LISTE DEI PAESI CHE CONSENTONO UN ADEGUATO SCAMBIO DI INFORMAZIONI E COORDINAMENTO BLACK LIST

Prof. Lorenzo del Federico
Ordinario di Diritto Tributario, Università degli studi "G. D'Annunzio" Chieti -Pescara
Direttore del CIRTE - Centro Inter. Ricerche Tributarie Europee
Con la collaborazione di Serena Galeazzi, PhD Student in "Business, Institutions, Markets" all'Università di Chieti-Pescara

PREMESSA

- Nell'individuazione dei paesi c.d. *black list* ha sempre ricoperto un ruolo importante la circostanza che lo Stato estero avesse o meno aderito ad un accordo sullo scambio di informazioni con lo Stato italiano.
- In particolare, prima dell'elaborazione del Progetto BEPS, il Rapporto *"Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*" (approvato il 9 aprile 1998 dal Consiglio dell'OCSE), considerava lo scambio di informazioni tra i criteri di riferimento per l'individuazione dei *tax havens*, intesi come:
  - paradisi fiscali "puri", ovvero giurisdizioni considerate dannose per le economie nazionali e per il mercato globale;
  - "regimi preferenziali" dannosi, rappresentati da singole disposizioni contenute negli ordinamenti giuridici di Stati non qualificabili (nel complesso) come paradisi fiscali.

PREMESSA

- In seguito ai sempre più numerosi accordi sullo scambio di informazioni, tale criterio si è mostrato non più efficace a contrastare pratiche di evasione/elusione internazionale, pertanto, il comma 142 dell'art. 1 della Legge 28 dicembre 2015, n. 208 ("Legge di stabilità 2016") ha modificato la nozione di "Regimi Fiscali Privilegiati" ("RFP") e ha definitivamente soppresso il sistema basato sulla *black list.*
- A partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2015, l'individuazione dei Regimi Fiscali Privilegiati (da cui sono esclusi gli Stati UE e quelli aderenti all'accordo sullo Spazio Economico Europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo sullo scambio di informazioni*) viene affidata ad un unico criterio, basato sul confronto fra il livello di tassazione nominale dello stato estero e quello italiano, con contestuale abbandono del metodo delle liste.

*Fanno parte dello SEE i paesi dell'UE, l'Islanda, la Norvegia ed il Liechtenstein; il requisito dello scambio di informazioni trova applicazione solo per il Liechtenstein, con il quale ad oggi non è ancora stato ratificato il trattato firmato in data 26 febbraio 2015.

PREMESSA – «CASO» PANAMA

- Il superamento del metodo delle liste si deve anche al fatto che alcuni Paesi, come ad esempio Panama, hanno avanzato dubbi sulla sua compatibilità con il diritto internazionale poiché visto come strumento di discriminazione - coartazione nei confronti degli Stati non aderenti all'OCSE.
- Secondo tale teoria, infatti, il Global Forum dell'OCSE per la trasparenza e lo scambio di informazioni non sarebbe configurabile come entità giuridica a rilevanza esterna, non avrebbe capacità giudica e non sarebbe riconosciuto dal diritto internazionale, basandosi non su un trattato costitutivo multilaterale, ma su una mera carta costitutiva chiusa che non consente l'ingresso di altri Paesi se non invitati formalmente. Pertanto, le decisioni assunte in seno all'Organizzazione non potrebbero esplicare effetti nei confronti di soggetti non aderenti alla stessa.
- In questo senso, le norme internazionali promosse dall'OCSE sotto la pressione e la minaccia di eventuali sanzioni e/o inclusioni in liste discriminatorie, vizierebbero gli accordi o i trattati sottoscritti con i Paesi non membri; per altro verso tali norme potrebbero essere nulle sulla base dell'art. 52 della Convenzione di Vienna del 1969.

