



CONSORZIO
STUDI E
RICERCHE
FISCALI

GRUPPO
INTESA  SANPAOLO

Alle Società Consorziate

*CIRCOLARE INFORMATIVA N. 6/2008
del 19 marzo 2008*

L. 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria 2008) -
Nuove disposizioni in materia di Stati o Territori a regime
fiscale privilegiato.

Consorzio Studi e Ricerche Fiscali
Gruppo Intesa Sanpaolo
Viale dell'Arte, 25
00144 Roma
Tel. 0659594015-2132
E-mail srf@consorziosrf.com
www.consorziosrf.com

Redatta da:
Concetta Lo Porto
concetta.loporto@consorziosrf.com
Nicola Manuti
nicola.manuti@consorziosrf.com

Oggetto: L. 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria 2008) - Nuove disposizioni in materia di Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

Premessa

Facendo seguito alle nostre Circolari nn. 3, 4 e 5 del c.a., anch'esse a commento della Legge finanziaria 2008 (L. 24 dicembre 2007, n. 244), la presente Circolare si occupa delle modifiche apportate alle numerose fattispecie che disciplinano la tassazione dei redditi nei rapporti internazionali, in particolare di quelle che, derogando al regime ordinario, dispongono agevolazioni oppure penalizzazioni per il titolare del reddito in funzione delle caratteristiche del regime fiscale presente nello Stato estero di volta in volta coinvolto.

Come noto (cfr. la ns. Circolare n. 6/2007), le modifiche in parola sono dirette a riordinare e razionalizzare il suddetto compendio normativo - secondo il quale gli Stati esteri vengono raggruppati in liste "bianche" (*white list*) o "nere" (*black list*), ai fini, rispettivamente, delle agevolazioni o delle penalizzazioni - in favore di una lista, tendenzialmente unica, nella quale saranno rappresentati solo quegli Stati che, sulla base dell'evoluzione normativa e degli orientamenti determinati in sede internazionale circa gli strumenti di contrasto all'evasione ed elusione fiscale, sono caratterizzati da regimi fiscali equiparabili a quello italiano, in termini di disponibilità ad un effettivo scambio di informazioni e di congruità del livello di tassazione. Pertanto, non vengono introdotte ulteriori fattispecie rispetto a quelle già regolate, ma si individuano nuovi criteri per l'applicazione dell'attuale normativa, nel senso che i regimi di esenzione o di esclusione per determinati redditi o proventi saranno riservati ai rapporti con i Paesi presenti sulla nuova lista, mentre le penalizzazioni riguarderanno i rapporti con Paesi non presenti sulla nuova lista.

Prima di procedere ad una più approfondita analisi delle novità introdotte dalla Legge finanziaria 2008 - e cioè all'esame della disciplina generale, contenuta nel nuovo articolo 168-bis del Tuir, delle disposizioni speciali, oggetto di correlate

modifiche (cfr. l'art. 1, comma 83), e del particolare regime transitorio -, è utile ricordare che le "liste" destinate ad essere sostituite sono le seguenti:

- quella degli "Stati o territori a regime fiscale privilegiato" di cui al D.M. 4 maggio 1999, rilevante ai fini della presunzione "relativa" di mantenimento della residenza fiscale in Italia (art. 2, comma 2-bis, del Tuir) per le persone fisiche;
- quella degli "Stati o territori non appartenenti all'Unione europea a regime fiscale privilegiato" di cui al DM 23 gennaio 2002, emanato ai fini dell'ineducibilità dal reddito d'impresa di spese e componenti negativi di reddito derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti e imprese o professionisti ivi domiciliati fiscalmente (art. 110, commi 10 - 12bis, del Tuir);
- quella degli "Stati o territori a regime fiscale privilegiato" di cui al D.M. 21 novembre 2001, emanato in attuazione della disciplina "CFC" (artt. 167 e 168 del Tuir) e richiamato ai fini di numerose altre disposizioni, tra cui quelle in tema di esclusione da imposizione dei dividendi e di esenzione delle plusvalenze;
- quella dei "Paesi che consentono un adeguato scambio di informazioni" di cui al D.M. 4 settembre 1996, emanato ai fini della esenzione da imposizione, per gli investitori esteri, degli interessi e altri proventi dei titoli obbligazionari dei "grandi emittenti" (art. 6 D.Lgs. n. 239/1996) e richiamato ai fini dell'applicazione di altri regimi di esonero da tassazione delle rendite finanziarie per investitori esteri nonché ai fini di altre disposizioni di favore per i contribuenti residenti in Italia.

L'abolizione delle cd. "black list" comporterà la individuazione, per differenza, degli Stati "non meritevoli" come categoria residuale rispetto ai Paesi indicati nelle *white list* di nuova emanazione.

