



STATI E TERRITORI A FISCALITÀ PRIVILEGIATA (CC.DD. PAESI “BLACK LIST”) NEL REDDITO D’IMPRESA: IL NUOVO CRITERIO DI INDIVIDUAZIONE.

Irene Giusti

ABSTRACT

L'art. 1, comma 142 della L. 28 dicembre 2015, n. 208 (c.d. "Legge di stabilità 2016") ha modificato l'articolo 167, comma 4 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (d'ora in avanti "T.U.I.R.") introducendo un nuovo criterio di individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato univoco e stabilito ex lege, consistente nella presenza nello Stato di residenza o di localizzazione della società controllata di un livello nominale di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia. Oggetto precipuo del presente documento sarà, pertanto, l'individuazione della ratio sottesa al criterio de quo e la determinazione dell'ambito di applicazione o meglio dell'area di estensione degli effetti del medesimo, non tralasciando, tuttavia, la trattazione degli aspetti controversi e dei profili di incertezza che lo caratterizzano anche sulla base del possibile ulteriore evolversi del contesto normativo eurounitario e internazionale.

Sommario: 1. Premessa. Evoluzione del quadro normativo internazionale. – 2. Revisione dei criteri di individuazione dei cc.dd. Paesi *black list*. *Excursus* storico-normativo. – 3. Il nuovo ed unico criterio del livello nominale di tassazione. *Ratio* ed ambito di applicazione. – 4. Profili di diritto intertemporale. - 5. Profili di criticità e prospettive evolutive.

1. Premessa. Evoluzione del quadro normativo internazionale

L'art. 1, comma 142 della L. 28 dicembre 2015, n. 208 (c.d. "Legge di stabilità 2016") ha modificato l'articolo 167, comma 4 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (d'ora in avanti "T.U.I.R.") introducendo un nuovo criterio di individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato (anche se, come si vedrà diffusamente nel prosieguo, non si tratta propriamente di un criterio nuovo in senso assoluto per l'ordinamento tributario italiano) e abrogando, contestualmente, il sistema delle cc.dd. *Black lists* ai fini della disciplina sulle CFC (*Controlled Foreign Companies*) e, per espressa previsione normativa ex art. 1, comma 143 della citata Legge di stabilità, ai fini di tutti i regimi che fanno riferimento alle previgenti *black lists*, quali, ad esempio, quelle relative ai dividendi esteri e alle plusvalenze derivanti da partecipazioni estere¹.

¹ Si specifica che nel presente documento non verrà trattata la *black list* di cui al D.M. del 4 maggio 1999, emanata ai sensi dell'art. 2, comma 2-bis del T.U.I.R. ai fini della presunzione di residenza delle persone fisiche (allo scopo di contrastare il fittizio trasferimento all'estero, per finalità tributarie, di residenti in Italia) in quanto non modificata dagli interventi normativi oggetto di esame.

Con la novella normativa in argomento, pertanto, viene abbandonato il sistema di elencazione tassativa degli Stati o territori a fiscalità privilegiata per approdare ad un criterio di individuazione dei medesimi univoco e stabilito *ex lege*, il quale consiste nella presenza nello Stato di residenza o di localizzazione della società controllata o partecipata di un livello nominale di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia.

Come si avrà modo di illustrare più avanti, tale intervento si inserisce in un contesto normativo particolarmente mutevole in quanto necessariamente permeabile alla recente rapida evoluzione del diritto tributario eurounitario e internazionale in materia di contrasto ai *tax havens* e ai fenomeni di erosione della base imponibile e di spostamento dei profitti in Stati a bassa (o nulla) fiscalità (c.d. BEPS-*Base Erosion and Profit Shifting*); ci si riferisce, nello specifico, al progetto BEPS dell'OCSE e del G20 nel cui *Action plan*, che è stato pubblicato il 19 luglio 2013², viene prevista all' *Action 3* - "*Strengthen CFC rules*", la necessità di emanare raccomandazioni per la revisione della disciplina delle CFC in un'ottica di rafforzamento della stessa al fine di contrastare fenomeni di doppia non imposizione internazionale.

In particolare nell' *Action 3- Final Report*³, par. 51 si raccomanda di inserire nella disciplina *de qua* una "*tax rate exemption*" in base alla quale possano essere assoggettate alla disciplina medesima solo le società controllate residenti o localizzate in Stati con un livello di tassazione effettivo significativamente più basso di quello in cui è residente la società controllante.

In sede OCSE, pertanto, il criterio del livello di tassazione assume rilevanza dirimente in ambito CFC e assurge, sempre in tale ambito, a criterio di individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata (*rectius*, dei Paesi non a fiscalità privilegiata dato che si raccomanda la redazione di una *white-list*), a discapito del criterio dello scambio di informazioni.

Orbene, giova ricordare che approssimativamente negli ultimi tre lustri, prima dell'elaborazione del citato progetto BEPS, era quest'ultimo criterio ad essere prevalente in ambito OCSE ai fini dell'individuazione dei *tax havens*, già nel Rapporto "*Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*" approvato il 9 aprile 1998 dal Consiglio dell'OCSE, infatti, l'effettivo scambio di informazioni era stato riconosciuto quale criterio principe per l'identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata mentre il criterio del livello di tassazione inferiore, pur affiancandosi al primo, non era stato reputato sufficiente di per sé ai fini della detta identificazione⁴.

