

La “branch exemption” nell’ambito del metodo dell’esenzione

di Sandro Maria Galardo (*)

Il Decreto “internazionalizzazione” ha introdotto la “branch exemption”, ovvero la facoltà per le imprese residenti di optare per l’esenzione degli utili e delle perdite attribuibili a tutte le proprie stabili organizzazioni all’estero. La “branch exemption” costituisce una **misura sistematica** di completamento del quadro impositivo transnazionale nell’ambito della “**participation exemption**” e appare in linea, sia con gli obiettivi del Decreto “internazionalizzazione”, sia con l’approccio OCSE in materia di stabile organizzazione, sia con i principi generali espressi dalla Corte di Giustizia UE in tema di libertà di stabilimento. In tale ottica, si analizzano tre fattispecie sulla base di quanto previsto nella **Bozza del Provvedimento** di attuazione di tale nuova disciplina, che l’**Agenzia** delle entrate ha pubblicato sul proprio sito internet: le modalità di **tassazione** degli **utili** provenienti dalle **stabili** organizzazioni localizzate in Stati o territori a **regime fiscale privilegiato**, la **deducibilità** degli **interessi passivi** e le regole di applicazione delle **ritenute**.

L’art. 14 del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 (Decreto “crescita e internazionalizzazione delle imprese”) ha introdotto, nel T.U.I.R., l’art. 168-ter rubricato: “Esenzione degli utili e delle perdite delle stabili organizzazioni di imprese residenti”.

Ai sensi dell’art. 168-ter, alle imprese residenti nel territorio dello Stato è attribuita la facoltà di optare per l’esenzione degli utili e delle perdite attribuibili a tutte le proprie stabili organizzazioni all’estero (c.d. *branch exemption*). L’opzione è irrevocabile e da esercitare al momento della costituzione della stabile organizzazione. Inoltre, l’opzione può essere esercitata entro il secondo periodo d’imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore del Decreto, in caso di stabili organizzazioni già esistenti, con effetto dal periodo d’imposta in corso a quello di esercizio della stessa.

In relazione alle disposizioni attuative di tale nuova disciplina, il comma 3 dell’art. 14 dispone che le “modalità applicative” siano stabilite con un Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate.

In tale ambito, l’Agenzia delle entrate, “considerata la novità e la rilevanza della materia”, ha pubblicato sul proprio sito internet una

Bozza di Provvedimento (Bozza), invitando le imprese, gli operatori economici, gli ordini professionali, il mondo accademico e gli esperti della materia a inviare commenti e osservazioni in relazione alla stessa.

“Branch exemption”: una misura sistematica di completamento del quadro impositivo transnazionale

La relazione illustrativa al Decreto internazionalizzazione non esplicita le finalità specifiche sottese all’introduzione dell’esenzione per le stabili organizzazioni, tuttavia, può farsi riferimento ai principi generali che informano il predetto Decreto: (i) creare un contesto di maggiore certezza, anche eliminando alcune lacune dell’ordinamento domestico; (ii) ridurre gli adempimenti per le imprese e i relativi oneri amministrativi; (iii) adeguare la normativa interna alle recenti pronunce giurisprudenziali della Corte di Giustizia; (iv) eliminare alcune distorsioni del sistema vigente.

La relazione, inoltre, specifica che gli interventi proposti “sono redatti in coerenza e nel rispetto del diritto dell’Unione Europea e degli orientamenti giurisprudenziali espressi dalla Corte di Giustizia; tengono altresì conto dei

(*) Dottore Commercialista in Roma, of counsel Gianni, Origo, Grippo, Cappelli & Partners

Fiscalità internazionale

più recenti lavori espressi in sede OCSE e degli sviluppi della discussione a livello europeo sull'adozione di una base imponibile comune consolidata (CCCTB)".

L'istituto della *branch exemption* si incardina all'interno del sistema di imposizione basato sul metodo dell'esenzione, in virtù del quale la tassazione avviene in capo alla società che produce il reddito con tendenziale irrilevanza dei flussi reddituali che interessano i soci.

È, pertanto, da accogliere con favore la possibilità che in capo a un'impresa residente nel territorio dello Stato non assumano rilevanza fiscale gli utili e le perdite realizzati dalle sue stabili organizzazioni all'estero.

Tale previsione, infatti, risulta essere pienamente in linea con l'impostazione del sistema impositivo sul reddito delle società basato sulla *participation exemption* (1).