QUADRO NORMATIVO

- Il criterio di individuazione dei Regimi Fiscali Privilegiati è contenuto nell'art. 167, comma 4 del T.U.I.R. che è stato interessato da tre recenti interventi normativi ad opera:

  - dell'art. 1, comma 680 della L. 23 dicembre 2014, n. 190 (Legge di Stabilità 2015)

  - dell'art. 10 del D. Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 (c.d. Decreto internazionalizzazione delle imprese)

  - dell'art. 1, commi 142-143-144 della L. 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di Stabilità 2016)

- Dalla data di entrata in vigore della disciplina CFC fino al 31 dicembre 2014, l'individuazione dei paradisi fiscali nella tassazione del reddito d'impresa era rimessa al D.M. 21 novembre 2001, che conteneva una lista di Paesi ritenuti privilegiati in ragione di tre criteri alternativi: il livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia*, la mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero altri criteri equivalenti.

*Il livello di tassazione sensibilmente inferiore non era stato quantificato in via normativa, ma il Parlamento nell'ordine del giorno della seduta alla Camera del 4 ottobre 2000 impegnò il Governo "a definire in via transitoria, quale livello di tassazione sensibilmente inferiore, quello che in media si discosti di almeno il 30% dal livello di tassazione medio applicato in Italia".

CONCETTO DI LIVELLO DI TASSAZIONE INFERIORE A QUELLO ITALIANO

- L'art. 167, comma 4, del T.U.I.R. prevedeva, nel testo in vigore sino al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2015, che "*si considerano privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati, con decreti del Ministero delle Finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, della mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero di altri criteri equivalenti*".
- L'art. 1, comma 680, della Legge di stabilità 2015, con decorrenza dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014, ha specificato che:

  a) per "*livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello italiano*" si intende "*un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia*";

  b) devono essere considerati privilegiati anche i "*regimi fiscali speciali 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*".
- La norma demandava l'individuazione dell'elenco di tali regimi speciali ad un "provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate" che, però, non è stato emanato.

ABROGAZIONE DELLA WHITE LIST

- L’art. 10 del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 ha abrogato l’art. 168 *bis* del T.U.I.R., ovvero la disposizione introdotta con la L. 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. Finanziaria 2008) che si riproponeva di individuare gli Stati o territori a regime fiscale privilegiato mediante esclusione da una *white list*, anziché per espressa menzione in una *black list*.
- Anche in vigenza dell’art. 168 *bis* del T.U.I.R., tale Decreto non è mai stato emanato, per cui il riferimento era sempre stato operato (in via transitoria) al comma 4 dell’art. 167 del T.U.I.R..
- Per effetto dell’abrogazione della norma, a partire dal periodo d’imposta 2015, l’individuazione degli Stati e territori a regime fiscale privilegiato torna ad essere affidata esclusivamente all’art. 167, comma 4, T.U.I.R.

NOZIONE DI REGIME FISCALE PRIVILEGIATO

- L'art. 1, comma 142, della Legge di stabilità 2016 ha riformulato l'art. 167, comma 4, T.U.I.R., prevedendo ora che "*i regimi fiscali, anche speciali, di Stati o territori si considerano privilegiati laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50% di quello applicabile in Italia*".
- Il Legislatore ha soppresso il criterio dello scambio di informazioni (e degli "altri criteri equipollenti") e la modalità di individuazione dei RFP non è più delegata a specifici provvedimenti amministrativi (del Ministero dell'Economia o dell'Agenzia delle entrate), ma è affidata ai destinatari delle norme che dovranno verificare, in autonomia, se la fattispecie rientri o meno nell'ipotesi individuata dalla norma.
- Contestualmente, al comma 1 dell'art. 167 del T.U.I.R. il rinvio (per l'identificazione degli Stati a fiscalità privilegiata) al Decreto o Provvedimento da emanarsi ai sensi del comma 4 viene sostituito con un riferimento più generale agli Stati o territori di cui al (modificato) comma 4, "*diversi da quelli appartenenti all'Unione Europea ovvero da quelli aderenti allo Spazio Economico Europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni".* In sostanza, per espressa previsione normativa, questi Paesi non rientrano tra i RFP.