² OECD (2013), *Action plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

³ OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Companies Rules, Action 3, 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>

⁴ Il Rapporto OCSE prevedeva che per verificare se un determinato Stato fosse un paradiso fiscale o meno si doveva appurare se vi fosse applicato un livello di imposizione normale e se il predetto Stato fosse ritenuto generalmente come giurisdizione utilizzabile dai soggetti non residenti per sfuggire alla tassazione dello Stato di residenza; ulteriori criteri erano, poi, la presenza di norme o prassi che ostacolassero lo scambio di informazioni con altri Stati; l'assenza di trasparenza e l'assenza di disposizioni interne richiedenti che l'attività posta in essere dal soggetto non residente sia effettiva. In argomento v. G. Marino, *La considerazione dei paradisi fiscali e la sua evoluzione*, in, V. Uckmar (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*,

Sulla base del criterio fissato dal citato rapporto furono individuati 47 Paesi con regimi fiscali potenzialmente privilegiati⁵ ma, successivamente, nel documento OCSE “*The OECD’s Project on Harmful Tax Practices: 2006 update on progress in member countries*”, si precisò che solo il Lussemburgo risultava essere effettivamente ancora un Paese con un regime fiscale a carattere privilegiato, in quanto da un lato, taluni regimi furono oggetto di modifica ovvero abrogati e dall’altro, alcuni di questi si rivelarono essere non privilegiati alla luce di un esame più approfondito.

Da quanto appena rilevato si evince come il criterio dell’effettivo scambio di informazioni abbia condotto ad un ridimensionamento progressivo del perimetro dei Paesi qualificabili come non collaborativi e si sia rivelato essere, di conseguenza, un indice non così efficace ai fini dell’individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata⁶; il *revirement* dell’OCSE almeno ai fini della disciplina sulle CFC va letto, quindi, alla luce di quest’ultima considerazione, *revirement* i cui effetti si sono riverberati direttamente anche nell’ordinamento tributario interno attraverso il suo recepimento operato dalla Legge di stabilità 2016, sebbene nei termini che verranno esplicitati nel prosieguo della trattazione.

Da ultimo, occorre rilevare che alla sopra tracciata evoluzione del contesto normativo internazionale ha corrisposto una parallela evoluzione della normativa di riferimento interna e a, seguito della recente accelerazione della medesima in ambito OCSE ed UE, si è assistito ad un repentino susseguirsi di interventi normativi da parte legislatore tributario italiano in materia dei cc. dd. Paesi *black lists* a partire dalla L. 23 dicembre 2014, n. 190 (c.d. “Legge di stabilità 2015”).

Oggetto di indagine nel presente documento sarà, pertanto, l’individuazione della *ratio* sottesa al nuovo ed univoco criterio di identificazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata fissato dalla Legge di stabilità 2016 e la determinazione dell’ambito di applicazione o meglio dell’area di estensione degli effetti del medesimo, non tralasciando, tuttavia, la trattazione degli aspetti controversi e dei profili di incertezza del criterio *de quo* anche sulla base del possibile ulteriore evolversi del contesto europolitano e internazionale.

2. Revisione dei criteri di individuazione dei cc.dd. Paesi black list. Excursus storico-normativo

Al fine di comprendere le ragioni sottese alla scelta del legislatore tributario di stabilire un unico criterio di identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata, abrogando il sistema di

Padova, 2002, 748 ss.; R. Rizzardi, *Lo scambio di informazioni fiscali in ambito internazionale*, in, *Corr. Trib.*, 2015, 2085 ss. E G. Andreani – A. Tubelli, *Legge di stabilità 2015: nuovi criteri per identificare le imprese black list*, in, *Il fisco*, 2015, 453 ss.

⁵ OECD, *Towards Global Tax Co-operation, Report to the 2000 Ministerial Council meeting and recommendations by the committee on fiscal affairs*, *Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*.

⁶ Cfr. G. Rolle, *Effetti su CFC, dividendi esteri e plusvalenze della nuova nozione di “Regimi fiscali privilegiati”*, in, *Il fisco*, 2016, 862 ss.

individuazione tassativa dei medesimi tramite liste, è necessario ripercorrere brevemente le vicende normative che hanno interessato la materia in discorso sin dall'introduzione della prima *black list* nell'ordinamento tributario interno.

La disposizione normativa in base alla quale fu emanata la prima *black list*, ovverosia quella contenuta nel D.M. 24 aprile 1992, fu l'art. 76, comma 7-bis della versione previgente del T.U.I.R. (attuale art. 110, comma 10) il quale stabiliva l'indeducibilità dei componenti negativi di reddito derivanti da operazioni con società residenti o localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata, definiti come quelli in cui il livello di imposizione era nullo ovvero inferiore alla metà di quello riscontrabile in Italia.

