d.lgs. n. 252 del 2005, questo, come detto, applica il regime di esenzione fiscale ai trasferimenti di posizione previdenziale attuati tra “*forme pensionistiche disciplinate dal [d.lgs. n. 252 del 2005]*”; ricadono in tale locuzione esclusivamente le forme pensionistiche complementari estere effettivamente ammesse all’operatività in Italia.

Ciò premesso, si precisa che continuerà, invece, ad essere soggetto a oneri fiscali il trasferimento di posizione previdenziale ad un fondo estero, anche comunitario, che non sia stato autorizzato all’esercizio dell’attività transfrontaliera. Sarebbe il caso di un lavoratore italiano che, trasferitosi all’estero per motivi di lavoro, debba ivi accedere, ad esempio, al fondo di riferimento del nuovo datore di lavoro o il caso in cui l’iscritto preferisca accedere ad un fondo estero che non ha richiesto l’autorizzazione a svolgere attività transfrontaliera.

In questo caso, l’esercizio al diritto alla portabilità comporta l’emersione di oneri fiscali. L’esercizio del diritto alla portabilità verso un fondo estero dovrebbe essere considerato un’ulteriore ipotesi di riscatto totale della posizione previdenziale. Non verificandosi alcuna delle circostanze che ai sensi

del comma 4 dell'art. 14 d.lgs. n. 252 del 2005²⁴ che comportano l'applicazione di una ritenuta del 15 per cento ridotta di una quota pari a 0,30 punti percentuali per ogni anno di partecipazione eccedente il quindicesimo (fino ad massimo di riduzione di sei punti percentuali), le somme trasferite dal fondo italiano al fondo estero dovranno essere assoggettate ad una ritenuta a titolo di imposta nella misura del 23 per cento ai sensi dell'art. 14, comma 5, d.lgs. n. 252 del 2005²⁵.

Spetterà all'iscritto fornire la prova che il fondo estero di destinazione è stato autorizzato all'esercizio dell'attività in Italia. Sia l'iscritto, sia il fondo italiano di provenienza per verificare la documentazione fornita dall'iscritto potranno avvantaggiarsi delle forme di pubblicità che la COVIP potrà predisporre o comunque facendo richiesta in proposito a tale organismo.

Si potrebbe ritenere realizzata una disparità di trattamento a livello comunitario in quanto un iscritto italiano viene dissuaso a partecipare a forme di previdenza comunitaria. In altri termini, il trasferimento di posizione previdenziale ad un fondo estero avrebbe la funzione analoga a quella di una *exit tax* limitata ad una tipologia di redditi: dal momento che a seguito del diritto alla portabilità lo Stato italiano potrebbe perdere la potestà impositiva sulle future prestazioni, esso eserciterebbe immediatamente la propria potestà impositiva indipendentemente dalla circostanza che l'iscritto perda altresì la residenza in Italia.

Potrebbe valere quanto osservato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella menzionata sentenza *Commissione c/ Danimarca* secondo cui si deve dare rilievo alla possibilità dello Stato di tassare le future prestazioni. Uno Stato dovrà consentire eventuali detrazioni o regimi di esenzione allorquando possa esercitare la propria potestà impositiva sulle future prestazioni; la

²⁴ Si tratta dei casi di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo non inferiore a 12 mesi e non superiore a 48 mesi; di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità, cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria; di invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo e a seguito di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi; di morte dell'aderente prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica.

²⁵ Ferma restando l'applicazione dei previdenti regimi fiscali sulle quote del montante riscattato maturato anteriormente al 1° gennaio 2007, ai sensi della disciplina transitoria prevista dal comma 5 dell'art. 23, d.lgs. n. 252 del 2005.

sentenza Commissione c/ Danimarca sembrerebbe considerare, invece, giustificato il rifiuto di riconoscere tali detrazioni o la previsione di oneri fiscali nell'ipotesi in cui lo Stato non possa più esercitare la propria potestà impositiva a seguito del trasferimento di residenza all'estero. Se la Corte dovesse confermare tale orientamento, la disciplina italiana potrebbe considerarsi compatibile con il diritto comunitario.

Non può però tralasciarsi la circostanza che la Corte, nella sua recente giurisprudenza, ha sistematicamente rigettato il criterio della coerenza e che nei casi *Hughes de Laysierie du Saillant*²⁶ e *N (Van Dijk)*²⁷ ha dichiarato l'incompatibilità delle *exit taxes* cd. "personali" francese ed olandese ovvero di imposte legate al trasferimento della residenza all'estero di un soggetto in quanto in violazione della libertà di circolazione dei lavoratori stabilita nel Trattato CE. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, le *exit taxes* sono suscettibili di violare la libertà di stabilimento, in quanto sono idonee a dissuadere un cittadino di uno Stato membro dal far uso di tale libertà²⁸.

In particolare, nella causa *N (Van Dijk)* la Corte ha accolto le osservazioni del governo olandese sul principio della salvaguardia della ripartizione delle competenze fiscali tra gli Stati membri, già riconosciuto – sia pure non senza riserve – nei casi *Futura* e *Marks & Spencer*²⁹, rispetto al quale il

²⁶ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 11 marzo 2004, Causa C-09/02, *Hughes de Laysierie du Saillant c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*.

²⁷ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 7 settembre 2006, Causa C-470/04, *N c. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/ kantoor Almelo*.

²⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 13 aprile 2000, Causa C-251/98, *Baars*.

²⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 15 maggio 1997, Causa C-250/95, *Futura Participations SA – Singer*, in cui la Corte afferma che il riporto di perdite di esercizi precedenti in uno Stato può essere ben subordinato "alla condizione che le perdite abbiano un rapporto economico con i redditi ottenuti dal contribuente in detto Stato, purché ai contribuenti residenti non sia riservato un trattamento più favorevole"; Corte di Giustizia, 13 dicembre 2005, Causa C-446/03, *Marks & Spencer*, punto 39, in cui si legge che "in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale, si deve ammettere che lo Stato membro di stabilimento della controllante, tassando le società residenti sui loro redditi mondiali e le società non residenti esclusivamente sui redditi derivanti dalla loro attività nel detto Stato, agisce conformemente al principio di territorialità sancito dal diritto tributario internazionale e riconosciuto dal diritto comunitario". La Corte, però, corregge immediatamente il tiro, affermando che "tuttavia, il fatto che esso non tassa i redditi delle controllate non residenti di una controllata registrata sul suo territorio non giustifica, di per sé, una limitazione dello sgravio di gruppo alle perdite subite dalle società residenti?" (punto 40), e giunge alla conclusione che lo Stato della controllante è comunque obbligato a riconoscere le perdite estere delle controllanti se tali perdite non possano essere prese in considerazione nello Stato di residenza di queste ultime. Conclusione che, evidentemente, nega il principio di territorialità in precedenza affermato.

principio di territorialità derivante dal diritto tributario internazionale costituirebbe un utile punto di riferimento. In quest'ottica, le norme olandesi farebbero semplicemente riferimento ad un elemento territoriale collegandolo ad un elemento temporale, vale a dire la residenza nel paese nel periodo in cui il reddito tassabile si è creato³⁰. La Corte ha riconosciuto come obiettivo di interesse generale la finalità della norma olandese di garantire una ripartizione del potere impositivo sulla base del principio di territorialità, che nella specie andrebbe individuato, ispirandosi alla prassi internazionale e, in particolare, al modello di convenzione OCSE attesa la mancanza di regole comunitarie sulla ripartizione del potere impositivo, sulla base della residenza del cedente, ma non ha chiarito il rapporto tra principio di coerenza e principio di territorialità. Una simile impostazione assegnerebbe allo Stato di *ex* contribuzione il diritto di imposizione sulle prestazioni maturate fino al trasferimento .

In questa prospettiva la normativa italiana potrebbe risultare in violazione dei principi comunitari. Deve però tenersi in considerazione anche come il fenomeno previdenziale sia valutato a livello comunitario e, in particolare, le motivazioni che hanno sorretto l'adozione della direttiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 giugno 2003 relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali³¹. In apertura di tale testo si legge che al fine di garantire un uniforme livello di garanzia di solidità e solvibilità da parte dei soggetti che

³⁰ Significativa in tal senso è anche Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 18 luglio 2007, Causa C-231/05, *Oy AA*, punti 45 ss., relativa alla ineducibilità dei trasferimenti effettuati dalla controllata finlandese alla controllante inglese, nonostante la deducibilità dei medesimi trasferimenti effettuati nell'ambito di un gruppo composto da sole società residenti in Finlandia. La Corte, infatti, afferma che gli Stati possono invocare la coerenza della misura discriminatoria allorquando *“la disciplina di cui trattasi sia intesa a prevenire comportamenti tali da violare il diritto degli Stati membri di esercitare la propria competenza fiscale in relazione alle attività svolte sul loro territorio”*. Ammettere la possibilità che un trasferimento finanziario intragruppo transfrontaliero possa essere deducibile dai redditi imponibili della società finlandese, significherebbe infatti *“permettere ai gruppi di società di optare liberamente per lo Stato membro in cui gli utili della consociata vengono tassati, sottraendoli alla base imponibile di quest'ultima e, laddove tale trasferimento sia considerato come un reddito imponibile nello Stato membro della società madre, integrandoli in quella della società madre”*. Tutto ciò *“comprometterebbe il sistema stesso della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri poiché, a seconda della scelta operata dai gruppi di società, lo Stato membro della consociata sarebbe costretto a rinunciare al suo diritto di assoggettare ad imposta, quale Stato di residenza della suddetta consociata, i redditi di quest'ultima a vantaggio, eventualmente, dello Stato membro della sede della società madre”*.

³¹ In Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea, 29 settembre 2003, serie L 235/10.

prestano servizi previdenziali, sono intervenute le istituzioni comunitarie. Queste, consapevoli che *“tra le priorità più urgenti, [vi è] l’elaborazione di una direttiva sulla vigilanza prudenziale degli enti pensionistici aziendali o professionali, poiché si tratta di una categoria importante di istituzioni finanziarie chiamate a svolgere un ruolo essenziale ai fini dell’integrazione, dell’efficienza e della liquidità dei mercati finanziari, che tuttavia non rientrano in un quadro normativo coerente a livello europeo che consenta loro di beneficiare appieno dei vantaggi del mercato interno”* (IV Considerando), hanno provveduto all’adozione della direttiva. Attraverso questa sono state armonizzate le condizioni che disciplinano l’accesso al mercato previdenziale, le regole da rispettare per l’esercizio di tale attività e la vigilanza degli enti previdenziali. La direttiva invita gli Stati a stabilire che gli enti pensionistici limitino le proprie attività all’esercizio di schemi pensionistici ed alle attività ad essi collegate (art. 7, direttiva 2003/41/CE) e che siano previsti meccanismi di segregazione patrimoniale al fine di salvaguardare gli interessi degli aderenti ai fondi pensione (art. 8, direttiva 2003/41/CE); viene inoltre previsto che gli enti che esercitano attività previdenziali siano registrati in uno specifico registro nazionale e siano sottoposti a puntuale vigilanza (art. 9, direttiva 2003/41/CE). La direttiva in esame mira ad armonizzare il contesto normativo in cui sono chiamati ad operare gli enti previdenziali puntualizzando, in attuazione del principio della “persona prudente” (VI Considerando), le regole cui devono uniformarsi le singole legislazioni nazionali. Per quanto qui di interesse l’art. 20, direttiva 2003/41/CE stabilisce le condizioni da rispettare per offrire servizi previdenziali al di fuori dello Stato in cui l’ente previdenziale risiede. Si obbligano gli Stati Membri a consentire:

- a) alle imprese aventi sede nel loro territorio di promuovere enti pensionistici aziendali o professionali autorizzati in altri Stati Membri;
- b) a detti enti pensionistici autorizzati in altri Stati europei di accettare come promotori imprese aventi sede nel territorio di altri Stati Membri.

L’offerta transfrontaliera di servizi previdenziali viene quindi consentita esclusivamente previo rilascio di una specifica autorizzazione da parte dell’autorità competente del proprio Stato di origine. Inoltre, prima che un ente pensionistico possa iniziare a gestire uno schema pensionistico per un’impresa promotrice in un altro Stato Membro, le autorità competenti dello Stato Membro ospitante comunicano alle autorità competenti dello Stato d’origine,

se del caso, le disposizioni di diritto della sicurezza sociale e di diritto del lavoro in materia di pensioni aziendali e professionali conformemente alle quali lo schema pensionistico deve essere gestito.

Tali considerazioni dimostrano che se è vero che da un lato le istituzioni europee hanno cercato di rimuovere gli ostacoli all'esercizio della libertà di prestazione di servizi previdenziali per evitare che singole legislazioni nazionali possano dissuadere tali operatori dall'operare in altri Stati Membri, tuttavia dall'altro è altresì vero che la possibilità di prestare servizi previdenziali viene subordinata al rispetto di talune regole. A livello comunitario si vuole tutelare l'interesse degli iscritti ad accedere a forme di previdenza complementare la cui attività rispetta taluni parametri. In altri termini viene delimitato l'ambito entro il quale la libertà di prestazioni di tali servizi è garantita. Correlativamente potrebbe allora ritenersi che soltanto entro i medesimi confini sia garantito il diritto degli iscritti di liberamente trasferire la propria posizione previdenziale. La legislazione italiana, secondo questa ricostruzione, potrebbe allora considerarsi allineata all'evoluzione del diritto comunitario.

Allo Stato della legislazione vigente si ritiene quindi che il regime di completa esenzione fiscale sia applicabile solo nell'ipotesi di trasferimento della posizione previdenziale a fondi comunitari armonizzati. Nelle altre ipotesi, invece, il fondo pensione deve assimilare la richiesta di trasferimento da parte dell'iscritto al riscatto totale della posizione previdenziale e applicare la relativa tassazione, nonostante gli auspici dell'OCSE. La clausola suggerita dall'OCSE alla luce della quale viene garantito il regime di completa neutralità fiscale all'ipotesi di trasferimento di posizione previdenziale all'estero non risulta, di norma, introdotta dall'Italia. Parrebbe, invece, opportuno un cambiamento nella prassi adottata in sede di stipula di convenzioni dall'Italia. Sul punto risulta pertanto auspicabile un deciso cambiamento di rotta.

Ne consegue inoltre che nell'ipotesi di trasferimento di posizione previdenziale ad un fondo non comunitario o ad un fondo comunitario non armonizzato non risulteranno applicabili le linee guida suggerite dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale in data 24 aprile 2008. Le stesse linee guida paiono invece applicabili, in quanto compatibili, nell'ipotesi di trasferimento di posizione previdenziale ad un fondo ammesso a livello

europeo all'operatività transfrontaliera. Pare opportuno che il fondo pensione italiano in qualità di fondo cedente (ma anche in qualità di fondo cessionario) rispetti comunque quanto indicato nella suddetta circolare al fine di andare indenne da eventuali responsabilità.

L'ipotesi di trasferimento di posizione previdenziale ad un fondo americano deve essere separatamente analizzata. Dal testo dell'art. 18 della nuova Convenzione Italia – USA si ricava la volontà delle parti di garantire una piena neutralità fiscale nei rapporti tra fondi pensione italiani ed americani ed iscritti americani ed italiani. Pertanto, al fine di consentire ad un soggetto residente in uno dei due Stati contraenti che per motivi lavorativi si trasferisce nell'altro Stato il pieno accesso alle forme di previdenza ivi costituite, si ritiene dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di trasferire in completa esenzione fiscale la propria posizione previdenziale. Si osserva peraltro che la Convenzione Italia – USA prevede un meccanismo di reciproco riconoscimento dei fondi pensione del tutto analogo a quello previsto a livello europeo l'effetto del quale dovrebbe essere quello di far ricadere anche i fondi americani sotto il campo di applicazione del d.lgs. n. 252 del 2005. Fermo restando che si dovranno attendere le istruzioni da parte delle Autorità competenti circa le modalità mediante le quali ottenere questo riconoscimento, ne deriverebbe che anche a tali fondi sarebbero applicabili le disposizioni del d.lgs. n. 252 del 2005 ivi compresa quella che considera fiscalmente neutro il trasferimento di posizione previdenziale.

1.4.2. Il trasferimento dall'estero all'Italia.

Il trasferimento di posizione previdenziale dall'estero all'Italia verrà analizzato dal punto di vista della legislazione italiana ipotizzando che l'iscritto possa liberamente esercitare tale diritto nel suo Paese di residenza, fermo restando che sarà anche la legislazione applicabile in tale Paese a determinare il regime fiscale applicabile a tale operazione. Gli effetti e le condizioni ai quali è possibile la portabilità delle prestazioni previdenziali sono quindi disciplinate dalla legge del Paese estero nel quale il fondo opera.

Per quanto qui di interesse la legge fiscale italiana risulterà applicabile relativamente alla tassazione del fondo in quanto questi resta un soggetto italiano e relativamente alla fase delle prestazioni ed in particolare si porrà il problema, affrontato in precedenza, di valutare quale rilievo dare ai contributi dedotti all'estero dall'iscritto. Rinviano a quanto detto in precedenza, preme aggiungere che il problema dei contributi dedotti si porrà anche non solo con riferimento ai contributi versati successivamente alla data di iscrizione, ma anche ai contributi versati in precedenza. Il trasferimento di posizione previdenziale comporta il trasferimento della "storia previdenziale" dell'iscritto e quindi anche dell'ammontare dei contributi non dedotti e dedotti. Quanto ai profili civilistici della vicenda, in particolare quanto alle modalità di determinazione dell'anzianità contributiva, dovrebbe valere la legge del Paese dell'iscritto. A partire dall'iscrizione al nuovo fondo, nel caso in esame, varrà la legge italiana e quanto previsto dallo statuto del fondo pensione per la regolamentazione del rapporto previdenziale, salvo il rispetto del diritto del lavoro e della sicurezza sociale del Paese ospitante così come previsto dalla direttiva 2003/41/CE.

Allo stato attuale, alla luce dei chiarimenti forniti in precedenza, ed in particolare della risoluzione n. 140/E del 2002 si ritiene che il fondo che accetta l'iscrizione di un iscritto per trasferimento da un fondo non ammesso a livello europeo all'operatività transfrontaliera debba qualificare tale operazione come nuova iscrizione e considerare le somme che derivano dal precedente fondo pensione quale versamento iniziale, la data del quale varrà ai fini dell'iscrizione. Ciò comporta che, relativamente all'anno in cui si realizza il trasferimento, la somma versata dovrà essere integralmente qualificata quale contributo annuale deducibile nei limiti di € 5.164,57 a sensi dell'art. 8, comma 4, d.lgs. n. 252 del 2005. Eventuali somme aggiuntive versate al fondo dall'iscritto non saranno autonomamente considerate. Ne consegue che al momento dell'erogazione delle prestazioni, essendo irrilevante la storia previdenziale e quindi l'ammontare dei contributi dedotti e non, la quota del contributo iniziale di iscrizione eccedente il limite di € 5.164,57 verrà considerata contributo non dedotto e corrispondentemente trattato al momento dell'erogazione delle prestazioni.