Al riguardo occorre rilevare che, nel disegno di legge finanziaria originario, l'individuazione dei Paesi inclusi nella *white list* si sarebbe dovuta basare unicamente sul criterio dell'effettivo scambio di informazioni fra le rispettive amministrazioni fiscali, essendo tale scambio ritenuto, anche sulla base degli orientamenti emersi in sede internazionale, "lo strumento cardine di contrasto all'evasione" (cfr. la Relazione al disegno di Legge finanziaria 2008). Tale intendimento era in linea con la

giurisprudenza comunitaria in tema di libertà di stabilimento (Sentenza C-196/04 *Cadbury Schweppes*) e con la recente Comunicazione della Commissione Europea del 10 dicembre 2007, n. 785, in cui si richiede agli Stati membri di “migliorare la cooperazione amministrativa in modo da individuare e contenere più efficacemente gli abusi e i meccanismi fiscali fraudolenti”. Il principio stabilito dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza è, infatti, quello di escludere dalle fattispecie elusive le ipotesi in cui l’iniziativa economica intrapresa in un altro Stato membro sia effettiva, ancorchè si fruisca di una legislazione più vantaggiosa rispetto a quella in vigore nello Stato membro in cui il soggetto risiede.

Diversamente dagli originari intendimenti, il testo definitivo dell’art. 168-bis Tuir prevede, invece, che il Ministro dell’Economia e delle Finanze emani, per talune fattispecie, una seconda lista, che tenga conto anche del livello di tassazione applicato negli Stati esteri, con l’effetto di modificare sostanzialmente l’impostazione contenuta nell’originario disegno di legge.

In dettaglio, l’emanando decreto di cui al nuovo art. 168-bis del Tuir deve individuare:

- “gli Stati e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni, ai fini dell’applicazione delle disposizioni contenute negli artt. 10, comma 1, lettera e-bis), 73, comma 3, e 110, commi 10 e 12-bis, del presente testo unico, nell’art. 26, commi 1 e 5, nonché nell’art. 27, comma 3-ter, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, nell’art. 10-ter, commi 1 e 9, della L. 23 marzo 1983, n. 77, e successive modificazioni, negli artt. 1, comma 1, e 6, comma 1, del D.Lgs. 1° aprile 1996, n. 239, e successive modificazioni, nell’art. 2, comma 5, del D.L. 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 novembre 2001, n. 410” ;

- “gli Stati e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ai fini dell’applicazione delle disposizioni contenute negli artt. 47, comma 4, 68, comma 4, 87, comma 1, 89, comma 3, 132, comma 4, 167, commi 1 e 5, e 168, comma 1, del presente testo unico, nonché negli artt. 27, comma 4, e 37-bis, comma 3, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni”.

Conseguentemente, le disposizioni speciali ora modificate (o di nuova introduzione) tendono a sostituire ai riferimenti agli Stati cosiddetti "black list" quelli non compresi nelle due *white list* di prossima emanazione.

1. Art. 168-bis, comma 1 - Criterio selettivo dell'adeguato scambio di informazioni.

Il criterio dell'adeguato scambio di informazioni è quello già utilizzato dal legislatore nell'ambito del citato art. 6 del D.Lgs. n. 239/1996. L'Amministrazione Finanziaria (Circolare n. 306 del 23 dicembre 1996), commentando la norma nella sua formulazione originaria, aveva precisato che il requisito dell'adeguato scambio di informazioni si verifica quando nelle convenzioni contro le doppie imposizioni sia inserita una clausola "comprendente della regola secondo cui le informazioni possono essere scambiate nel modo più ampio possibile, nel senso di assicurare la corretta applicazione non solo delle disposizioni convenzionali, ma anche delle leggi interne degli Stati Contraenti". Peraltro, a seguito della modifica apportata all'art. 6 cit. con il D.L. n. 351/2001, l'Amministrazione Finanziaria affermò, nella Circolare n. 23/E del 2002, che "occorre innanzitutto evidenziare che - a differenza della previgente disposizione la quale stabiliva che i soggetti dovevano essere residenti in un Paese legato all'Italia da una Convenzione per evitare le doppie imposizioni che consentisse lo scambio di informazioni - la nuova formulazione della norma prefigura la possibilità di allargare il campo di applicazione anche a Paesi diversi da quelli legati all'Italia da Convenzioni. Infatti, il regime di esonero potrà essere applicato anche a residenti in Paesi che, in assenza di una Convenzione, assicurino comunque un sistema di scambi di informazioni, anche attraverso la stipula di accordi nel campo dell'assistenza amministrativa fra autorità fiscali, in modo da rispondere adeguatamente alle esigenze connesse all'applicazione delle disposizioni in esame. Tuttavia, allo stato attuale, si considerano Paesi che consentono un adeguato scambio di informazioni soltanto gli Stati indicati nel D.M. 4 settembre 1996 (cosiddetta *white list*)", cioè solo quelli che hanno stipulato con l'Italia una Convenzione contro le doppie imposizioni che lo prevedono. Tale esclusivo riferimento alla *white list* è stato successivamente ribadito nella Risoluzione n. 137/E del 2005. E' tuttavia auspicabile che, nella