Il primo criterio di individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata era, pertanto, univoco e determinato in termini quantitativi in quanto caratterizzato dalla fissazione di una soglia di imposizione che fungeva da preciso *discrimen* ai fini dell'identificazione dei predetti Paesi⁷.

Ebbene, tale criterio fu oggetto di revisione già ad opera dell'art. 11 della L. 8 maggio 1998, n. 146 il quale, modificando il citato art. 76, comma 7-bis, stabilì che il livello di imposizione al di sotto del quale uno Stato poteva considerarsi a fiscalità privilegiata non era più determinato nella misura della metà di quello applicato in Italia ma nella misura determinata con decreto del Presidente del Consiglio, adottato su proposta del Ministro delle finanze di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica: da un criterio determinato in termini quantitativi *ex lege* si era passati ad un criterio "aperto".

A seguito, poi, del citato Rapporto OCSE "*Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*"⁸, il legislatore recepì le raccomandazioni ivi contenute con l'art. 1 della L. 21 novembre 2000, n. 342 il quale modificò nuovamente l'art. 76, comma 7-bis in materia di deducibilità dei costi *black list* e introdusse l'art. 127-bis del T.U.I.R. previgente (attuale art. 167), in materia di CFC, stabilendo che i criteri da seguire per l'individuazione, con decreti del Ministro delle finanze, dei Paesi a fiscalità privilegiata dovevano consistere nel livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, nella mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero in altri criteri equivalenti.

Sul punto, giova precisare che il livello di tassazione sensibilmente inferiore non era stato quantificato normativamente ma il Parlamento nell'ordine del giorno della Camera del 4 ottobre 2000 impegnò il Governo, in sede di attuazione della predetta disciplina, a definire in via transitoria, quale livello di tassazione sensibilmente inferiore, quello che in media si discosti di almeno il 30 per cento dal livello di tassazione medio applicato in Italia.

I sopra riportati criteri informarono l'emanazione di due *black lists*, quella contenuta nel D.M. del 21 novembre 2001 ai fini della disciplina sulle CFC e quella recata dal D.M. del 23

⁷ Cfr. P. Adonnino, *Stati e territori aventi regime fiscale privilegiato e loro concreta identificazione*, in, *Dir. Prat. Trib.*, 1993, I, 550 ss.; G. Marino, *Paradisi societari e paradisi fiscali: norme di contrasto o contrasto tra norme?*, in, *Riv. dir. Trib.*, 2007, 971 ss. e G. Andreani – A. Tubelli, *cit.*, 451 ss.

⁸ Per l'elencazione dei criteri in base ai quali individuare i Paesi a fiscalità privilegiata, oggetto di raccomandazione nel Rapporto OCSE v. *Supra*, par. 1, *sub* nota 4.

gennaio 2002 ai fini della indeducibilità dei costi derivanti da operazioni intercorse con imprese domiciliate in Stati o territori aventi regime fiscale privilegiato.

L'assetto normativo appena delineato, essenzialmente incardinato sulle citate *black lists*, rimase intatto sino alla novella apportata dalla L. 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. Legge finanziaria per il 2008) la quale, prendendo atto dell'evoluzione del contesto normativo internazionale nei termini illustrati in precedenza⁹, avrebbe dovuto comportare, almeno in via di principio, una "rivoluzione copernicana" in tema di identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata; l'art. 1, comma 83 della predetta Legge, infatti, prevedeva la modifica dell'art. 110, comma 10 e l'abrogazione dell'art. 167, comma 4 del T.U.I.R., recanti, come si è visto, i criteri per l'individuazione dei Paesi da inserire nelle rispettive *black lists*, e l'introduzione dell'art. 168-bis il quale prevedeva che con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sarebbero dovuti essere individuati gli Stati e territori che consentivano un adeguato scambio di informazioni ai fini di talune fattispecie come la deducibilità o meno dei costi derivanti da operazioni intercorse con imprese non residenti e, sempre con il medesimo decreto, gli Stati e territori che oltre all'adeguato scambio di informazioni non presentavano un livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ai fini di fattispecie quali le CFC.

Orbene, il cambio di prospettiva che emergeva dalla citata riforma era chiaro: si sarebbe dovuto abbandonare il sistema delle *black lists*, il quale sfavoriva in termini di competitività le imprese nazionali e comportava esplicite discriminazioni a carico di Paesi esteri sovrani, per approdare al sistema delle cc.dd. *white lists* recanti l'elencazione degli Stati e territori che assicuravano, sulla base di un idoneo strumento giuridico, un effettivo scambio di informazioni; quest'ultimo, assurgendo a strumento cardine di contrasto all'evasione ed elusione fiscale internazionale e, quindi, a tutti quei comportamenti di localizzazione fittizia dei redditi in Stati esteri per evitare l'imposizione nazionale, avrebbe costituito così il criterio prevalente per l'individuazione dei Paesi in discorso¹⁰.