NOZIONE DI REGIME FISCALE «SPECIALE»

- In continuità con quanto previsto dalla precedente formulazione normativa, ci si troverà di fronte ad un regime fiscale privilegiato anche nelle ipotesi in cui il livello nominale di imposizione ordinariamente vigente nello Stato estero risulti superiore al 50 per cento di quello italiano, ma siano previsti regimi "speciali" di favore che non rispettino tale parametro.
- In assenza di una definizione normativa di "regimi speciali", l'Agenzia delle Entrate ha delineato gli elementi che, in linea di principio, li caratterizzano, lasciando al contribuente l'onere di individuarli in concreto (cfr. Circ. n. 35/E del 4 agosto 2016).
- Secondo l'Agenzia si tratta di regimi che concedono "un trattamento agevolato strutturale, risolvendosi in un'imposizione inferiore alla metà di quella italiana" e che:
- a) si applicano alla generalità dei contribuenti che integrano i requisiti soggettivi o oggettivi richiesti dalla norma istitutiva del regime;
- b) determinano una riduzione delle aliquote d'imposta applicabili ovvero, pur non incidendo direttamente sull'aliquota, prevedono esenzioni o altre riduzioni della base imponibile idonee a ridurre sostanzialmente il prelievo nominale.

NOZIONE DI REGIME FISCALE «SPECIALE»

- A titolo esemplificativo, sono considerati regimi speciali quelli che concedono una riduzione di aliquota rispetto a particolari settori o aree territoriali (zone franche o *free zone*), ovvero in relazione a determinate attività (come quelle finanziarie, agricole, turistiche) o destinate a particolari categorie di soggetti (ad esempio, le micro imprese o le piccole medie imprese), oppure per un determinato arco temporale (come, talvolta, avviene nella fase di avvio dell'attività), o fino al conseguimento di una soglia minima di reddito imponibile, ovvero ancora quelli che garantiscano la detassazione dei redditi derivanti da attività svolte all'estero.
- Analogamente, si ritiene rientrino nell'accezione di "regimi speciali" quelli che prevedono deduzioni nozionali che, seppur incidendo formalmente sulla base imponibile, si traducono in una riduzione dell'aliquota sul reddito.
- L'Agenzia precisa, inoltre, che la norma trova applicazione anche nel caso in cui il regime di favore scaturisca da provvedimenti amministrativi o accordi conclusi direttamente con l'Amministrazione finanziaria locale.

NOZIONE DI REGIME FISCALE «SPECIALE»

- Nell'ipotesi in cui il regime speciale sia fruito "parzialmente" vale a dire riguardi solo particolari aspetti dell'attività economica complessivamente svolta dal soggetto estero (ad es., un regime che garantisca la detassazione solo dei redditi derivanti da attività svolte all'estero ovvero prodotti in determinati settori o aree geografiche specifiche), l'Amministrazione finanziaria suggerisce di adottare un criterio di prevalenza che valorizzi l'attività maggioritaria in termini di entità dei ricavi ordinari.
- Laddove l'attività prevalente sia quella assoggettata al regime speciale, l'intero reddito della partecipata estera si considera sottoposto a un trattamento fiscale privilegiato.
- Laddove, invece, il sistema fiscale ordinario del Paese estero preveda un'aliquota nominale inferiore al 50 per cento dell'aliquota italiana, ma sia accompagnato da un regime speciale con aliquota maggiore al suddetto limite, la controllata estera che, in virtù dell'attività effettivamente esercitata nel territorio estero, sconti tale maggiore imposizione, non potrà essere ricompresa nel novero dei regimi fiscali privilegiati.

NOZIONE DI REGIME FISCALE «SPECIALE»

- L’approccio seguito nella circolare non appare del tutto in linea con le intenzioni del Legislatore (che ha inserito un parametro di facile ed immediata verifica da parte dei contribuenti – livello nominale di tassazione) poiché sembra operare una netta distinzione tra i regimi privilegiati speciali e i regimi privilegiati ordinari, nonostante il dettato normativo lascerebbe intendere che i regimi speciali siano un sottoinsieme della più generale categoria dei regimi fiscali privilegiati da individuarsi tramite il confronto dei livelli nominali di tassazione.