redazione della nuova *white list*, si tenga conto di altri strumenti giuridici, bilaterali⁽¹⁾ o multilaterali⁽²⁾, che consentano uno scambio di informazione, in aggiunta a quello consentito dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni, specie se concluse in tempi non recenti. Talune vecchie convenzioni contengono, infatti, clausole restrittive che limitano lo scambio alla sola corretta applicazione del trattato (ad esempio, art. 27 della convenzione Italia - Svizzera)⁽³⁾ oppure non consentono l'accesso alle informazioni bancarie. Ovviamente la nuova lista dovrà tenere conto della disciplina comunitaria in materia di reciproca assistenza tributaria. Al riguardo, va ricordato che l'assistenza tra le autorità competenti di tutti gli Stati membri della Comunità è prevista dalla Direttiva n. 77/799/CEE del 19 dicembre 1977 ⁽⁴⁾ nel settore delle imposte dirette e dalle Direttive n. 79/1070/CEE e n. 79/1071/CEE del 6 dicembre 1979, nel settore dell'imposta sul valore aggiunto.

L'ambito applicativo della nuova *white list* basata solo sullo scambio di informazioni riguarderà essenzialmente le fattispecie nelle quali l'interesse del legislatore è quello di incentivare gli investitori esteri ad investire in strumenti finanziari di fonte italiana e cioè in tutte quelle ipotesi in cui già trovava applicazione il regime della *white list* ex DM 4 settembre 1996. In sintesi:

¹ Il riferimento è al "Model agreement on exchange of information on tax matters" predisposto dall'OCSE, in versione bilaterale o multilaterale, diretto a consentire lo scambio di informazioni con i "tax havens" che, non avendo interesse alla conclusione di una Convenzione contro le doppie imposizioni, intendono tuttavia collaborare con le giurisdizioni estere in caso di richiesta di informazioni.

² Un esempio di convenzione multilaterale che consente di attivare lo scambio di informazioni tra gli Stati aderenti è la Convenzione del 25 gennaio 1988 per la reciproca assistenza amministrativa in materia fiscale tra gli Stati membri dell'OCSE e del Consiglio d'Europa, ratificata dall'Italia con L. 10 febbraio 2005, n. 19. In detta convenzione le parti firmatarie si concedono reciprocamente lo scambio di informazioni, compresi i controlli fiscali contestuali e la partecipazione a controlli fiscali svolti all'estero ed è prevista inoltre la possibilità che, su richiesta di uno degli Stati, lo Stato a cui la richiesta è rivolta proceda: 1) al recupero dei crediti fiscali (non contestabili) dello Stato richiedente come se si trattasse dei propri crediti fiscali; 2) alla notifica di documenti e atti anche giudiziari concernenti le imposte oggetto della Convenzione stessa ad un destinatario residente nello Stato o cittadino di detto Stato.

³ Ricordiamo anche che in data 25 ottobre 2005 è stata siglata l'intesa tra l'Italia e la Svizzera, per lo scambio di informazioni in presenza di comportamenti costituenti frode fiscale o comportamenti analoghi, con riguardo all'ambito di applicazione dell'Accordo del 26 ottobre 2004, stipulato dallo Svizzera con la Comunità Europea. Al di là delle fattispecie specifiche individuate nell'intesa con lo Stato italiano, l'accordo dovrebbe consentire lo scambio di informazioni con riferimento ai pagamenti di interessi, di dividendi corrisposti dalle società figlie alle società madri e di interessi e di canoni corrisposti fra società consociate o loro stabili organizzazioni. Rimarrebbero quindi esclusi dallo scambio di informazioni i pagamenti di interessi tra società non correlate o i dividendi percepiti da persone fisiche o da società che non rivestano la qualifica di società madre.

⁴ Detta Direttiva è stata modificata dalle Direttive n. 2003/93/CE del 7 ottobre 2003, n. 2004/56/CE del 21 aprile 2004 e n. 2004/106/CE del 16 novembre 2004, in materia di imposte dirette, di talune accise e delle imposte sui premi assicurativi.

- a) art. 6 comma 1, D.Lgs. n. 239/1996, che prevede l'esenzione da imposta sostitutiva sugli interessi e altri proventi su obbligazioni e titoli similari emessi dai grandi emittenti percepiti da non residenti;
- b) art. 26-bis del DPR n. 600/73, che prevede l'esenzione per taluni redditi di capitale, diversi da quelli originati da prestiti di denaro, percepiti da soggetti non residenti (compresi quelli derivanti da rapporti di riporto, di pronti contro termine, di prestito titoli, salvo quanto previsto nel caso in cui sui titoli oggetto del rapporto siano corrisposti dividendi);
- c) art. 5, comma 5 del D.Lgs. n. 461/97, che prevede la non applicazione dell'imposta sostitutiva sulle plusvalenze di natura finanziaria realizzate da soggetti non residenti, con l'eccezione di quelle su partecipazioni qualificate;
- d) art. 9 del D.Lgs. n. 461/1997, con riferimento al rimborso dell'imposta sostitutiva sulle quote di OICR di diritto italiano sottoscritti da non residenti;
- e) art. 7, comma 3, del D.L. n. 351/2001, che contiene la disciplina dei proventi derivanti dalla partecipazione a fondi immobiliari.