Nonostante le intenzioni del legislatore del 2007, però, la riforma non ricevette mai attuazione e la norma di natura transitoria di cui all'art. 1, comma 88 della Legge finanziaria per il 2008 la quale prevedeva che fino alla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto del recante le *white lists* si sarebbero continuate ad applicare le disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore della citata Legge, entrò di fatto a regime permettendo così ai decreti recanti le *black lists* di permanere efficaci.

Solo nel 2014, con l'art. 1, commi da 678 a 681 della L. 23 dicembre 2014, n. 190 (c.d. Legge di Stabilità 2015), il legislatore prese atto della difficoltà di redigere le nuove *white lists* a causa del "complesso lavoro istruttorio nei confronti di tutti i paesi e territori interessati"¹¹

⁹ V. *supra*, par. 1.

¹⁰ Cfr. Relazione illustrativa al disegno di Legge Finanziaria per il 2008 (Atto Senato n. 1817 del 2007), 22 ss.

¹¹ Cfr. Relazione illustrativa al disegno di Legge di Stabilità 2015 (Atto Camera n. 2679 BIS-B del 2014), 62 ss.

che le medesime avrebbero richiesto, prevedendo, con decorrenza dal 1° gennaio 2015 che, nelle more dell’emanazione del decreto di cui all’art. 168-bis del T.U.I.R.:

- l’individuazione dei regimi fiscali privilegiati ai fini dell’indeducibilità dei componenti negativi di reddito derivanti da operazioni intercorse con imprese domiciliate in Stati a fiscalità privilegiati ex art. 110, comma 10 T.U.I.R., sarebbe dovuta essere effettuata con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze “*con esclusivo riferimento alla mancanza di un adeguato scambio di informazioni*”;

- per l’individuazione dei regimi *de quibus* ai fini della disciplina sulle CFC si sarebbe dovuto considerare “*livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia*” di cui all’art. 167, comma 4 T.U.I.R., un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia e che si sarebbero dovuti considerare in ogni caso privilegiati i regimi fiscali speciali, indicati con un elenco non tassativo da un apposito provvedimento del direttore dell’Agenzia delle entrate, che consentono un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia ancorché previsti da Stati o territori che applicano un regime generale di imposizione non inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia.

Orbene, è di tutta evidenza come la Legge di Stabilità 2015 si fosse posta in una linea di continuità rispetto alla Legge finanziaria 2008, confermando e attuando l’intenzione del legislatore del 2007 di eleggere il criterio dell’adeguato scambio di informazioni a indice prevalente di qualificazione di uno Stato come a fiscalità privilegiata o meno, modificando opportunamente le *black lists* recate dal D.M. 21 novembre 2001, novellato dal D.M. 30 marzo 2015 e dal D.M. del 23 gennaio 2002, novellato dal D.M. 27 aprile 2015.

L’intervento in esame fu valutato favorevolmente dalla dottrina in quanto conferiva certezza ad una materia rimasta per anni disciplinata da un regime normativo che doveva essere in origine meramente transitorio e, inoltre, perchè finalmente quantificava *ex lege* il parametro del livello di tassazione sensibilmente inferiore, rendendolo fisso e innalzandone la soglia minima dal 30 al 50 per cento¹².

Successivamente, tuttavia, il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 147, recante misure per la crescita e l’internazionalizzazione delle imprese (d’ora innanzi “decreto internazionalizzazione”), ha determinato una cesura di rilevante portata rispetto all’orientamento delineato dal legislatore del 2007, in quanto con l’art. 10 ha definitivamente abrogato l’art. 168-bis del T.U.I.R., invero mai attuato, facendo così rivivere pienamente il (o meglio conferendo piena legittimità al), sistema delle *black lists*, da ritenersi non più provvisorio.

Le ragioni del *revirement* del legislatore sono state ben espresse nella Relazione illustrativa allo schema di decreto internazionalizzazione (Atto Camera n. 161 del 2015) laddove si affermava che l’art. 168-bis “*si è rivelato di difficile attuazione soprattutto con riferimento all’emanazione della lista, prevista dal comma 2 dello stesso articolo, di Stati e territori che*

¹² In argomento v. G. Andreani – A. Tubelli, *cit.*, 453 ss, e G. Rolle, *Legge di stabilità: quali prospettive per CFC e costi “black list”?*, in, *Corr. Trib.*, 2015, 342 ss.

consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia” e che quest’ultimi criteri non appaiono coerenti con il sistema che viene delineato dalle disposizioni introdotte con il decreto in discorso che, tra l’altro prevedono l’emanazione di liste di Paesi a fiscalità privilegiata sulla base di nuovi criteri.

