

Le molteplici nozioni di paradiso fiscale

Evoluzione della nozione di “paradiso fiscale” nel sistema tributario italiano post recepimento della Direttiva “ATAD 1” e sue declinazioni normative con particolare riguardo ai rapporti con la Svizzera



Alessandro Lisi

Dottorando in Scienze Giuridiche,
Università Bicocca di Milano
Funzionario, Agenzia delle Entrate,
D.R. Lombardia,
Ufficio Grandi Contribuenti

Disclaimer: l'articolo è redatto a titolo personale e non impegna l'Amministrazione di appartenenza.

La nozione di paradiso fiscale nel sistema tributario italiano ha conosciuto più fasi, passando da un approccio per liste a un criterio mobile basato sul livello di tassazione. I più recenti interventi derivano dal recepimento della Direttiva “ATAD 1”, la quale ha ulteriormente ridotto l'utilizzo delle black list in ragione dell'analisi dei tax rate effettivi ovvero nominali subiti dalle società estere. Ciò nonostante, permangono alcuni istituti legati a black list nelle quali trova collocazione anche la Svizzera. Scopo del presente lavoro è illustrare il percorso che ha portato, nella normativa fiscale italiana, all'attuale nozione di paradiso fiscale. Successivamente, il contributo esaminerà come i diversi istituti normativi declinino la definizione di paradiso fiscale e la posizione assunta dalla Svizzera per ognuno di essi.

I. Evoluzione della nozione di “paradiso fiscale” nel sistema tributario italiano	332
A. L'approccio per liste	333
B. L'approccio mobile	333
C. Il recepimento della Direttiva “ATAD 1” e la definizione attuale	334
II. L'attuale nozione di “paradiso fiscale” declinata nella normativa italiana	335
A. La presunzione di residenza delle persone fisiche trasferite	335
B. La presunzione di evasione per attività finanziarie detenute all'estero	335
C. La disciplina CFC	336
D. La tassazione dei dividendi	336
E. Gli altri istituti che rimandano all'art. 47-bis, comma 1, TUIR	337
F. Gli istituti che rimandano alla white list	337
III. Conclusioni	337

I. Evoluzione della nozione di “paradiso fiscale” nel sistema tributario italiano

I paradisi fiscali^[1] sono definiti nel risalente rapporto sulla concorrenza fiscale dannosa dell'OCSE in base alle seguenti caratteristiche^[2]:

- assenza di tassazione o livello di tassazione effettivo solo nominale;
- assenza di un adeguato scambio di informazioni con altri Paesi;
- mancanza di trasparenza;
- assenza di disposizioni che impongano l'esercizio di un'effettiva attività economica.

Il legislatore italiano ha vissuto due fasi alterne^[3] nella designazione dei paradisi fiscali o, come più spesso definiti nel panorama normativo nazionale, “regimi fiscali privilegiati”. In un primo tempo, che si può collocare tra la seconda metà degli anni '90 e il 2014, l'individuazione è avvenuta attraverso la redazione di *black list* sotto forma di decreto ministeriale (D.M.). Dal 2015 alla data attuale, salvo qualche eccezione, l'approccio è mutato verso la produzione di norme che consentissero un rinvio mobile basato sull'analisi della tassazione effettiva o nominale scontata dall'impresa residente o localizzata nello Stato estero. I paragrafi seguenti espongono come sia storicamente cambiata la nozione di “paradiso fiscale” nell'ordinamento italiano e quali effetti abbia avuto su di essa il recepimento della Direttiva “ATAD 1”^[4].

[1] L'espressione “paradiso fiscale” deriva dalla traduzione inglese di “*tax haven*”, anche se la denominazione più appropriata dovrebbe essere “*tax haven*”, ossia rifugio fiscale (cfr. FRANCESCO TESAURO, Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale, Milano 2016, p. 396).

[2] OCSE, Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, Parigi 1998.

[3] Per un approfondimento sugli sviluppi in materia di *blacklist* prima del recepimento della Direttiva “ATAD 1” si rimanda a NICOLA SARTORI/STEFANO MARIA RONCO, Sviluppi recenti in materia di black-list, in: NF 4/2018, p. 195 s.

[4] Direttiva UE n. 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016, recepita in Italia con il Decreto Legislativo (D.Lgs.) n. 142/2018.

A. L'approccio per liste

La prima lista di Stati venne emanata con D.M. del 4 settembre 1996, il quale conteneva una *white list* di Stati con i quali era attuabile lo scambio di informazioni, ai sensi delle rispettive convenzioni per evitare le doppie imposizioni sul reddito e sul patrimonio (CDI) in vigore con la Repubblica italiana.