L'adozione del solo criterio dell'adeguato scambio di informazioni per includere o meno uno Stato nella *white list*, è ritenuto altresì sufficiente dalla nuova disciplina con la quale, in adempimento di precisi vincoli comunitari, si è dovuto uniformare il trattamento dei dividendi percepiti dalle società comunitarie a quello applicabile nei riguardi dei soggetti passivi IRES residenti (cfr. il nuovo art. 27, comma 3-ter, del DPR n. 600/1973, introdotto con l'art. 1, comma 67,) e per riconoscere ai soggetti residenti, che versano contributi previdenziali a forme pensionistiche complementari istituite in paesi comunitari o che aderiscono all'accordo sullo Spazio economico europeo, lo stesso trattamento tributario operato per il risparmio domestico avente tale destinazione (nuovo art. 10, comma 1, lett. e-bis) del Tuir). Il campo di applicazione della lista di cui al comma 1 del nuovo art. 168-bis del Tuir, riguarda anche le disposizioni che mirano a contrastare possibili fenomeni di localizzazione fittizia dei *trust* all'estero, con finalità elusive (art. 73, comma 3) ⁽⁵⁾. Nelle due ipotesi

⁵ Il comma 3 dell'art. 73 del TUIR, ha introdotto due presunzioni relative, suscettibili di prova contraria, di attrazione della residenza del *trust* in Italia: 1) i *trust* istituiti in uno Stato che non consente lo scambio di informazioni, quando almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari siano fiscalmente residenti in Italia; 2) i *trust* istituiti in uno Stato che non consente lo scambio di informazioni quando, successivamente alla costituzione, un soggetto residente trasferisca a favore del *trust* la proprietà di un bene immobile o di diritti reali immobiliari ovvero costituisca a favore del *trust* vincoli di destinazione sugli stessi beni e diritti. In tal caso, è proprio l'ubicazione degli immobili che crea il collegamento territoriale e fonda la presunzione di residenza in Italia.

considerate dalla norma (*trust* con un disponente e un beneficiario residente o possesso di immobili siti in Italia e conferiti da un soggetto italiano), la residenza è attratta in Italia nel presupposto che il *trust* sia "istituito" in un Paese con il quale non è attuabile lo scambio di informazioni.

Rientra altresì nell'ambito di applicazione dell'art. 168-*bis*, comma 1, del Tuir, la disciplina di cui all'art. 110, commi 10 e 12-*bis* del Tuir, in base alla quale vi è la indeducibilità di componenti negativi di reddito derivanti da operazioni con controparti residenti o localizzati in Stati o territori diversi da quelli individuati dalla *white list* (comma 10) o da prestazioni di servizi rese da professionisti domiciliati in Stati o territori diversi da quelli individuati dalla medesima lista (comma 12-*bis*), a meno che non sia dimostrata a cura del contribuente la effettiva commercialità delle operazioni. Nella nuova formulazione, è espressamente specificato che la deducibilità di tali spese per prestazioni di servizi è comunque ammessa per le operazioni con imprese residenti in Stati dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al decreto o con professionisti domiciliati in detti Paesi. Tale ultima specificazione ("*...inclusi nella lista ...*") sembra, comunque, un refuso. Se, infatti, detti Stati saranno necessariamente inclusi nella *white list*, la deducibilità spetta comunque per il solo fatto di essere inclusi, a prescindere dalla loro appartenenza all'Unione europea o allo Spazio economico europeo. Pertanto, come per il passato, si deve ritenere che l'indeducibilità dei costi non operi per le operazioni intercorse con imprese o professionisti comunitari, ancorchè lo Stato in cui sono residenti o domiciliati non preveda lo scambio di informazioni in via convenzionale (es. Cipro). E', comunque, interessante osservare che, in base alla nuova disciplina, diviene irrilevante il livello di tassazione nello Stato estero. Il mutato orientamento sembra coerente con la finalità di non contrastare scambi economici con Paesi aventi regimi fiscalmente più vantaggiosi (scambi dai quali possono derivare risparmi di costi per le imprese italiane) e contrastare le sole operazioni potenzialmente "fittizie", in quanto intercorse con controparti prive di un effettivo radicamento nel Paese estero e/o una struttura organizzativa idonea alla fornitura dei beni o alla prestazioni dei servizi. Il mantenimento del riferimento al livello di tassazione nel Paese estero sarebbe stato,

inoltre, in contrasto con il principio della libertà di stabilimento sancito dalla sopra citata giurisprudenza comunitaria (C- 196/04 *Cadbury Schweppes*).