AMBITO DI APPLICAZIONE DEL “NUOVO” CRITERIO

- Con una disposizione di coordinamento e chiusura il comma 143 della Legge di Stabilità 2016 chiarisce che in tutti i casi in cui leggi, regolamenti, decreti o altri provvedimenti facciano menzione degli Stati o territori di cui agli elenchi tassativi approvati con i decreti o provvedimenti ministeriali previsti dal previgente comma 4 dell’art. 167 del T.U.I.R., il riferimento è da intendersi agli Stati o territori individuati in base al criterio di cui al nuovo comma 4.
- Ne consegue che, a partire dal periodo d’imposta 2016, il nuovo criterio generale di individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata vale anche ai fini:

  i) della tassazione integrale dei dividendi provenienti da paradisi fiscali (*ex* artt. 47, comma 4 e 89, comma 3, del T.U.I.R.);

  ii) della tassazione integrale dei *capital gain* realizzati dalle persone fisiche al di fuori dell’esercizio di impresa su partecipazioni detenute in società residenti in Paesi a fiscalità privilegiata (*ex* art. 68, comma 4, del T.U.I.R.);

  iii) dell’inapplicabilità della *participation exemption* alle partecipazioni detenute in società residenti in tali Paesi (*ex* art. 87, comma 1, lett. c, del T.U.I.R.).

RAGIONI ALLA BASE DELLA NOVELLA

- La soppressione del criterio dello scambio di informazioni riflette le evoluzioni dello scenario internazionale.
- Tale criterio aveva assunto a partire dal 2001 un ruolo preminente, in ambito OCSE, per l'individuazione dei *tax havens* ma, per effetto delle politiche attuate negli anni successivi, la lista degli Stati "non cooperativi" si è progressivamente ridotta.
- Il criterio dello scambio di informazioni avrebbe, pertanto, perso utilità a causa dei sempre più numerosi accordi sullo scambio di informazioni.
- A conferma di ciò, il *Final Report* 2015 relativo all'*Action* 3 del progetto BEPS dell'OCSE si limita a considerare, ai fini CFC, il livello di imposizione senza alcun riferimento allo scambio di informazioni.
- Anche l'Italia ha modificato negli anni l'assetto dei rapporti con molti degli Stati che erano contenuti nella *black list*, mediante la stipula o la modifica delle convenzioni bilaterali (ad es. Svizzera, Hong Kong, San Marino) oppure attraverso la conclusione di specifici *Tax Information Exchange Agreements* (ad es. quelli in vigore con le Isole Cayman, le Isole Cook, Gibilterra, l'Isola di Mann e Jersey).

CONCETTO DI LIVELLO NOMINALE DI TASSAZIONE

- Per quanto attiene l'individuazione dei RFP, un primo ordine di questioni trae origine dall'interpretazione da dare alla locuzione "*livello nominale di tassazione*", formula inedita che non trova corrispondenza in altre norme del T.U.I.R..
- Secondo le indicazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate la valutazione del livello nominale di tassazione risulta diversa a seconda che abbia ad oggetto il regime fiscale generale di uno Stato o territorio o che riguardi regimi speciali:

  a) nel primo caso, il livello nominale di tassazione coincide, di regola, con l'aliquota dell'imposta sulle società, salvo che siano previste riduzioni generalizzate della base imponibile o forme di rimborso indiretto dell'imposta applicata;

  b) nei riguardi dei regimi speciali, invece, la valutazione del livello nominale di tassazione non si esauriscre nell'apprezzamento della sola aliquota, ma coinvolge anche le regole di determinazione della base imponibile.

TASSAZIONE NOMINALE VS TASSAZIONE EFFETTIVA

- L'espressione "nominale" si deve interpretare in contrapposizione con la nozione di tassazione "effettiva" utilizzata dall'art. 167, comma 8-*bis.*
- Per tassazione effettiva si intende il *"carico effettivo di imposizione (...) gravante sulla società estera*"(cfr. relazione di accompagnamento all'art. 13 del D.Lgs. n. 78/2009) e trova espressione nel "*rapporto tra l'imposta corrispondente al reddito imponibile e l'utile ante imposte*" (cfr. Circ. 6 ottobre 2010, n. 51/E par. 5.1).
- Per l'apprezzamento del livello "nominale" di imposizione ci si deve basare su una valutazione astratta degli effetti di una certa misura fiscale (legislativa o amministrativa) e non invece sulla puntuale misurazione in ciascun caso concreto.