L’art. 10, comma 3, del decreto internazionalizzazione, infatti, oltre ad abrogare l’art. 168-bis del T.U.I.R., ha stabilito che quando leggi, regolamenti, decreti o altre norme o provvedimenti fanno riferimento alla lista di Stati e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni di cui al comma 1 del suddetto abrogato articolo, quindi, ad esempio, ai fini della deducibilità dei costi *black lists* ex art. 110, comma 10 del T.U.I.R., il riferimento deve intendersi alla *white list* di cui ai decreti emanati in attuazione dell’art. 11, comma 4, lett. c) del d.lgs. 1° aprile 1996 n. 239 (i.e. *white list* ai fini della non imponibilità degli interessi, premi ed altri frutti delle obbligazioni e titoli similari percepiti da soggetti residenti in Stati e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni). Il medesimo art. 10, al comma 4, ha stabilito poi che quando leggi, regolamenti, decreti o altre norme o provvedimenti fanno riferimento alla lista di 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 di cui al comma 2 dell’abrogato art. 168-bis del T.U.I.R., quindi, ad esempio, ai fini della disciplina delle CFC ex art. 167 del T.U.I.R. il riferimento debba intendersi agli Stati o territori di cui al decreto emanato ai sensi dell’art. 167, comma 4 del T.U.I.R., ovvero sia alla *black list* contenuta nel D.M. 30 marzo 2015.

Ebbene è in un quadro normativo siffatto, disomogeneo e foriero di incertezze applicative che si inserisce la novella apportata dalla Legge di Stabilità 2016 in commento nella presente sede e di cui si analizzeranno i profili fondamentali nei paragrafi seguenti.

3. Il nuovo ed unico criterio del livello nominale di tassazione. Ratio ed ambito di applicazione

Come si è visto in premessa al presente documento, l’art. 1, comma 142 della Legge di Stabilità 2016 ha riformato in profondità l’assetto normativo delineato dagli interventi di cui si è data menzione in precedenza; in particolare, a decorrere dal periodo d’imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2015, oltre ad abrogare definitivamente le limitazioni alla deducibilità dei costi *black list* di cui all’art. 110, commi da 10 a 12-bis del T.U.I.R., il citato art. 1 ha novellato l’art. 167, comma 4 del T.U.I.R., abrogando la previsione della necessità di una *black list* contenente l’individuazione degli Stati e territori a fiscalità privilegiata da emanare con apposito decreto ministeriale e quella che conferiva all’Agenzia delle entrate il compito di individuare con un elenco non tassativo i regimi fiscali speciali da considerarsi in ogni caso privilegiati.

Ebbene, in luogo delle abrogate disposizioni, si è previsto un criterio univoco e fissato *ex lege* di identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata e dei regimi fiscali speciali, consistente nel livello nominale di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia.

L'introduzione di un criterio di tal fatta discende dal recepimento (invero, parziale¹³) da parte del legislatore tributario italiano delle indicazioni provenienti dall'OCSE e contenute nell'*Action 3* del progetto BEPS¹⁴ e, come è stato esplicitato nella Relazione tecnica al disegno di legge di stabilità 2016 (Atto Senato 2111-B), “*dall'approvazione della nuova disciplina in materia di fiscalità internazionale prevista dal decreto legislativo n. 147/2015 recante norme per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese la quale, a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2016, fornisce nuovi criteri utili al fine di individuare, valutando caso per caso, i regimi fiscali privilegiati*”¹⁵.

Peraltro, nonostante la prevalenza del criterio dell'effettivo o adeguato scambio di informazioni avesse caratterizzato sino al 2015 la disciplina del contrasto ai *tax havens*, autorevole dottrina, in sede di commento dei tre criteri previsti dall'art. 167, comma 4 del T.U.I.R. nella sua versione originaria (i.e. livello di tassazione inferiore, adeguato scambio di informazioni e criteri equivalenti), si era espressa in senso contrario, affermando che il criterio del livello di tassazione inferiore dovesse necessariamente sussistere in quanto cardine sul quale si fondava la presunzione del comportamento sanzionato, di talchè gli altri criteri avrebbero potuto assumere una mera posizione ancillare e non equivalente e alternativa a questo¹⁶.

Il criterio in argomento, oltre ad essere univoco, assurge, come declinato dal legislatore del 2015, a parametro fisso che opera in via automatica e che, pertanto, necessita di essere applicato direttamente dalle imprese controllanti caso per caso; la semplificazione e la riduzione dei costi per l'Amministrazione finanziaria è evidente, pur tuttavia, l'aggravio per le imprese è innegabile stante la necessità di un continuo monitoraggio degli ordinamenti tributari esteri e l'assenza, ad oggi, di un chiarimento ufficiale che stabilisca la modalità di determinazione del livello di tassazione domestico e di quello estero oggetto di comparazione. Orbene, in primo luogo occorre chiarire cosa si intende con la locuzione “*livello nominale di tassazione*”; l'utilizzo dell'aggettivo “*nominale*”, infatti, è assolutamente nuovo nella legislazione di settore e potrebbe ingenerare dubbi in sede di applicazione pratica del criterio in esame.

Dalla lettura complessiva del novellato art. 167 del T.U.I.R., emerge nitidamente come la locuzione “*livello nominale di tassazione*” di cui al comma 4 si contrapponga alla locuzione “*tassazione effettiva*” di cui al comma 8-bis, relativo alla disciplina delle cc.dd. CFC *white list*

¹³ V. *Infra*, par. 4.

¹⁴ V. *Supra*, par. 1.

¹⁵ V. *Supra*, par. 2.