2. *Art. 168-bis, comma 2 - Criterio selettivo basato sullo scambio di informazioni e (o?) sul livello di tassazione*

L'ambito di applicazione della lista prevista al secondo comma dell'art. 168-bis TUIR riguarda essenzialmente norme dirette ad eliminare od attenuare la doppia imposizione sugli utili societari ovvero volte a prevenire "abusi del diritto". In particolare:

- l'art. 167, comma 1 e 5, del TUIR, relativo alla disciplina CFC per le partecipazioni in imprese, direttamente o indirettamente controllate, residenti o localizzate in Stati o territori diversi da quelli di cui alla *white list*;
- l'art. 168, comma 1, del TUIR che estende il regime CFC alle partecipazioni in imprese, direttamente o indirettamente "collegate" (nel senso di una partecipazione agli utili superiore al 20%, percentuale ridotta al 10% se quotate in borsa), residenti o localizzate in Stati o territori diversi da quelli di cui alla *white list*;
- l'art. 47, comma 4, TUIR, che prevede la tassazione integrale dei dividendi, e proventi assimilati, provenienti da partecipazioni, qualificate e non ⁽⁶⁾, in società residenti in Stati o territori diversi da quelli di cui alla *white list*;
- l'art. 68, comma 4, TUIR, che prevede la tassazione integrale delle plusvalenze su partecipazioni, sia qualificate che non qualificate (per queste ultime, se non negoziate sui mercati regolamentati), costituenti reddito diverso, in società residenti in Paesi diversi da quelli di cui alla *white list*;
- l'art. 89, comma 3, TUIR, in base al quale l'esclusione dal concorso alla formazione del reddito imponibile del 95% del loro importo si applica agli utili derivanti da partecipazioni al capitale o al patrimonio, su titoli e su strumenti finanziari di cui all'art. 44, comma 2, lett.a) provenienti da soggetti residenti in Stati o territori della *white list* e alle remunerazioni derivanti dai contratti di cui all'art. 109, comma 9, lett. b) stipulati con soggetti residenti in

⁶ Quando le partecipazioni non sono relative all'impresa, e non sono negoziate in mercati regolamentati, si applica la ritenuta del 12,5 a titolo d'acconto sull'intero importo, "netto frontiera" del dividendo, ai sensi dell'art. 27, comma 4, lett. b), del DPR n. 600/1973.

- Stati o territori inclusi nella *white list* (semprechè detta remunerazione sia indeducibile nello Stato o territorio estero);
- l'art. 87, comma 1, lett. c) del TUIR, che, tra le condizioni "oggettive" di applicazione del regime della *participation exemption* (PEX), considera quella che la società partecipata debba risiedere in uno Stato o territorio compresi nella *white list*;
 - l'art. 132, comma 4, TUIR, che stabilisce le condizioni per escludere dal regime del consolidato mondiale le società controllate di dimensioni non rilevanti, purchè residenti in uno Stato o territorio di cui alla *white list*;
 - l'art. 37-bis del DPR n. 600/1973, relativo all'applicazione della norma antielusiva alle pattuizioni, intercorse tra società controllate e collegate ex art. 2359 c.c., una delle quali sia residente in uno Stato o territorio diverso da quelli di cui alla *white list*, aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale.

Le modifiche delle disposizioni sopra citate - riguardanti principalmente la sostituzione di una condizione negativa (non residenza in un Paese *black list*) con una condizione positiva (residenza in un Paese *white list*) - potrebbero influenzare l'ambito applicativo delle norme stesse a causa delle difficoltà che sussistono, in talune fattispecie, per individuare in "positivo" la residenza. Un caso rilevante è quello delle *Limited Partnership* ("LP") di diritto estero, per le quali si applichi, nel Paese in cui vengono costituite, un regime di "trasparenza fiscale". Non essendo esse soggetti passivi di imposta in tale Paese, le LP potrebbero non essere considerate ivi fiscalmente residenti né per norma interna nè norma convenzionale. Ove così fosse, l'individuazione della residenza in un determinato Paese sarebbe incerta; in tal caso, è auspicabile che la disciplina sia integrata prevedendo un criterio aggiuntivo rispetto alla residenza fiscale quale, ad esempio, quello già utilizzato dal D.Lgs. n. 239/96 per i cd. "investitori istituzionali" e cioè la costituzione in un Paese *white list* (cfr. art. 6, comma 1, lett. a) e b)). Inoltre, relativamente al regime impositivo applicabile sugli utili distribuiti dalle LP, la diversa formulazione dell'art. 47, comma 4 rispetto a quella dell'art. 89, comma 2, del TUIR potrebbe comportare un trattamento disomogeneo a seconda del percettore. Infatti, la nuova formulazione dell'art. 47 è analoga a quella precedente, ma "rovesciata", prevedendo l'assoggettamento integrale dei dividendi distribuiti da società residenti in Stati o