L'imposizione che deriva dall'esercizio dell'opzione per la *branch exemption* risulta, infatti, analoga a quella applicabile nell'ipotesi in cui l'attività estera venga svolta attraverso una *subsidiary*: gli utili o le perdite operative della stabile esente/società non residente hanno rilevanza impositiva all'interno della stessa entità che li produce (nello Stato di localizzazione), nel momento della loro formazione, mentre le componenti reddituali realizzate dalla casa madre/socio sono "tendenzialmente" escluse da tassazione in tutte le modalità di realizzazione.

L'introduzione dell'opzione per la *branch exemption*, pertanto, appare in linea sia con gli obiettivi del Decreto internazionalizzazione, sia con l'approccio OCSE in materia di stabile organizzazione, sia con i principi generali espressi dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di libertà di stabilimento, secondo cui vi deve essere un'equiparazione del trattamento fiscale applicabile all'attività che un soggetto decida di svolgere in un altro Stato, indipendentemente dal fatto che la stessa venga svolta per mezzo di una stabile organizzazione ovvero di una società controllata.

Bozza di Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate

Nel seguito sono analizzate, alla luce dei principi sopra richiamati, tre fattispecie sulla base di quanto attualmente previsto nella Bozza. Ci si riferisce, nello specifico, alle modalità di tassazione degli utili provenienti dalle stabili organizzazioni localizzate in Stati o territori a regime fiscale privilegiato, alla deducibilità degli interessi passivi e alla determinazione del ROL e, infine, alle regole di applicazione delle ritenute.

Utili provenienti dalle stabili organizzazioni in Stati o territori a regime fiscale privilegiato

In linea di principio, l'ordinamento interno prevede che la parziale esclusione da imposizione disposta per i dividendi di fonte nazionale si applichi anche a quelli di fonte estera.

Tuttavia, qualora gli utili provengano da società residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata, l'esclusione da tassazione è riconosciuta solo nell'ipotesi in cui sia dimostrato che i redditi imputati dalla società partecipata siano stati regolarmente assoggettati a tassazione (esimente di cui alla lett. b del comma 5 dell'art. 167 del T.U.I.R.).

Infatti, l'imposizione integrale dei dividendi c.d. *black list* è prevista anche nelle ipotesi in cui la società controllata abbia disapplicato le disposizioni relative al regime CFC di cui all'art. 167 del T.U.I.R., per la sussistenza dell'esimente di cui alla lett. a) del comma 5 del medesimo art. 167 (2).

In altri termini, nelle ipotesi in cui i redditi realizzati tramite imprese localizzate in Stati e territori a fiscalità privilegiata non scontino una congrua tassazione, gli stessi devono essere assoggettati a imposizione in capo al soggetto controllante per trasparenza all'atto del realizzo di tali redditi (disciplina CFC ex art. 167 del T.U.I.R.) oppure al momento dell'effettiva percezione da parte del soggetto resi-

(1) Si osservi che a livello comunitario la proposta di Direttiva CCCTB prevede il regime di esenzione per utili e perdite della stabile organizzazione (art. 10, lett. e).

(2) Svolgimento di un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nel mercato dello Stato o territorio di insediamento.

dente controllante quali dividendi provenienti da Paesi *black list* (art. 89, comma 3, e art. 47, comma 4, del T.U.I.R.), in entrambi i casi con l'attribuzione di un credito per le imposte ivi corrisposte.

Tanto premesso, la Bozza in argomento, dopo aver enunciato che gli utili (e le perdite fiscali) provenienti dalle stabili organizzazioni incluse nel perimetro di esenzione non concorrono alla determinazione del reddito imponibile dell'impresa residente nel territorio dello Stato, disciplina nel dettaglio il trattamento degli utili *black list*. Nello specifico, al punto n. 7.2 si dispone: "Se l'impresa residente nel territorio dello Stato distribuisce ai propri soci utili provenienti da stabili organizzazioni esenti localizzate in Stati o territori di cui al comma 4 dell'art. 167 del T.U.I.R., tali utili concorrono a formare il reddito imponibile dei soci secondo le disposizioni degli artt. 47, comma 4, 59 e 89, comma 3, del T.U.I.R., con riconoscimento del credito d'imposta in esse previsto".

Tale disposizione consente quindi che la disponibilità di utili *black list* da parte di imprese residenti (*rectius* l'imputazione di utili realizzati in Stati o territori di cui al comma 4 dell'art. 167 del T.U.I.R. alla casa madre residente) non sia assoggettata a imposizione, anche in assenza di una congrua tassazione in un Paese a fiscalità ordinaria, fin quando l'impresa residente distribuisca a sua volta tali utili ai propri soci.