In seguito, a supporto della presunzione di residenza di persone fisiche trasferite fuori dall'Italia (art. 2, comma 2-bis, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi [TUIR]), venne emanato il D.M. del 4 maggio 1999, il quale accolse una prima *black list* di Stati e territori aventi un regime fiscale privilegiato ai fini della tassazione del reddito delle persone fisiche.

Si giunse poco dopo all'introduzione, attraverso l'art. 1 della Legge (L.) n. 342/2000, dell'art. 127-bis TUIR, secondo il quale si consideravano privilegiati "i regimi fiscali di Stati o territori, individuati con decreti del Ministro 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". In virtù di esso, venne emanata con il D.M. del 21 novembre 2001 una seconda *black list* di Stati con un livello di tassazione che in media si discostava di almeno il 30% dal livello di tassazione societaria medio applicato in Italia. Infine, con il D.M. del 23 gennaio 2002 venne emanata una terza *black list* di Stati non appartenenti all'Unione europea (UE) contraddistinti da un livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ovvero dalla mancanza di un adeguato scambio di informazioni o da altri criteri equivalenti[5].

Nel 2008, il legislatore italiano cambiò prospettiva, ragionando al contrario rispetto alle previgenti *black list* e prevedendo l'individuazione tramite D.M. degli Stati e territori "virtuosi". Venne pertanto introdotto, attraverso l'art. 1, comma 83, L. n. 244/2007, l'art. 168-bis TUIR, con lo scopo di eliminare le *black list* allora vigenti e individuare i Paesi *white list*. In questa prima fase emergeva un quadro assolutamente negativo per la Svizzera, ricompresa in tutte le *black list* e assente in quella *white*:

Tabella 1: La Svizzera e le liste italiane

		La Svizzera è un paradiso fiscale?
D.M. del 4 settembre 1996	<i>white list</i>	Sì
D.M. del 4 maggio 1999	<i>black list</i>	Sì
D.M. del 21 novembre 2001	<i>black list</i>	Sì, limitatamente alle società non soggette alle imposte cantonali e municipali (società <i>holding</i> , ausiliarie e "di domicilio") *
D.M. del 23 gennaio 2002	<i>black list</i>	

[5] Il Decreto fu emanato per dare attuazione alla disciplina di cui all'art. 110, commi 10-12, TUIR, la quale non consentiva la deduzione dei costi derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata. La norma fu abrogata a partire dal 1° gennaio 2016.

* Questi regimi fiscali sono stati abrogati a partire dal 1° gennaio 2020 (cfr. la Legge federale concernente la riforma fiscale e il finanziamento dell'AVS [RFFA], approvata in votazione popolare il 19 maggio 2019).

B. L'approccio mobile

Sin dal momento della sua introduzione nell'ordinamento italiano, l'art. 168-bis TUIR soffrì di difficoltà applicative. Le *white list* non furono mai emanate e, in sostanza, il regime meramente provvisorio fondato sulle *black list* rimase pienamente operativo per altri sette anni. Per tali ragioni, il legislatore decise nel 2015 di abrogare (cfr. art. 10, comma 1, D.Lgs. n. 147/2015) il summenzionato articolo, sancendo definitivamente l'abbandono dell'approccio fondato sulle *white list*[6]. I riferimenti al defunto articolo e alle liste emanate in sua espressione furono sostituiti con la formulazione "Stati e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni" (cfr. art. 10, comma 2, D.Lgs. n. 147/2015). Cosicché l'insieme delle leggi, regolamenti, decreti o altre norme e provvedimenti che rimandavano alla *white list* mai emanata di cui all'art. 168-bis TUIR dovettero ora intendersi riferiti agli Stati o territori elencati nel D.M. del 4 settembre 1996[7].

In tal senso, il Protocollo sottoscritto in data 23 febbraio 2015 tra la Svizzera e l'Italia[8] che ha modificato la Convenzione contro le doppie imposizioni del 9 marzo 1976 (CDI CH-ITA) ha adeguato lo scambio di informazioni su richiesta allo *standard* previsto in sede OCSE. Ciò ha implicato l'inclusione della Svizzera nel D.M. del 4 settembre 1996 (cfr. D.M. del 9 agosto 2016).

Ad oggi, pertanto, la Svizzera non costituisce un regime fiscale privilegiato ogni qualvolta la norma rinvii la sua applicazione "agli Stati e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni" o al D.M. del 4 settembre 1996.

Il cambio di verso del legislatore italiano continuò attraverso la rimozione di riferimenti anche verso talune *black list*. L'art. 1, comma 142, L. n. 208/2015 modificò l'art. 167, comma 4, TUIR, attraverso l'eliminazione del rimando al D.M. del 21 novembre 2001 e inserendo la seguente definizione: "i regimi fiscali, anche speciali, di Stati o territori si considerano privilegiati laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia".