territori **diversi** da quelli di cui alla *white list*. Pertanto, nel caso in cui la LP non sia qualificabile come residente né in un Paese *white list* né in uno non *white list*, i relativi dividendi dovrebbero continuare ad essere assoggettabili alla ritenuta del 12,5% a titolo di imposta per gli utili sulle partecipazioni non qualificate detenute da persone fisiche. Diversa è, invece, la nuova formulazione dell'art. 89 del TUIR, che riferisce il regime di esclusione al 95% agli utili da partecipazioni erogati da società ed enti non residenti solo qualora la società estera risieda (in positivo) in un Paese ricompreso nella *white list*. Si dovrebbe quindi ritenere che il regime di parziale esclusione non possa applicarsi nei confronti degli utili percepiti da soggetti IRES, cui invece si applicava in base alla previgente formulazione (⁷).

Quanto alla definizione di "residenza" e alle relative modalità probatorie, in una risposta del "Telefisco 2008" - ora trasfusa nella Circolare A.d.E. n. 12/E del 19 febbraio 2008, risposta 8.1 -, l'Agenzia delle Entrate, con riferimento alla disciplina della indeducibilità delle spese di cui al comma 10 dell'art. 110 del TUIR, ha rinviato alla definizione di residenza contenuta nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate con gli Stati interessati. In mancanza, l'Agenzia ha ritenuto che occorra fare riferimento non alla disciplina interna dello Stato estero, ma ai principi internazionalmente riconosciuti in materia, ed, in primo luogo, a quelli delineati dall'art. 4 del modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni. Per quanto riguarda il profilo probatorio, in assenza di una norma che disponga in ordine ai mezzi utilizzabili dal contribuente italiano, l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto sufficiente una dichiarazione rilasciata dalla stessa società estera ovvero l'esibizione della documentazione che comprovi l'attività effettivamente svolta attraverso una propria struttura operante nel Paese estero (fatture, corrispondenza, ecc.).

Non è chiaro se tali indicazioni, riferite alla *white list* di cui al comma 1 del nuovo art. 168-bis ai fini della indeducibilità delle spese, valgano anche in sede di applicazione delle disposizioni per le quali rileva la *white list* di cui al successivo comma 2.

⁷ Sul punto vedasi S. Simontacchi, "Sui dividendi si innesca una disparità di trattamento", in *Il Sole 24-Ore*, 11 febbraio 2008. L'Autore ritiene che dovrebbe, tuttavia, essere possibile presentare interpello dimostrando che dalla partecipazione non è stato conseguito l'effetto di localizzare redditi in Stati diversi da quelli *white list*.

Per quanto concerne il requisito del *“livello di tassazione non sensibilmente inferiore”*, si potrebbe utilizzare *“a rovescio”* quanto già detto dall’Amministrazione finanziaria con riferimento alla *“tassazione sensibilmente inferiore”*. E’ stato infatti precisato che la valutazione va fatta non solo con riferimento al livello delle aliquote delle imposte di un determinato Paese o territorio ma anche alle caratteristiche strutturali dei tributi, nel caso in cui la loro applicazione comporti, di fatto, una tassazione sensibilmente inferiore (cfr. Circ. Ministero delle Finanze n. 207/2000, punto 1.1.1.). Si segnala al riguardo che, ai fini dell’applicazione della disposizione di cui all’art. 167, comma 4 (ora abrogata), il Governo, con l’ordine del giorno approvato dalla Camera il 4 ottobre 2000, aveva indicato che si sarebbe dovuto qualificare come livello di tassazione *“sensibilmente inferiore a quello italiano”* *“quello che in media si discosti di almeno il 30% dal livello di tassazione medio applicato in Italia”*. Il D.M 21 novembre aveva attuato tale indicazione individuando i paesi a regime fiscale privilegiato come quelli il cui livello di imposizione diretta fosse inferiore al 27%. Se dovesse essere utilizzato *“a rovescio”* lo stesso criterio già utilizzato in passato, a parità di base imponibile, il livello di *“adeguatezza”* dovrebbe essere ora fissato, almeno per l’imposta sul reddito delle società, intorno al 19% [27,50 - (27,5*30%)].