La previsione non appare perfettamente in linea con il contesto di riferimento sopra delineato. Gli utili di "provenienza" *black list*, infatti, dovrebbero essere assoggettati a imposizione nel momento in cui entrano nella sfera

PROSPETTIVE FUTURE

Utili da stabili organizzazioni in Stati "black list"

Le previsioni contenute nella Bozza del Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate consentono che la **disponibilità di utili "black list"** da parte di **imprese residenti non** comporti l'assoggettamento a **imposizione** degli stessi, anche in assenza di una congrua tassazione in un Paese a fiscalità ordinaria, fin quando l'impresa residente distribuisca a sua volta tali **utili** ai propri **soci**. La previsione non appare perfettamente in linea con la disciplina CFC: gli utili di provenienza "black list", infatti, dovrebbero essere assoggettati a imposizione nel momento in cui entrano nella sfera giuridico-fiscale del soggetto residente, coerentemente con la "ratio" di tale disciplina.

giuridico-fiscale del soggetto residente, coerentemente con la *ratio* della disciplina CFC.

Al riguardo, nella "Proposta di Direttiva del Consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno" pubblicata dalla Commissione Europea il 28 gennaio 2016, nel paragrafo denominato "Spiegazione dettagliata delle disposizioni specifiche della proposta" si chiarisce che "le norme sulle società controllate estere riattribuiscono i redditi di una so-

cietà controllata estera soggetta a bassa tassazione alla sua società madre. La società madre è pertanto tenuta a versare l'imposta su tali redditi nel suo Stato di residenza, di solito uno Stato ad elevata fiscalità. La legislazione sulle società controllate estere mira pertanto a eliminare l'incentivo a trasferire redditi in modo che siano tassati a un'aliquota bassa in un'altra giurisdizione".

Si tenga conto, altresì, che i soci della casa madre potrebbero essere soggetti non residenti. In tali ipotesi, gli utili "provenienti" dalla *branch* esente e distribuiti ai soci non sarebbero assoggettati a imposizione in Italia.

Al riguardo, nella medesima proposta di Direttiva sopra citata si specifica che, "date le difficoltà insite nel concedere un credito d'imposta per imposte versate all'estero, gli Stati tendono sempre più a esentare dalla tassazione i redditi esteri. L'effetto negativo involontario di questo approccio è che può incoraggiare l'ingresso sul mercato interno di redditi non tassati o soggetti a bassa imposizione, che quindi circolano, in molti casi non tassati, all'interno dell'UE sfruttando gli strumenti disponibili nell'ambito del diritto dell'Unione". Pertanto, la citata proposta di Di-

Fiscaltà internazionale

rettiva prevede tra le misure anti abuso una clausola di *switch over* (art. 6) (3), con la finalità di contrastare possibili arbitraggi: “Il contribuente è infatti assoggettato a imposizione (anziché essere esentato) e riceve un credito per le imposte versate all'estero. In tal modo le imprese sono scoraggiate dal trasferire gli utili da giurisdizioni ad alta fiscalità verso territori a bassa fiscalità, a meno che motivi commerciali sufficienti giustificano tali trasferimenti”.

Alla luce dei principi sopra delineati, il comma 5 dell'art. 168-ter del T.U.I.R. - in cui si dispone che: “Nel caso di esercizio dell'opzione di cui al comma 1 con riferimento alle stabili organizzazioni per le quali sono state disapplicate le disposizioni di cui all'art. 167, si applicano, sussistendone le condizioni, le disposizioni degli artt. 47, comma 4, e 89, comma 3” - potrebbe avere la seguente lettura: le norme relative all'integrale imposizione degli utili di provenienza *black list* si applicano anche ai rapporti tra la *branch* esente e l'impresa residente.

Ciò sarebbe in linea con la segregazione tra casa madre e stabile esente che si attua a seguito dell'opzione e in ottemperanza al principio della *functionally separate entity*, secondo cui il fondo di dotazione “alla stessa riferibile è determinato in piena conformità ai criteri definiti in sede OCSE, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati”.

Nello specifico, al fine dell'applicazione delle disposizioni degli artt. 47, comma 4, e 89, comma 3, del T.U.I.R., sarebbe ipotizzabile prevedere che la percezione di utili in capo alla casa madre residente si realizzi all'atto della movimentazione fiscale di riduzione del fondo di dotazione da parte della *branch* esente per l'attribuzione di utili alla casa madre stessa.