Diversamente, nell'ipotesi di trasferimento da un fondo pensione ammesso a livello europeo all'attività transfrontaliera, l'iscritto conserverà la propria "storia previdenziale" in altri termini si tratta delle informazioni circa le anticipazioni richieste, circa gli elementi necessari a determinare il corretto trattamento fiscale delle prestazioni ed in particolare l'anzianità di iscrizione già maturata. Inoltre nell'anno in cui si realizzerà il trasferimento, il fondo italiano potrà ricevere dal fondo estero i contributi versati negli anni precedenti e dall'iscritto un'ulteriore somma a titolo di contributo annuale. In questa ipotesi tali somme dovranno essere distintamente considerate dal fondo. Per l'iscritto ciò comporterà che il *plafond* di deducibilità di € 5.164,57 a sensi dell'art. 8, comma 4, d.lgs. n. 252 del 2005 dovrà essere calcolato solo a valere sulle somme versate a titolo di contributo annuale, e non già anche sulle somme versate per trasferimento.

La circostanza che il fondo pensione estero sia stato ammesso all'offerta transfrontaliera di servizi previdenziali rende più agevole non solo per l'iscritto fornire la prova che il fondo estero di provenienza è stato autorizzato all'esercizio dell'attività in Italia, ma anche per il fondo italiano ricevente verificare la documentazione fornita dall'iscritto sul quale comunque verte l'onere della prova. In tal caso entrambi i soggetti coinvolti potranno avvantaggiarsi delle forme di pubblicità che la COVIP potrà predisporre o comunque facendo richiesta in proposito a tale organismo.

Il trasferimento da un fondo americano merita di nuovo di essere analizzato separatamente. Al trasferimento di posizione da un fondo americano in Italia si ritiene dovrebbero valere le osservazioni formulate in precedenza per l'ipotesi inversa. Al momento di iscrizione ad un fondo italiano per trasferimento da un fondo americano, il neo iscritto dovrebbe avere diritto a vedersi riconosciuta l'intera storia previdenziale ivi compreso l'ammontare dei contributi versati i quali non dovrebbero valere come versamento iniziale. Come detto la nuova convenzione Italia – Usa potrebbe consentire di ritenere esistente un principio di mutuo riconoscimento e applicare le medesime disposizione previste per i fondi cui si applica il d.lgs. n. 252 del 2005. Ricadrebbero in questa nozione non solo i fondi italiani e i fondi comunitari autorizzati all'attività transfrontaliera, ma anche i fondi americani. Pertanto anche l'iscritto per trasferimento da un fondo americano si vedrebbe

riconosciuta la propria storia previdenziale, ivi compresi gli ammontari dei contributi dedotti e le somme versate sarebbero attribuite a titolo di trasferimento e non di versamento, con l'effetto di poter effettuare un ulteriore versamento a titolo di contributo annuale deducibile nei limiti di € 5.164,57.

1.5. Il conferimento del trattamento di fine rapporto.

Come noto l'art. 8, d.lgs. n. 252 del 2005 prevede che le forme pensionistiche complementari possono trovare il loro finanziamento mediante il versamento di contributi a carico del lavoratore, del datore di lavoro o del committente, e *“attraverso il conferimento del TFR maturando”*. Il successivo comma 7 prevede le modalità di scelta, esplicite o tacite, attraverso cui si può procedere al conferimento del trattamento di fine rapporto maturando. Ciò non esclude, dal punto di vista civilistico, più in generale, che oggetto del conferimento possa essere anche il t.f.r. maturato essendo tali somme nella disponibilità del datore di lavoro e del lavoratore che consensualmente posso decidere del loro impiego.

La disciplina fiscale del conferimento del t.f.r. si rinviene nell'art. 19, comma 4, t.u.i.r. ai sensi del quale le somme e i valori destinati alle forme pensionistiche di cui al d.lgs. n. 21 aprile 1993, n. 124 non costituiscono anticipazioni e, pertanto, non sono imponibili come tali. Tale disposizione è interpretata dall'Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 70/E del 2007, secondo la quale, premesso il riferimento contenuto in tale articolo al d.lgs. n. 124 del 1993 deve intendersi effettuato oggi al d.lgs. n. 252 del 2005, atteso che in esso è stata interamente trasfusa la disciplina della previdenza complementare, *“nonostante la normativa introdotta dal [d.lgs. n. 252 del 2005] non contenga previsioni espresse al riguardo, sulla base di un'interpretazione logico-sistematica delle disposizioni introdotte deve ritenersi confermata, nel rispetto dei contratti collettivi e degli accordi, la possibilità di conferire al fondo pensione anche il TFR maturato prima del 1° gennaio 2007”*. In definitiva per l'Amministrazione Finanziaria *“il trasferimento al fondo del TFR sia maturando che di quello maturato non costituisce anticipazione e, quindi, non assume rilevanza fiscale al momento del trasferimento”*. Alla luce di tale

impostazione l'Agenzia dimostra di applicare il principio della neutralità del trasferimento di t.f.r. sia a quello maturando, sia quello maturato.

Ciò premesso quanto a ricostruzione generale della normativa interna, si può procedere a verificare l'operatività di tale norma in caso di situazioni transnazionali ipotizzando i seguenti scenari:

- a) l'iscritto non residente che conferisce il t.f.r. ad un fondo italiano;
- b) l'iscritto residente che conferisce il t.f.r. ad un fondo estero.

La prima ipotesi non presenta particolari problematiche. In relazioni alle somme corrisposte (ivi comprese le anticipazioni) a titolo di t.f.r. a non residenti sussiste la potestà impositiva italiana ai sensi dell'art. 23 t.u.i.r. se si tratta di somme corrisposte da soggetti residenti nel territorio dello Stato. Qualora l'iscritto non residente conferisca il t.f.r. ad un fondo italiano disciplinato dal d.lgs. n. 252 del 2005, troverà quindi applicazione la disciplina italiana in tema di tassazione del t.f.r. ivi compreso il menzionato art. 19, comma 4, t.u.i.r., ferma restando l'eventuale tassazione prevista dallo Stato di residenza dell'iscritto al realizzarsi di tale operazione.

Di maggiore interesse è il caso in cui un iscritto residente conferisca il t.f.r. ad un fondo estero. L'art. 19, comma 4, t.u.i.r. testualmente estende il campo della neutralità fiscale del conferimento del t.f.r. alle sole ipotesi di conferimento dello stesso a forme pensionistiche di cui al d.lgs. n. 252 del 2005. Testualmente la norma infatti dispone che *“non si considerano anticipazioni le somme e i valori destinati alle forme pensionistiche di cui al decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124”* (come detto tale riferimento va ora al d.lgs. n. 252 del 2005)

Come si è chiarito in precedenza la locuzione *“forme pensionistiche di cui al d.lgs. n. 252 del 2005”* va intesa tenendo conto del recepimento in Italia della direttiva 2003/41/CE, per effetto della quale sono ammesse a prestare servizi previdenziali in Italia anche forme pensionistiche estere ai sensi dell'art. 15 *ter* d.lgs. n. 252 del 2005 secondo cui *“i fondi pensione istituiti negli Stati membri dell'Unione europea, che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2003/41/CE e che risultano autorizzati dall'Autorità competente dello Stato membro di origine allo svolgimento dell'attività transfrontaliera possono raccogliere adesioni su base collettiva sul territorio della Repubblica”*. Si ribadisce pertanto che anche i fondi pensione comunitari sono ammessi all'offerta di prestazioni previdenziali in Italia ai sensi

del medesimo d.lgs. n. 252 del 2005. Ne consegue pertanto che il regime di piena neutralità fiscale del conferimento del t.f.r. maturato e maturando si può applicare anche all'ipotesi di conferimento di t.f.r. ad un fondo estero ammesso all'operatività in Italia, nonché, in futuro, pare che lo stesso regime dovrà potersi estendere anche a fondi americani una volta implementata la recente Convenzione contro le doppie imposizione (il regime di piena neutralità varrà anche nell'ipotesi di conferimento da parte del non residente che riceve il t.f.r. da un datore di lavoro italiano ad un fondo estero, purché quest'ultimo sia stato ammesso all'operatività in Italia). Ne consegue che il conferimento di t.f.r. maturato e maturando a fondi pensione diversi da quelli precedentemente menzionati non potrà beneficiare del regime di piena neutralità fiscale. Dette somme saranno tassate secondo le ordinarie regole.

In conclusione si ricorda che si dovrà tenere conto anche di tali valori ai fini della verifica del superamento delle soglie previste dalla normativa in tema di monitoraggio fiscale.

* * *

2. FASE DELL'ACCUMULAZIONE.

2.1. Soggettività passiva dei fondi pensione a fini convenzionali e applicabilità delle Convenzioni contro le doppie imposizioni.

Si procede ora all'analisi delle problematiche che i fondi pensione possono incontrare nella fase dell'accumulazione. Relativamente a tale fase il d.lgs. n. 252 del 2005 ha confermato il principio di tassazione sostitutiva, per maturazione, nella misura dell'11% dei rendimenti prodotti dalle forme pensionistiche complementari. Si ricorda che ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 252 del 2005 forme di previdenza complementare possono essere costituite secondo una delle seguenti forme:

(a) soggetti giuridici di natura associativa ai sensi dell'art. 36 cod. civ. o;

(b) soggetti dotati di personalità giuridica ai sensi dell'art. 12 cod. civ.;

cui deve aggiungersi, seppur in via residuale,

(c) la possibilità di costituire fondi pensione nell'ambito del patrimonio di una singola società o di un singolo ente pubblico attraverso la formazione, con apposita deliberazione, di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo, nell'ambito del patrimonio della medesima società od ente con gli effetti di cui all'art. 2117 cod. civ.;

nonché la possibilità riconosciuta alle società di intermediazione mobiliare e alle società di gestione del risparmio di istituire e gestire direttamente forme pensionistiche complementari mediante la costituzione di appositi:

(d) fondi nel rispetto dei criteri di cui all'articolo 4, comma 2, d.lgs. n. 252 del 2005. (c.d. "fondi aperti");

infine, la possibilità di ricorrere a:

(e) forme pensionistiche individuali nella terminologia del d.lgs. n. 252 del 2005 realizzate, oltre che attraverso i fondi aperti, attraverso contratti di assicurazione sulla vita, stipulati con imprese di assicurazioni.

Relativamente all'operatività transnazionale dei fondi pensione così qualificati, deve ora procedersi a verificare se sono loro applicabili le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. A questo proposito si terrà conto del c.d. Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni, comunemente adottato dall'Italia nelle stipula delle proprie convenzioni internazionali.

Il problema è già stato affrontato e risolto positivamente dalla circolare 20 marzo 2001, n. 29/E secondo cui *“ai fondi pensione si applicano le norme contenute nelle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni?”*. Come noto, ai sensi dell'art. 1 del Modello OCSE è previsto che *“This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States”*. L'applicazione della Convenzione risulta quindi subordinata a tre circostanze che l'agenzia ha ritenuto soddisfatte:

1. la possibilità di qualificare come persone (giuridiche) il fondo;
2. l'essere il fondo residente in Italia;
3. l'essere assoggettato a tassazione in Italia.

Quanto alla prima condizione, nulla è stato innovato dal d.lgs. n. 252 del 2005, sicché risulta confermato che l'istituzione di un fondo pensione dà necessariamente vita a un nuovo soggetto giuridico autonomo e distinto rispetto ai soggetti promotori del fondo; soggetto che può rivestire una delle predette forme. Dal punto di vista fiscale i soggetti *sub a)* e *b)* rientrano a pieno titolo nell'elencazione di cui all'art. 73 t.u.i.r. che annovera tra i soggetti dell'Imposta sul reddito delle società (IRES) *«gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali»*. È noto, infatti, che, a fini tributari, il riconoscimento della soggettività tributaria non deve essere limitato alle persone fisiche ed alle persone giuridiche, bensì tale soggettività può essere estesa a tutta una serie di entità non personificate, alle quali è comunque riconosciuta l'idoneità ad assumere obbligazioni di natura patrimoniale.

Presenta, invece, maggiori profili problematici l'ipotesi *sub c)*. I fondi interni di cui all'art. 2117 cod. civ. sono realizzati attraverso la costituzione di veri e propri fondi pensionistici, che operano su base mutualistica, pur rimanendo confusi nell'unico bilancio dell'impresa con il restante patrimonio

aziendale, presentano i caratteri tipici di una separazione patrimoniale. Dal tenore letterale dell'art. 2117 cod. civ. si desume che il fondo è un patrimonio separato dal patrimonio dell'imprenditore non solo sotto il profilo della garanzia patrimoniale, ma anche sotto il profilo della destinazione allo scopo. Pur tuttavia, la sua funzione di garanzia non è esclusiva, perché con essa concorre la garanzia offerta dal patrimonio generale dell'imprenditore. È questa, una conseguenza del fatto che non sorge un nuovo soggetto di diritto, in quanto trattasi di un complesso di beni che resta di proprietà dell'imprenditore e del fatto che la legge non prevede che la responsabilità di quest'ultimo nella gestione del fondo sia limitata ai contributi dovuti in base all'atto di costituzione. Conseguentemente, anche se l'imprenditore si è impegnato a corrispondere contributi periodici fissi, lo stesso risponde con tutto il suo patrimonio nei confronti dei lavoratori e degli altri creditori, rispettivamente per le prestazioni garantite e per i debiti contratti nella gestione del fondo. Ma, se, come detto, il fondo fa parte del patrimonio complessivo dell'imprenditore, che ne è almeno formalmente proprietario, i beni che lo compongono devono essere necessariamente oggetto di una gestione e di una contabilità separate per assolvere alla funzione di garanzia esclusiva delle obbligazioni sorte in occasione della gestione ed essere effettivamente destinati al loro scopo. Se dal punto di vista civilistico si è potuta negare la soggettività del fondo, ugualmente, dal punto di vista fiscale, si è costantemente³² negata ai predetti fondi soggettività tributaria (distinta da quella del datore di lavoro), affermandosi anche dalla giurisprudenza³³ l'esistenza di un unico soggetto: il datore di lavoro presso cui il fondo è costituito. Il fondo deve, infatti, considerarsi "fiscalmente appartenere" all'imprenditore. La separazione patrimoniale non determina, infatti, la nascita di un nuovo soggetto, ma esclusivamente la realizzazione di un sistema di garanzia per i lavoratori. Dal punto di vista fiscale, l'assenza di soggettività di tali fondi, non esclude

³² Tale posizione non risulta essere stata sempre accolta dalla Agenzia delle Entrate. Si segnala a tal proposito la risoluzione ministeriale 22 ottobre 2004, n. 131/E ove è stato affermato che «*La soggettività passiva d'imposta è riconosciuta anche ai fondi pensione interni, istituiti ai sensi dell'art. 2117 del codice civile, in cui sono individuate le posizioni dei singoli iscritti. Per tale categoria di fondi, la dichiarazione è presentata contestualmente alla dichiarazione dei redditi della società o dell'ente nel cui ambito gli stessi fondi sono costituiti (cfr. art. 14, comma 6, del D.Lgs. 124 del 1993)*».

³³ Fondamentale Cass. SS.UU., sent. 18 ottobre 1978, n. 4668.

l'applicazione loro della disciplina generale prevista prima dal d.lgs. n. 124 del 1993 e poi dal d.lgs. n. 252 del 2005³⁴.

Nell'ipotesi *sub d)*, il problema della soggettività dei fondi pensione viene risolto allo stesso modo in cui è risolto il problema della soggettività dei fondi di investimento. Il fondo viene considerato privo di soggettività propria in quanto incapace di soddisfare i requisiti richiesti dalla disciplina fiscale e, quindi, l'obbligazione tributaria viene fatta ricadere sulla società di gestione.

Nel caso *sub e)*, il legislatore ha, da un lato, confermato che la soggettività tributaria ricade sulla società di assicurazione, dall'altro, ha previsto regole diverse per la determinazione dell'imposta dovuta. Viene prevista la separazione patrimoniale del fondo di natura previdenziale imputabile all'assicurato³⁵ dall'impresa di assicurazione come meccanismo funzionale a sancire la non concorrenza del risultato reddituale maturato da tale fondo al reddito complessivo della società di assicurazione e, quindi, il suo assoggettamento ad imposta sostitutiva.

Nel caso di fondi pensione, in conclusione, pare che il problema della soggettività sia stato affrontato dal legislatore tenendo conto della molteplicità di strumenti che possono essere usati a fini previdenziali. In questa prospettiva, il legislatore ha dimostrato di rispettare i principi generali dell'ordinamento risolvendo il problema della soggettività alla luce dei criteri sanciti dall'art. 73 t.u.i.r. e, più in generale, dal Testo Unico delle Imposte sui Redditi. Ognuna delle strutture utilizzate dal legislatore per il perseguimento di fini previdenziali conserva, quindi, la propria corretta qualificazione. Degli enti di natura associativa costituiti ai sensi dell'art. 36 cod. civ. o dei soggetti dotati di personalità giuridica ai sensi dell'art. 12 cod. civ., che potrebbero essere pacificamente inclusi tra i soggetti IRES, non viene negata la soggettività tributaria, ma viene esclusivamente prevista la loro non soggezione ad IRES in favore dell'applicazione di un regime di tassazione sostitutiva. Analogamente

³⁴ Come riconosciuto dall'Agenzia delle Entrate nella menzionata risoluzione ministeriale n. 131/E del 2004.

³⁵ Che si traduce anche in una forma di separazione contabile in quanto tali società risultato obbligate alla tenuta per ogni singolo comparto di un libro mastro del relativo patrimonio separato, nel quale annotare cronologicamente le operazioni di ingresso e di uscita delle attività confluite nella gestione, nonché i relativi redditi e spese.

avviene per i patrimoni destinati costituiti ai sensi dell'art. 2117 cod. civ.. In applicazione dei principi generali, si sarebbe dovuto concludere, considerata l'impossibilità di riconoscere al patrimonio separato autonoma rilevanza a fini civilistici, per l'impossibilità di riconoscere in capo ad essi una soggettività tributaria autonoma e distinta rispetto alla società da cui derivano con l'effetto che la titolarità delle obbligazioni tributarie gravanti sui redditi conseguiti attraverso tali patrimoni sarebbe dovuta appuntarsi in capo alla società stessa che li ha istituiti. Il legislatore così non ha escluso la soggettività di tali fondi, li ha solo assoggettati ad un differente meccanismo di tassazione. Infine nell'ipotesi di contratti di natura assicurativa, i relativi rendimenti avrebbero concorso alla determinazione del reddito imponibile IRES della società di assicurazione da cui sono stati, invece, avulsi e resi oggetto di tassazione sostitutiva.

Quanto al requisito della residenza in Italia, occorre fare riferimento ancora all'art. 73 t.u.i.r.. Esso prevede che siano considerati residenti "*ai fini delle imposte sui redditi*" le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. L'Agenzia delle Entrate nella predetta circolare n. 29/E del 2001 ha ritenuto che tutti i predetti criteri sono applicabili in linea generale ai fondi pensione. Essi dovranno essere di volta in volta adattati sulla base della tipologia di soggetto che presta servizi previdenziale. Nella più frequente ipotesi che un fondo pensione sia organizzato ai sensi dell'art. 36 cod. civ. o dell'art. 12 cod. civ., occorrerà fare riferimento a quanto risulta dagli atti costitutivi di tali enti per individuare la sede legale o la sede dell'amministrazione degli stessi.