Per quanto concerne i criteri per la individuazione degli Stati e territori di cui al comma 2 dell’art. 168-bis del TUIR, si deve sottolineare come la formulazione della norma - che fa riferimento agli *“Stati e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia...”* - non sia di agevole lettura, in quanto non si comprende se la presenza di un adeguato scambio di informazioni sia condizione alternativa o congiunta con quella riguardante il livello di tassazione non sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia. Infatti, se, come sembra indicare la formulazione letterale della disposizione, i requisiti fossero concorrenti, la lista di paesi *“virtuosi”* di cui al comma 2 sarebbe *“più corta”* di quella di cui al comma 1, in quanto non comprenderebbe quegli Stati o territori che, pur scambiando le informazioni, non hanno un livello di tassazione analogo a quello italiano. Se, invece, i requisiti fossero da ritenere alternativi, la lista di paesi *“virtuosi”* di cui al comma 2 sarebbe *“più lunga”*, comprendendo, oltre a tutti gli Stati che acconsentono allo scambio di informazioni, anche tutti gli Stati la cui fiscalità non sia sensibilmente inferiore a quella italiana, ancorché detti Stati non abbiano un adeguato scambio di

informazioni con l'Italia ⁽⁸⁾. Ad avviso della dottrina citata nella nota precedente, questa seconda interpretazione non penalizzerebbe i rapporti con quegli Stati che, pur non consentendo un adeguato scambio di informazioni, non accordano ai soggetti ivi residenti o domiciliati regimi fiscali di favore, penalizzazione che, secondo la medesima dottrina, contrasterebbe con l'ordinamento comunitario ⁽⁹⁾, in base al quale le norme antiabuso dovrebbero trovare applicazione solo in caso di "costruzioni di puro artificio", aventi lo scopo di aggirare la norma fiscale, non configurabili nei rapporti con società estere a fiscalità ordinaria (come ad esempio la Svizzera, con esclusione delle società ausiliarie e di domicilio, e Cipro, questo ultimo peraltro Paese comunitario).

3. *Decorrenza e regime transitorio*

Quanto alla decorrenza delle modifiche, l'art. 1, comma 88, della Legge prevede che le nuove liste, per la cui emanazione non è stato previsto alcun termine, abbiano efficacia a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello di pubblicazione del decreto ministeriale sulla G.U.. Anteriormente a tale periodo vengono espressamente fatti salvi i regimi vigenti al 31 dicembre 2007, e quindi le attuali liste ("white" e "black"). Una disciplina particolare è tuttavia dettata per la presunzione di residenza di cui all'art. 2 del TUIR (v. infra).

Peraltro, il comma 90 del medesimo art. 1 della Legge finanziaria 2008 ha stabilito che, per un periodo di cinque anni a decorrere dalla data di pubblicazione dell'emanando decreto di cui all'art. 168-bis, saranno inclusi "di diritto" tra i paesi "buoni" gli Stati o territori :

- non compresi nella *white list* di cui al DM 4 settembre 1996 e non indicati nemmeno nelle tre previgenti "*black list*";
- di cui all'art. 2 del decreto 21 novembre 2001, limitatamente ai soggetti cui si applicano le imposte ordinarie. Si tratta del Bahrein e degli Emirati Arabi, per le società che svolgono attività nel settore petrolifero, nonché del

⁸ Marco Piazza, "*Paradisi fiscali con nuovi confini*", Edizione 2008 di Telefisco, Sole 24 Ore.

⁹ Cfr. COM 785, par.4; Corte di giustizia 18 dicembre 2007, C- 101/05, in tema di libera circolazione dei capitali.

Principato di Monaco, per le società che realizzano almeno il 25% del fatturato fuori dal Principato;

- di cui all'art. 3 dello stesso Decreto 21 novembre 2001, ad esclusione dei soggetti a fiscalità privilegiata in esso indicati. In base a quest'ultima eccezione dovrebbe rientrare a pieno titolo nelle nuove *white list* la Svizzera, ad eccezione delle società che non sono soggette alle imposte cantonali e municipali, quali le società holding, ausiliarie e "di domicilio".

In altri termini, sono comunque inclusi nella *white list*, emanata ai sensi dell'art. 168-*bis*, per un periodo di cinque anni, non solo tutti gli attuali Paesi *white list* ma anche tutti quelli che, pur in assenza di un accordo per lo scambio di informazioni, non sono inclusi nelle attuali "*black list*".

Tuttavia, la formulazione della norma determina incertezze che derivano, in primo luogo, dal fatto che la norma transitoria fa riferimento al "decreto" senza specificare se l'inclusione "di diritto" concerna entrambe le nuove *white list*, ovvero solo quella basata sull'adeguato scambio di informazioni di cui al comma 1 del nuovo art. 168-*bis*.

Non è neanche chiaro se tale inclusione "di diritto" riguardi, e in quale lista, anche i "regimi" agevolati previsti nei Paesi che, pur consentendo lo scambio di informazioni, compaiono sia nella *black list* del 4 maggio 1999, sia in quella del 21 novembre 2001, limitatamente a talune fattispecie. E' il caso, ad esempio, del Lussemburgo, per il quale le holding del '29 erano incluse nella *black list*, anche se la Convenzione Italia-Lussemburgo prevedeva un adeguato scambio di informazioni⁽¹⁰⁾.