È opportuno segnalare che la Svizzera era già stata esclusa nel 2015 dai Paesi *black list* di cui al D.M. del 21 novembre 2001, in seguito ai cambiamenti nei parametri di valutazione della tassazione[9]. Dunque, anche per le società non soggette alle

[6] Agenzia delle Entrate, Circolare del 4 agosto 2016, n. 35/E.

[7] L'art. 10 comma 3, D.Lgs. n. 147/2015 specifica che il riferimento all'abrogato art. 168-bis TUIR si deve intendere come riferito ai decreti emanati in attuazione dell'art. 11, comma 4, lett. c, D.Lgs. n. 239/1996. Nel preambolo del D.M. del 4 settembre 1996 si ricorda che il citato decreto si fonda sulla necessità prevista dall'art. 11 comma 4, lett. c, D.Lgs. n. 239/1996 di predisporre un elenco di Stati con i quali è attuabile lo scambio di informazioni ai sensi delle rispettive CDI in vigore con l'Italia.

[8] Ratificato dall'Italia con L. n. 69/2015.

[9] L'eliminazione è avvenuta con D.M. del 30 marzo 2015. La L. n. 190/2014 aveva, infatti, stabilito che si consideravano privilegiati i regimi fiscali speciali che consentivano un livello di tassazione inferiore al 50% di quello applicato in

imposte cantonali e municipali, quali le società *holding*, ausiliarie e "di domicilio", la Svizzera non presentava *tout court* un regime fiscale privilegiato.

L'individuazione degli Stati o territori a fiscalità privilegiata passò dunque da un sistema fondato sulla *black list* ministeriale ad un criterio mobile basato sul livello di tassazione, nel caso di specie nominale. La qualifica *black list* di un Paese divenne così meno complessa in termini di misura del carico impositivo. Tuttavia, il soggetto interessato era tenuto a monitorare periodicamente il regime fiscale estero, al fine di rilevare eventuali riduzioni dell'aliquota ordinaria di imposizione o l'introduzione di nuovi regimi speciali favorevoli che, ad es., consentivano riduzioni di aliquota rispetto a particolari settori, attività o specifiche aree territoriali.

C. Il recepimento della Direttiva "ATAD 1" e la definizione attuale

Ma se a partire dal 1° gennaio 2016 il criterio era divenuto il livello nominale di tassazione, il recepimento della Direttiva "ATAD 1" ha nuovamente modificato le condizioni per l'individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata a partire dal periodo d'imposta 2019.

Il primo comma del novello art. 47-bis TUIR, stabilisce che i regimi fiscali di Stati o territori si considerano privilegiati se:

- a) un'impresa o ente non residente o non localizzato in Italia sottoposto al controllo^[10] di un partecipante residente o localizzato in Italia sia assoggettato, per richiamo all'art. 167, comma 4, TUIR, a "tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti in Italia";
- b) in mancanza del requisito del controllo di cui alla lett. a), laddove il "livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia". A tali fini, tuttavia, si tiene conto anche di "regimi speciali" che non siano applicabili strutturalmente alla generalità dei soggetti svolgenti analoga attività dell'impresa o dell'ente partecipato, che risultino fruibili soltanto in funzione delle specifiche caratteristiche soggettive o temporali del beneficiario e che, pur non incidendo direttamente sull'aliquota, prevedano esenzioni o altre riduzioni della base imponibile idonee a ridurre il prelievo nominale al di sotto del predetto limite. Nel caso in cui il regime speciale riguardi solo particolari aspetti dell'attività economica complessivamente svolta dal soggetto estero, l'attività ricompresa nell'ambito di

Italia, ancorché previsti da Stati o territori che applicavano un regime generale di imposizione non inferiore al 50% a quello italiano. Prima dell'intervento normativo, il parametro era del 30%.

[10] La definizione di "controllo" è rimandata all'art. 167, comma 2, TUIR: "si considerano soggetti controllati non residenti le imprese, le società e gli enti non residenti nel territorio dello Stato, per i quali si verifica almeno una delle seguenti condizioni: a) sono controllati direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, ai sensi dell'articolo 2359 c.c., da parte di un soggetto di cui al comma 1; b) oltre il 50% della partecipazione ai loro utili è detenuto, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate ai sensi dell'articolo 2359 c.c. o tramite società fiduciaria o interposta persona, da un soggetto di cui al comma 1". I soggetti di cui al primo comma sono persone fisiche, società di persone e di capitali, nonché stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti che controllano soggetti non residenti.

applicazione del regime speciale deve risultare prevalente, in termini di ricavi ordinari, rispetto alle altre attività svolte dal citato soggetto.

Rimangono, invece, esclusi dalla nozione di regime fiscale privilegiato gli Stati appartenenti all'UE e gli Stati aderenti allo Spazio economico europeo (SEE) con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni (art. 47-bis, comma 1, TUIR).