Tale impostazione (imponibilità all'atto della riduzione del fondo di dotazione) (4), da un punto di vista generale, può sembrare in linea

con le previsioni della Bozza (imponibilità solo in capo ai soci dell'impresa residente), in quanto il momento della riduzione del fondo di dotazione per l'attribuzione di utili alla casa madre potrebbe coincidere ed essere funzionale alla distribuzione di dividendi ai soci dell'impresa residente. Tuttavia, l'imponibilità all'atto della riduzione del fondo di dotazione sottende effetti fiscali dotati di una certa rilevanza, in relazione ad esempio all'imponibilità domestica anche in presenza di soci non residenti, all'applicazione delle regole sul ROL di cui al punto successivo, alla misura degli utili assoggettati a imposizione nel territorio dello Stato e così via.

Deducibilità degli interessi passivi e determinazione del ROL

L'art. 96 del T.U.I.R. prevede una disciplina di deducibilità degli interessi passivi correlata all'ammontare degli interessi attivi maturati nel corso del periodo d'imposta e al risultato operativo lordo della gestione caratteristica (ROL).

Nello specifico, l'ammontare degli interessi passivi che in ciascun periodo di imposta eccede quello degli interessi attivi è deducibile nel limite del 30% del ROL, definito come la differenza tra il valore e i costi della produzione di cui alle lett. A) e B) dell'art. 2425 del Codice civile “così come risultanti dal conto economico dell'esercizio”. Inoltre, nella base di calcolo del ROL sono inclusi, in ogni caso, i dividendi distribuiti dalle società non residenti che risultino controllate ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1), del Codice civile (5).

In linea generale, sulla base di quanto previsto nel comma 10 dell'art. 168-ter del T.U.I.R., in caso di esercizio dell'opzione il reddito della stabile organizzazione va determinato secondo i criteri di cui all'art. 152 del T.U.I.R., anche con riferimento alle transazioni intercorse tra

(3) L'art. 6, rubricato “Clausola di *switch over*”, è applicabile, oltre che alle distribuzioni di utili, anche ai redditi percepiti “come redditi di una stabile organizzazione situata in un Paese terzo”.

(4) Un principio analogo è stato previsto nella risoluzione dell'Agenzia delle entrate 16 marzo 2005, n. 35/E, in relazione al trattamento fiscale dei conferimenti di opera e servizi.

(5) Art. 96, comma 2, del T.U.I.R. Il medesimo comma 2, inoltre, esclude dalla determinazione del ROL i seguenti componenti negativi di reddito: gli ammortamenti delle immobilizzazioni immateriali e materiali, di cui alla lett. B), n. 10), voci a) e b) dello schema di conto economico e i canoni di locazione finanziaria di beni strumentali, ricompresi nella lett. B), n. 8).

l'impresa e la medesima stabile organizzazione, nonché tra quest'ultima e le altre imprese del medesimo gruppo. L'istituto della *branch exemption* assomiglia infatti il regime delle stabili esenti a quello di una *subsidiary* e, a tal fine, attua la segregazione tra casa madre e stabile esente sulla base del principio della *functionally separate entity* previsto dal richiamato art. 152 del T.U.I.R. In tale contesto, si evidenzia che nella Bozza non è prevista una disciplina relativa alla deducibilità degli interessi passi-

vi e oneri assimilati a seguito dell'opzione per la *branch exemption*. Al fine di garantire un'equiparazione del trattamento fiscale applicabile all'attività svolta per mezzo di una stabile esente e quella sviluppata attraverso una società controllata, sarebbe opportuno introdurre specifiche disposizioni. In merito, potrebbe essere previsto che:

- a. il ROL della casa madre non comprenda il valore e i costi della produzione inclusi nel rendiconto economico della stabile esente che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 168-ter e 152 del T.U.I.R., deve essere redatto secondo i principi contabili previsti per la casa madre e tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati dalla *branch* esente;
- b. il ROL dell'impresa residente includa anche gli utili provenienti dalla stabile esente, percepiti nel momento in cui vi è la riduzione del fondo di dotazione riferito a quest'ultima (si veda *supra*) (6).

SOLUZIONI PRATICABILI

Deducibilità degli interessi passivi

Nella Bozza di Provvedimento non è disciplinata la deducibilità degli interessi passivi e oneri assimilati a seguito dell'opzione per la "**branch exemption**". Al fine di garantire un'equiparazione del trattamento fiscale applicabile all'attività svolta per mezzo di una stabile organizzazione esente e a quella sviluppata attraverso una società controllata, si potrebbe prevedere che il **ROL della casa madre non comprenda il valore e i costi della produzione** inclusi nel rendiconto economico della **stabile esente**, mentre il **ROL dell'impresa residente** includa anche gli **utili** provenienti dalla **stabile esente**, percepiti nel momento in cui vi è la riduzione del fondo di dotazione riferito a quest'ultima.