Pur non trovando rispondenza nella lettera della norma transitoria, un'interpretazione nel senso della loro inclusione, sembrerebbe avvalorata dall'abrogazione del comma 4 dell'art. 167 TUIR, in base al quale si consideravano privilegiati "*i regimi fiscali di Stati e territori individuati, con decreti del ministro delle Finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, in ragione del livello di tassazione*

¹⁰ Gli altri Paesi sono: Filippine, Singapore, Emirati arabi uniti, Corea del Sud, Ecuador, Malta e Mauritius.

sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, della mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero di altri criteri equipollenti” ⁽¹¹⁾. Inoltre, la Relazione Tecnica alla Legge finanziaria 2008 evidenzia come dall’inclusione nella *white* (e conseguente disapplicazione della CFC) degli Stati contemporaneamente compresi “sia nell’attuale *white list* sia nella *black list* CFC, anche limitatamente ad alcuni regimi, anche regimi privilegiati” possa derivare una perdita limitata di gettito IRES “che potrebbe aumentare nel caso in cui la disapplicazione delle norme CFC incentivi la riallocazione dei profitti di gruppi italiani verso questi Paesi”.

Infine, si rileva che la disciplina transitoria non consente di individuare i riflessi di natura procedimentale, connessi al cambiamento di disciplina, per i soggetti esteri che intendono avvalersi del regime di non imponibilità previsto dall’ordinamento italiano per i redditi finanziari prodotti in Italia. Come è noto, sotto il profilo procedimentale, l’investitore estero che intende avvalersi del regime di non imponibilità deve presentare un’autocertificazione rispondente allo schema stabilito con il decreto del Ministro dell’economia e delle finanze del 12 dicembre 2001. Detto decreto fa espresso riferimento, per individuare i “Paesi che consentono un adeguato scambio di informazioni” al D.M. 4 settembre 1996 e stabilisce che l’autocertificazione produca effetti sino a revoca. E’ auspicabile che, al momento dell’entrata in vigore della nuova *white list* di cui al nuovo art. 168-bis, comma 1, del Tuir, l’Agenzia delle entrate utilizzi il medesimo approccio pragmatico utilizzato nella Circolare n. 61/2003, ammettendo la validità delle autocertificazioni presentate sulla base della precedente normativa (senza, quindi, necessità di rinnovo) e, nell’ipotesi remota in cui il soggetto perda il diritto all’esonero, prevedendo in capo al soggetto stesso l’obbligo di revocare la precedente autocertificazione, senza nessuna responsabilità per l’intermediario.

¹¹ Ricordiamo che il riferimento ai regimi fu inserito nell’art. 167 con un emendamento, in virtù del quale la condizione fiscalmente privilegiata non era più riferita agli Stati o territori ma piuttosto ai regimi fiscali (“si considerano privilegiati i regimi fiscali di Stati e territori ...”). Secondo la Relazione della Commissione, tale emendamento aveva il fine di chiarire che si considerano fiscalmente privilegiati “non solo quelli (i regimi) concessi per ambiti territoriali ma anche quelli attribuiti in relazione a determinate fattispecie”, restando la loro specifica individuazione affidata agli appositi decreti ministeriali (cfr. ns. Circolare n. 4/2001, in materia di CFC).

4. *Presunzione di residenza delle persone fisiche*

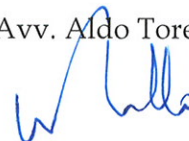
L'art. 1, comma 83, lett. a) della Legge finanziaria 2008, riformula il comma 2-bis dell'art. 2 del TUIR, nel senso di considerare residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani trasferitisi in Stati o territori diversi da quelli individuati con specifico decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, di concerto con quello degli Affari esteri.

Posto che la disposizione non fa rinvio al nuovo art. 168-bis del TUIR, si deve ritenere che i Paesi o territori inclusi in detta nuova *white list* non devono necessariamente coincidere con quelli inclusi nelle due liste previste dal citato articolo 168-bis. Peraltro, data la sua genericità, la disposizione potrebbe anche interpretarsi nel senso che la lista includa anche Paesi appartenenti alla Comunità europea o allo Spazio economico europeo.

Quanto alla decorrenza, l'art. 1, comma 89 della Legge contiene una disposizione, analoga a quella del comma 88 precedentemente commentato, in base alla quale la nuova *white list* sarà efficace dal periodo d'imposta successivo a quello di pubblicazione sulla G.U. del relativo decreto. Per i periodi di imposta anteriori viene fatto salvo il regime vigente al 31 dicembre 2007, in base al quale si continuano a presumere residenti in Italia, salvo prova contraria, i cittadini italiani che hanno trasferito la residenza in uno dei Paesi individuati dal DM 4 maggio 1999.

Distinti saluti.

Il Presidente
(Avv. Aldo Torello)



CLP/NM/sm/circ062008