Quanto al requisito dell'assoggettamento ad imposta nello Stato italiano ("*liable to tax*"), l'Agenzia nella citata circolare n. 29/E del 2001 ha ritenuto che sia pienamente soddisfatto alla luce delle modalità di tassazione dei fondi pensione previste dal legislatore. Infatti, l'articolo 14 d.lgs. n. 124, nel testo sostituito dall'articolo 5 del d.lgs. n. 47, ed oggi dall'art. 17 del d.lgs. n. 252 del 2005, dispone che gli stessi sono soggetti ad imposta sostitutiva "*delle imposte sui redditi*" applicata sul risultato netto maturato in ciascun periodo d'imposta. È stato chiarito che anche l'imposta sostitutiva deve essere considerata compresa nell'ambito applicativo dei trattati per evitare le doppie imposizioni dal

momento che essa rientra pienamente nel sistema generale dell'imposizione diretta dei redditi vigente in Italia. Per l'Agenzia le Convenzioni prevedono esplicitamente che le disposizioni in esse contenute si applicano anche alle imposte future di natura identica o analoga che verranno istituite in aggiunta o in sostituzione delle imposte esistenti. La scelta di applicare l'imposizione sul reddito conseguito dalla gestione del fondo attraverso un'imposta sostitutiva, assolta dal fondo stesso, rappresenta una scelta di opportunità politica e amministrativa che rientra nella potestà impositiva dello Stato italiano e tale circostanza non può porre i fondi fuori dell'ambito applicativo delle disposizioni convenzionali.

Tale impostazione è conforme a quella del Commentario al Modello OCSE secondo cui *“Paragraph 1 refers to persons who are “liable to tax” in a Contracting State under its laws by reason of various criteria. In many States, a person is considered liable to comprehensive taxation even if the Contracting State does not in fact impose tax. For example, pension funds, charities and other organisations may be exempted from tax, but they are exempt only if they meet all of the requirements for exemption specified in the tax laws. They are, thus, subject to the tax laws of a Contracting State. Furthermore, if they do not meet the standards specified, they are also required to pay tax. Most States would view such entities as residents for purposes of the Convention (see, for example, paragraph 1 of Article 10 and paragraph 5 of Article 11). In some States, however, these entities are not considered liable to tax if they are exempt from tax under domestic tax laws. These States may not regard such entities as residents for purposes of a convention unless these entities are expressly covered by the convention. Contracting States taking this view are free to address the issue in their bilateral negotiations”*³⁶. Anche secondo il Commentario i fondi pensione, in generale, possono essere considerati residenti se tassati, anche tramite meccanismi sostitutivi, nei rispetti Paesi.

Risulta pertanto che anche i fondi pensione, nell'ipotesi di redditi di fonte estera, potranno avvalersi delle regole delle Convenzioni contro le doppie imposizioni.

Tali conclusioni sono state confermate nella recente risoluzione ministeriale 21 aprile 2008, n. 167/E, la quale, affrontando l'istanza di un

³⁶ Paragrafi 8.5. e 8.6. del Commentario all'art. 4 del modello OCSE nella versione al 17 luglio 2008.

fondo pensione di diritto olandese (appartenente alla categoria dei cosiddetti *stichting pensioenfond*) circa l'individuazione del (i) beneficiario effettivo dei dividendi ed altri redditi (segnatamente, *capital gains*) derivanti dagli investimenti effettuati in società italiane (azioni e valori mobiliari) per il tramite di un fondo lussemburghese e (ii) della Convenzione contro le doppie imposizioni applicabile al caso di specie ha stabilito quanto segue.

Ribadisce che in relazione alla qualità di “persona”, resta confermato, in linea con l'interpretazione consolidata in sede OCSE che i fondi pensione per i quali le Convenzioni contro le doppie imposizioni in vigore con l'Italia non contengono apposite clausole, sono considerati, sempre ai fini convenzionali, come “persone” qualora, in conformità alle legislazioni interne degli Stati contraenti, sono assimilati alle persone giuridiche ai fini dell'imposizione.

Per quanto concerne, invece, la verifica degli ulteriori requisiti menzionati in precedenza, la risoluzione ricorda che si deve tenere conto del Commentario secondo cui, in linea di principio, una persona si definisce residente nello Stato contraente se ivi è assoggettata ad imposta, nel senso di “*assoggettata ad un'obbligazione fiscale illimitata, anche se lo Stato contraente di fatto non applica l'imposta*”, come avviene, a titolo esemplificativo, nel caso di fondi pensione, enti di beneficenza ed altri enti che possono essere esenti da imposte, in virtù della particolare natura dell'attività svolta, qualora gli stessi rispondano a tutti i requisiti previsti dalla legislazione fiscale ai fini dell'esenzione. Conseguentemente è stata ritenuta applicabile al fondo istante la convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Olanda.

Pare non discostarsi da tale conclusione anche la nuova Convenzione del 25 agosto 1999 tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo degli Stati Uniti d'America per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le frodi o le evasioni fiscali, ratificata con legge 3 marzo 2009, n. 20, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 64 del 18 marzo 2009. Dal combinato disposto dell'art. 4 di tale Convenzione, e dell'art. 1, comma 5, lett. a), b), c), del Protocollo aggiuntivo alla medesima Convenzione, risulta la scelta delle Parti Contraenti di riconoscere la residenza, tra gli altri, di “*una persona giuridica costituita in base alle leggi di uno Stato contraente e che sia generalmente esente da imposta in detto Stato nonché costituita e mantenuta in detto Stato ... allo scopo di*

concedere pensioni o altri benefici analoghi a lavoratori dipendenti in base ad un piano deve essere considerata residente di detto Stato contraente”.

Tale definizione comprende certamente le forme pensionistiche collettive. Si potrebbe allora porre il problema relativamente alle forme pensionistiche individuali cui si accede indipendentemente dallo svolgimento di un'attività lavorativa che, alla luce di un'interpretazione letterale del testo della Convenzione potrebbero sembrare escluse. Tuttavia si ritiene sussistano argomentazioni per includere anche tali forme: come si è chiarito la prassi dell'Amministrazione Finanziaria è pacificamente orientata in tale senso; la Convenzione in esame cerca di dare una completa e definitiva sistemazione del fenomeno previdenziale di modo che l'esclusione delle forme pensionistiche individuali dal suo campo di applicazione risulterebbe un'ingiustificata violazione del principio di uguaglianza. In definitiva anche relativamente alla nuova Convenzione Italia – USA pare di poter concludere nel senso di riconoscere la soggettività a fini convenzionali anche dei fondi pensione.

2.2. Non applicabilità dell'istituto del credito di imposta.

Come chiarito già dalla circolare n. 29/E del 2001, ai fondi pensione non compete il credito d'imposta di cui all'art. 165 t.u.i.r. (già art. 15 t.u.i.r.) per le imposte pagate all'estero in via definitiva. Tale conclusione si ritiene normalmente estesa anche all'eventuale credito d'imposta riconosciuto dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni.

Tale conclusione è imposta dalle particolari modalità di determinazione delle imposte per i fondi pensione. Come noto, le forme pensionistiche complementari in regime di contribuzione definita offrono al sottoscrittore un rendimento parametrato ai risultati della gestione finanziaria del patrimonio del fondo. Il risultato di gestione netto maturato in ciascun periodo d'imposta è soggetto ad imposta sostitutiva delle imposte sui redditi nella misura dell'11%. Il risultato della gestione è pari alla differenza tra:

(a) il valore del patrimonio netto del fondo alla fine del periodo d'imposta, al lordo dell'imposta sostitutiva, aumentato delle erogazioni effettuate per il pagamento dei riscatti, delle prestazioni e delle somme trasferite ad altre forme

pensionistiche e diminuito dei contributi versati, delle somme ricevute da altre forme pensionistiche, nonché dei redditi di capitale di cui all'art. 44 t.u.i.r. soggetti a ritenuta, esenti o non soggetti ad imposta³⁷;

(b) il valore del patrimonio stesso all'inizio dell'anno.

Il risultato ottenuto dalla differenza fra il valore del patrimonio netto al termine e all'inizio di ciascun anno solare, prima di essere assoggettato ad imposta, va depurato anche dei movimenti patrimoniali che hanno interessato il fondo e degli elementi reddituali che, in virtù dell'applicazione di ritenute o imposte sostitutive o in virtù di particolari regimi di esenzione, sono stati già assoggettati a tassazione ovvero non devono scontare alcun carico tributario. Pertanto, il patrimonio netto di fine anno deve essere

a) incrementato delle erogazioni effettuate per il pagamento dei riscatti, delle prestazioni previdenziali e delle somme trasferite ad altre forme pensionistiche complementari;

b) diminuito dei contributi versati (da considerarsi, si ritiene, per il loro ammontare lordo, comprensivo anche delle eventuali quote destinate alla copertura di spese), delle somme ricevute da altre forme pensionistiche (all'esito del trasferimento di posizioni), dei redditi soggetti a ritenuta (le quali ritenute, laddove applicate, sono a titolo d'imposta), dei redditi esenti o comunque non soggetti ad imposta, nonché dei proventi maturati derivanti dalla partecipazione ad organismi di investimento collettivo del risparmio soggetti ad imposta sostitutiva.

Ne risulta che la tassazione dei fondi avviene contrapponendo due consistenze patrimoniali, mentre principio generale per fruire dei crediti d'imposta è che il reddito cui si riferiscono tali crediti entri a comporre il reddito complessivo del contribuente. Inoltre, per quanto riguarda in particolare il credito d'imposta per le imposte pagate all'estero, va ricordato che la finalità di tale disposizione è quella di evitare la doppia imposizione giuridica che si verificherebbe qualora le imposte pagate ad uno Stato estero non fossero detraibili, nei limiti previsti, dalle imposte dovute allo Stato italiano e determinate sulla base dell'utile mondiale conseguito da un soggetto residente.

³⁷ L'esclusione non si estende alle eventuali plusvalenze/minusvalenze derivanti da

Ne deriva pertanto l'inapplicabilità del credito per le imposte pagate all'estero di cui all'art. 165 t.u.i.r.. Come ricordato dall'Agenzia, le illustrate modalità di determinazione della base imponibile dell'imposta sostitutiva assolta dai fondi pensione consentono, comunque, di attenuare la doppia tassazione in quanto il risultato di gestione del fondo è dato dai flussi finanziari che vengono imputati al fondo stesso e che sono al netto anche delle imposte pagate all'estero.

2.3. La concorrenza al risultato di gestione di redditi di fonte estera.

Come noto, l'imposta sostitutiva dell'11 per cento prevista dal d.lgs. n. 252 del 2005 è previsto sia applicata sul risultato di gestione netto maturato in ciascun periodo d'imposta dal fondo pensione. Il risultato della gestione è pari alla differenza tra:

- a) il valore del patrimonio netto del fondo alla fine del periodo d'imposta, al lordo dell'imposta sostitutiva, aumentato delle erogazioni effettuate per il pagamento dei riscatti, delle prestazioni e delle somme trasferite ad altre forme pensionistiche e diminuito dei contributi versati, delle somme ricevute da altre forme pensionistiche, nonché dei redditi di capitale di cui all'art. 44 t.u.i.r.:
 1. soggetti a ritenuta;
 2. esenti o;
 3. non soggetti ad imposta³⁸;
- b) il valore del patrimonio stesso all'inizio dell'anno.

Il risultato ottenuto dalla differenza fra il valore del patrimonio netto al termine e all'inizio di ciascun anno solare, prima di essere assoggettato all'imposta dell'11%³⁹, va depurato anche dei movimenti patrimoniali che

negoziazioni o da rimborso che, invece, concorrono a formare il risultato di gestione.

³⁸ L'esclusione non si estende alle eventuali plusvalenze/minusvalenze derivanti da negoziazioni o da rimborso che, invece, concorrono a formare il risultato di gestione.

³⁹ La presente analisi tratta delle problematiche che i fondi pensione possono incontrare qualora procedano ad investire all'estero. L'analisi delle problematiche che i fondi pensione esteri incontrano qualora investano in Italia esula dai fini della presente indagine. Tuttavia non si può pare a meno di segnalare che è stata avviata nei confronti dell'Italia da parte della

hanno interessato il fondo e degli elementi reddituali che, in virtù dell'applicazione di ritenute o imposte sostitutive o in virtù di particolari regimi di esenzione, sono stati già assoggettati a tassazione ovvero non devono scontare alcun carico tributario⁴⁰.

Commissione Europea la procedura di infrazione IP/08/1022 del 26 giugno 2008 per violazione del diritto comunitario quanto al regime di tassazione dei dividendi erogati a fondi pensione esteri. Infatti, l'Italia preleva un'imposta dell'11% sui dividendi percepiti dai fondi pensione italiani, mentre i dividendi erogati ai fondi pensionistici con sede all'estero sono soggetti, ai sensi dell'art. 27, d.P.R. n. 600 del 1973 ad aliquota del 27%, salvo il rimborso dell'imposta pagata all'estero in via definitiva, fino a 4/9 della ritenuta (quindi per il 12% della stessa). Ciò assoggetta i dividendi erogati a fondi pensione esteri ad una ritenuta effettiva del 15%.

Osserva la Commissione che *“La più elevata tassazione dei dividendi, degli interessi e dei redditi da proprietà immobiliari è un fattore che può dissuadere i fondi pensione stranieri dall'investire negli Stati membri che prelevano imposte più alte. Simmetricamente, le società stabilite in questi Stati membri possono più difficilmente attirare gli investimenti dei fondi pensione stranieri. L'elevata imposizione dei fondi pensione stranieri si concreta quindi in una restrizione della libera circolazione dei capitali, tutelata dall'articolo 56 CE e dall'articolo 40 SEE. Nel caso delle partecipazioni di controllo detenute dai fondi pensione esteri, questa maggiore imposizione può anche dar luogo a restrizioni della libertà di stabilimento, che invece è garantita dall'articolo 43 CE e dall'articolo 34 SEE. La Commissione non ha rilevato alcuna giustificazione per tali restrizioni”*. Sussiste quindi un ulteriore profilo di criticità delle regole di tassazione dei fondi pensione allorché viene in gioco l'operatività transnazionale. Dall'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, deriva l'inizio di un articolato procedimento volto a verificare la conformità o meno della legislazione italiana il quale si può concludere con la condanna dell'Italia a procedere a modifiche della normativa interna.

Tralasciando per un attimo i contenuti giuridici della vicenda, merita di essere segnalato quanto osservato dal Commissario Lázló Kovács, responsabile della Direzione Generale fiscalità e dogane secondo cui *“L'eliminazione di tutte le discriminazioni fiscali nei confronti dei fondi pensionistici è una delle grandi priorità della Commissione Europea”*. Viene così ulteriormente ribadito il crescente interesse delle istituzioni comunitarie verso i problemi della previdenza complementare e la volontà di queste di creare un quadro di riferimento uniforme.

In questo contesto è intervenuta la legge Comunitaria 2008 (legge 7 luglio 2009, n. 88), la quale, previa modifica dell'art. 27, comma 3, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, ha previsto anche per gli utili corrisposti ai fondi pensione istituiti negli Stati membri dell'Unione europea e negli Stati che aderiscono all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (SEE) inclusi nella lista di cui all'art. 168-bis, un regime di imposizione sostitutiva con l'aliquota dell'11 per cento. L'innovazione trova applicazione in relazione *“agli utili distribuiti a decorrere dalla data di entrata in vigore”* della legge Comunitaria, ossia dal 29 luglio 2009. Per completezza, si precisa essere rimasto immutato il regime fiscale dei dividendi corrisposti a fondi pensione non residenti diversi da quelli appena citati, in relazione ai quali continua a trovare applicazione la ritenuta a titolo d'imposta nella misura del 27 per cento, con diritto al rimborso delle imposte effettivamente assolate all'estero fino a concorrenza dei 4/9 della ritenuta.

⁴⁰ Pertanto, il patrimonio netto di fine anno deve essere

- a) incrementato delle erogazioni effettuate per il pagamento dei riscatti, delle prestazioni previdenziali e delle somme trasferite ad altre forme pensionistiche complementari;
- b) diminuito dei contributi versati (da considerarsi, si ritiene, per il loro ammontare lordo, comprensivo anche delle eventuali quote destinate alla copertura di spese), delle somme ricevute da altre forme pensionistiche (all'esito del trasferimento di posizioni), dei redditi soggetti a ritenuta (le quali ritenute, laddove applicate, sono a titolo d'imposta), dei redditi

In considerazione della natura prettamente finanziaria degli investimenti del fondo pensione, i redditi ritraibili da tali investimenti potranno rientrare tra i redditi diversi di cui alle lettere da c) a c-*quinquies*) dell'art. 67 t.u.i.r., oppure tra i redditi di capitale.

Come noto, per quanto riguarda i redditi diversi di natura finanziaria, il loro confluire nel risultato di gestione farà venir meno l'applicazione dell'imposta sostitutiva prevista dall'art. 5 d.lgs. n. 461 del 1997: in questo senso è esplicito il primo comma del nuovo art. 17, d.lgs. n. 252 del 2005, allorché stabilisce che l'imposta ivi prevista è «*sostitutiva delle imposte sui redditi*».

Per quanto riguarda i redditi di capitale, concorrono a formare il risultato di gestione tutti i proventi per i quali è stata esclusa espressamente l'applicabilità della ritenuta o dell'imposta sostitutiva a cui sarebbero stati altrimenti soggetti. In dettaglio, si ricorda che, ai sensi dell'art. 17, comma 3, d.lgs. 252 del 2005, i fondi pensione sono soggetti cosiddetti "lordisti" ed hanno il diritto a percepire i redditi di capitale "al lordo" dell'imposte sostitutive ovvero delle ritenute alla fonte applicabili. Di conseguenza, i fondi pensione non subiscono la tassazione sui redditi di capitale percepiti ad eccezione di specifiche ipotesi nei quali le ritenute operate sui redditi di capitale percepiti dai fondi pensione eventualmente applicabili si considerano a titolo d'imposta, comportando l'esclusione dei redditi così tassati dal concorso alla formazione del risultato di gestione, in quanto diversamente si sarebbe determinata una duplicazione di imposta. I redditi di capitale che non concorrono a formare il risultato della gestione in quanto assoggettabili a ritenuta a titolo d'imposta o ad imposta sostitutiva, ma sui quali il prelievo non è stato effettuato, sono soggetti ad imposta sostitutiva delle imposte sui redditi con la stessa aliquota della ritenuta o dell'imposta sostitutiva.

