

Paesi “black list”: evoluzione della normativa fiscale alla luce delle più recenti modifiche

di FRANCESCA GAGLIARDI

La normativa italiana in materia di paesi a fiscalità privilegiata è stata, nel corso degli ultimi anni, soggetta a costanti modifiche che l'hanno rivoluzionata sotto più profili.

Nel tentativo di semplificare tale, complessa, tematica si può asserire che le principali questioni riguardanti i suddetti Paesi sono racchiuse nella disciplina di tre liste, conosciute con il nome di *black list*. Tali *black list* contengono un elenco di Stati che godono di un regime impositivo privilegiato, consistente in un prelievo fiscale molto ridotto, talvolta anche inesistente, ed uno scambio di informazioni finanziarie con il nostro Paese spesso inadeguato.

Prima che intervenissero svariate modifiche legislative a partire dal 2015, le *black list* erano tre:

- la *black list* che indica i Paesi con regime impositivo privilegiato ai fini della determinazione della residenza fiscale delle persone fisiche (art. 2, comma 2-bis, D.P.R. 917/1986, T.U.I.R.);
- la *black list* dei paradisi fiscali per quanto concerne le c.d. *Controlled Foreign Companies* (art. 167 T.U.I.R.);
- la *black list* contenente i Paesi paradisiaci ai fini della indeducibilità dei costi sostenuti dalle imprese nazionali (art. 110, commi 10 e 11, del T.U.I.R.).

Esaurite tali premesse, è opportuno puntualizzare che la prima tipologia di *black list* ivi contemplata non sarà oggetto di analisi in questa trattazione in quanto è rimasta sostanzialmente invariata nel tempo, al contrario delle altre due, le quali sono state interessate da diverse modifiche sino alla loro, recente, abolizione.

I Paesi *black list* in base alla normativa CFC

La normativa in questione è dettata dall'art. 167 del T.U.I.R.¹ e la *ratio* di tale disposizione è evitare che vengano posti in essere schemi societari fittizi, attraverso la costituzione di società CFC, al fine di delocalizzare abusivamente utili prodotti nel nostro Paese per sottoporli a tassazione più favorevole.

¹ “Se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, il controllo di un'impresa, di una società o altro ente, residente o localizzato in Stati o territori a regime fiscale privilegiato (di cui al 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), i redditi conseguiti dal soggetto estero controllato sono imputati, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute. Tale disposizione si applica anche per le partecipazioni di controllo in soggetti non residenti relativamente ai redditi da loro stabili organizzazioni assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati”.

Il comma 4 del citato articolo 167, nella sua originaria formulazione in vigore sino al 31 dicembre 2014, individuava i Paesi a fiscalità privilegiata in base:

- al livello di tassazione nettamente inferiore a quello previsto in Italia;
- all'assenza di un adeguato scambio d'informazioni;
- ad altri criteri equivalenti.

La legge di Stabilità del 2015 (L. 23 dicembre 2014 n. 190) ha apportato modifiche significative alla disciplina previgente, a decorrere dal periodo d'imposta 2015.

L'innovazione più significativa consiste certamente nella puntualizzazione del concetto di "livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia", introdotta modificando il comma 4 dell'art. 167². Un Paese viene considerato ascrivibile alla *black list* se il livello impositivo ivi applicato è inferiore al 50% rispetto a quello applicato in Italia. La medesima disposizione che introduce tale chiarimento, specifica poi che il criterio della tassazione inferiore al 50% è da valutarsi in base al caso concreto, anche quando si applichi un regime impositivo speciale, in deroga a quello ordinario.

Per quanto concerne gli altri due criteri preesistenti – la mancanza di un adeguato scambio d'informazioni od altri criteri equivalenti – nulla è stato mutato dalla Legge di Stabilità del 2015.

In attuazione del comma 680 dell'art. 1 della ridetta Legge, viene emanato anche il D.M. 30 marzo 2015, che elimina dalla esistente *black list* le Filippine, la Malesia e Singapore³. Con la medesima norma viene, inoltre, abrogato l'art. 3 del D.M. 21 novembre 2001⁴.

² L. Stabilità 2015, art. 1, comma 680: "Si considera livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia. Si considerano in ogni caso privilegiati i regimi fiscali speciali che consentono un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia, ancorche' previsti da Stati o territori che applicano un regime generale di imposizione non inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate viene fornito un elenco non tassativo dei regimi fiscali speciali. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014".