L'assenza di specifiche disposizioni in materia può generare effetti che meritano una riflessione. Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui la casa madre confronti i propri interessi passivi, maturati nei confronti della stabile esente ALFA, con gli interessi attivi relativi ad un rapporto con la *branch* esente BETA e includa nel calcolo del ROL, con il quale raffrontare la quota eccedente di interessi passivi, anche il valore e i costi della produzione di entrambe le predette stabili. Oppure si ipotizzi il caso

in cui la stabile organizzazione esente sia localizzata in Stati o territori di cui al comma 4 dell'art. 167 del T.U.I.R. In tale circostanza, la casa madre determinerebbe il proprio ROL includendovi i valori che hanno determinato l'utile della *branch* esente (ovvero il valore e i costi della produzione della medesima stabile) senza che il relativo reddito sia assoggettato a imposizione in Italia.

Applicazione delle ritenute

Disposizioni relative all'applicazione delle ritenute sono contenute nel punto n. 9.1 della Bozza, ove si prevede che "La stabile organizzazione esente applica le ritenute nella misura prevista dalle disposizioni fiscali italiane o da quelle previste da una Convenzione contro le doppie imposizioni, ove in vigore, quando corrisponde degli interessi o dei canoni, per prestati o diritti ad esse effettivamente connessi, a beneficiari effettivi residenti in uno Stato diverso dall'Italia e da quello di localizzazione della stabile organizzazione" (7).

(6) Si segnala che l'inclusione nel ROL dei dividendi distribuiti da non residenti sembrerebbe contrastare con la formulazione dell'art. 4 della "Proposta di Direttiva del Consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno" sopra ci-

tata.

(7) Il successivo punto n. 9.2 della Bozza specifica che la ritenuta si applica al ricorrere delle seguenti condizioni: i. lo Stato di localizzazione della *branch* esente e quello di residenza del beneficiario consentono con l'Italia un adeguato scambio

Fiscalità internazionale

Tali disposizioni non sembrano coerenti con l'opzione per la *branch exemption*, in cui è prevista una completa segregazione tra la fiscalità della casa madre e quella della propria stabile organizzazione. Per effetto dell'opzione, infatti, il flusso passivo relativo agli interessi o ai canoni rileva per la casa madre, mentre il corrispondente flusso attivo non è attratto a imposizione in Italia, a titolo definitivo.

Potrebbe, invece, essere valutata l'introduzione di una disposizione che preveda l'applicazione della ritenuta qualora gli interessi o i canoni siano corrisposti dall'impresa residente alla *branch* esente, in rela-

IL PROBLEMA APERTO

Ritenute

La Bozza di Provvedimento prevede che la **stabile organizzazione esente** applichi le ritenute nella misura prevista dalle **disposizioni fiscali italiane** o da quelle previste da una **Convenzione contro le doppie imposizioni**, ove in vigore, quando corrisponde degli interessi o dei canoni, per prestiti o diritti ad esse effettivamente connessi, a beneficiari effettivi residenti in uno Stato diverso dall'Italia e da quello di localizzazione della stabile organizzazione. Tali disposizioni **non** sembrano **coerenti** con l'opzione per la "**branch exemption**", in cui è prevista una completa segregazione tra la fiscalità della casa madre e quella della propria stabile organizzazione.

zione a prestiti o diritti a quest'ultima effettivamente connessi e alle medesime condizioni di applicabilità disposte per un soggetto residente nei confronti di una *subsidiary*.

In ogni caso, l'eventuale applicabilità delle ritenute tra l'impresa residente e la stabile esente dovrà essere espressamente prevista. In alcun modo, infatti, in un contesto di applicazione di disposizioni internazionali che coinvolgono altri Stati, sarà possibile assumere in

via di prassi una posizione finalizzata ad assoggettare a imposizione il reddito ritenuto prodotto in Italia mediante l'applicazione di ritenute.

di informazioni; ii. lo Stato di localizzazione della *branch* non prevede alcuna ritenuta in uscita sui pagamenti dalla stessa effettuati; iii. il beneficiario effettivo non è noto oppure se noto, il

suo Stato di residenza non assoggetta a tassazione i proventi dallo stesso percepiti.