Nell'ipotesi in cui il fondo percepisca redditi di natura finanziaria di fonte estera si ricorda che per questi il Modello OCSE consente il concorso della potestà impositiva dello Stato della fonte del reddito e dello Stato di residenza del percettore, limitando tuttavia ad una misura massima l'ammontare della ritenuta applicabile dallo Stato della fonte. Ne deriva

esenti o comunque non soggetti ad imposta, nonché dei proventi maturati derivanti dalla partecipazione ad organismi di investimento collettivo del risparmio soggetti ad imposta sostitutiva.

pertanto la possibilità che ricorra un caso di doppia imposizione per risolvere il quale il Modello OCSE, di norma, obbliga lo Stato di residenza del percettore a riconoscere a quest'ultimo il credito per la ritenuta subita. Tuttavia come osservato in precedenza alla luce della prassi dell'Amministrazione Finanziaria i fondi pensione non possono beneficiare del credito imposta per le imposte pagate all'estero anche se di fonte convenzionale.

In caso di assenza di convenzione contro le doppie imposizione, lo Stato estero della fonte del reddito non incontrerà limitazioni nell'applicazione delle proprie disposizioni nazionali e, di nuovo, l'Italia in qualità di Stato della residenza non concede il credito di imposta per le imposte pagate all'estero. In definitiva, in entrambi i casi si realizza un fenomeno di doppia imposizione.

Nell'ipotesi in cui concorrano alla determinazione del risultato di gestione redditi finanziaria di fonte estera si riassume di seguito, tenendo conto anche delle disposizioni dell'art. 2, commi da 6 a 34, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, il regime fiscale applicabile ai redditi di fonte estera di maggior rilievo e frequenza nella prassi operativa:

Tipologia di reddito	Trattamento per il fondo pensione
Interessi e altri proventi dei conti correnti e depositi costituiti all'estero	Ritenuta a titolo di imposta nella misura del 20 per cento
Interessi ed altri proventi delle obbligazioni e titoli simili emessi da banche, da società per azioni con azioni negoziate in mercati regolamentati degli Stati UE e SEE <i>white liste</i> (art. 1, d.lgs. n. 239 del 1996)	Concorrono a formare il risultato di gestione del fondo
Interessi ed altri proventi delle obbligazioni e titoli simili emessi da soggetti non residenti con scadenza non inferiore a 18 mesi	Concorrono a formare il risultato di gestione del fondo
Interessi ed altri proventi delle obbligazioni e titoli simili emessi da soggetti non residenti con scadenza inferiore a 18 mesi	Concorrono a formare il risultato di gestione del fondo

Utili distribuiti da società ed enti non residenti, anche se residenti in Paesi non <i>white list</i>	Concorrono a formare il risultato di gestione del fondo
Proventi derivanti da quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio esteri armonizzati e collocati in Italia	Concorrono a formare il risultato di gestione del fondo
Proventi derivanti da quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio esteri armonizzati e non collocati in Italia	Concorrono a formare il risultato di gestione del fondo
Proventi derivanti da quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio esteri non armonizzati percepiti tramite soggetti residenti incaricati del loro pagamento	Ritenuta a titolo di imposta nella misura del 20 per cento
Obbligazioni emesse da Stati inclusi nella white list	Concorrono a formare il risultato di gestione del fondo
Redditi diversi di fonte estera	Concorrono a formare il risultato di gestione del fondo

2.4. L'attuazione in Italia della Direttiva 2003/41/CE.

Brevemente si formuleranno di seguito alcune considerazioni sull'attuazione in Italia della Direttiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 giugno 2003 relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali⁴¹. Questa, cui si è più volte fatto rinvio in precedenza, pur non attenendo direttamente alla materia fiscale, riguarda l'operatività transfrontaliera dei fondi pensione e può comportare effetti sul piano fiscale. Se ne tratta diffusamente soltanto ora in quanto fornisce una serie di regole che trovano applicazione nei confronti dei fondi pensione⁴².

⁴¹ In Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea, 29 settembre 2003, serie L 235/10.

⁴² Sulle problematiche che può porre l'attuazione di tale direttiva cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 14 gennaio 2010, Causa C-343/08, *Commissione c/ Repubblica Ceca*.

Come anticipato, attraverso tale direttiva sono state armonizzate le condizioni che disciplinano l'accesso al mercato previdenziale, le regole da rispettare per l'esercizio di tale attività e la vigilanza degli enti previdenziali. La logica che ispira la Direttiva 2003/41/CE è quella di un mercato unico della previdenza complementare, che non contempla la distinzione tra fondo pensione e soggetto gestore delle risorse: ciò spiega l'attribuzione ai fondi pensione della capacità di gestire direttamente le risorse finanziarie e di erogare direttamente le rendite, alla sola condizione che il fondo sia dotato di "mezzi patrimoniali adeguati". In linea di principio la gestione delle risorse si svolge secondo le regole dello Stato di stabilimento, in quanto esse risultano ampiamente armonizzate a livello comunitario ad opera dell'art. 18 della direttiva. Tuttavia, l'art. 18, par. 7, Direttiva 2003/41/CE consente ad uno Stato membro di imporre ai fondi pensione stranieri che esercitano in esso l'attività transfrontaliera il rispetto di regole di investimento conformi a quelle delineate nel medesimo art. 18, par. 7, ma soltanto per la parte di attivi corrispondenti alle attività svolte nel Paese ospite e purché tali regole si applichino anche alle imprese ivi stabilite.

L'obiettivo principale della Direttiva 2003/41/CE è la liberalizzazione del mercato europeo delle prestazioni pensionistiche complementari, pur nel rispetto delle peculiarità nazionali in materia di sicurezza sociale, lavoro e organizzazione dei sistemi pensionistici. In particolare, l'art. 20 della Direttiva regola l'attività transfrontaliera, ovvero la possibilità per i fondi pensione nazionali di offrire i propri servizi oltre frontiera e di accogliere l'adesione di imprese di altri Paesi dell'Unione Europea. Un intervento così deciso ad opera della Commissione nel garantire la massima elasticità nell'offerta di servizi previdenziali viene legittimato dalla presenza di superiori interessi pubblicistici meritevoli di tutela. Alla luce degli sviluppi sopra menzionati, il Parlamento Europeo ed il Consiglio sono dunque intervenuti al fine di garantire un uniforme livello di garanzia di solidità e solvibilità da parte dei soggetti che prestano servizi previdenziali per evitare che gli Stati pongano ostacoli al mercato dei servizi previdenziali. Le finalità generali perseguite dalla Direttiva 2003/41/CE, possono essere così sintetizzate:

- compiere un primo, concreto, passo verso un mercato interno dei fondi pensione su scala europea;

- fissare i principi basilari per la gestione della previdenza complementare, con particolare attenzione alla tutela degli investimenti ed alla trasparenza;
- tutelare il risparmio previdenziale in ogni sua espressione;
- sviluppare le pensioni allo scopo di mantenere una protezione sociale sicura, durevole ed efficace.

La realizzazione dei suddetti obiettivi risulta necessaria al fine di:

1. garantire un elevato livello di sicurezza per i futuri pensionati;
2. permettere una gestione efficiente dei fondi;
3. consentire il riconoscimento reciproco dei sistemi di vigilanza degli Stati membri e dunque colmare una lacuna normativa importante.

La Direttiva 2003/41/CE non si applica agli enti disciplinati dalla Direttiva 83/2002/CE, vale a dire ai servizi assicurativi, oltre che a tutti quegli enti che gestiscono forme pensionistiche complementari basate sul principio tecnico-finanziario della ripartizione. A ben vedere, tale limitazione rende scarsamente esigibile la piena portabilità dei diritti previdenziali all'interno della Comunità, dove la complessità del quadro normativo relativo ai sistemi di previdenza complementare propone una straordinaria varietà di regimi e situazioni diverse.

A tale riguardo, per ciò che interessa in questa sede, l'art. 20 della Direttiva 2003/41/CE stabilisce le condizioni da rispettare per offrire servizi previdenziali al di fuori dello Stato in cui l'ente previdenziale risiede. In particolare, si obbligano gli Stati Membri a consentire:

- a) alle imprese aventi sede nel loro territorio di promuovere enti pensionistici aziendali o professionali autorizzati in altri Stati Membri;
- b) a detti enti pensionistici autorizzati in altri Stati europei di accettare come promotori imprese aventi sede nel territorio di altri Stati Membri.

L'attuazione della Direttiva da ultimo menzionata in Italia è passata attraverso l'art. 18, legge 25 gennaio 2006, n. 29, c.d. Legge comunitaria 2005 che, inserendo nella legge 18 aprile 2005, n. 62, c.d. Legge comunitaria 2004,

l'art. 29-*bis*, ha delegato il Governo a recepire la Direttiva 2003/41/CE. Il Consiglio dei Ministri, in attuazione di tale delega, ha emanato il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 28, il cui art. 5, per quanto qui di interesse, modifica il d.lgs. 5 dicembre 2005 n. 252, inserendo gli artt. 15-*bis*, 15-*ter* e 15-*quater* concernenti rispettivamente l'operatività all'estero delle forme pensionistiche complementari italiane, l'operatività in Italia delle forme pensionistiche complementari comunitarie e la cooperazione e scambio di informazioni tra le autorità competenti.

L'ambito di applicazione della Direttiva in Italia si rivolge a fondi pensione aziendali o professionali; fondi pensione aperti; piani pensionistici individuali.

Di particolare interesse risulta la disamina delle caratteristiche dei soggetti interessati dalla Direttiva 2003/41/CE; la normativa comunitaria si rivolge, infatti, ad enti che devono:

1. risultare distinti dall'impresa promotrice o dall'associazione di categoria;
2. debbono essere costituiti con lo scopo di erogare prestazioni pensionistiche complementari;
3. debbono operare secondo il principio della capitalizzazione.

Risultano, pertanto, esclusi dall'ambito di applicazione della summenzionata Direttiva non soltanto i fondi che operano in regime di ripartizione e gli enti che gestiscono schemi pensionistici obbligatori, ma anche quegli enti che gestiscono schemi pensionistici basati sull'iscrizione a bilancio di mere riserve contabili e le casse professionali (soggette solo per eventuali schemi non obbligatori).

Per ciò che attiene alle condizioni di esercizio previste dal Decreto di recepimento della Direttiva, esse costituiscono un insieme di norme prudenziali volte a garantire una regolamentazione ed una vigilanza tali da tutelare i diritti degli aderenti e dei beneficiari, nonché garantiscono la possibilità di prevedere l'opzione per la copertura dei rischi connessi a prestazioni supplementari quali longevità, invalidità professionale, reversibilità e rimborso dei contributi. Più in dettaglio, le condizioni di esercizio richiedono che l'ente venga registrato in un apposito albo tenuto dall'autorità di vigilanza; che sia in possesso dei requisiti di onorabilità e di esperienze professionali adeguate da parte dei gestori e che,

al fine di tutelare le superiori esigenze di trasparenza degli investimenti, venga fornita un'adeguata informativa agli aderenti sulle condizioni dello schema pensionistico (in termini di diritti ed obblighi delle parti, rischi finanziari, tecnici e natura e ripartizione dei rischi).

È pacifico dunque che anche a livello comunitario sia accettato che l'offerta di servizi previdenziali sia ammantata da particolari cautele e, pertanto, che anche l'esercizio delle libertà fondamentali sancite dal Trattato CE possa essere subordinato al rispetto di taluni adempimenti

Da ultimo, occorre domandarsi se tale innovazione legislativa, delineata nelle sue linee essenziali, permetta o meno di superare gli ostacoli di natura fiscale alla operatività transfrontaliera dei fondi pensione. Il principio della cosiddetta "licenza unica" come racchiuso nella Direttiva 2003/41/CE, una volta che verrà riconosciuto da tutti i paesi membri dell'Unione Europea farà venir meno quei problemi di discriminazione che per lungo tempo hanno tenuto in allarme le istituzioni comunitarie. Segnatamente, non soltanto la tassazione delle prestazioni erogate dai fondi pensione pan-europei continuerà ad essere applicata secondo il principio della residenza⁴³, ma verrebbero anche meno tutta una serie di problemi legati all'accertamento dei redditi dovuti ai percettori del reddito, potendo il fondo stesso operare da sostituto d'imposta o da collettore di informazioni per il paese a cui deve affluire l'imposta.

2.4.1. Operatività all'estero di fondi italiani.

È stato inserito nel d.lgs. n. 252 del 2005 l'art. 15 *bis*, per consentire a fondi italiani di operare all'estero dotandosi, se necessario, di mezzi patrimoniali adeguati e, se prescritto dalla COVIP, eventualmente procedendo alla separazione delle attività e delle passività corrispondenti alle attività svolte nello Stato membro dalle altre svolte nel territorio della Repubblica.

Possono avvantaggiarsi di tale disciplina, che consente loro di operare con riferimento ai datori di lavoro o ai lavoratori residenti in uno Stato

⁴³ Ed in maniera conforme a quanto previsto dal modello OCSE di Convenzioni contro le doppie imposizioni.

membro dell'Unione europea, i fondi costituiti come soggetti giuridici di natura associativa, ai sensi dell'art. 36 cod. civ. e quelli costituiti come soggetti dotati di personalità, i fondi pensione aperti, nonché quelli già istituiti alla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421, aventi soggettività giuridica ed operanti secondo il principio della capitalizzazione, che risultino iscritti all'Albo tenuto a cura della COVIP e siano stati dalla COVIP previamente autorizzati allo svolgimento dell'attività transfrontaliera.

Un fondo pensione che intenda operare con riferimento a datori di lavoro o lavoratori residenti nel territorio di un altro Stato membro è tenuto a comunicare per iscritto la propria intenzione alla COVIP, indicando lo Stato membro in cui intende operare, il nome del soggetto interessato e le caratteristiche principali dello schema pensionistico che sarà ivi gestito. La COVIP provvede a trasmettere per iscritto le informazioni di cui al precedente comma all'Autorità competente dello Stato membro ospitante entro tre mesi dal loro ricevimento, dandone comunicazione al fondo pensione. Ove la COVIP dubiti che la struttura amministrativa, la situazione finanziaria del fondo istante ovvero l'onorabilità e professionalità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo e del responsabile del fondo pensione siano compatibili con il tipo di operazioni proposte nello Stato membro ospitante, può non consentire al fondo pensione, anche mediante revoca dell'autorizzazione, di avviare l'attività transfrontaliera comunicata, dandone se del caso informazione anche all'Autorità dello Stato membro ospitante.

È previsto che il fondo pensione italiano autorizzato all'operatività transfrontaliera sia tenuto a rispettare la disciplina vigente nello Stato membro ospitante in materia di informativa da rendere agli iscritti, nonché le disposizioni dello Stato ospitante in materia di diritto della sicurezza sociale e di diritto del lavoro che trovino applicazione nei confronti dei fondi pensione che esercitano attività transfrontaliera. Il fondo pensione è, inoltre, tenuto a rispettare, limitatamente alle attività svolte in quel particolare Stato membro ospitante, gli eventuali limiti agli investimenti previsti dalla normativa dello Stato membro ospitante che trovino applicazione nei confronti dei fondi che esercitano attività transfrontaliera.

È obbligo della COVIP comunicare al fondo pensione le disposizioni al rispetto delle quali è tenuto che siano state alla stessa trasmesse dall'Autorità

competente dello Stato membro ospitante. A decorrere dalla ricezione di questa comunicazione, ovvero, in assenza di comunicazione, decorsi due mesi dalla data in cui l'Autorità dello Stato membro ospitante ha ricevuto da parte della COVIP la comunicazione, il fondo pensione può iniziare la sua attività nello Stato membro ospitante, soggiacendo alla vigilanza dell'Autorità dello Stato membro ospitante.

In caso di violazione delle disposizioni in esame, è previsto che la COVIP, in coordinamento con l'Autorità dello Stato membro ospitante, possa adottare le misure necessarie affinché il fondo pensione ponga fine alla violazione constatata. In caso di persistenza nel mancato rispetto delle misure dello Stato ospitante in materia di diritto della sicurezza sociale e di diritto del lavoro applicabili ai fondi pensione transfrontalieri, anche l'Autorità dello Stato membro ospitante può, dopo averne informata la COVIP, adottare le misure che ritiene necessarie al fine di prevenire nuove irregolarità, ivi compreso, nella misura strettamente necessaria, impedire al fondo pensione di fornire i suoi servizi al datore di lavoro nello Stato membro ospitante.

2.4.2. Operatività in Italia di fondi esteri.

È stato inserito nel d.lgs. n. 252 del 2005 l'art. 15 *ter*, per consentire a fondi esteri di operare in Italia. Questi devono essere autorizzati dall'Autorità competente del proprio Stato membro di origine allo svolgimento dell'attività transfrontaliera. La concreta operatività è subordinata alla trasmissione di apposita comunicazione alla propria Autorità competente contenente le informazioni concernenti la denominazione dell'impresa e le caratteristiche principali dello schema pensionistico offerto nonché all'avvenuta trasmissione, da parte dell'Autorità dello Stato membro di origine, della predetta informativa alla COVIP. Inoltre, tali fondi esteri non possono iniziare ad operare nel territorio della Repubblica prima che la COVIP abbia fornito all'Autorità dello Stato membro di origine informativa in merito alle disposizioni che devono essere rispettate con riguardo al diritto della sicurezza sociale e del lavoro, ai limiti agli investimenti e alle regole in tema di informativa agli iscritti.

L'avvio dell'attività transfrontaliera è in ogni caso ammessa decorsi due mesi dall'avvenuta ricezione da parte della COVIP dell'informativa.

È previsto che tali fondi esteri autorizzati ad operare in Italia sono tenuti, limitatamente alle adesioni effettuate nel territorio della Repubblica ed alle risorse accumulate e gestite in relazione a tali adesioni, al rispetto delle norme contenute nel d.lgs. n. 252 del 2005 in materia di destinatari, adesioni in forma collettiva, finanziamento, prestazioni, permanenza nella forma pensionistica complementare, cessazione dei requisiti di partecipazione, portabilità.

Viene così garantita l'uguaglianza giuridica tra fondi italiani e fondi esteri attraverso la rimozione di ogni ostacolo giuridico e fattuale alla libera adesione del lavoratore e alla circolazione dello stesso da una forma complementare a un'altra. Il regime concorrenziale risultante dovrebbe incentivare i fondi a massimizzare i rendimenti delle loro gestioni (e conseguentemente le prestazioni pensionistiche offerte ai propri iscritti), così da attrarre l'adesione del lavoratore e conservarla nel tempo.

2.4.3. Cooperazione e scambio di informazioni tra autorità di vigilanza in materia previdenziale.

È stato inserito nel d.lgs. n. 252 del 2005 anche l'ulteriore art. 15-*quater* rubricato “*cooperazione e scambio di informazioni tra le autorità competenti*” che invita la COVIP a collaborare con le autorità competenti degli altri Stati Membri ai fini della vigilanza sui fondi pensione che esercitano attività transfrontaliera. La COVIP viene individuata quale unico soggetto competente ad effettuare e a ricevere, sia nella qualità di Autorità dello Stato membro di origine sia in quella di Autorità dello Stato membro ospitante, gli scambi di comunicazioni con le altre Autorità degli Stati membri, con riguardo ai fondi pensione che svolgono attività transfrontaliera, nonché a comunicare le disposizioni di diritto nazionale che devono trovare applicazione ai sensi della legislazione italiana.