³ La *ratio* di una tale modifica risiede nel fatto che tali Paesi, oltre ad aver sottoscritto con l'Italia un accordo sullo scambio d'informazioni, applicano un complessivo regime impositivo non inferiore al 50% rispetto a quello italiano. Difatti, la *corporate tax* nelle Filippine è pari al 30%, in Malesia al 25% e a Singapore al 17%.

⁴ L'art. 3, del D.M. 21 novembre 2001, disponeva: "Le disposizioni indicate nell'art. 1 si applicano ai seguenti Stati e territori limitatamente ai soggetti e alle attività per ciascuno di essi indicate:

1) Angola, con riferimento alle società petrolifere che hanno ottenuto l'esenzione dall'Oil Income Tax, alle società che godono di esenzioni o riduzioni d'imposta in settori fondamentali dell'economia angolana e per gli investimenti previsti dal Foreign Investment Code;

2) Antigua, con riferimento alle international business companies, esercenti le loro attività al di fuori del territorio di Antigua, quali quelle di cui all'International Business Corporation Act, n. 28 del 1982 e successive modifiche e integrazioni, nonché con riferimento

La legge di Stabilità del 2016 (L. 28 dicembre 2015, n. 208) ha introdotto una nuova modifica all'art. 167 del T.U.I.R..

In prima analisi, la novità più evidente consiste nell'eliminazione di qualsiasi riferimento allo scambio di informazioni quale criterio per escludere un Paese dalla *black list*: "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"⁵.

Un'altra, rivoluzionaria, novità della Legge di Stabilità 2016 è la cancellazione del Decreto Ministeriale in cui venivano elencati i Paesi a fiscalità privilegiata. Con l'eliminazione di tale lista nominativa, l'individuazione dei Paesi *black list* è basata esclusivamente sulla valutazione del livello di tassazione dello Stato estero se inferiore al 50% rispetto a quella italiana.

La valutazione dello *status* di paradiso fiscale spetta dunque, di volta in volta, al contribuente. E', a tal fine, importante sottolineare come il livello di tassazione da prendere in considerazione sia quello nominale dello Stato estero e non quello effettivo.

alle società che producono prodotti autorizzati, quali quelli di cui alla locale legge n. 18 del 1975 e successive modifiche e integrazioni;

3) (numero eliminato dalla lista ai sensi dell'art. 2 decreto 27 luglio 2010);

4) Costa Rica, con riferimento alle società i cui proventi affluiscono da fonti estere, nonché con riferimento alle società esercenti attività ad alta tecnologia;

5) Dominica, con riferimento alle international companies esercenti l'attività all'estero;

6) Ecuador, con riferimento alle società operanti nelle Free Trade Zones che beneficiano dell'esenzione dalle imposte sui redditi;

7) Giamaica, con riferimento alle società di produzione per l'esportazione che usufruiscono dei benefici fiscali dell'Export Industry Encourage Act e alle società localizzate nei territori individuati dal Jamaica Export Free Zone Act;

8) Kenia, con riferimento alle società insediate nelle Export Processing Zones;

9) (numero abrogato dall'art. 1 decreto 16 dicembre 2014);

10) (numero eliminato dalla lista ai sensi dell'art. 2 decreto 27 luglio 2010);

11) Mauritius, con riferimento alle società "certificate" che si occupano di servizi all'export, espansione industriale, gestione turistica, costruzioni industriali e cliniche e che sono soggette a Corporate Tax in misura ridotta, alle Off-shore Companies e alle International Companies;

12) Portorico, con riferimento alle società esercenti attività bancarie ed alle società previste dal Puerto Rico Tax Incentives Act del 1988 o dal Puerto Rico Tourist Development Act del 1993;

13) Panama, con riferimento alle società i cui proventi affluiscono da fonti estere, secondo la legislazione di Panama, alle società situate nella Colon Free Zone e alle società operanti nelle Export Processing Zones;

14) Svizzera, con riferimento alle società non soggette alle imposte cantonali e municipali, quali le società holding, ausiliarie e "di domicilio";

15) Uruguay, con riferimento alle società esercenti attività bancarie e alle holding che esercitano esclusivamente attività off-shore.

2. Le disposizioni del comma 1 si applicano, altresì, ai soggetti ed alle attività insediate negli Stati di cui al medesimo comma che usufruiscono di regimi fiscali agevolati sostanzialmente analoghi a quelli ivi indicati, in virtù di accordi o provvedimenti dell'amministrazione finanziaria dei medesimi Stati. Il presente decreto sarà pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana".