In sostanza, in caso di rapporto di controllo, si considerano *black* gli Stati (esclusi UE e SEE) aventi un *tax rate* effettivo inferiore al 50% rispetto a quello applicato in Italia, mentre in assenza del controllo si considerano *black* gli Stati (sempre escludendo UE e SEE) aventi un *tax rate* nominale inferiore al 50% rispetto a quello applicato in Italia. Tale diverso trattamento deriva dall'opportunità di prevedere un criterio semplificatorio per l'individuazione del livello di tassazione in caso di partecipazioni non di controllo, per le quali risulta più complesso, per il partecipante, reperire le informazioni necessarie a determinare il livello di tassazione effettivo^[11].

Ai fini della determinazione del livello nominale, può considerarsi "*regime speciale*" quel particolare trattamento fiscale che l'ordinamento estero riconosce solo al ricorrere di determinati requisiti di straordinarietà o specialità, quali quelli connessi a un determinato status soggettivo ovvero a una particolare ubicazione territoriale del contribuente, ovvero al carattere temporaneo della disciplina fiscale di favore. In sostanza, per "*regime speciale*" si può intendere quella disciplina fiscale applicabile a determinati soggetti in ragione della tipologia di attività esercitata (ad es. attività industriali svolte in "zone franche"), ovvero delle particolari categorie di appartenenza (ad es. le "microimprese"), ovvero in virtù di accordi o provvedimenti *ad hoc* dell'Amministrazione finanziaria estera, laddove nell'ordinamento estero è presente un regime ordinario, strutturale e differente applicabile ad altri contribuenti che svolgono analoga attività industriale, commerciale o finanziaria^[12].

Ne deriva che, con riguardo alla Svizzera, qualora la norma italiana rinvii all'art. 47-bis TUIR, lo Stato elvetico si considera regime fiscale privilegiato secondo un approccio *case by case*, che va così risolto:

- in caso di società italiana controllante una società svizzera ai sensi dell'art. 167, comma 2, TUIR, la Svizzera è un regime fiscale privilegiato se il *tax rate* effettivo subito dall'impresa elvetica è inferiore al 50% rispetto a quello applicabile in Italia;
- in caso di società italiana non controllante una società svizzera ai sensi dell'art. 167, comma 2, TUIR, la Svizzera è un regime fiscale privilegiato se il *tax rate* nominale subito dall'impresa elvetica è inferiore al 50% rispetto a quello applicabile in Italia.

[11] Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 142/2018.

[12] Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 142/2018.

II. L'attuale nozione di "paradiso fiscale" declinata nella normativa italiana

Allo stato attuale, coesistono nel sistema fiscale italiano due *black list* (D.M. del 4 maggio 1999 e D.M. del 21 novembre 2001), una *white list* (D.M. del 4 settembre 1996) per i Paesi che hanno adottato un adeguato scambio di informazioni e un criterio mobile fondato sul livello di tassazione effettivo o nominale subito dalle imprese residenti all'estero (artt. 47-bis e 167, comma 4, TUIR).

Questo ginepraio di classificazioni può condurre a considerare uno Stato "paradiso fiscale" per taluna norma e Paese *white* per altra, fattispecie in cui attualmente ricade anche la Svizzera.

Tabella 2: La Svizzera e i criteri italiani

		La Svizzera è un paradiso fiscale?
D.M. del 4 settembre 1996	<i>white list</i>	No
D.M. del 4 maggio 1999	<i>black list</i>	Sì
D.M. del 21 novembre 2001	<i>black list</i>	No
Art. 167, comma 4, TUIR	<i>criterio mobile</i>	Sì, se <i>tax rate</i> effettivo < 50% <i>tax rate</i> italiano
Art. 47-bis, comma 1, TUIR	<i>criterio mobile</i>	Controllo: Sì, se <i>tax rate</i> effettivo < 50% <i>tax rate</i> italiano
		Non controllo: Sì, se <i>tax rate</i> nominale < 50% <i>tax rate</i> italiano

I paragrafi successivi esaminano a quale, tra le nozioni di "paradiso fiscale" sopra esposte, si faccia di volta in volta riferimento nei diversi istituti normativi italiani, ad. es. nella presunzione di residenza, nel monitoraggio fiscale, nel regime *Controlled Foreign Companies* (CFC) o nella tassazione dei dividendi, specificando la posizione assunta dalla Svizzera per ognuno di essi.

A. La presunzione di residenza delle persone fisiche trasferite

Ai fini dell'Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche (IRPEF), si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile (c.c.) (cfr. art. 2, comma 2, TUIR). I predetti requisiti sono tra loro alternativi e non concorrenti: è pertanto sufficiente il verificarsi di uno solo di essi affinché un soggetto sia considerato fiscalmente residente in Italia.