DETERMINAZIONE DEL LIVELLO DI TASSAZIONE NOMINALE

- Secondo i chiarimenti forniti dall'Agenzia delle Entrate la determinazione del livello nominale di imposizione vigente in Italia deve tenere conto non solo dell'IRES (escluse eventuali addizionali), ma anche dell'IRAP (considerata nell'aliquota ordinaria del 3,9%, a prescindere dal settore di attività in cui opera la controllata estera).
- L'inclusione dell'IRAP suscita profonde perplessità, sia perché la disciplina sulle CFC è inserita nel perimetro normativo delle imposte sui redditi (dai quali l'IRAP è estranea), sia perché inserisce una discriminazione rispetto alla modalità di determinazione dell'*effective tax rate* pur in assenza di differenze rilevanti tra i commi 4 e 8-*bis* dell'art. 167 del T.U.I.R*.

* Per ovvie ragioni di natura sostanzialistica, al fine della determinazione del livello nominale di tassazione estero, andrebbero presi in considerazione i tributi della medesima natura eventualmente vigenti nello Stato estero di localizzazione di ogni società controllatala.

DETERMINAZIONE DEL LIVELLO DI TASSAZIONE NOMINALE

- Specularmente, il tasso estero deve essere determinato prendendo a riferimento l'aliquota corrispondente alle imposte sui redditi da individuare, qualora esistente, tramite la Convenzione contro le doppie imposizioni vigente con lo Stato di volta in volta interessato e tenendo conto anche delle eventuali imposte di natura identica o analoga intervenute in sostituzione di quelle menzionate espressamente nella Convenzione.
- L'Agenzia precisa che nell'eventualità in cui nello Stato di residenza o di localizzazione della società controllata sia prevista un'imposta progressiva a scaglioni o una progressività per detrazione sarà necessario calcolare la media aritmetica ponderata delle aliquote vigenti nell'ordinamento estero.
- A tal fine, viene individuato, in via convenzionale, un parametro reddituale pari a Euro 1 milione, da utilizzare sempre per la ponderazione.

CONTESTO ATTUALE

- Dalla nuova formulazione normativa deriva che:

  - il regime CFC “ordinario” (e quindi a prescindere dal conseguimento di *passive income)* si applica unicamente alle società e altri enti residenti e/o localizzati in “Stati terzi” (vale a dire, non appartenenti alla UE o non aderenti al SEE o, infine, se aderenti al SEE, che non abbiano stipulato con l’Italia un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni);

  - per detti Stati terzi, ai fini dell’inclusione nei RFP, è comunque irrilevante la mancanza di un adeguato scambio di informazioni con l’Italia;

  - non si pone più alcun riferimento alla predisposizione di una *black list;*

  - viene confermato e meglio esplicitato il principio secondo cui il confronto tra il livello di tassazione estero e quello italiano deve essere condotto unicamente sulla base del confronto dell’aliquota nominale con quella applicata in Italia.

MAPPA DEI PARADISI FISCALI

- Per effetto della modifica legislativa, i Paesi con un prelievo nominale inferiore alla metà della tassazione italiana, risultano in numero inferiore rispetto agli Stati precedentemente individuati come paradisi fiscali.
- Si assiste, cioè, ad una rivisitazione complessiva della mappa dei paradisi fiscali:

  - alcuni Stati e territori, prima inclusi nella *black list* (anche) in ragione della mancanza di un adeguato scambio di informazioni, ora ne sarebbero espunti (salva, ove sussistente, la fruizione di regimi fiscali speciali) in ragione di un'aliquota nominale di tassazione superiore al 50% di quella italiana (è il caso, ad esempio, di Hong Kong, Barbados, Antille Olandesi e Libano);

  - di contro, Stati che hanno firmato Convenzioni contro le doppie imposizioni e/o TIEA e dotati di un ordinario sistema di imposizione sul reddito delle società con aliquota simile a quella applicata in Italia, potrebbero rientrare nel regime RFP, ad esempio, in ragione di incentivi fiscali anche se temporalmente o territorialmente limitati (si pensi, ad esempio alle *tax holiday* previste in Stati normalmente considerati a fiscalità ordinaria, che potrebbero essere considerate in parte qua come *"regimi fiscali speciali"*).