⁵ Nuovo comma 4 dell'art. 167 T.U.I.R..

Tale scelta del legislatore appare criticabile sotto più profili. Difatti, è fin troppo evidente come la tassazione nominale ed il prelievo fiscale effettivo siano, spesso, molto distanti fra loro.

La valutazione e la classificazione di un Paese come paradisiaco sulla base di un'aliquota risulta essere poco incisiva e, soprattutto, poco ancorata alla realtà effettiva della tassazione dello Stato in esame. La misura del prelievo fiscale, difatti, è data da numerose variabili che agiscono sulla determinazione della base imponibile⁶ e sul calcolo dell'imposta definitiva⁷.

Una tale disposizione sembra essere altresì contraria alle indicazioni fornite dall'OCSE ai paragrafi 63 e 65 dell'*Action 3* del progetto BEPS⁸, nei quali viene chiaramente favorita una valutazione alla luce del livello di tassazione effettivo e non nominale.

A sostegno di quanto detto in precedenza, l'aliquota d'imposta indicata potrebbe non rappresentare affatto un indicatore dell'effettivo carico fiscale sostenuto, così come asserito dall'OCSE nel *report* finale dell'*Action 3*. Ivi si legge che lo Stato estero potrebbe porre in essere diversi comportamenti al fine di ridurre il carico fiscale complessivo, quali, per esempio, la riduzione della base imponibile su cui l'aliquota viene calcolata provvedendo al rimborso dell'imposta applicata o omettendo totalmente ogni tipo d'imposizione teoricamente prevista.

Tale scelta operata dal legislatore è altresì criticabile perché si pone in contrasto con quanto disposto per l'eventuale applicazione della disciplina CFC ai c.d. Paesi *white list* o a quelli aderenti allo Spazio economico europeo di cui all'art. 167, comma 8-bis⁹ per i quali, invece, è prevista una valutazione alla luce della tassazione effettiva.

⁶ Si veda, per esempio, la normativa italiana in materia di *Patent Box*.

⁷ Per esempio, un dato altamente incisivo sul calcolo dell'imposta definitiva sono le detrazioni d'imposta.

⁸ Il Paragrafo 63 recita "*Tax rate exemptions require that the rate at which the CFC was taxed be below a given benchmark. Tax rate exemptions apply one of two benchmarks. They either compare the tax rate in the CFC jurisdiction to a particular fixed rate that is considered low-tax or they compare the tax rate in the CFC jurisdiction to a portion or percentage of the parent country's own rate. Both approaches are equally relevant within the context of designing rules to combat BEPS as both recognize that the incentive to shift profits will be greater where there is a significant differential between effective tax rates.*"

Il Paragrafo 65 recita "*Once the benchmark has been set, CFC rules must determine the tax rate in the CFC jurisdiction in order to compare this to the benchmark. Current CFC rules do this in one of two ways. They either compare the benchmark to: (i) the nominal (or statutory) tax rate in the CFC jurisdiction; or (ii) the effective tax rate of the CFC. Although using the statutory tax rate may reduce administrative complexity and compliance costs, the recommendation is to use the effective rate. This latter approach takes into account the tax base or other tax provisions that may increase or reduce the effective rate paid by the CFC and therefore is likely to create a much more accurate comparison than focusing on the statutory tax rate. Using the effective*

tax rate, however, means that whether the tax rate exemption has been met must be determined in two steps. First, there must be a calculation of the effective tax rate, which requires determining both how much tax the CFC paid and how much income the CFC earned. Second, the effective tax rate must be compared to the benchmark".

⁹ "8-bis. La disciplina di cui al comma 1 trova applicazione anche nell'ipotesi in cui i soggetti controllati ai sensi dello stesso comma sono localizzati in stati o territori diversi da quelli

I Paesi *black list* in base alla normativa sull'indeducibilità dei costi

Nell'arco di meno di due anni, si sono susseguite modifiche che hanno totalmente rivoluzionato l'intera disciplina, sino a portare all'abrogazione della lista contenente i Paesi a fiscalità privilegiata sulla base della normativa sull'indeducibilità dei costi.

La disposizione originaria era contenuta nell'art. 110 del T.U.I.R., al comma 10¹⁰, e stabiliva che fosse applicabile la normativa in materia di deducibilità dei costi solo se il soggetto residente fosse stato in grado di dimostrare preventivamente tramite interpello all'Amministrazione Finanziaria ovvero in sede di controllo, entro 90 giorni dalla ricezione dell'apposito avviso, almeno una delle esimenti di cui al comma 11:

- l'effettività dell'esercizio dell'attività commerciale da parte del fornitore estero;
- il reale interesse economico sotteso all'operazione commerciale posta in essere.