Tuttavia, al fine di scongiurare pratiche di trasferimento fittizio della residenza, vige la presunzione per cui si considerino altresì residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori diversi da quelli individuati con il D.M. del 4

maggio 1999 (art. 2, comma 2-bis, TUIR). Come si è già avuto modo di precisare, nella lista ivi contenuta si rinvencono 56 Stati e territori, tra cui la Svizzera.

A fronte dell'automatismo della presunzione, è onere del contribuente dimostrare che la residenza fiscale effettiva si trovi in uno Stato diverso dall'Italia^[13]. Per l'Agenzia delle Entrate, il domicilio è una situazione giuridica che, prescindendo dalla presenza fisica del soggetto, è caratterizzata dall'elemento soggettivo, cioè dalla volontà di stabilire e conservare in un luogo la sede principale dei propri affari ed interessi, intesi non solo come rapporti di natura patrimoniale ed economica ma anche morali, sociali e familiari^[14].

Coerente con tale visione è la giurisprudenza di legittimità, per la quale il domicilio, ai sensi dell'art. 43 c.c., è il luogo ove il soggetto abbia la sede dei suoi affari ed interessi, dovendo il concetto di interessi, in contrapposizione a quello di affari, intendersi comprensivo anche degli interessi personali^[15]. Tuttavia, sulla preminenza delle relazioni familiari, si inserisce un più mitigato orientamento della giurisprudenza di legittimità, per il quale le relazioni affettive e familiari non hanno una rilevanza prioritaria ai fini probatori, venendo in rilievo solo unitamente ad altri probanti criteri che univocamente attestino il luogo con il quale il soggetto ha il collegamento più stretto^[16].

B. La presunzione di evasione per attività finanziarie detenute all'estero

Le persone fisiche, gli enti non commerciali e le società semplici ed equiparate ai sensi dell'art. 5 TUIR, residenti in Italia che, nel periodo d'imposta, detengono investimenti all'estero ovvero attività estere di natura finanziaria suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia, devono indicarli nella dichiarazione annuale dei redditi nel quadro RW (art. 4, comma 1, del Decreto Legge [D.L.] n. 167/1990).

Gli investimenti e le attività di natura finanziaria non dichiarati e detenuti negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato

^[13] Occorre considerare che sia la cancellazione dalle liste anagrafiche che l'iscrizione all'Anagrafe degli Italiani Residenti all'Estero (AIRE) non sono elementi sufficienti a far perdere la qualifica di residente fiscale qualora il contribuente continui ad avere in Italia il proprio domicilio. In tal senso, si veda in dottrina FRANCO ROCCATAGLIATA, Il trasferimento della residenza anagrafica all'estero non basta per sfuggire al fisco – Il Commento, in: *Corriere Tributario*, 2015, p. 2419 s., mentre in giurisprudenza si vedano Cass. n. 9723/2015; Cass. n. 6598/2013; Cass. n. 14434/2010; Cass. n. 12259/2010; Cass. n. 13803/2001.

^[14] Ministero delle finanze, Circolare del 2 dicembre 1997, n. 304/E. Si veda inoltre Agenzia delle Entrate, Risoluzione del 7 agosto 2008, n. 351/E.

^[15] Cass. n. 961/2015; Cass. n. 9576/2011; Cass. n. 11186/2010; Cass. n. 12259/2010.

^[16] Cass. n. 6501/2015; Cass. n. 24246/2011; Cass. n. 13803/2001. In tal senso, si veda ELIO BLASIO, Gli elementi probatori della residenza fiscale all'estero, in: *NF* n. 12/2018, p. 540 ss. A supporto di tale orientamento vi sono sentenze di matrice comunitaria (CGUE, C-156/04; CGUE, C-262/99) per le quali, nell'ambito della valutazione dei legami personali e professionali, devono essere presi in considerazione tutti gli elementi di fatto rilevanti, quali la presenza fisica della persona e dei suoi familiari, la disponibilità di un'abitazione, il luogo di esercizio delle attività professionali e quello in cui vi siano interessi patrimoniali.

di cui al D.M. del 4 maggio 1999 e al D.M. del 21 novembre 2001, si presumono costituiti ai soli fini fiscali mediante redditi sottratti a tassazione, salvo prova contraria (art. 12, comma 2, D.L. n. 78/2009). La violazione dell'obbligo dichiarativo comporta inoltre il raddoppio delle sanzioni previste dall'art. 1 D.Lgs. n. 471/1997 e dei termini per la notifica sia degli avvisi di accertamento che degli atti di contestazione o irrogazione delle sanzioni (art. 12, commi 2, 2-bis, 2-ter, D.L. n. 78/2009)[17].