2.5. Gli obblighi di monitoraggio in capo all'iscritto nel caso di partecipazione a fondi esteri nella fase dell'accumulazione.

Come osservato in precedenza, anche nella fase dell'accumulazione, l'iscritto potrebbe essere tenuto ad assolvere agli obblighi di monitoraggio fiscale a seguito della partecipazione ad un fondo pensione estero. Devono, infatti, essere dichiarati nel Quadro RW del modello Unico di dichiarazione dei redditi gli investimenti attraverso cui possono essere conseguiti redditi di fonte estera imponibili in Italia, detenuti al termine del periodo di imposta se l'ammontare complessivo di tali investimenti e di altre attività finanziarie, al termine del periodo di imposta, risulta superiore a € 10.000,00. Detti obblighi operano anche nel caso di partecipazione a fondi pensione estere relativamente alla fase di accumulazione. L'iscritto, infatti, risulta titolare di quote costituite dall'ammontare dei contributi versati dal cui valore verrà determinato l'ammontare delle prestazioni pensionistiche che gli dovranno essere erogate.

Sul punto ha fornito importanti chiarimenti la circolare 23 novembre 2009, n. 49/E ove l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che *“il residente fiscale italiano iscritto ad un fondo pensione estero ha l'obbligo di indicare l'ammontare dei contributi versati al fondo (consistenza) nella Sezione II del Modulo RW”*. L'Amministrazione Finanziaria conferma così l'impostazione qui suggerita secondo cui anche la partecipazione a fondi esteri costituisce presupposto per gli obblighi di monitoraggio fiscale. L'Amministrazione parametrerà i redditi detenuti all'estero all'ammontare dei contributi versati al fondo e non al controvalore monetario delle quote del fondo di cui è titolare l'iscritto. Pertanto anche nell'ipotesi in cui il controvalore delle quote di cui è titolare l'iscritto sia inferiore all'ammontare dei contributi versati, l'iscritto dovrà dichiarare il montante previdenziale versato. Tale scelta dell'Agenzia deriva dall'analisi della disciplina in tema di monitoraggio fiscale di cui al d.lgs. n. 167 del 1990 per effetto della quale si chiede al contribuente di dare contezza degli investimenti esteri e non del loro valore.

* * *

3. FASE DELLA PRESTAZIONE.

Il trattamento fiscale delle prestazioni pensionistiche complementari erogate a soggetti residenti all'estero merita un particolare approfondimento volto ad inquadrare tale questione nel più generale contesto in cui si colloca. Pertanto sarà esaminato, innanzitutto il riparto della potestà impositiva per poi svolgere alcuni approfondimenti sul regime fiscale applicabile alle prestazioni erogate a residenti e non.

3.1. Il riparto della potestà impositiva.

Nell'ipotesi di erogazione di prestazioni pensionistiche da un fondo ad un soggetto residente in uno Stato diverso da quello in cui risiede il fondo, si pone un problema di riparto della potestà impositiva tra lo Stato di residenza del fondo e lo Stato di residenza del percettore. Lo Stato di residenza del fondo potrebbe infatti vantare il diritto di tassare le somme erogate in quanto Stato della fonte del reddito, fermo restando che comunque lo Stato di residenza del percettore vanta il diritto a tassare le somme percepite dal proprio residente in applicazione del principio della tassazione sulla base del reddito mondiale (c.d. *worldwide income taxation*). Ove si verificasse questa situazione, ne potrebbe risultare che il medesimo reddito (le prestazioni pensionistiche) sia tassato due volte (la prima nello Stato del fondo pensione, la seconda nello Stato del percettore). Questo risultato non è normalmente accettato da alcuno Stato. A livello mondiale la doppia tassazione viene risolta:

- a) unilateralmente da ciascuno Stato predisponendo meccanismi interni quali il riconoscimento di un credito di imposta per le imposte pagate all'estero o;
- b) bilateralmente da due Stati che fra di loro giungono alla stipula di appositi accordi, le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni, mediante i quali provvedono alla ripartizione della potestà impositiva in relazione a redditi realizzati da un soggetto residente in uno dei due Stati contraenti nell'altro Stato contraente.

Tali scenari saranno separatamente analizzati tenendo conto che in ciascuno di essi possono porsi due situazioni: quella in cui un residente in Italia riceve prestazioni previdenziali da un fondo estero; quella, di maggiore interesse ai fini della presente trattazione, coinvolgendo la responsabilità diretta del fondo pensione italiano, in cui un fondo italiano eroga prestazioni previdenziali ad un non residente.

Si precisa che verrà trattato il solo trattamento fiscale applicabile alle prestazioni pensionistiche (sia in rendita, sia in capitale), tralasciando l'analisi delle trattamento fiscale applicabile ai rendimenti delle prestazioni pensionistiche. Si accenna che ai sensi della legislazione italiana essi non sono considerati un accessorio della prestazione, ma sono trattati quale fattispecie autonoma assimilabile ad un interesse, da ricondursi nella categoria dei redditi di capitale. Pertanto se erogate ad un soggetto non residente saranno applicabili le relative ritenute, salva l'applicazione delle più favorevoli disposizioni convenzionali. Ciò impone di verificare entro il campo di applicazione di quale norma convenzionale tali rendimenti potrebbero ricadere. Alla luce della normativa nazionale essi si qualificano quale reddito di capitale ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. g *quinquies*), t.u.i.r.. Occorre verificare se tale qualificazione possa essere rispettata nell'ambito del modello OCSE. Detto documento non conosce la categoria omogenea dei redditi di capitali, piuttosto disciplina il trattamento applicabile a talune fattispecie di redditi di capitale: i dividendi e gli interessi ai quali dedica rispettivamente gli articoli 10 e 11 del Modello OCSE. I rendimenti delle prestazioni pensionistiche si ritiene non siano riconducibili ad alcuna delle due ipotesi. Dal momento che nel sistema del Modello OCSE, il termine dividendi⁴⁴ indica i corrispettivi ricevuti quale remunerazione di titoli partecipativi ed il termine interessi⁴⁵ indica le remunerazioni derivanti da

⁴⁴ L'art. 10, paragrafo 3, Modello OCSE così precisa: "*The term "dividends" as used in this Article means income from shares, "jouissance" shares or "jouissance" rights, mining shares, founders' shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident*".

⁴⁵ L'art. 11, paragrafo 3, Modello OCSE così precisa: "*The term "interest" as used in this Article means income from debt-claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor's profits, and in particular, income from government securities and income from bonds or debentures, including premiums and prizes attaching to such securities, bonds or debentures. Penalty charges for late payment shall not be regarded as interest for the purpose of this Article*".

contratti del tipo del contratto di mutuo, pare che non sia possibile ricondurre in alcuna delle due fattispecie i rendimenti delle prestazioni pensionistiche. Essi non sono infatti né la remunerazione di un titolo partecipativo, né il corrispettivo di un prestito. Pare pertanto che tali rendimenti debbano essere ricondotti nel campo di applicazione dell'art. 21 del Modello OCSE. Detta disposizione svolge il ruolo di clausola residuale che regola la potestà impositiva (per assegnarla allo Stato di residenza) nei casi in cui non sia possibile applicare un'altra norma convenzionale.

Nel caso in cui i rendimenti delle prestazioni previdenziali siano erogati ad un residente, in assenza di convenzioni internazionali saranno rilevanti per lo Stato italiano quale reddito di capitale ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. g (*quinquies*), t.u.i.r.; in presenza di convenzioni internazionali, si dovrà verificare la qualificazione data a tali somme dallo Stato erogante e applicarne il relativo trattamento, fermo restando il riconoscimento al contribuente da parte dello Stato italiano del credito di imposta per le imposte pagate all'estero.

3.2. Il residente iscritto ad un fondo pensione estero.

3.2.1. La disciplina in assenza di Convenzioni contro le doppie imposizioni applicabili alle prestazioni erogate in rendita e in capitale.

La questione è stata affrontata nella risoluzione del Ministero delle Finanze 7 gennaio 1982, prot. 1022 che, seppur risalente, non risulta smentita. In tale occasione è stato chiarito che in mancanza di una convenzione contro le doppie imposizioni tra l'Italia e uno Stato estero, il trattamento tributario delle pensioni percepite da un soggetto residente in Italia non può che discendere esclusivamente dalla normativa contenuta nella vigente legislazione nazionale⁴⁶.

In particolare nella risoluzione è affrontata la questione dell'operatività del principio di reciprocità in quanto, nel caso di specie, esisteva tra gli Stati

⁴⁶ Si ricorda che il pagamento all'iscritto residente in Italia di prestazioni pensionistiche da parte di fondi pensione esteri assume rilevanza ai fini del rispetto degli obblighi di monitoraggio fiscale. L'iscritto dovrà tenere conto dell'ammontare della prestazioni incassate ai fini del superamento della soglia di € 10.000,00 relativa ai trasferimenti da e verso l'estero di denaro.

coinvolti, Italia e Jugoslavia, un convenzione in materia di assicurazioni sociali ai sensi dell'art. 33 della quale le pensioni di invalidità e vecchiaia corrisposte dalla Jugoslavia a cittadini italiani e jugoslavi residenti in Italia avrebbero dovuto essere esonerate dall'imposizione nazionale, dato che gli analoghi emolumenti erogati dall'INPS a cittadini residenti in Jugoslavia non vengono sottoposti a tassazione in quello Stato. Per il Ministero delle Finanze il citato art. 33 può essere interpretato “*solo*” come norma volta ad evitare da parte degli Stati stessi qualsiasi trattamento discriminatorio ai fini fiscali, e quindi anche sotto il profilo esonerativo conseguente alla nazionalità o alla residenza dei beneficiari, e non come clausola recante intrinseche agevolazioni tributarie con riguardo al regime impositivo degli emolumenti derivanti da pensioni o assicurazioni applicato dagli Stati medesimi.

Pertanto, secondo la risoluzione, la circostanza che in Jugoslavia (si trattava di tale Stato nel caso di specie) le pensioni erogate dall'INPS ai residenti in tale Stato non vengono sottoposte ad imposizione, non obbliga automaticamente l'Italia, sulla base del principio di cui al richiamato art. 33 della precitata Convenzione italojugoslava, ad esentare le analoghe pensioni di invalidità e vecchiaia corrisposte dalla Jugoslavia a residenti nel nostro Paese, ma ad applicare alle pensioni in argomento lo stesso trattamento cui sono soggetti gli emolumenti della specie qualora corrisposti in Italia o in Paesi non legati all'Italia da Accordi contro le doppie imposizioni.

Alla luce di tali considerazioni pare quindi che il trattamento fiscale applicabile alle prestazioni previdenziali erogate da un fondo estero ad un soggetto residente in Italia debba essere risolto alla luce dei principi generali del diritto nazionale. Si precisa che la disciplina italiana sarà applicabile sia nell'ipotesi in cui le prestazioni siano erogate in rendita o in capitale in quanto in tale ipotesi le prestazioni ricevute ricadranno nel campo di applicazione dell'art. 50, comma 1, lett. h bis), t.u.i.r.. Risulta, infatti, applicabile il principio della tassazione sulla base del reddito mondiale in forma del quale i redditi di un residente sono tassati ovunque prodotti. Un soggetto residente che riceve prestazioni pensionistiche da un fondo estero dovrà pertanto includere tali somme nel proprio reddito complessivo e conseguentemente assellarli. Tale soggetto residente potrà scomputare dall'imposta dovuta in Italia le imposte

eventualmente pagate all'estero sul medesimo reddito ai sensi e nei limiti della normativa interna in tema di credito di imposta di cui all'art. 165 t.u.i.r..

L'applicabilità delle norme interne impone di tenere conto del problema della successione di differenti regimi fiscali della previdenza complementare. Come noto, il legislatore ha più volte modificato il regime di tassazione delle prestazioni dei fondi pensione, salvaguardando però i diritti degli iscritti maturati sino alla data di entrata in vigore delle varie modifiche tramite l'introduzione di apposite norme transitorie. A questo proposito si deve distinguere tra

- a) somme maturate entro il 31 dicembre 2000;
- b) somme maturate dal 1° gennaio 2001 al 31 dicembre 2006;
- c) somme maturate dal 1° gennaio 2007.

Relativamente alle prestazioni maturate anteriormente al 1° gennaio 2007, il legislatore, in estrema sintesi, aveva previsto che mentre la quota di prestazione erogata in rendita concorresse alla determinazione del reddito imponibile⁴⁷, la quota erogata in forma di capitale fosse assoggettata a tassazione separata. Prevedeva l'applicazione del regime di tassazione separata la lett. a *bis*) del comma 1 dell'attuale art. 17 t.u.i.r.. Il successivo art. 20 t.u.i.r. prevedeva che l'aliquota applicabile fosse determinata sulla base di criteri analoghi a quella applicabile al t.f.r. che pure è soggetto a tassazione separata ai sensi della precedente lett. a).

Nell'ipotesi in cui un iscritto riceva prestazioni previdenziali da un fondo estero, in sede di tassazione delle somme ricevute si dovrà tenere conto di tale stratificazione con l'effetto che, ove l'iscritto riceva prestazioni in forma di capitale potrà avvantaggiarsi del beneficio della tassazione separata.

L'applicabilità del regime di tassazione separata, nell'ipotesi di conseguimento di redditi di fonte estera, richiede alcune precisazioni.

Si ritiene che tali somme debbano essere indicate in dichiarazione dei redditi ai sensi dell'art. 1, comma 3, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. Detta

⁴⁷ Sia pure su una base imponibile ridotta del 12,50% con riferimento ai montanti maturati fino al 31 dicembre 2000, nonché dei redditi assoggettati ad imposta (rendimenti, contributi

disposizione pone a carico del contribuente l'obbligo di indicare nella dichiarazione dei redditi anche quelli soggetti a tassazione separata nell'ipotesi in cui siano corrisposti da soggetti non obbligati all'effettuazione delle ritenute. Testualmente non venivano inclusi tra i redditi soggetti a tale trattamento quelli di cui all'art. 17, comma 1, lett. a *bis*), ma solo quelli di cui alla lett. a); pur tuttavia, sulla base dell'osservazione che il legislatore aveva determinato il regime applicabile alle prestazioni pensionistiche complementari erogate in forma di capitale su quello del t.f.r., pare che si possa estendere alle prestazioni in capitale le regole previste per il t.f.r., vieppiù nel caso di specie in cui si discute dell'applicazione di norme procedurali per le quali non è escluso il ricorso all'argomento analogico.

Dall'applicazione del regime di tassazione separata discende, per quanto qui di interesse, l'inapplicabilità strutturale del meccanismo del credito di imposta di cui all'art. 165 t.u.i.r.. Come detto esso presuppone che un componente reddituale concorra alla determinazione del reddito complessivo. L'applicazione del meccanismo di tassazione separata comporta, invece, l'effetto di escludere la concorrenza di un reddito proprio dalla determinazione del reddito complessivo con conseguente perdita del credito per le imposte pagate all'estero.

Ovviamente resta ferma la facoltà dell'iscritto, se più conveniente, di optare per la tassazione ordinaria e far concorrere le prestazioni erogate in capitale alla determinazione del reddito complessivo. Ove si avvallesse di tale facoltà, l'iscritto potrebbe beneficiare del credito di imposta per le imposte pagate all'estero.

Tali osservazioni valgono, si ribadisce, limitatamente alle prestazioni erogate in forma di capitale maturate anteriormente al 1° gennaio 2007. Relativamente alle prestazioni erogate in forma di rendita, atteso che esse, ai sensi della previgente disciplina, erano soggette all'IRPEF secondo le regole ordinarie, tali somme dovranno essere indicate in dichiarazione nei modi ordinari e potranno beneficiare del credito per eventuali imposte pagate all'estero.

non dedotti) con riferimento ai rendimenti maturati fra il 1° gennaio 2001 ed il 31 dicembre 2006.

Relativamente alle prestazioni maturate dal 1° gennaio 2007 (che continuano a qualificarsi quali redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente ai sensi dell'art. 50, comma 2, lettera *b*), t.u.i.r.), ai fini della loro tassazione sorgono due problematiche:

- c) in sede di determinazione della base imponibile la rilevanza dei contributi dedotti in Italia;
- d) in sede di determinazione dell'imposta la misura dell'aliquota applicabile dal momento che, come noto, sulle prestazioni pensionistiche complementare erogate sia in forma di rendita sia in forma di capitale, è operata una ritenuta a titolo di imposta con l'aliquota del 15 per cento, ridotta sino al 9 per cento in relazione alla durata del periodo di partecipazione a forme pensionistiche complementari in ragione dello 0,30 per cento per ogni anno di partecipazione oltre il quindicesimo, con un limite massimo di riduzione di sei punti percentuali.

Relativamente all'una ed all'altra ipotesi resta fermo che sarà l'iscritto a dover procedere alle necessarie quantificazioni. Mentre di norma vi provvede il fondo erogante, nel caso in esame non vi potrà provvedere il fondo estero che procede all'erogazione. Spetterà pertanto all'iscritto facendoli transitare nella dichiarazione dei redditi.

Quanto alla rilevanza dei contributi dedotti, potranno avere rilievo solo i contributi dedotti ai sensi e per gli effetti dell'art. 10, comma 1, lett. *e-bis*), t.u.i.r. e quindi quelli versati a forme pensionistiche complementari versate a fondi istituiti negli Stati membri dell'Unione Europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo che consentono un effettivo scambio di informazioni, indipendentemente dall'ottenimento da parte di tali fondi ad operare in Italia.

Non pare infatti che possa frustato uno dei caratteri che connota la tassazione del risparmio previdenziale: la circostanza che questo deve essere assoggettato ad imposta una sola volta, sicché il prelievo tributario deve essere fissato in uno solo dei momenti in cui può idealmente scomporsi l'atto previdenziale (contribuzione, accumulazione, erogazione). Ciò consente di evitare possibili fenomeni di doppia imposizione ritenuti contrari alla logica previdenziale. L'impianto sistematico del d.lgs. n. 252 del 2005 consente di

concludere ritenendo che eventuali fenomeni di doppia imposizione debbano essere eliminati e tale conclusione non può venire meno solo per la fonte di tale risparmio. È, a questo scopo, previsto che i redditi assoggettati ad imposizione nella fase di accumulazione (e cioè i redditi prodotti dalla forma pensionistica complementare nella gestione del risparmio previdenziale ed assoggettati ad imposta in capo allo stesso fondo pensione) non siano soggetti ad imposta al momento dell'erogazione della prestazione previdenziale. Allo stesso fine è previsto che non siano tassati eventuali contributi non dedotti in quanto dalla mancata deduzione deriva l'assoggettamento a tassazione di tali somme (assolve a tale funzione la disposizione secondo cui la base imponibile dell'iscritto è determinata al netto dei contributi non dedotti).

Tuttavia pare potersi tenere conto solo dei contributi dedotti dal reddito italiano e non già anche di eventuali contributi dedotti all'estero per le ragioni chiarite in precedenza, senza che questo integri alcuna violazione del diritto comunitario in quanto applicabile la regola della coerenza sulla quale si tornerà nel prosieguo.