RAPPORTI CON LE LINEE GUIDA DELL'OCSE

- Il nuovo dettato normativo appare poco allineato ai lavori dell'OCSE e della Commissione Europea in materia di CFC, e in particolare con l'*Action* 3 del Progetto *BEPS* e con la Proposta di Direttiva COM(2016) 26*final* (2016/0011) volta a contrastare le pratiche fiscali abusive aventi ripercussioni sul mercato interno (c.d. *Antiabuse Directive*).
- In particolare, il *Final Report* pubblicato in data 5 ottobre 2015 precisa che, sebbene l'utilizzo del valore nominale di tassazione riduca la complessità amministrativa ed i costi di *compliance*, sarebbe preferibile fare riferimento al livello effettivo di tassazione, in quanto più accurato*.
- D'altro canto la dottrina ha evidenziato come l'oggettiva difficoltà di determinazione *dell'effective tax rate* virtuale dello Stato estero potrebbe porsi in conflitto con il principio della libertà di stabilimento, poiché rappresenterebbe un eccessivo onere amministrativo a carico del contribuente.

* La citata proposta di Direttiva, all'art. 8, prevede 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% di quella effettiva che sarebbe stata applicata nello Stato membro del contribuente.

LISTA DEI PAESI COLLABORATIVI

- Inoltre, l'OCSE non esclude a priori (anzi, raccomanda) una selezione di Stati esclusi dal regime CFC sulla base di una *white list* recante le giurisdizioni che in linea generale assicurano un carico fiscale sugli utili societari, in termini di aliquota e di base imponibile, non significativamente inferiore a quello di residenza del socio*.
- Sul punto, le indicazioni europee sono state solo parzialmente soddisfatte dal Legislatore nazionale, che ha previsto l'esclusione dal novero dei RFP degli Stati membri dell'UE e di quelli aderenti allo SEE con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo sullo scambio di informazioni (ovvero Islanda e Norvegia).

* Cfr. Action 3 dei BEPS, prg. 51: "*The recommendation is to include a tax rate exemption that would allow companies that are subject to an effective tax rate that is sufficiently similar to the tax rate applied in the parent jurisdiction not to be Subject to CFC taxation. The effect of this tax rate exemption would be to subject all CFCs with an effective tax rate meaningfully below the rate applied in the parent jurisdiction to CFC rules. This exemption could be combined with a list such as a white list*".

PROFILI PROBLEMATICI

- L'applicazione del nuovo criterio normativo richiede l'adozione di regole transitorie per gestire l'ingresso o l'uscita dei singoli Paesi o regimi fiscali dall'ambito di applicazione dei regimi fiscali privilegiati.
- Tale esigenza si pone, ad esempio con riferimento alla disciplina dei dividendi e delle plusvalenze estere che siano espressione di utili formati in esercizi pregressi: nella scelta tra un criterio di pura cassa ed uno di pura competenza, l'Agenzia ha optato per un criterio di cassa "corretto".
- Indipendentemente dalla precedente qualificazione attribuita allo Stato estero, al fine di stabilire se i dividendi e le plusvalenze provengano o meno da un paradiso fiscale, assume rilevanza il criterio vigente al momento della loro percezione/realizzazione perché è in tale momento che si verifica il presupposto impositivo in capo al soggetto residente.
- Pertanto, per i dividendi percepiti e le plusvalenze realizzate a partire dal 2016 risulta applicabile il confronto tra i livelli nominali di tassazione a prescindere da quale fosse il criterio vigente nel periodo di formazione dell'utile. Con la precisazione che il nuovo criterio adottato dal legislatore non deve ricorrere solo al momento della percezione, ma deve anche sussistere rispetto a tutti gli esercizi durante i quali si è formato l'utile di cui è espressione il dividendo o la plusvalenza.