L'eliminazione della Svizzera dal richiamato D.M. del 21 novembre 2001 non ha modificato la posizione dei contribuenti italiani che detengono attività e investimenti finanziari nel Paese elvetico. Infatti, in virtù della presenza della Svizzera nella lista di cui al D.M. del 4 maggio 1999, i contribuenti che omettono di dichiarare le attività e gli investimenti ivi detenuti continuano a soggiacere alle negative conseguenze precedentemente elencate.

C. La disciplina CFC

In una prima fase, la disciplina CFC individuava gli Stati e territori a regime fiscale privilegiato attraverso il D.M. del 21 novembre 2001, nel quale risultavano incluse le società svizzere non soggette alle imposte cantonali e municipali, quali le società *holding*, ausiliare e "di domicilio"[18]. La Legge di stabilità 2016 aveva mutato i criteri di individuazione dei paradisi fiscali, modificando l'art. 167, comma 4, TUIR, ed abbandonando il tradizionale approccio basato sulla *black list*[19]. La norma prevedeva che i regimi fiscali, anche speciali, di Stati o territori si consideravano privilegiati laddove il livello nominale di tassazione fosse risultato inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia. Da tale nozione erano esclusi gli Stati membri UE e SEE che garantivano un adeguato scambio di informazioni (art. 167, comma 1, TUIR).

Tuttavia, la disciplina CFC non si presentava completamente estranea a questi ultimi. Infatti, l'art. 167, comma 8-bis, TUIR, statuiva che la normativa fosse applicabile alle controllate ivi residenti nel caso in cui fossero state assoggettate *"a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia"*[20].

[17] Sul tema, si vedano ANTONIO TOMASSINI, Presunzione di imponibilità per attività e investimenti nei paradisi fiscali, in: *Corriere Tributario*, 2009, p. 2443; MICHELE BRUNETTI/PAOLO PETTINE, Il contrasto dell'evasione e dell'evasione internazionale: la presunzione legale relativa di cui all'art. 12 del D.L. n. 78/2009, in: *Il Fisco*, 2013, p. 1137 ss.

[18] L'Agenzia delle Entrate (Circolare 12 febbraio 2002, n. 18/E) aveva chiarito che le disposizioni CFC fossero applicabili alle società e alle stabili organizzazioni localizzate in Svizzera che, pur astrattamente soggette ad imposta municipale e/o cantonale, di fatto beneficiavano (per effetto di accordi amministrativi) di trattamenti fiscali particolari sostanzialmente analoghi all'esenzione dalle predette imposte.

[19] Occorre tuttavia segnalare che una prima apertura in tal senso si era già avuta con la Legge di stabilità 2015, che modificò l'art. 167, comma 4, TUIR, stabilendo che, ai fini dell'individuazione dei regimi fiscali privilegiati da inserire in decreti ministeriali, per *"livello di tassazione sensibilmente inferiore"* si intendesse un livello di tassazione inferiore al 50% di quello applicato in Italia.

[20] Ulteriore condizione per applicare la CFC rule, congiuntamente alla prima, era il conseguimento di proventi derivanti per più del 50% da *passive income*. L'Agenzia delle Entrate (Circolare 4 agosto 2016, n. 35/E) chiariva che, al fine di verificare l'applicazione della norma antielusiva in esame, occorreva tener

Il recepimento della Direttiva "ATAD 1" ha nuovamente modificato il criterio di individuazione di uno Stato o territorio a fiscalità privilegiata ai fini CFC a decorrere dal periodo d'imposta 2019[21]. La condizione attuale, di cui alla lett. a dell'art. 167, comma 4, TUIR, è rappresentata dalla *"tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti [le controllate estere] qualora residenti in Italia"*. Il criterio italiano si allinea pertanto a quanto previsto dalla Direttiva "ATAD 1" (art. 7, par. 1, lett. b) e abbandona, ai fini CFC, il precedente parziale riferimento alla tassazione nominale. È necessario, dunque, un confronto tra *tax rate* effettivo estero e *tax rate* virtuale interno, quest'ultimo calcolato procedendo alla rideterminazione del reddito in base alle disposizioni fiscali interne applicate all'utile ante imposte risultante dal bilancio della controllata[22]. Il confronto riguarda, sul fronte della tassazione virtuale italiana, soltanto l'imposta sul Reddito delle Società (IRES)[23].

In conclusione, i Paesi a fiscalità privilegiata ai fini delle CFC rules sono attualmente individuati nella normativa tributaria italiana con riferimento alla tassazione effettiva e non già in base ad una *black list*, modalità che risultava comunque vigente ancor prima del recepimento della Direttiva "ATAD 1".