¹⁶ Cfr. R. Cordeiro Guerra, *La nuova definizione di “regime fiscale privilegiato” nell'ambito della disciplina in tema di controlled foreign companies e di componenti negative derivanti da operazioni con imprese estere*, in *Rass. Trib.*, 2000, 1788.

(la quale, come è noto, comporta l'estensione della CFC *rule* ai soggetti controllati residenti in Stati o territori diversi da quelli con tassazione nominale inferiore alla metà di quella italiana o in Stati UE e SEE con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo per lo scambio di informazioni nel caso di tassazione effettiva estera inferiore alla metà rispetto a quella italiana e di conseguimento per oltre il 50 per cento dei cc.dd. *passive income* o dei compensi per servizi infragruppo) la quale era stata definita dall'Agenzia delle entrate con la Circolare n. 51/E del 6 ottobre 2010, coerentemente con quanto affermato nella Relazione illustrativa all'art. 13 del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, come *“il carico effettivo di imposizione (e non l'aliquota nominale di imposizione societaria) gravante sulla società estera”* e quindi come *“l'effective tax rate” ossia il rapporto tra l'imposta corrispondente al reddito imponibile e l'utile ante imposte*”.

Da quanto appena detto si ricava, *a contrariis*, che il livello nominale di tassazione, per quanto riguarda il regime fiscale generale di uno Stato, debba farsi coincidere con l'aliquota nominale di imposizione societaria, mentre, per quanto riguarda i regimi fiscali speciali soccorre la Circolare 207/E-237953 del 16 novembre 2000 nella quale l'Agenzia delle entrate precisò che oltre alle aliquote nominali rilevano anche quelle *“regole di formazione della base imponibile notevolmente difformi, con la conseguenza che la tassazione risulta di fatto sensibilmente inferiore”*¹⁷.

Un ulteriore profilo da chiarire ai fini della corretta determinazione del livello nominale di tassazione è quello relativo alle imposte da includere nel calcolo in argomento; sul punto la citata Circolare n. 51/E del 2010 ha affermato, con precipuo riferimento al livello di tassazione effettiva ai fini delle (all'epoca) neo-introdotte CFC *white list* che *“il confronto tra la tassazione effettiva estera e quella “virtuale” interna vada condotto considerando esclusivamente le imposte sul reddito, da individuare facendo riferimento, qualora esistente, alla Convenzione per evitare le doppie imposizioni vigente con lo Stato estero, ed escludendo in ogni caso l'Irap. In mancanza di una Convenzione tra l'Italia e lo Stato estero, vanno considerate, sul fronte interno, unicamente l'Ires e sue eventuali addizionali, mentre, sul fronte estero, le corrispondenti imposte sul reddito a prescindere dall'ente riscossore”*.

I chiarimenti riportati ben potrebbero essere utilizzati al fine di pacificamente corroborare la tesi secondo la quale per determinare il livello nominale di tassazione debba farsi riferimento alla sola Ires, escludendo l'Irap¹⁸ se non fosse che dall'abrogato D.M. del 21 novembre 2001

¹⁷ Cfr., R. Franzè, Regime di imputazione dei redditi dei soggetti controllati, in, V. Uckmar (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002, 776 ss. e G. Rolle, *Effetti su CFC, dividendi esteri e plusvalenze della nuova nozione di “Regimi fiscali privilegiati”*, in, *Il fisco*, 2016, 865 ss., il quale precisa che *“gli incentivi ad esempio consistenti nell'esonero (totale o parziale) da imposizione per i primi anni di attività si prestano ad essere espressi in termini di tassazione “nominale”, mentre non sembrano idonei ad una valutazione “nominale” quelle misure nazionali che, ad esempio, consentono la deduzione di interessi figurativi (o di spese che in Italia sarebbero indeducibili) oppure l'esenzione di determinate componenti reddituali (come le plusvalenze su partecipazioni), in quanto il beneficio dipende, in concreto, dalla specifica situazione economico-finanziaria di ciascuna singola impresa e non è dunque misurabile in via teorica”*

¹⁸ Cfr. D. De Santis- E. Della Valle, *Sulle CFC l'Italia sceglie la tassazione nominale*, in, *Il Sole24Ore* del 5 febbraio 2016, 39.

e dalla Relazione illustrativa al D.M. del 30 marzo 2015 (modificativo del primo, e, quindi, abrogato anch'esso) si ricavi una diversa conclusione ovvero sia l'inclusione dell'Irap ai fini del calcolo della misura dell'imposizione applicabile in Italia: la datazione più recente che caratterizza il D.M. del 20 marzo 2015 potrebbe condurre ad optare per la seconda conclusione, tuttavia, si potrebbe considerare preferibile la prima, soprattutto per ragioni di ordine sistematico in quanto la disciplina sulle CFC è inserita nel perimetro normativo conformato dal T.U.I.R., perimetro al quale l'Irap è estranea e, inoltre, considerando la necessità di comparare valori nominali omogenei ai fini in esame, la rilevanza di quest'ultima imposta risulterebbe caratterizzata da scarsa logicità.

Sul punto è comunque auspicabile anzi, necessario, un chiarimento ufficiale stante la rilevanza di tale questione controversa ai fini della corretta applicazione del nuovo criterio di identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata.