PROFILI PROBLEMATICI – UTILI PREGRESSI

- Con l'interrogazione parlamentare n. 5/10317 è stato fatto presente come un'applicazione restrittiva della norma andrebbe a colpire anche i dividendi realizzati (ma non distribuiti) in anni precedenti quando era pacifico che lo Stato o il Territorio era «white list».
- La Commissione Finanze a chiarito che «che non è possibile in via interpretativa circoscrivere l'applicazione dei nuovi criteri di individuazione dei regimi fiscali privilegiati, anche speciali, agli utili prodotti a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014, come auspicato dagli Onorevoli interroganti. Sono comunque allo studio presso i competenti Uffici dell'Amministrazione finanziaria gli opportuni approfondimenti sulle modalità di applicazione del regime di integrale concorrenza alla formazione della base imponibile del socio italiano agli utili provenienti da società estere, che nel periodo di imposta di maturazione degli stessi non erano considerate dal legislatore residenti o localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata, ma che sono successivamente diventati tali in base alle norme sopravvenute vigenti al momento della distribuzione dei predetti utili».

PROFILI PROBLEMATICI

- Altro aspetto da considerare è che l'estensione della disciplina ai regimi speciali potrebbe avere l'effetto di neutralizzare gli incentivi, spesso a carattere temporaneo, concessi dai vari Paesi esteri a fronte di nuove iniziative imprenditoriali o di nuovi investimenti, nonché di penalizzare misure agevolative assolutamente lecite e per di più similari a quelle previste dal nostro ordinamento (si pensi a regimi dell'Aiuto alla Crescita Economica, al Patent box, al "super-ammortamento" o anche alla Tonnage Tax): appare difficile individuare la *ratio* sottesa a un tale approccio che, tra l'altro, crea una disomogeneità nei due termini di paragone, posto che il livello di tassazione nominale in Italia è sempre inteso con esclusivo riferimento all'aliquota nominale.
- In tal senso, l'interpretazione di «regimi fiscali speciali» fornita dall'AAEE rischia di pregiudicare gli investimenti effettivi all'estero dei contribuenti italiani, soprattutto se localizzati in Paesi con situazioni economiche arretrate o svantaggiate che, di frequente, offrono degli incentivi fiscali per favorire tali investimenti.

PROFILI PROBLEMATICI

- Uno degli aspetti più critici della nuova disciplina è rappresentato sicuramente dall'interpretazione del concetto di regimi fiscali "speciali" che, anziché essere considerati un sottoinsieme dei regimi "ordinari", sono trattati dall'Agenzia in modo del tutto autonomo ed individuati per mezzo di un parametro di non immediata verifica da parte del contribuente. In effetti, non si ritiene sufficiente la verifica dell'aliquota nominale applicata all'estero, richiedendo al soggetto residente di analizzare la modalità di determinazione della base imponibile e l'effetto sul carico tributario complessivo. Ciò è stato interpretato come volontà dell'Agenzia di attribuire autonoma rilevanza ai regimi "speciali" e spostare il baricentro dell'analisi dalla tassazione nominale a quella effettiva.
- Come rilevato nell'interrogazione parlamentare n. 5-10317, però, in tal modo è stato distorto lo scopo originario della norma perché si colpirebbe anche coloro che operano e investono realmente in Stati o territori con situazioni economiche più arretrate o svantaggiate, vanificando altresì il sacrificio dello Stato estero in termini di minor gettito.

RISCHIO DI AGGIRAMENTO DEL TAX RATE NOMINALE

- Il riferimento alla tassazione nominale applicata nello Stato estero potrebbe non rappresentare un indicatore dell'effettivo carico fiscale sostenuto.
- Infatti, come segnalato dall'Ocse nel report finale dell'Action 3 del Beps, a fronte di una "congrua" aliquota di imposta, lo Stato estero potrebbe ridurre il carico fiscale complessivo:

  - riducendo la base imponibile su cui viene applicata tale aliquota;

  - attraverso il rimborso dell'imposta applicata ;

  - non applicando le imposte teoricamente previste.
- In sostanza, c'è il rischio che gli Stati con un'aliquota nominale superiore a quella applicata in Italia incentivino l'insediamento di società controllate da soggetti italiani attraverso agevolazioni diverse da un *tax rate* nominale ridotto.