Entrambe le esimenti dovevano essere accompagnate dalla prova della concreta esecuzione dell'operazione. D.M. 23 gennaio 2002 del Ministero dell'Economia e delle Finanze provvedeva ad individuare i Paesi *black list* sulla base di alcuni criteri:

- il livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia;
- la mancanza di un adeguato scambio d'informazioni;
- altri criteri equivalenti.

Il ridetto D.M., rubricato: "indeducibilità delle spese e degli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese domiciliate in Stati o territori aventi regime fiscale privilegiato", era composto da tre articoli:

ivi richiamati (o in Stati appartenenti all'Unione europea ovvero a quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni), qualora ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:

a) sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore a piu' della meta' di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia;

b) hanno conseguito proventi derivanti per piu' del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attivita' finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprieta' industriale, letteraria o artistica nonche' dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la societa' o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa societa' che controlla la societa' o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari.

Con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate sono indicati i criteri per determinare con modalita' semplificate l'effettivo livello di tassazione di cui alla precedente lettera a), tra cui quello dell'irrelevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile".

¹⁰ Non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis. Tale deduzione e' ammessa per le operazioni intercorse con imprese residenti o localizzate in Stati dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al citato decreto.

- l'art. 1 individuava gli Stati e i territori a fiscalità privilegiata;
- l'art. 2 elencava gli Stati per i quali la disciplina trovava applicazione con esclusione di alcune tipologie societarie;
- l'art. 3 elencava gli Stati annoverati nella *black list* limitatamente ad alcune tipologie societarie ovvero a soggetti ammessi a godere di un regime fiscale simile¹¹.

La prima, rilevante, modifica apportata all'art. 110 del T.U.I.R. è avvenuta con la Legge di Stabilità 2015 (L. 23 dicembre 2014, n. 190). Difatti, il comma 678 dell'art. 1 della ridetta Legge ha stabilito che, l'unico criterio rilevante ai fini della qualificazione di un Paese come *black list*, risiede nella mancanza di un adeguato scambio d'informazioni con il nostro Paese. Una tale modifica ha eliminato, con un colpo di spugna, i due precedenti requisiti del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia e la categoria dei criteri equivalenti.

¹¹ "1. Le disposizioni indicate nell'art. 1 si applicano ai seguenti Stati e territori limitatamente ai soggetti e alle attività per ciascuno di essi indicate:

1) Angola, con riferimento alle società petrolifere che hanno ottenuto l'esenzione dall'Oil Income Tax, alle società che godono di esenzioni o riduzioni d'imposta in settori fondamentali dell'economia angolana e per gli investimenti previsti dal Foreign Investment Code;

2) Antigua, con riferimento alle international business companies, esercenti le loro attività al di fuori del territorio di Antigua, quali quelle di cui all'International Business Corporation Act, n. 28 del 1982 e successive modifiche e integrazioni, nonché con riferimento alle società che producono prodotti autorizzati, quali quelli di cui alla locale legge n. 18 del 1975, e successive modifiche e integrazioni;

3) (numero eliminato dalla lista ai sensi dell'art. 2 decreto 27 luglio 2010);

4) (numero soppresso dall'art. 1, lett. c) decreto 27 aprile 2015);

5) Dominica, con riferimento alle international companies esercenti l'attività all'estero;

6) Ecuador, con riferimento alle società operanti nelle Free Trade Zones che beneficiano dell'esenzione dalle imposte sui redditi;

7) Giamaica, con riferimento alle società di produzione per l'esportazione che usufruiscono dei benefici fiscali dell'Export Industry Encouragement Act e alle società localizzate nei territori individuati dal Jamaica Export Free Zone Act; 8) Kenia, con riferimento alle società insediate nelle Export Processing Zones;

9) (numero eliminato dalla lista ai sensi dell'art. 2 decreto 27 luglio 2010);

10) (numero soppresso dall'art. 1, lett. c) decreto 27 aprile 2015);

11) Panama, con riferimento alle società i cui proventi affluiscono da fonti estere, secondo la legislazione di Panama, alle società situate nella Colon Free Zone e alle società operanti nelle Export Processing Zone;

12) Portorico, con riferimento alle società esercenti attività bancarie ed alle società previste dal Puerto Rico Tax Incentives Act del 1988 o dal Puerto Rico Tourist Development Act del 1993;