D. La tassazione dei dividendi

Il recepimento della Direttiva "ATAD 1" ha influito sulla nozione di paradiso fiscale anche ai fini della tassazione dei dividendi, agendo soprattutto sui concetti di "controllo" e "provenienza degli utili"[24]. L'art. 47, comma 4, TUIR (ai fini IRPEF) e l'art. 89, comma 3, TUIR (ai fini IRES) statuiscono che i dividendi concorrono integralmente alla formazione del reddito imponibile se provenienti da società ed enti di ogni tipo residenti o localizzati in Stati o territori a regime fiscale privilegiato, individuati in base ai criteri di cui all'articolo 47-bis, comma 1, TUIR[25].

Ai fini della norma, si considerano inoltre provenienti da imprese o enti residenti o localizzati in Stati o territori a regime privilegiato, sia gli utili relativi al possesso di partecipazioni

presente che le controllate residenti negli Stati UE e SEE potevano essere destinate della CFC rule solo qualora avessero soddisfatto contestualmente le due condizioni previste nel comma 8-bis, a nulla rilevando la circostanza che le stesse società fruivano, nel 2015, di "regimi speciali" ovvero, nel 2016, fossero state assoggettate a regimi fiscali privilegiati secondo l'accezione declinata nel già citato comma 4 dell'art. 167 TUIR.

[21] Per approfondimenti, si veda VITO ALEXANDER PACIELLO, Direttiva ATAD: nuovo regime CFC e modifiche alla tassazione dei dividendi black list, in: *NF* n. 1/2020, p. 27 ss.

[22] Per compiere i relativi calcoli, si ritengono ancora valide le disposizioni diramate dall'Agenzia delle Entrate con Provvedimento direttoriale n. 143239 del 16 settembre 2016.

[23] Vi è poi da aggiungere una seconda "condizione d'ingresso" per l'applicazione della normativa CFC, da verificarsi congiuntamente alla prima, per la quale i soggetti controllati esteri devono conseguire oltre un terzo dei proventi da *passive income*, come elencati all'art. 167, comma 4, TUIR.

[24] Per approfondimenti, si veda FRANCESCO NICOLOSI, Dividendi e plusvalenza black list dopo il decreto ATAD, in: *Corriere Tributario*, 2019, p. 768 ss.

[25] Come si è già detto, l'art. 47-bis TUIR elegge un regime fiscale privilegiato secondo un approccio *case by case*, che prevede il confronto con il *tax rate* effettivo in caso di controllo ai sensi dell'art. 167, comma 2, TUIR e *tax rate* nominale in assenza di tale qualificazione di controllo.

dirette in tali soggetti, sia gli utili relativi al possesso di partecipazioni di controllo in società residenti all'estero che a loro volta conseguono utili dalla partecipazione in imprese o enti residenti o localizzati in Stati o territori a regime privilegiato (nei limiti ovviamente di tali utili) (artt. 47, comma 4, e 89, comma 3, TUIR).

Il criterio mobile dell'art. 47-bis TUIR induce a riflessioni su come tassare gli utili distribuiti qualora lo Stato di residenza della partecipata muti la sua qualifica *white* o *black* tra la fase di maturazione e percezione degli utili[26]. In tal senso, la Legge Finanziaria 2018 chiarisce che non sono tassati integralmente gli utili maturati quando lo Stato era considerato "white" e percepiti quando lo stesso è "black" per i rinnovati criteri (art. 1, comma 1007, L. n. 205/2017). Allo stesso modo, l'Agenzia delle Entrate conferma l'esenzione al 95% anche per gli utili maturati in epoche in cui lo Stato della controllata era *black*, ma distribuiti quando lo Stato sia divenuto *white*[27].

E. Gli altri istituti che rimandano all'art. 47-bis, comma 1, TUIR

Il criterio mobile dell'art. 47-bis, comma 1, TUIR, è inoltre utilizzato in altri istituti normativi per l'individuazione dei paradisi fiscali. Tra di essi, vanno menzionati:

- l'art. 87, comma 1, lett. c, TUIR, prevede che il regime *Participation Exemption* (PEX) sia accessibile laddove si conseguano plusvalenze su azioni o quote di società aventi residenza fiscale o localizzazione in Stati o territori diversi da quelli a regime fiscale privilegiato individuati in base ai criteri di cui all'art. 47-bis, comma 1, TUIR[28];
- l'art. 168-ter, comma 5, TUIR, in tema di *branch exemption*, rinvia al summenzionato articolo ai fini dell'individuazione delle stabili organizzazioni localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata[29].