Con riferimento, infine, al profilo relativo all'individuazione delle fattispecie alle quali risulta applicabile il nuovo criterio di identificazione dei Paesi a fiscalità privilegiata è la stessa Legge di Stabilità 2016, all'art. 1, comma 143 a chiarire che, sempre a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello incorso al 31 dicembre 2015, quando leggi, regolamenti, decreti o altre norme o provvedimenti fanno riferimento agli Stati o territori *“di cui al decreto e al provvedimento emanati ai sensi dell'articolo 167, comma 4”* del T.U.I.R. il riferimento si intende *“agli Stati o territori individuati in base ai criteri di cui all'articolo 167, comma 4, del citato testo unico, come da ultimo modificato dal comma 142”* dell'art. 1 medesimo.

Il portato della riportata disposizione normativa consiste nell'estensione necessitata, in quanto stabilita *ex lege*, del nuovo criterio del livello nominale di tassazione anche alle seguenti fattispecie: concorso integrale alla formazione del reddito imponibile degli utili da partecipazione provenienti da Stati o territori a regime fiscale privilegiato ex art. 47, comma 4 del T.U.I.R.; concorso integrale alla formazione del reddito imponibile delle plusvalenze realizzate mediante la cessione di partecipazioni, titoli e strumenti finanziari emessi da società residenti Stati o territori a regime fiscale privilegiato ex art. 68, comma 4 del T.U.I.R.; requisito della residenza fiscale della società partecipata in uno Stato o territorio diverso da quelli a fiscalità privilegiata ai fini dell'applicabilità del regime della *participation exemption* ex art. 87, comma 1, lett. c) del T.U.I.R. e, infine, il regime di esenzione degli utili e delle perdite delle stabili organizzazioni di imprese residenti ex art. 168, comma 3 del T.U.I.R.

4. Profili di diritto intertemporale

Le modifiche normative intervenute a partire dalla Legge di Stabilità 2015 sono suscettibili di comportare alcuni problemi di diritto intertemporale; in particolare, fermo restando che la novella apportata dalla Legge di Stabilità 2016 produrrà i suoi effetti a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2015 (i.e. a partire dal 1° gennaio 2016 per i soggetti con l'esercizio coincidente con l'anno solare) e, quindi, risulterà applicabile per la prima volta nella dichiarazione dei redditi da presentare nel 2017, per la dichiarazione dei

redditi da presentare nell'anno in corso, dovrebbe farsi riferimento all'assetto normativo cristallizzatosi al 31 dicembre 2015 il quale, come si è visto in precedenza, è il risultato degli interventi normativi apportati dalla Legge di stabilità 2015 e dal Decreto internazionalizzazione.

Più in particolare, le disposizioni di nostro interesse della Legge di Stabilità 2015 si applicano a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014 (*i.e.* a partire dal 1° gennaio 2016 per i soggetti con l'esercizio coincidente con l'anno solare) mentre quella del decreto internazionalizzazione si applicano a decorrere dal periodo di imposta in corso al 7 ottobre 2015 (data di entrata in vigore del decreto), pertanto, in sede di presentazione del Modello Unico 2016, ai fini della disciplina delle CFC dovrà farsi riferimento al D.M. del 30 marzo 2015 emanato ai sensi dell'art. 167, comma 4 del T.U.I.R., mentre ai fini della disciplina relativa alla limitata deducibilità dei costi *black list* (disciplina abrogata a partire dal 1° gennaio 2016) dovrebbe farsi ancora riferimento al D.M. del 27 aprile 2015, stante la mancata emanazione di una *white list* individuata secondo i criteri di cui all'art. 10, comma 3 del decreto internazionalizzazione.

La materia è, tuttavia, incerta a causa dell'assenza di chiarimenti ufficiali relativamente al periodo d'imposta 2015 (soprattutto per ciò che concerne i costi *black list*) e, inoltre, dal fatto che in sede di introduzione a partire dal 1° gennaio 2016, e quindi a partire dal Modello Unico 2017, del nuovo criterio di individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata non sia stata stabilita una disciplina transitoria suscettibile di eliminare i dubbi che la sovrapposizione di molteplici modifiche normative potrebbe ingenerare nelle imprese e nei professionisti in sede di presentazione del Modello Unico 2016.

Da quanto appena evidenziato si evince come sia necessario un intervento chiarificatore ufficiale relativamente all'applicazione *una tantum*, per la dichiarazione dei redditi da presentare nell'anno in corso, delle modifiche apportate dalla Legge di Stabilità 2015 e dal decreto internazionalizzazione.

5. Profili di criticità e prospettive evolutive

Dall'analisi della novella normativa svolta sino ad ora emergono indubbiamente aspetti che non possono che valutarsi positivamente, come l'introduzione di un parametro normativo uniforme per le diverse fattispecie di cui sopra e la semplificazione amministrativa che questo comporta soprattutto dopo anni nei quali si sono alternati interventi normativi che in rapida successione hanno contribuito a rendere sempre più complesso e privo di coerenza interna il sistema di contrasto ai *tax havens* e, più in generale, all'elusione ed evasione fiscale internazionale.