Quanto alla questione dell'aliquota applicabile, pare di poter ritenere che le prestazioni così erogate saranno certamente assoggettate all'aliquota del 15 per cento, tuttavia si pone il problema di verificare se l'iscritto residente possa beneficiare della riduzione della stessa sino al 9 per cento in relazione alla durata del periodo di partecipazione a forme pensionistiche complementari in ragione dello 0,30 per cento per ogni anno.

Per risolvere tale questione si ritiene valgano le conclusioni cui si è pervenuti in precedenza analizzato le problematiche che pone la fase della contribuzione e segnatamente il caso del trasferimento di posizione previdenziale. In questa ultima ipotesi si era dato rilievo all'anzianità contributiva dell'iscritto solo nell'ipotesi in cui il trasferimento di posizione previdenziale coinvolgesse un fondo pensione armonizzato (nel senso di effettivamente ammesso all'operatività in Italia).

Si deve pertanto ritenere che nella fase della prestazione l'anzianità previdenziale solo in tale ipotesi possa avere rilievo e l'iscritto residente possa beneficiare della riduzione prevista nel caso di adesione a fondi pensione italiani. Diversamente nel caso di prestazioni erogate da fondi non armonizzati risulterà esclusivamente applicabile l'aliquota del 15 per cento che non potrà

essere suscettibile di riduzioni essendo del tutto irrilevante per la legislazione nazionale l'anzianità contributiva maturata all'estero.

3.2.2. La disciplina convenzionale applicabile alle prestazioni erogate in rendita e in capitale.

Per la disciplina applicabile ad un residente in Italia che percepisce prestazioni previdenziali da un fondo residente in un Paese con il quale è vigore un accordo contro le doppie imposizioni si rinvia a quanto si chiarirà nel paragrafo 3.3.3..

Si ritiene che la vicenda dovrebbe essere valutata alla luce della qualificazione di tali prestazioni imposta dallo Stato di residenza del fondo accogliendo i suggerimenti del Commentario al modello OCSE sui quali, come anticipato, non sussiste però identità di vedute. Non si esclude pertanto che l'Amministrazione Finanziaria italiana proponga un'autonoma qualificazione di tali somme. La più corretta di tali qualificazioni dovrebbe ricondurre eventuali prestazioni nell'ambito dell'art. 18 del Modello OCSE.

Eventuali differenze tra la qualificazione proposta dallo Stato della fonte e lo Stato italiano quale Stato della residenza potrebbero ridondare a sfavore del contribuente che potrebbe vedersi limitato il diritto a beneficiare del credito di imposta per le imposte pagate all'estero⁴⁸.

Diversamente da quanto si dirà con riferimento all'ipotesi che il pagamento avvenga da un fondo italiano, potrebbe esservi diversità di trattamento tra prestazioni eventualmente erogate in forma di rendita o di capitale, ove lo Stato estero diversamente qualifichi tali somme. Ci si limita a segnalare che, anche a livello internazionale, è comune il riconoscimento che le prestazioni pensionistiche erogate in forma di rendita ricadano nel campo di applicazione dell'art. 18 del Modello OCSE che riconosce la potestà impositiva esclusiva dello Stato di residenza del percettore, mentre non è altrettanto univocamente riconosciuta la riconducibilità alla medesima disposizione delle prestazioni erogate in forma di capitale in relazione alle quali si discute

⁴⁸ Cfr. Risoluzione 3 luglio 2001 n. 104; Risoluzione 7 marzo 2008 n. 83.

dell'applicabilità dell'art. 15 del Modello OCSE, che riconosce la potestà impositiva concorrente dello Stato della fonte e della residenza.

Quanto alle questioni evidenziate in precedenza (rilevanza di contributi dedotti e misura dell'aliquota) si ritiene valgano le medesime conclusioni cui si è pervenuti poco sopra se e nella misura in cui lo Stato estero della fonte riconduce nel novero dei redditi di lavoro dipendenti le prestazioni previdenziali.

Si ricorda comunque che, ai sensi dell'art. 169 t.u.i.r., le disposizioni del Testo unico si applicano comunque anche in presenza di convenzioni internazionali se più favorevoli al contribuente. L'iscritto residente potrebbe, quindi, avere interesse a non invocare l'applicazione della convenzione eventualmente esistente, bensì ad applicare le norme interne e richiede il riconoscimento del credito di imposta.

3.2.3. Gli obblighi di monitoraggio in capo all'iscritto nel caso di prestazioni previdenziali erogate da fondi esteri.

Come osservato in precedenza, anche nella fase della prestazione, l'iscritto potrebbe essere tenuto ad assolvere agli obblighi di monitoraggio fiscale a seguito della partecipazione ad un fondo pensione estero.

Devono, infatti, essere dichiarati nel Quadro RW del modello Unico di dichiarazione dei redditi i trasferimenti dall'estero di denaro effettuati attraverso soggetti non residenti, senza il tramite di intermediari residenti, se l'ammontare complessivo di tali trasferimenti nel corso del periodo di imposta sia stato superiore a € 10.000,00. Nell'ammontare complessivo vanno computati tutti i trasferimenti e, quindi, sia quelli verso l'estero che quelli dall'estero.

Pertanto anche le prestazioni previdenziali, vuoi in rendita, vuoi in capitale, erogate da un fondo estero concorreranno a determinare il superamento della soglia di € 10.000,00 di modo che ove essa venga superata (fermo restando che il superamento di tale soglia deve essere verificato tenendo conto dei movimenti da e verso l'estero complessivamente considerati) anche

le prestazioni previdenziali di fonte estera dovranno essere oggetto di segnalazione.

Conferma tale conclusione la menzionata circolare 23 novembre 2009, n. 49/E ove l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che *“nell'ipotesi in cui la forma pensionistica estera eroghi in via anticipata i rendimenti ovvero corrisponda prestazioni pensionistiche, i trasferimenti ad essi relativi vanno anch'essi indicati nella citata sezione III. Conseguentemente il mancato rispetto delle suddette indicazioni determina la violazione degli obblighi in materia di monitoraggio fiscale”*.

3.3. Il non residente iscritto ad un fondo pensione italiano.

3.3.1. La disciplina in assenza di Convenzioni contro le doppie imposizioni applicabili alle prestazioni erogate in rendita e in capitale.

In caso di assenza di convenzioni contro le doppie imposizioni (o comunque, ai sensi dell'art. 169 t.u.i.r., se più favorevole anche per il contribuente non residente), trova applicazione l'art. 23 t.u.i.r., il cui comma 2, lettera b), considera comunque prodotti in Italia, ed ivi tassabili anche se percepiti da non residenti, i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui alla lettera h-*bis*) del comma 1 del successivo articolo 50 t.u.i.r.. Si tratta delle prestazioni pensionistiche erogate dai Fondi pensione italiani. Il t.u.i.r. attribuisce così allo Stato italiano la potestà impositiva sulle prestazioni pensionistiche (vuoi in rendita vuoi in capitale) qualora erogate da soggetti italiani a soggetti non residenti.

Spetterà allo Stato estero il riconoscimento di un eventuale credito di imposta.

3.3.2. La disciplina convenzionale (modello OCSE) applicabile alle prestazioni erogate in rendita.

Nel caso in cui ad un non residente siano erogate prestazioni previdenziali in forma di rendita è pacificamente riconosciuta dall'Amministrazione Finanziaria italiana l'applicabilità dell'art. 18 del Modello

OCSE secondo cui “*le pensioni e le altre remunerazioni analoghe, pagate ad un residente di uno Stato contraente in relazione ad un cessato impiego, sono imponibili soltanto in questo Stato*”. Detta disposizione assegna potestà impositiva esclusiva allo stato di residenza del percettore e deroga pertanto a quanto previsto dall’art. 23, comma 2, lettera b), t.u.i.r.

Ne risulta pertanto che, qualora l’iscritto non residente ne faccia richiesta, non risulterà applicabile alcuna imposta italiana e di conseguenza, il fondo pensione italiano potrà non applicare la ritenuta alla fonte a condizione che l’iscritto presenti la necessaria documentazione.

Si ricorda in proposito che, come chiarito dall’Amministrazione Finanziaria⁴⁹, la diretta applicazione delle disposizioni convenzionali da parte dei sostituti d’imposta non è obbligatoria, bensì facoltativa. I sostituti d’imposta possono, sotto la propria responsabilità, applicare direttamente le disposizioni convenzionali, nel qual caso è fatto loro obbligo di acquisire, dai beneficiari del reddito, la documentazione atta a dimostrare l’effettivo possesso dei requisiti previsti negli accordi. In dettaglio, ove il fondo pensione intenda applicare le disposizioni convenzionali a favore dell’iscritto, dovrà acquisire una esplicita richiesta in tal senso da parte di quest’ultimo, contenente la dichiarazione che il medesimo si trova nelle condizioni previste dalla Convenzione per usufruire del trattamento convenzionale di miglior favore. L’iscritto dovrà allegare la documentazione atta a dimostrare l’effettiva sussistenza dei requisiti che comprovano la sua residenza all’estero e non in Italia; a questo proposito dovrà fornire al sostituto di imposta un apposito certificato di residenza fiscale rilasciato dalle Autorità fiscali dello Stato in cui risiede. Questa dichiarazione e questa documentazione dovranno essere aggiornate e riferite all’anno di imposta in cui avviene il pagamento delle somme.

⁴⁹ Cfr. Circolari della Direzione Imposte Dirette n. 86 del 13 settembre 1977, n. 115 del 12 aprile 1978 e numero 147 del 25 novembre 1978, Risoluzione n. 95/E del 10 giugno 1999, Risoluzione n. 68 del 24 maggio 2000.

3.3.3. La disciplina convenzionale (modello OCSE) applicabile alle prestazioni erogate in capitale.

La disciplina applicabile in caso di esistenza di una convenzione bilaterale alle prestazioni erogate in forma di capitale è quella approfondita dall’Agenzia delle Entrate nella risoluzione n. 40/E del 2009 secondo la quale trova applicazione l’art. 15 del Modello OCSE che riconosce la potestà impositiva concorrente dello Stato italiano. È possibile una ricostruzione che riconosce la potestà impositiva esclusiva dello Stato di residenza del percettore in forza dell’art. 18 del Modello OCSE.

Gli articoli menzionati indicano i criteri di ripartizione della potestà impositiva per la tassazione dei redditi di lavoro dipendente (art. 15) e di pensione (art. 18). L’art. 15, paragrafo 1, prevede la tassazione c.d. concorrente dei Paesi contraenti ossia stabilisce la potestà impositiva prima nel Paese in cui è stata effettuata la prestazione e, successivamente, la potestà impositiva del Paese di residenza del prestatore, che, al fine di eliminare la doppia imposizione, si impegna a riconoscere un credito d’imposta per le imposte pagate nel primo Stato⁵⁰. L’art. 18, invece, stabilisce una tassazione esclusiva nello Stato di residenza del percettore⁵¹.

L’Agenzia in primo luogo lamenta la non univoca natura delle prestazioni previdenziali nelle quali convivono diverse componenti, tra queste ritiene però si debba dare preferenza a quella retributiva “*in considerazione del particolare collegamento esistente con il datore di lavoro e con l’attività lavorativa svolta*”. A conferma di tale conclusione viene richiamata la giurisprudenza della Cassazione circa la natura di retribuzione differita del t.f.r.. Come osservato nella precedente circolare, la questione relativa al trattamento fiscale delle prestazioni pensionistiche erogate in forma di capitale deve, a nostro avviso, essere risolta non muovendo dall’analisi del trattamento riservato al t.f.r., ma

⁵⁰ Secondo la citata norma convenzionale “*i salari, gli stipendi e le altre remunerazioni analoghe che un residente di uno Stato contraente riceve in corrispettivo di un’attività dipendente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che tale attività non venga svolta nell’altro Stato contraente. Se l’attività è quivi svolta, le remunerazioni percepite a tal titolo sono imponibili in questo altro Stato*”.

⁵¹ Questo, come già detto in precedenza, prevede che “*le pensioni e le altre remunerazioni analoghe, pagate ad un residente di uno Stato contraente in relazione ad un cessato impiego, sono imponibili soltanto in questo Stato*”.

autonomamente sulla base della disciplina applicabile alle prestazioni pensionistiche erogate dai fondi pensione.

Nel caso di adesione a forme pensionistiche complementari il vincolo previdenziale che lega l'iscritto al fondo pensione non trova causa e fondamento nel rapporto di lavoro, bensì nell'atto volontario di adesione del lavoratore finalizzato a garantirgli una copertura previdenziale per il momento di cessazione dell'attività lavorativa o per il raggiungimento dell'età pensionabile⁵². Le pensioni integrative considerano l'esercizio di un'attività di lavoro dipendente o l'esercizio di una attività lavorativa, anche di lavoro autonomo o di impresa, quale elemento di fatto dal quale far dipendere determinate conseguenze giuridiche (il pagamento delle prestazioni). Il realizzarsi delle medesime conseguenze giuridiche può però essere fatto derivare anche da altre circostanze di fatto (quali il raggiungimento di una determinata età anagrafica), ma in ogni caso è dalla adesione al fondo pensione che sorge per l'iscritto il diritto alla prestazione. L'adesione al sistema della previdenza complementare è a sua volta del tutto indipendente dall'esercizio di un'attività di lavoro dipendente⁵³; l'iscrizione è riconosciuta anche a chi esercita altre attività o non ne esercita affatto. Analoghe conclusioni non valgono per il diritto alla corresponsione del t.f.r. che sorge, invece, a seguito della stipula di un contratto di lavoro dipendente da parte di un soggetto al momento della cessazione del rapporto stesso. La fonte del t.f.r. è quindi un rapporto di lavoro dipendente, mentre la fonte delle prestazioni previdenziali è l'iscrizione al fondo. In definitiva, mentre il t.f.r. ed eventuali somme integrative sono parametricate alla retribuzione del lavoratore e trovano nella cessazione del rapporto di lavoro la condizione giuridica, e non solo fattuale, per la loro attribuzione, le prestazioni pensionistiche complementari (in rendita o in capitale) trovano solo un collegamento fattuale con il rapporto di lavoro,

⁵² L'irrilevanza della fonte dell'obbligazione previdenziale è riconosciuta anche dal diritto dell'Unione Europea. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 10 settembre 2009, Causa C-269/07, *Commissione c/ Germania*, ha affermato che *“la circostanza, ..., che la conclusione di un contratto di previdenza integrativa con un istituto privato e il successivo versamento dei relativi contributi siano per loro natura facoltativi non è tale da incidere sulla qualifica del premio controverso come vantaggio sociale, in quanto detta qualifica non è subordinata al carattere obbligatorio del regime che concede il vantaggio in questione.”*.

⁵³ Anche la circostanza che il risparmio accantonato può essere costituito pure da versamenti del datore di lavoro resta un elemento fattuale non giuridicamente costitutivo della fattispecie.

essendo piuttosto fondate sul vincolo previdenziale impresso al risparmio accantonato. Pertanto non solo non è sostenibile l'accessorietà delle prestazioni pensionistiche erogate dal fondo pensione al t.f.r., ma neanche è rilevabile un'assimilazione sostanziale per natura fra tali due forme di erogazione.

Tali conclusioni valgono anche nell'ipotesi in cui la prestazione sia erogata in forma di capitale e non già in rendita. La questione deve essere di nuovo risolta alla luce della disciplina interna, salvo poi verificare l'esistenza di deroghe previste a livello convenzionale. Occorre pertanto innanzitutto riferirsi al sistema delineato dal d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, e segnatamente dall'art 11. Il comma 3 di tale disposizione fissa la soglia della metà del montante accumulato quale limite per la corresponsione delle somme in forma di capitale stabilendo per il resto una perfetta equivalenza tra le due ipotesi. La stessa equivalenza è in particolare affermata con riferimento ai profili fiscali quando al successivo comma 6 si prevede un trattamento fiscale del tutto uniforme delle prestazioni pensionistiche, siano esse erogate in forma di rendita, siano esse erogate in forma di capitale. Rendita e capitale rappresentano esclusivamente due differenti modalità di erogazione della prestazione pensionistica unitariamente considerata e maturata dall'iscritto nel corso degli anni.

A livello OCSE, lo stesso Commentario include nell'ambito di operatività dell'art. 18 del Modello espressamente tutte le somme corrisposte in dipendenza della cessazione dell'attività lavorativa anche se erogate in un'unica soluzione (c.d. *lump sum*). L'art. 18 del Modello OCSE è previsto si applichi, infatti, alle "*pensions and other similar remuneration paid to a resident of a Contracting State in consideration of past employment*". Nel Commentario si legge che se è vero che alla categoria delle pensioni possono ricondursi i pagamenti periodici, parimenti nulla osta a ricondurre nella categoria "*other similar remuneration*" le somme pagate *una tantum*⁵⁴. Rientrano, quindi, nel campo di applicazione dell'art. 18 del Modello OCSE le prestazioni erogate, nei limiti di volta in volta

⁵⁴ Così il Commentario al Modello OCSE al punto 5 del commento all'art. 18 nella versione al 17 luglio 2008: "*While the word "pension", under the ordinary meaning of the word, covers only periodic payments, the words "other similar remuneration" are broad enough to cover non-periodic payments. For instance, a lump-sum payment in lieu of periodic pension payments that is made on or after cessation of employment may fall within the Article*".

previsti dalla legislazione interna⁵⁵, in forma di capitale. Preme osservare che il valore interpretativo del Commentario al Modello OCSE sul punto è riconosciuto dalla stessa Agenzia delle Entrate che nella risoluzione 1° agosto 2008, n. 341/E rinvia al Commentario OCSE per distinguere i pagamenti effettuati in unica soluzione fra quelli aventi natura di “*pensione, pubblica o privata*” e quelli “*considerati come remunerazione finale per le attività svolte*”, ricordando che mentre i primi rientrano, a seconda dei casi, negli articoli 18 o 19⁵⁶, i secondi rientrano negli articoli 15 o 19. Pur riguardando il caso esaminato dalla risoluzione n. 341 del 2008 esclusivamente il t.f.r., è rilevante il fatto che la stessa Amministrazione Finanziaria ritenga fondamentale il Commentario OCSE nell’interpretazione delle norme convenzionali e citi espressamente il passo del Commentario precedentemente menzionato che rinvia alle legislazioni nazionali il potere di qualificare i componenti reddituali e considera “*pensione*” i “*pagamenti effettuati in unica soluzione*” che (come i capitali erogati dai fondi pensione) non siano una “*remunerazione finale per le attività svolte*” (come, invece, è il t.f.r.).

Le considerazioni appena svolte manifestano quindi le criticità della posizione dell’Agenzia delle Entrate. La natura delle prestazioni erogate dai fondi pensioni italiani anche in forma di capitale consente, a fini convenzionali, di inquadrarle nell’art. 18 del Modello OCSE piuttosto che nell’art. 15 e di ritenere, quindi, sussistente la potestà impositiva dello Stato di residenza del percettore piuttosto che dell’Italia in qualità di Stato della fonte.