F. Gli istituti che rimandano alla white list

L'ordinamento italiano continua inoltre ad applicare la *white list* di cui al D.M. del 4 settembre 1996. Ad essa occorre fare riferimento, come si è già avuto modo di affermare, quando la norma di specie è applicabile a soggetti residenti o domiciliati in Stati e territori che consentono un adeguato scambio di

informazioni. La Svizzera, inclusa nella *white list*, non rappresenta ai presenti fini un regime fiscale privilegiato. Di seguito vengono elencati, senza presunzione di esaustività, alcuni istituti che rimandano alla citata *white list*:

- l'art. 6, comma 1, D.Lgs. n. 239/1996, dispone che non sono soggetti ad imposizione gli interessi, premi ed altri frutti delle obbligazioni e titoli similari emessi dai "grandi emittenti"[30] e percepiti da soggetti residenti in Stati e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni;
- l'art. 10, comma 4, D.M. del 3 agosto 2017, in tema di Aiuto alla Crescita Economica (ACE), prevede che la variazione in aumento del capitale proprio sia ridotta dei conferimenti in denaro provenienti da soggetti diversi da quelli domiciliati in Stati o territori che consentono un adeguato scambio di informazioni, anche se non appartenenti al gruppo;
- l'art. 166-bis, TUIR, disciplina la valorizzazione dei beni facenti parte del patrimonio del soggetto che trasferisce la propria residenza fiscale dall'estero in Italia. In tal senso, le attività e passività del patrimonio di un soggetto che si trasferisce da un Paese incluso nella *white list* assumono quale valore fiscale il valore di mercato[31];
- ai fini del monitoraggio fiscale, in caso di partecipazioni rilevanti in società residenti in Paesi non collaborativi, occorre indicare, in luogo del valore della partecipazione, il valore degli investimenti detenuti all'estero dalla società e delle attività estere di natura finanziaria intestati alla società, nonché la percentuale di partecipazione posseduta nella società stessa (cd. approccio "*look through*") [32].

III. Conclusioni

Il sistema tributario italiano, *post* recepimento della Direttiva "ATAD 1", ha in larga parte sposato il criterio mobile per individuare quei paradisi fiscali contraddistinti da livelli di tassazione effettivi nulli o solo nominali. In aggiunta, per i paradisi fiscali che non consentono un adeguato scambio di informazioni, il riferimento continua ad essere la *white list* di cui al D.M. del 4 settembre 1996, periodicamente aggiornata sulla base degli accordi internazionali conclusi e nella quale la Svizzera trova la sua collocazione dal 2015. Tuttavia, non si può fare a meno di constatare che permangono alcune criticità nei rapporti tra Italia e Svizzera con riferimento al D.M. del 4 maggio 1999, con conseguente presunzione di evasione per le attività finanziarie non dichiarate detenute in Svizzera e di residenza per le persone fisiche trasferite dall'Italia nello Stato elvetico.

[26] Se fino al 2014 l'individuazione dei paradisi fiscali avveniva attraverso il D.M. del 4 novembre 2001, nei periodi d'imposta dal 2015 al 2018 l'identificazione avveniva tramite rinvio all'art. 167, comma 4, TUIR, il quale richiedeva il confronto del livello di tassazione.

[27] Agenzia delle Entrate, Principio di diritto n. 17, 2019. A commento del principio, si veda DIEGO AVOLIO, Per i dividendi ex *black list* rileva il momento dell'incasso, in: *Il Fisco*, 2019, p. 2655 ss.

[28] Inoltre, è necessario che il soggetto estero sia stato residente in uno Stato *white list* sin dal primo periodo di possesso della partecipazione, mentre, soltanto per i rapporti detenuti da più di cinque periodi di imposta e oggetto di realizzo con controparti non appartenenti allo stesso gruppo del dante causa, è sufficiente che tale condizione sussista, ininterrottamente, per i cinque periodi d'imposta anteriori al realizzo stesso.

[29] Nel caso di una *branch* estera, con riferimento alla quale non può configurarsi il controllo (non essendovi alterità giuridica tra casa madre e stabile organizzazione), si ritiene che il confronto debba essere compiuto attraverso il *tax rate* effettivo, giacché quello nominale è stato concesso dal legislatore per mere esigenze semplificative.

[30] Per "grandi emittenti" devono intendersi banche, società per azioni con azioni negoziate su mercati regolamentati ed enti pubblici trasformati in società per azioni (art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 239/1996).

[31] In ossequio all'art. 166-bis, comma 3, TUIR. Diversamente, per le imprese precedentemente residenti in paradisi fiscali, i beni assumono il valore di mercato determinato in esito all'accordo preventivo di cui all'art. 31-ter, del Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) n. 600/1973. In assenza di tale accordo, il valore fiscale delle attività e delle passività si assume, per le prime, in misura pari al minore tra il costo di acquisto, il valore di bilancio e il valore di mercato, mentre per le seconde in misura pari al maggiore tra questi (art. 166-bis, comma 5, TUIR).

[32] Agenzia delle Entrate, Circolare del 23 dicembre 2013, n. 38/E.