Tale valutazione complessivamente positiva dell'ultima revisione dei criteri di individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata risulta, però, adombrata da taluni aspetti critici come l'assenza di indicazioni circa la modalità di calcolo del livello nominale di tassazione interno ed estero, l'aggravio procedurale che un continuo monitoraggio della misura dell'imposizione applicata

in uno Stato estero comporta per le imprese controllanti e la differenza di trattamento tra le CFC residenti o localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata, per le quali si applica il nuovo criterio del livello di tassazione nominale e le CFC non residenti nei detti Stati o territori ovvero residenti UE e SEE con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo per lo scambio di informazioni di cui all'art. 167, comma 8-bis del T.U.I.R. per le quali risulta ancora applicabile il criterio della tassazione effettiva, obiettivamente di più difficile applicazione rispetto al primo.

Più in particolare, la sperequazione insita nel mantenimento di due parametri diversi di determinazione del livello di tassazione estero, uno nominale e uno effettivo, potrebbe comportare, in casi non affatto di scuola, che dopo aver appurato, sulla base del nuovo criterio ex art. 167, comma 4 del T.U.I.R., che una società controllata non risulti residente o localizzata in uno Stato o territorio non a fiscalità privilegiata la società controllante debba verificare ulteriormente, ai fini della non applicazione della CFC *rule*, che questa non risulti residente in uno Stato o territorio che, seppur non a fiscalità privilegiata sulla base del primo criterio, presenta, tuttavia, sulla base del secondo criterio, un livello di tassazione effettivo inferiore della metà di quello applicato in Italia.

La questione non è di poco conto sol che si pensi che la sovrapposizione dei due criteri avverrà in ogni ipotesi di impresa controllata residente in uno Stato diverso da quelli membri dell'Unione Europea e dello Spazio Economico Europeo con adeguato scambio di informazioni¹⁹.

L'evidenziata sperequazione, peraltro, non discende dalla mancata estensione alle CFC *white list* del nuovo criterio del livello nominale di tassazione ma proprio dall'introduzione di quest'ultimo da parte del legislatore tributario italiano che non ha seguito le raccomandazioni dettate in proposito dall'OCSE nell'*Action 3-Final Report* del progetto BEPS e che sono state recepite anche dalla proposta di Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea del 28 gennaio 2016²⁰: nel citato *Action 3-Final Report*, par. 64 si legge chiaramente che, sebbene l'utilizzo del livello nominale di tassazione riduca la complessità amministrativa e i costi di *compliance*, la raccomandazione è quella di far riferimento al livello effettivo di tassazione, in quanto più accurato; in conformità a ciò, peraltro, la citata proposta di direttiva, all'art. 8, prevede, *inter alia*, che ai fini della non applicazione della normativa sulle CFC occorre verificare che gli utili della società partecipata non siano soggetti ad un'aliquota effettiva dell'imposta sulle società inferiore al 40 per cento di quella effettiva che sarebbe stata applicata nello Stato membro del contribuente.

Ad oggi, quindi, risulta che il legislatore tributario interno non si sia perfettamente adeguato al contesto normativo internazionale, di conseguenza, non è peregrina la considerazione

¹⁹ Cfr. G. Rolle, *cit.*, 867 ss. e G. Scifoni, *Cancellate le limitazioni "ad hoc" alla deducibilità dei costi "black list"*, in, *Corr. Trib.*, 2016, 336 ss.

²⁰ COM(2016) 26 final, 2016/0011 (CNS), *Proposta di direttiva del Consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*.

secondo la quale potrebbero essere necessari in futuro ulteriori interventi modificativi della disciplina in esame²¹.

Da ultimo, non ci si può esimere dal rilevare che l'introduzione un criterio di individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata che operi in automatico, ovverosia senza la necessità che vengano emanate specifiche liste ministeriali che contengano l'enumerazione dei Paesi medesimi, è foriera di incertezza per le imprese stante la difficoltà, che si è evidenziata in precedenza, di determinare in modo univoco ed in misura certa il livello nominale di tassazione applicato in uno Stato estero (il quale, peraltro, se potenzialmente "paradisiaco" potrebbe essere caratterizzato da un'opacità tale da rendere poco agevole il reperimento delle informazioni necessarie da parte di soggetti privi di poteri autoritativi), senza considerare, inoltre, il fatto che ogni impresa potrebbe pervenire a conclusioni differenti, pregiudicando di non poco la certezza del diritto e aprendo, così, la strada a molteplici accertamenti da parte dell'Agenzia delle entrate e ai relativi contenziosi.

È di tutta evidenza, pertanto, che al fine di garantire uniformità e coerenza interna alla disciplina di contrasto ai *tax havens*, un intervento sul punto da parte dell'Amministrazione finanziaria sia più che auspicabile, nonostante la norma primaria non ne preveda più la necessità.

²¹ Cfr. P. Valente, *Misure UE di contrasto all'elusione: prospettive future e impatto per il regime tributario italiano*, in, *Il fisco*, 2016, 1151 ss.