Un ulteriore elemento che corrobora la non divisibilità della conclusione cui perviene l’Agenzia può inoltre ritrovarsi nell’articolo 21, paragrafo 1), del Modello OCSE secondo cui “*gli elementi di reddito di un residente di uno Stato contraente, qualsiasi ne sia la provenienza, che non sono stati trattati negli*

⁵⁵ Si ricorda, infatti, che ai lavoratori assunti antecedentemente al 29 aprile 1993 e che entro tale data erano iscritti a forme pensionistiche complementari istituite alla data di entrata in vigore dalla legge 23 ottobre 1992, n. 421 è riconosciuta la possibilità di ricevere l’intera somma in forma di capitale.

⁵⁶ L’art. 19 del Modello OCSE, rubricato *Funzioni pubbliche*, assegna allo Stato della fonte la potestà impositiva sulle remunerazioni diverse dalle pensioni pagate da uno Stato contraente ad una persona fisica in corrispettivo di servizi resi a detto Stato. Tuttavia, le stesse remunerazioni sono imponibili soltanto nello Stato della fonte qualora il beneficiario delle remunerazioni sia un residente di detto Stato che a) abbia la nazionalità di detto Stato, senza possedere quella

articoli precedenti della presente Convenzione sono imponibili soltanto in questo Stato". Se dunque si dovesse ritenere (diversamente da quanto sopra argomentato) che l'articolo 18 del Modello OCSE non comprenda le prestazioni pensionistiche complementari erogate in forma di capitale, soccorrerebbe comunque la disposizione residuale dell'articolo 21, paragrafo 1), che condurrebbe ugualmente alla conclusione di considerare le prestazioni come imponibili esclusivamente nel Paese del percettore. Il modello OCSE è, infatti, strutturato nel senso di riconoscere in via primaria la potestà impositiva dello Stato di residenza del percettore e di prevedere solo in via derogatoria la potestà dello Stato della fonte del reddito. Tali deroghe devono essere espressamente previste e risultare dallo stesso tenore letterale della convenzione.

La soluzione della tassazione delle prestazioni erogate dai fondi pensione nel paese di residenza del percettore è, in definitiva, quella più aderente al tenore letterale del Modello OCSE e più corretta alla luce delle classificazioni utilizzate da tale Modello. Si concorda sulla circostanza che essa può creare un'alterazione degli schemi di tassazione del fenomeno previdenziale e vulnerare le scelte che li caratterizzano, effetti ai quali si può però ovviare solo attraverso una rinegoziazione delle convenzioni esistenti. Conseguire tale risultato in via interpretativa non appare corretto.

3.3.3.1. Profili di incompatibilità con il diritto comunitario.

Un ulteriore punto merita di essere analizzato. Si tratta di quello concernente la compatibilità della posizione dell'Agenzia con il diritto comunitario atteso che la stessa Agenzia richiama a fondamento delle proprie conclusioni anche il principio della coerenza interna degli ordinamenti. Ricorda, infatti, che i vari Stati, in particolare quelli europei, adottano differenti meccanismi di tassazione delle prestazioni previdenziali erogate agli iscritti dei fondi pensioni coerentemente con i differenti meccanismi di tassazione della intera vicenda previdenziale di volta in volta adottati. Per l'Agenzia *“la scelta sulla tassazione risponde a valutazioni di politica fiscale proprie di ogni singolo Stato che, in*

dell'altro Stato, o b) senza avere la nazionalità dell'altro Stato, era un residente del primo Stato prima di rendervi i servizi.

ogni caso, considerano la previdenza integrativa come un fenomeno unitario. Da ciò emerge che individuare la tassazione dell'erogazione nel Paese di residenza comporta una rimessa per lo Stato che ha rinviato la tassazione dei contributi concedendo l'esenzione dalla tassazione degli stessi, senza che vi sia una necessaria reciprocità di trattamento nell'altro Stato contraente'.

L'argomento della coerenza interna degli ordinamenti, sulla quale ci è stato soffermati anche in precedenza, è stato sviluppato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che però vi ha fatto ricorso con grande cautela, salvo alcune recenti aperture. Il rinvio alle esigenze di simmetria dei regimi impositivi aveva trovato accoglimento proprio nella materia previdenziale nel caso *Bachmann*⁵⁷, ed è stato poi superato nel caso *Wielockx*⁵⁸. Dinanzi al richiamo alla mancata correlazione tra le somme dedotte dalla base imponibile e quelle soggette ad imposta, non consentendo la costituzione di una riserva di vecchiaia nei Paesi Bassi la successiva tassazione della pensione assegnata al Belgio in virtù della convenzione in vigore tra i due Stati, la Corte ha rivisto la propria posizione, affermando come la possibilità prevista in tali convenzioni di tassare nello Stato di residenza pensioni a fronte delle quali non sono stati riconosciuti contributi in detrazione supera l'argomentazione fondata sulla specifica correlazione tra deduzione e tassazione in un medesimo Stato e a livello dello stesso soggetto, essendo la coerenza garantita dall'esistenza di una convenzione bilaterale conclusa con un altro Stato membro⁵⁹. In altri termini, l'esistenza di una convenzione testimonierebbe la rinuncia dello Stato al perseguimento della coerenza a livello del proprio ordinamento. A partire da tale sentenza, la Corte ha sistematicamente respinto l'argomento della coerenza avanzato dai governi nazionali⁶⁰, richiedendo a tal fine un legame diretto tra la

⁵⁷ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 28 gennaio 1992, Causa C-204/90, *Bachmann*.

⁵⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 11 agosto 1995, Causa C-80/94, *Wielockx*.

⁵⁹ Sulla rilevanza, ai fini della determinazione della coerenza, dei trattati contro le doppie imposizioni stipulati dallo Stato cui appartiene la norma controversa, v. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 21 novembre 2002, Causa C-436/00, *X e Y*; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 3 ottobre 2002, Causa C-136/00, *Danner*.

⁶⁰ L'argomento della coerenza fiscale risulta invocato, a titolo di esempio, nei seguenti casi: Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 14 novembre 1995, Causa C-484/93, *Svensson-Gustavsson*; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 27 giugno 1996, Causa C-107/94, *Asscher*; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 16 luglio 1998, Causa C-264/96, *ICI*; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 13 aprile 2000, Causa C-251/98, *Baars*; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 6 giugno 2000, Causa C-35/98, *Verkoijen*; Corte di

rinuncia all'imposizione e la successiva tassazione, l'immediatezza del legame, la sua operatività nell'ambito della stessa imposta e dello stesso contribuente.

Si registrano, tuttavia, come si anticipava, recenti aperture della Corte a favore degli Stati membri per quanto attiene alla coerenza dei regimi impositivi tra cui si segnala la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza resa all'esito della Causa C-150/04, *Commissione c/ Danimarca*, ove si afferma il principio secondo cui la coerenza del sistema deve essere valutata alla luce della possibilità dello Stato di tassare le future prestazioni. Uno Stato dovrà consentire eventuali detrazioni o regimi di esenzione allorquando possa esercitare la propria potestà impositiva sulle future prestazioni. La sentenza *Commissione c/ Danimarca* sembrerebbe considerare, invece, giustificato il rifiuto di riconoscere tali detrazioni o la previsione di oneri fiscali nell'ipotesi in cui lo Stato non possa più esercitare la propria potestà impositiva a seguito del trasferimento di residenza all'estero.

Risulta evidente come l'argomento della coerenza sia stato particolarmente utilizzato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea proprio nella materia previdenziale così da fornire utili argomentazioni all'Agenzia delle Entrate. Sul punto che qui interessa la sentenza *Commissione c/ Danimarca* offre argomenti utili per ritenere legittime deroghe agli ordinari meccanismi di tassazione delle prestazioni previdenziali. Qui la Corte muove da una considerazione di ordine generale (la legittimità della potestà impositiva dello Stato di residenza) per ritenere giustificate eventuali deroghe a tale schema. In assenza di una simile norma, per la Corte, si crea una situazione di doppia non tassazione alla quale gli Stati possono legittimamente ovviare. Ciò è possibile in presenza di una norma che produca tale risultato giuridico, che non può essere raggiunto sulla base di un'interpretazione adeguatrice dell'Amministrazione Finanziaria.

Giustizia dell'Unione Europea, sent. 8 marzo 2001, Causa C-397/98 e 410/98, *Metallgesellschaft*; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 12 dicembre 2002, Causa C-385/00, *De Groot*.

3.3.4. La nuova Convenzione Italia – USA.

Merita di essere separatamente analizzata la nuova Convenzione del 25 agosto 1999 tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo degli Stati Uniti d'America per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le frodi o le evasioni fiscali, ratificata con legge 3 marzo 2009, n. 20, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 64 del 18 marzo 2009.

Come anticipato l'art. 18 di tale Convenzione espressamente disciplina il problema della deducibilità dei contributi versati a fondi pensione; il medesimo articolo espressamente non provvede però ad attribuire ad uno dei due Stati contraenti la potestà impositiva sulle prestazioni erogate da un fondo pensione. Tuttavia dall'analisi di tale articolo possono trarsi alcune regole interpretative.

In primo luogo un approccio sistematico consente di ritenere che anche le prestazioni previdenziali ricadano nel campo di applicazione di tale articolo e non in quello di altre disposizioni della medesima Convenzione. La scelta dei due Stati contraenti di collocare all'interno di tale articolo le norme in tema di deducibilità dei contributi a fondi pensione è indicativo della circostanza che era intenzione delle parti regolare in questo contesto l'intera materia previdenziale.

Ciò premesso, si osserva altresì che l'articolo in esame si segnala per l'ampiezza del perimetro applicativo. Sono ivi disciplinate varie fattispecie, anche differenti tra loro. In dettaglio sono disciplinate:

- (a) le pensioni e le altre remunerazioni analoghe ricevute in qualità di beneficiario da un residente di uno Stato contraente in relazione ad un cessato impiego: sussiste in questo caso la potestà impositiva esclusiva dello Stato di residenza del percettore;
- (b) le somme pagate da uno Stato contraente, in base a disposizioni sulla sicurezza sociale od analoga legislazione di detto Stato, ad un residente dell'altro Stato: sussiste in questo caso la potestà impositiva esclusiva dello Stato di residenza del percettore;
- (c) le remunerazioni forfetarie o le indennità di fine rapporto ricevute da un residente di uno Stato divenuto residente nell'altro e pagate in relazione ad

un impiego svolto nel primo Stato mentre era ivi residente: sussiste in questo caso la potestà impositiva dello Stato della fonte;

- (d) le annualità ricevute in qualità di beneficiario da un residente di uno Stato contraente: sussiste in questo caso la potestà impositiva esclusiva dello Stato di residenza del percettore;
- (e) gli assegni alimentari per il coniuge e gli assegni per il mantenimento dei figli pagati ad un residente di uno Stato contraente da un residente dell'altro Stato contraente: sussiste in questo caso la potestà impositiva esclusiva dello Stato di residenza del percettore ⁽⁶¹⁾.

Da tale breve rassegna risulta evidente il *favor* attribuito allo Stato di residenza del percettore. Ad ulteriore conferma di quanto detto in precedenza, nel sistema delle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, siano esse conformi al Modello OCSE, sia esse conformi alla prassi americana, allo Stato di residenza del percettore di un reddito viene normalmente attribuita la potestà impositiva su quel reddito. La potestà impositiva dello Stato della fonte opera solo in via residuale ove espressamente prevista dalle parti contraenti.

Nel sistema della Convenzione Italia – Stati Uniti d’America è riconosciuta la sussistenza della potestà impositiva dello Stato della fonte solo in relazione alle remunerazioni forfetarie o le indennità di fine rapporto ricevute da un residente di uno Stato divenuto residente nell’altro e pagate in relazione ad un impiego svolto nel primo Stato mentre era ivi residente. La norma in esame ipotizza un soggetto prima residente negli Stati Uniti d’America (o in Italia), poi divenuto residente in Italia (o negli Stati Uniti d’America) che riceve redditi dagli Stati Uniti d’America (o dall’Italia) in relazione ad un impiego svolto negli Stati Uniti d’America (o in Italia).

Si precisa che l’espressione “indennità di fine rapporto” comprende i pagamenti effettuati all’atto della cessazione di un incarico o di un impiego di una persona. Ricadono nella norma in esame tutte le prestazioni pagate in misura forfetaria in relazione ad un cessato impiego.

⁶¹ Salvo che alla persona che effettua i pagamenti stessi non sia concessa a tal titolo alcuna deduzione nello Stato di cui è residente, in questo caso detti pagamenti non sono imponibili in alcuno degli Stati contraenti.

All'interno di tale definizione non si ritiene di poter far rientrare le prestazioni erogate dalla previdenza complementare in quanto, come osservato in precedenza, la cessazione di un'attività lavorativa costituisce solo circostanza rilevante in punto di fatto nel sistema della previdenza complementare, e non già circostanza rilevante in punto di diritto. L'accesso al sistema della previdenza complementare può prescindere dallo svolgimento di una precedente attività lavorativa. Ne consegue che tale disposizione non sarebbe in grado di intercettare l'intero fenomeno in esame.

Esclusa quindi l'applicabilità di tale fattispecie, si deve verificare in quale ricondurre le prestazioni previdenziali, fermo restando che comunque risulterà sussistente la potestà impositiva esclusiva dello Stato della residenza del percettore.

Si tralascia la possibilità di ricondurre le prestazioni pensionistiche agli assegni per il coniuge o i figli attesa l'evidente diversità della natura di queste somme e di quelle previdenziali. Maggiore approfondimento merita la possibilità di ricondurre le prestazioni in esame a quelle *“pagate da uno Stato contraente in base a disposizioni sulla sicurezza sociale od analogo legislazione di detto Stato”*. Entro la locuzione in esame si ritiene di poter ricondurre le prestazioni pensionistiche pagate dalla previdenza obbligatoria e non già quelle pagate dalla previdenza complementare. In forza del riferimento alla legislazione in tema di sicurezza sociale si ritiene che ricadano entro tale disposizione somme a ricevute a titolo di pensione a seguito della obbligatoria adesione a forme pensionistiche. La previdenza complementare si fonda invece sulla volontaria adesione di un soggetto e prescinde dall'esistenza di un obbligo di legge. Pertanto non pare applicabile al caso che qui interessa il comma 2 dell'art. 18 della Convenzione Italia – Stati Uniti d'America.

Nel comma 4 del medesimo articolo ricadono *“le somme fisse pagate periodicamente a date stabilite vita natural durante oppure per un determinato numero di anni, in dipendenza di un obbligo contratto di effettuare tali pagamenti contro un adeguato e pieno corrispettivo in denaro o in beni valutabili in denaro (diversi dai servizi resi)”*. Nel testo della Convenzione sono così definite le annualità.

Le somme così pagate possono essere accostate, nell'ordinamento italiano alle rendite vitalizie di cui all'art. 1872 e seguenti cod. civ.. La rendita vitalizia si presenta come rapporto obbligatorio e sinallagmatico, consensuale,

di scambio, ad esecuzione periodica. In linea generale, il contratto di rendita vitalizia può essere definito come quel rapporto che ha per oggetto la prestazione periodica di una somma di denaro o di una determinata quantità di cose fungibili la cui durata è collegata ad un termine incerto, di norma la morte di una persona contemplata. Attraverso tale contratto, un soggetto (vitalizante – debitore della rendita) a titolo oneroso, in corrispettivo dell'alienazione di un bene mobile o immobile o del trasferimento di una azienda, o a titolo gratuito, si obbliga ad effettuare una determinata prestazione periodica a favore di un altro soggetto (vitaliziato – creditore della rendita) per tutta la durata della vita di una o più persone.

Le prestazioni previdenziali partecipano della natura di taluni elementi delle rendite vitalizie, tuttavia il rapporto previdenziale risulta arricchito di taluni elementi che valgono a distinguerlo dalle rendite vitalizie. Il sistema previdenziale è finalizzato a garantire all'iscritto una somma in dipendenza di una serie di eventi quali il raggiungimento di una data età, unitamente, se si esercita attività lavorativa, alla cessazione della stessa o eventi che possono limitare le capacità di una persona quali la malattia o l'invalidità. Le prestazioni pensionistiche si configurano quindi come prestazioni economiche, che realizzano un trasferimento di ricchezza sostitutivo o integrativo di redditi temporaneamente o definitivamente perduti.

La corresponsione di una rendita vitalizia prescinde invece dalla verifica della situazione personale del soggetto e può essere erogata indipendentemente dal raggiungimento di una data età o dal verificarsi di particolari eventi.

Anche la definizione di annualità fornita dal comma 4 dell'art. 18 della Convenzione Italia – Stati Uniti d'America prescinde dalle condizioni alle quali è prevista la corresponsione delle somme. Ricadono nel campo di applicazione di tale disposizione tutte le forme di pagamento periodico senza riguardo alle finalità perseguite.

La causa previdenziale risulta invece permeare il comma 1 dell'art. 18 della Convenzione Italia – Stati Uniti d'America che annovera nel suo campo di applicazione le pensioni e le altre remunerazioni analoghe. Il comma in esame richiede che tali somme siano erogate in relazione ad un cessato impiego, ma si ritiene che nell'interpretazione di tale inciso possa utilmente riferirsi a quanto detto in precedenza in sede di analisi del Modello OCSE. La

locuzione “*in relazione ad un cessato impiego*” individua l’interruzione di un’attività lavorativa quale circostanza di fatto e non quale condizione giuridica. Facendo riferimento la stessa norma alle “*pensioni*” ed alle “*remunerazioni analoghe*” pare potersi fondatamente sostenere che le parti contraenti volessero far ricadere nel campo di applicazione del comma 1 qualunque tipologia di pagamento effettuato per finalità previdenziali, mentre nel campo di applicazione del predetto comma 4 i pagamenti privi di tali finalità.

Dal momento che il testo della norma utilizza i termini “*pensioni*” e “*remunerazioni analoghe*” pare di poter far ricadere nel campo di applicazione del comma 1 dell’art. 18 della Convenzione Italia – Stati Uniti d’America le prestazioni pensionistiche erogate sia in forma di rendita sia in forma di capitale. L’ampiezza dei termini usati consente di far ricadere entrambe le tipologie di prestazioni erogate entro tale disposizione.

L’art. 18 della Convenzione Italia – Stati Uniti d’America si segnala, quindi, per precisare testualmente che il fenomeno della previdenza complementare è disciplinato a livello convenzionale nel generale contesto delle “*Pensioni*”. Come chiarito argomenti in tale senso risultano già dal testo delle altre convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall’Italia e soprattutto alla luce dei chiarimenti forniti dal modello OCSE.