13) Svizzera, con riferimento alle società non soggette alle imposte cantonali e municipali, quali le società holding, ausiliarie e "di domicilio";

14) Uruguay, con riferimento alle società esercenti attività bancarie e alle holding che esercitano esclusivamente attività off-shore. Decreto del 23 gennaio 2002 - Min. Economia e Finanze Pagina 3

2. Le disposizioni del comma 1 si applicano, altresì, ai soggetti ed alle attività insediati negli Stati di cui al medesimo comma che usufruiscono di regimi fiscali agevolati sostanzialmente analoghi a quelli ivi indicati, in virtù di accordi o provvedimenti dell'Amministrazione finanziaria dei medesimi Stati".

In attuazione del citato comma 678, è stato emanato il D.M. 27 aprile 2015 che modificava di nuovo il Decreto rimuovendo dalla lista nominativa ben 21 Paesi¹².

Alla luce delle modifiche apportate, l'elenco degli Stati a regime fiscale privilegiato risultava radicalmente cambiata.

A modificare, nuovamente, la disciplina dell'art. 110 del T.U.I.R. interveniva poi il c.d. Decreto "internazionalizzazione", adducendo significative novità ai commi 10 e 11.

In prima analisi, il ridetto Decreto consentiva la deducibilità dei costi sostenuti entro il limite del valore normale – determinato ex art. 9 T.U.I.R. – dei beni e dei servizi effettivamente acquistati.

Veniva poi eliminato il requisito dell'esercizio di un'attività commerciale effettivamente svolta dal fornitore estero, prevista dal comma 11 e necessaria per la deducibilità dei costi ex art. 110 T.U.I.R..

Il Decreto prevedeva poi che, qualora il contribuente volesse portare in deduzione costi oltre il limite del valore normale, avrebbe dovuto di mostrare l'esimente dell'effettivo interesse economico sotteso all'operazione svolta, ex art. 110 T.U.I.R. comma 11.

La Legge di Stabilità 2016, all'art. 1, comma 142, ha abrogato i commi da 10 a 12-bis dell'art. 110 T.U.I.R., con decorrenza dal periodo d'imposta 2016.

Questa ultima modifica ha portato ad una vera rivoluzione della normativa, in quanto ha equiparato i costi sostenuti nei Paesi *black list* a quelli sostenuti nelle normali operazioni interne, consentendo l'applicazione delle normali regole del T.U.I.R. per la loro deducibilità. Tali operazioni dovranno, dunque, soddisfare i criteri di inerenza, competenza ed effettività, senza essere più in alcun modo vincolate alla residenza del fornitore o al valore indicato in fattura.

Considerazioni conclusive

Le radicali modifiche che si sono avvicinate in questi ultimi anni, inerenti al trattamento fiscale delle operazioni concluse con Paesi c.d. *black list*, hanno portato chi studia e segue la materia ad interrogarsi, ragionevolmente, sull'intento del legislatore.

E' utile accostarsi ad una simile riflessione avendo riguardo ai recenti scandali in materia, ultima fra tutte la vicenda dei *Panama Papers*.

Molto probabilmente, difatti, la *ratio* sottesa a queste copiose e, se vogliamo, tormentate modifiche è proprio quella di scongiurare o quantomeno limitare pratiche disinvolute di *aggressive tax planning* internazionale. Con la modifica della normativa *black list* in materia di deducibilità dei costi, in particolare, il Fisco invita il contribuente a giocare a carte scoperte, rimuovendo

¹² I 21 Paesi rimossi dal Decreto sono: Alderney (Isole del Canale), Anguilla, ex Antille Olandesi, Aruba, Belize, Bermuda, Costa Rica, Emirati Arabi Uniti, Filippine, Gibilterra, Guernsey (Isole del Canale), Herm (Isole del Canale), Isola di Man, Isole Cayman, Isole Turks e Caicos, Isole Vergini Britanniche, Jersey (Isole del Canale), Malesia, Mauritius, Montserrat, Singapore.

il limite del valore normale alla deducibilità delle operazioni concluse con Paesi *black list* ed equiparandole alle operazioni interne.

In tal modo si potrebbe – il condizionale è d’obbligo – limitare la mancanza di trasparenza di quelle transazioni avvenute con Paesi a fiscalità privilegiata o con Paesi che combinano regimi di esenzione fiscale accordati ai non residenti con una totale opacità nei confronti delle Autorità fiscali di origine.