RAPPORTI CON LA DISCIPLINA CFC

- Il riferimento alla tassazione nominale del Paese estero non è stato introdotto nel comma 8-bis dell'articolo 167 del Tuir.
- Di conseguenza, i soggetti localizzati in Stati o territori diversi da quelli con tassazione nominale inferiore alla metà di quella italiana e i soggetti residenti in Stati UE/SEE con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo per lo scambio di informazioni continueranno a essere assoggettati al regime sulle controllate estere nel caso di tassazione effettiva estera inferiore alla metà rispetto a quella italiana, oltre all'ulteriore condizione del conseguimento per oltre il 50% dei cosiddetti «*passive income*» o dei compensi per servizi infragruppo.
- Così una società UE sarà comunque tenuta, in caso di percezione di «*passive income*» o compensi per servizi infragruppo, ad effettuare il calcolo del livello di tassazione effettiva; mentre, per esempio, una società ricompresa nella previgente *black list* (in assenza di tali compensi) risulterebbe sgravata da ogni onere di ricalcolo qualora il livello nominale di tassazione vigente in loco non sia inferiore al 50% di quello italiano.

PROFILI CRITICI

- L'individuazione di un parametro fisso che opera in via automatica e che deve essere applicato direttamente dal contribuente caso per caso, se da un lato semplifica e riduce i costi per l'Amministrazione finanziaria, dall'altro comporta un aggravio per il contribuente stante la necessità di un continuo monitoraggio degli ordinamenti tributari esteri, al fine di rilevare eventuali riduzioni dell'aliquota ordinaria o l'introduzione di nuovi regimi speciali favorevoli.
- Inoltre, la mancata previsione dell'emanazione di specifiche liste ministeriali che contengano l'enumerazione specifica dei RFP, è foriera di incertezza per i contribuenti stante la difficoltà di determinare in modo univoco ed in misura certa il livello nominale di tassazione applicato nello Stato estero.
- Al fine di individuare i regimi fiscali privilegiati, l'Agenzia delle Entrate suggerisce di consultare le aliquote nominali vigenti sui siti internet istituzionali dei vari ordinamenti esteri, sulla banca dati dell'OCSE, sul sito internet della Banca Mondiale o di altri istituti o centri di studio e ricerca internazionali: tali fonti potranno fornire informazioni circa l'aliquota nominale generale dello Stato estero, ma difficilmente potranno aiutare nell'individuazione dei regimi speciali o nella determinazione dell'aliquota in presenza di detrazioni o rimborsi di imposta, di regimi fiscali noti come *Dual Income Tax* o in ipotesi di aliquote progressive per scaglioni.

ERRORE SCUSABILE?

- Stante le notevoli incertezze nell'applicazione operativa del nuovo criterio, si corre il rischio che ogni contribuente giunga a conclusioni differenti nel calcolo del livello di tassazione del Paese estero, con grave pregiudizio per la certezza del diritto.
- In effetti, non è previsto che il contribuente sia assistito dall'Amministrazione finanziaria nel calcolo e non sembrano ravvisabili strumenti di confronto preventivo con essa.
- La scelta operata dal Legislatore si pone in contrasto con le numerose misure di *cooperative compliance* che si sono susseguite negli ultimi tempi, incentrate sulla promozione del dialogo e di un rapporto collaborativo tra Fisco e contribuente.
- In tale contesto, l'eventuale errore commesso dal contribuente potrebbe essere ricompreso nelle ipotesi di non punibilità di cui all'art. 6, c. 1 e 2 del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, che disciplina le cause di forza maggiore ricorrenti in caso di violazione commessa, rispettivamente, per "*errore sul fatto*" e per "*obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione delle disposizioni*".