3.4. Le anticipazioni.

Come noto l’art. 11, comma 7, d.lgs. n. 252 del 2005 stabilisce le ipotesi nelle quali l’iscritto può richiedere una anticipazione. In particolare, l’anticipazione può essere richiesta:

- *per spese sanitarie*: a seguito di gravissime situazioni relative all’iscritto, al coniuge e ai figli per terapie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche, per un importo non superiore al 75 per cento della posizione maturata al momento della richiesta. Su tali somme è applicata una ritenuta a titolo d’imposta con l’aliquota del 15 per cento ridotta di una quota pari a 0,30 punti percentuali per ogni anno eccedente il quindicesimo anno di partecipazione a forme pensionistiche complementari con un limite massimo di riduzione di 6 punti percentuali;

- *per l'acquisto della prima casa*: di abitazione per l'iscritto o per i figli, o per la realizzazione di taluni interventi sulla medesima casa, per un importo non superiore al 75 per cento della posizione maturata. Su tali somme è applicata una ritenuta a titolo di imposta del 23 per cento, non soggetta ad alcuna riduzione;
- *per ulteriori esigenze dell'aderente*: l'anticipazione può essere richiesta decorsi otto anni di iscrizione, per un importo non superiore al 30 per cento della posizione maturata. Sull'importo erogato, al netto dei redditi già assoggettati ad imposta nonché dei contributi non dedotti ad esso proporzionalmente riferibili, si applica una ritenuta a titolo di imposta del 23 per cento, non soggetta ad alcuna riduzione.

Si deve verificare se l'operatività di tali disposizioni sia modificata nel caso in cui la fattispecie si verifichi a livello transnazionale.

Si ipotizza il caso di un residente iscritto ad un fondo estero che riceve anticipazioni dal fondo estero. Sarà la legislazione estera ad individuare ed a regolare i casi in cui sarà possibile ricevere tali somme; pertanto ben potrà accadere che sia possibile ricevere anticipazioni in casi differenti da quelli previsti dal legislatore italiano o per ammontari differenti.

Per correttamente inquadrare il trattamento fiscale di tali somme è necessario preliminarmente comprendere se tali somme hanno o meno natura previdenziale. La risposta a tale quesito è certamente positiva; anche le anticipazioni partecipano della medesima natura delle prestazioni previdenziali intese in senso stretto. Nel sistema delineato dal d.lgs. n. 252 del 2005 le "prestazioni in senso ampio" sono disciplinate dall'art. 11 il quale accomuna sotto la stessa rubrica sia le prestazioni in senso stretto sia le anticipazioni; si tratta sempre di somme erogate per il perseguimento di finalità previdenziali, comunque per la tutela di situazioni di bisogno. Esse differiscono esclusivamente per il momento in cui tale situazione si manifesta. Ciò implica che dal punto di vista fiscale, non muta la qualificazione di tali somme che comunque sono da ricondursi alla categoria dei redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui alla lettera h-*bis*) del comma 1 dell'art. 50 t.u.i.r.. Le differenze nelle aliquote applicabili alle anticipazioni in funzione della ragione per cui sono erogate non modificano le conclusioni cui si è pervenuti. In tale caso il fenomeno tassato è il medesimo, ma il legislatore ha utilizzato la leva

fiscale per orientare i comportamenti dei contribuenti nel senso di disincentivarli a richieste anticipazioni così rafforzando la natura del risparmio previdenziale quale risparmio forzoso. Ciò non influisce però sulla natura di tali somme

Tutto ciò premesso si può procedere all'analisi del regime fiscale applicabile alle anticipazioni ove erogate ad un iscritto da un fondo pensione estero. Si ritiene debbano estendersi le conclusioni cui si è pervenuti in precedenza circa le regole di ripartizione della potestà impositiva.

Ne consegue che in assenza di Convenzione contro le doppie imposizioni lo Stato italiano provvederà a quantificare autonomamente le somme erogate all'iscritto residente e sussistendone i presupposti applicherà il trattamento fiscale previsto dalle norme interne. Si porrà in particolare il problema di individuare se sia applicabile l'aliquota del 15 per cento eventualmente ridotta o l'aliquota del 23 per cento, dal momento che potranno in questa sede avere rilievo differenze quanto a motivi per cui la legislazione estera consente all'iscritto di ricevere un'anticipazione: potranno sussistere differenze quanto alle occasioni al verificarsi delle quali è consentita l'erogazione di anticipazione e la misura delle stesse.

Tali differenze potranno avere rilievo a fini fiscali in quanto il legislatore ha modulato il regime fiscale in funzione delle ragioni per le quale viene erogata l'anticipazione e in ragione della misura dell'anticipazione. Il sistema delineato dall'art. 17, d.lgs. n. 252 del 2005 pare orientato nel senso di individuare nell'aliquota del 23 per cento l'aliquota normale delle anticipazioni e prevedere solo in via eccezionale l'applicazione dell'aliquota del 15 per cento, eventualmente ridotta. Pertanto si ritiene che normalmente le anticipazioni erogate da un fondo estero dovranno scontare l'aliquota del 23 per cento, salvo che il contribuente non dimostri che sussistono le condizioni di cui all'art. 11, comma 7, lett. a), d.lgs. n. 252 del 2005, in altri termini che l'anticipazione sia corrisposta *“a seguito di gravissime situazioni relative all'iscritto, al coniuge e ai figli per terapie e interventi straordinari”*. L'iscritto dovrà in altri termini dimostrare che ha ricevuto dal fondo estero un'anticipazione che se richiesta ad un fondo italiano sarebbe stata ricondotta al caso di cui all'art. 11, comma 7, lett. a), d.lgs. n. 252 del 2005, restando irrilevanti le motivazioni alle quali è stata consentita all'estero.

Dimostrando tali condizioni l'iscritto italiano potrà richiedere l'applicazione dell'aliquota del 15 per cento. Si pone allora il problema di verificare se il contribuente possa beneficiare di eventuali riduzioni di tale aliquota in ragione di 0,30 punti percentuali per ogni anno eccedente il quindicesimo anno di partecipazione a forme pensionistiche complementari con un limite massimo di riduzione di 6 punti percentuali.

Si ritiene di poter estendere le conclusioni cui si è giunti in precedenza circa la rilevanza dell'anzianità di iscrizione maturata all'estero. Come si è avuto modo di chiarire tale anzianità rileva solo nel caso di partecipazione a fondi esteri armonizzati, in altri termini a fondi istituiti nell'Unione Europea o nello Spazio Economico Europeo effettivamente autorizzati all'operatività in Italia (ed in futuro i fondi americani ammessi alla medesima operatività). Solo in tali casi l'anzianità di iscrizione potrà avere rilievo e l'iscritto potrà ridurre l'ammontare dell'aliquota applicabile. Al di fuori di tali ipotesi resterà applicabile l'aliquota del 15 per cento senza ulteriori riduzioni.

È invece del tutto irrilevante dal punto di vista fiscale la misura dell'anticipazione: il fatto che sia riconosciuto all'iscritto una prestazione superiore ai limiti fissati dal d.lgs. n. 252 del 2005 non determina mutamenti nel regime fiscale. Detti limiti hanno rilevanza solo civilista e non costituiscono elemento preso a rilievo dalla norma impositiva.

Ove invece operi una Convenzione contro le doppie imposizioni, si dovrà verificare la qualificazione reddituale data alle somme erogate dallo Stato estero della fonte e la disponibilità dello Stato italiano a recepire tale qualificazione. Nell'ipotesi in cui dette somme abbiano natura previdenziale anche nello Stato estero di origine varranno le conclusioni cui si è pervenuti, fermo il diritto dell'iscritto alla non applicazione della Convenzione contro le doppie imposizioni.

La normativa interna è completata dall'art. 11, comma 8, d.lgs. n. 252 del 2005 che ammette la possibilità di reintegrare in qualsiasi momento le somme percepite a titolo di anticipazione, anche mediante contribuzioni annuali eccedenti il limite di € 5.164,57. Sulle somme eccedenti il predetto limite, corrispondenti alle anticipazioni reintegrate, è riconosciuto un credito di imposta pari all'imposta pagata al momento della fruizione dell'anticipazione proporzionalmente riferibile all'importo reintegrato.

Si ritiene che di detta disposizione, a talune condizioni, possano avvantaggiarsi anche gli iscritti residenti che hanno ricevuto anticipazioni previdenziali da fondi pensione esteri. Il riconoscimento del credito di imposta è infatti ancorato esclusivamente alla circostanza che le somme erogate siano state assoggettate a tassazione in Italia. L'operatività del credito di imposta prescinde dalla tassazione del montante previdenziale in Italia o dalla rilevanza fiscale dei contributi in Italia. Il riferimento al limite di € 5.164,57, non presuppone che si sia proceduto alla deduzione dei contributi, tale rinvio nasce solo dall'osservazione che sotto il profilo civilistico appare difficile attribuire ad un versamento inferiore al tetto di deducibilità natura di reintegro e non di mero versamento contributivo, se non a seguito di esplicita dichiarazione in tal senso da parte dell'iscritto e tale circostanza, oltre a costituire un aggravio burocratico per forme pensionistiche ed aderenti, è stata considerata uno svantaggio per l'aderente stesso sotto il profilo fiscale (è fiscalmente più conveniente per l'iscritto ampliare il campo di applicazione della regola della deducibilità dei contributi). Si tratta quindi di una norma di favore per il contribuente che prescinde alle regole di tassazione della vicenda previdenziale e non paiono sussistere ragioni per escludervi l'operatività in caso di iscritti non residenti, salve alcune precisazioni.

Occorre in primo luogo che le anticipazioni siano state assoggettate a tassazione in Italia quali prestazioni previdenziali (come detto ciò si verifica in caso di assenza di Convenzione contro le doppie imposizioni e qualora lo Stato estero qualifichi quale prestazione previdenziale le somme erogate da fondi pensione ivi residenti a titolo di anticipazione).

In secondo luogo occorre che la legislazione dello Stato estero di costituzione del fondo erogante consente di procedere al reintegro delle anticipazioni. Occorrerà in altri termini verificare che lo Stato estero consenta di effettuare ai fondi pensione un versamento a titolo di anticipazione ed occorre che il contribuente dimostri di avvalersi di tale facoltà. Perché l'iscritto si veda riconosciuto il credito di imposta occorre quindi che si rispetti la causa prevista dall'art. 11, comma 8, d.lgs. n. 252 del 2005 per cui avviene il versamento di modo che versamenti effettuati ad altro titolo non potranno determinare il riconoscimento del credito di imposta. Nel caso in cui l'iscritto effettui un versamento unitario sia a titolo di contributo annuale sia a titolo di

reintegro di un'anticipazione, solo la parte riferibile a questo titolo potrà godere del credito di imposta. A questi condizioni l'iscritto potrà beneficiare del credito di imposta previsto dalla norma in esame nell'anno in cui effettua il versamento a titolo di reintegro.

In una prospettiva meramente interna, i versamenti effettuati a titolo di anticipazioni impongono la ricostruzione della situazione pregressa. Tale disposizione vale anche nel caso di iscrizione ad un fondo non residente pur avendo un campo di applicazione più limitato. In una ipotesi interna il problema risulta particolarmente rilevante per distinguere tra contributi dedotti e non, ma come si è visto la deducibilità o meno dei contributi all'estero assume rilevanza limitata a specifiche ipotesi ai fini della tassazione delle successive prestazioni. Si dovrà poi procedere ad una corretta imputazione delle somme reintegrate ove si ponga la necessità di dare rilievo ai periodi in cui è stata maturata la prestazione.

Resta da analizzare il caso invece in cui un fondo italiano eroghi un'anticipazione ad un iscritto non residente. In caso di assenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni sussisterà la potestà impositiva italiana e quindi l'iscritto non residente verrà tassato alle medesime condizioni previste per i residenti, salva l'applicazione delle normative dello stato estero di residenza in particolare quanto alle condizioni cui è riconosciuto il credito di imposta. Peraltro anche all'iscritto non residente sarà consentito procedere al reintegro delle anticipazioni. Anche egli potrà beneficiare del credito di imposta di cui all'art. 11, comma 8, d.lgs. n. 252 del 2005 a condizione però che nell'anno in cui effettua il reintegro egli abbia conseguito redditi imponibili in Italia. Può in altri termini beneficiare di tale credito solo qualora egli sia tenuto all'obbligo di pagamento di imposte in Italia e sia tenuto all'obbligo di presentazione della dichiarazione. Egli non può assolvere questi obblighi solo al fine di beneficiare del credito di imposta.

In caso di applicazione di una convenzione contro la doppia imposizione si ritiene, di poter estendere quanto in precedenza osservato in relazione alle prestazioni erogate in capitale. Si è chiarito che l'anticipazione ha natura previdenziale e possa pertanto essere ricondotta alle "*other similar remuneration*" di cui parla il modello OCSE all'art. 18. Attesa la natura previdenziale delle anticipazioni si ritiene esse debbano essere tassate secondo

le stesse regole cui sono assoggettate le prestazioni in generale e quelle in capitale in particolare. Si ritiene pertanto sussistente la potestà impositiva esclusiva dello Stato di residenza del percettore,

Sul punto non si può fare a meno di rilevare una possibile disparità di opinioni con l'Amministrazione Finanziaria dalla quale pare possibile attendersi che questa provveda ad estendere anche a tali prestazioni le conclusioni delle menzionata risoluzione n. 40/E del 2009 così da affermare la potestà impositiva dell'Italia quale Stato della fonte e quella dello Stato estero di residenza del percettore. Tuttavia anche con riferimento a tale ipotesi le conclusioni ivi raggiunte dall'Agenzia non paiono condivisibili.

3.5. I riscatti.

Il d.lgs. n. 252 del 2005 consente anche all'iscritto di riscattare la posizione previdenziale in presenza di particolari circostanze. Come noto, in sintesi, l'articolo 14 d. lgs. n. 252 del 2005 stabilisce che l'iscritto può esercitare:

- il riscatto parziale, nella misura del 50 per cento della posizione individuale maturata, in caso di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo non inferiore a 12 mesi e non superiore a 48 mesi, ovvero in caso di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità, cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria;
- il riscatto totale della posizione individuale maturata, in caso di invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo e a seguito di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi;
- in caso di morte dell'aderente prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica, l'intera posizione individuale maturata è riscattata dagli eredi ovvero dai beneficiari designati dall'iscritto.

Nelle ipotesi indicate, è prevista l'applicazione di una ritenuta a titolo di imposta nella misura del 15 per cento sull'importo erogato al netto dei redditi già assoggettati ad imposta nonché dei contributi non dedotti (ad esso

proporzionalmente riferibili). L'aliquota del 15 per cento è ridotta progressivamente fino al 9 per cento, in ragione dello 0,30 per cento per ogni anno di partecipazione successivo al quindicesimo, con un limite massimo di riduzione di sei punti percentuali. In caso di riscatto per cause diverse da quelle sopra indicate, è prevista l'applicazione di una ritenuta a titolo di imposta nella misura del 23 per cento (articolo 14, comma 5, d.lgs. n. 252 del 2005).

Si deve ora verificare le conseguenze fiscali nelle ipotesi qui sino ad ora prospettate: il caso in cui l'iscritto italiano riscatti la propria posizione previdenziale da un fondo estero e il caso in cui l'iscritto non residente riscatti la propria posizione previdenziale da un fondo italiano.

In primo luogo la concessione di riscatti all'iscritto sarà regolata dalla legislazione dello Stato estero la quale potrà differire da quelle italiana riconoscendo il diritto in esame in presenza di condizioni più ampie o più ristrette.

Dal punto di vista fiscale in assenza di Convenzione contro le doppie imposizioni lo Stato italiano provvederà a quantificare autonomamente le somme erogate all'iscritto residente e sussistendone i presupposti applicherà il trattamento fiscale previsto dalle norme interne. Si porrà di nuovo il problema di individuare se sia applicabile l'aliquota del 15 per cento eventualmente ridotta o l'aliquota del 23 per cento. Avranno di nuovo rilievo differenze quanto a motivi per cui la legislazione estera consente all'iscritto di richiedere il riscatto. Si ritengono ancora valide le conclusioni cui si è pervenuti con riferimento alla concessione di anticipazioni di modo che troverà applicazione in via immediata l'aliquota del 23 per cento, salvo che il contribuente non dimostri che sussistono le condizioni di cui all'art. 14, d.lgs. n. 252 del 2005 (cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo non inferiore a 12 mesi e non superiore a 48 mesi, ovvero in caso di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità, cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria; invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo e a seguito di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi; morte dell'aderente prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica). Spetterà all'iscritto dimostrare che ha ricevuto dal

fondo estero un riscatto che se richiesto ad un fondo italiano sarebbe stato ricondotto ai casi testé menzionati.

Dimostrando tali condizioni l'iscritto italiano potrà richiedere l'applicazione dell'aliquota del 15 per cento. Si pone allora il problema di verificare se il contribuente possa beneficiare di eventuali riduzioni di tale aliquota in ragione di 0,30 punti percentuali per ogni anno eccedente il quindicesimo anno di partecipazione a forme pensionistiche complementari con un limite massimo di riduzione di 6 punti percentuali. L'anzianità maturata all'estero rileverà solo nel caso di partecipazione a fondi esteri armonizzati, in altri termini a fondi istituiti nell'Unione Europea o nello Spazio Economico Europeo effettivamente autorizzati all'operatività in Italia (ed in futuro i fondi americani ammessi alla medesima operatività). Solo in tali casi l'anzianità di iscrizione potrà avere rilievo e l'iscritto potrà ridurre l'ammontare dell'aliquota applicabile. Al di fuori di tali ipotesi resterà applicabile l'aliquota del 15 per cento senza ulteriori riduzioni.

Resterà del tutto irrilevante dal punto di vista fiscale la misura del riscatto.

Ove invece operi una Convenzione contro le doppie imposizioni, si dovrà verificare la qualificazione reddituale data alle somme erogate dallo Stato estero della fonte e la disponibilità dello Stato italiano ad accogliere tale qualificazione. Nell'ipotesi in cui dette somme abbiano natura previdenziale anche nello Stato estero di origine varranno le conclusioni cui si è pervenuti, fermo il diritto dell'iscritto alla non applicazione della Convenzione contro le doppie imposizioni.

Per il caso, invece, di riscatti erogati da fondi italiani a soggetti residenti all'estero paiono potersi estendere le conclusioni cui si è pervenuti con riferimento alle anticipazioni e cui si era pervenuti relativamente alle prestazioni: anche le somme ricevute in sede di riscatto conservano natura previdenziale, in linea di principio il riscatto è dovuto al realizzarsi di situazioni di necessità dell'iscritto il quale si trova nella situazione di integrare il proprio reddito.

Ciò posto, pare che in caso di assenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni sussisterà la potestà impositiva italiana e quindi l'iscritto

non residente verrà tassato alle medesime condizioni previste per i residenti, salva l'applicazione delle normative dello stato estero di residenza in particolare quanto alle condizioni cui è riconosciuto il credito di imposta.

In caso di applicazione di una convenzione contro la doppia imposizione si ritiene di poter ancora estendere quanto in precedenza osservato con riferimento alle prestazioni erogate in capitale. Attesa la perdurante natura previdenziale del riscatto, le somme ricevute in tale sede possono rientrare nella nozione “*other similar remuneration*” di cui parla il modello OCSE all’art. 18, e quindi essere assoggettate esclusivamente alla potestà impositiva dello Stato di residenza del percettore.

Ancora una volta si devono però ricordare le conclusioni cui perviene l’Amministrazione Finanziaria nella più volte menzionata risoluzione n. 40/E del 2009, seguendo la quale si dovrebbe riconoscere la sussistenza anche della potestà impositiva dello Stato italiano.

* * *