

Dicembre 2015

Decreto crescita e internazionalizzazione: branch exemption e modifiche in tema di stabile organizzazione

Maricla Pennesi e Luca Scibelli, Baker & McKenzie

Nell'ambito di una riforma fiscale di ampio respiro diretta dalla legge delega n. 23 dell'11 marzo 2014, il Decreto legislativo c.d. "crescita e internazionalizzazione delle imprese" (D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147) si è preoccupato, nell'ambito della fiscalità internazionale, di apporre una serie di modifiche sia in tema di stabili organizzazioni di soggetti non residenti in Italia sia di stabili organizzazioni all'estero di soggetti residenti.

Gli aspetti più rilevanti si sono concentrati sull'introduzione della c.d. branch exemption, comportante l'irrelevanza degli utili o delle perdite della S.O: ai fini della determinazione dell'imponibile in Italia e sulla modifica degli articoli del T.U.I.R. relativi alla determinazione del reddito delle stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti.

Branch exemption - Stabili organizzazioni estere di soggetti residenti.

Il Decreto, introduce, con il nuovo art. 168 – ter del T.U.I.R., la possibilità di optare per l'irrelevanza degli utili o delle perdite delle stabili organizzazioni ai fini della determinazione dell'imponibile in Italia. L'opzione consente così di usufruire del *tax rate* e delle agevolazioni previste dalle legislazioni del paese di localizzazione della stabile organizzazione, senza subire un'ulteriore tassazione in Italia per il reddito ivi prodotto, passando dal sistema del credito d'imposta a quello della *exemption* per evitare la doppia imposizione. Si viene sostanzialmente ad allineare dal punto di vista fiscale il trattamento fiscale della branch a quello di una controllata estera, peraltro con il grande vantaggio di evitare, nel caso della branch, anche la tassazione (i.e. 1,375%) sul rimpatrio degli utili (dividendi) esteri.

Secondo le nuove disposizioni l'opzione è esercitabile da tutti i soggetti residenti esercenti attività d'impresa (incluse anche le società di persone e le persone fisiche) che sono in possesso di una o più stabili organizzazioni all'estero. Viene introdotta altresì la possibilità di effettuare un interpello preventivo in merito all'effettiva sussistenza di una stabile organizzazione.

L'opzione è quindi esercitabile da parte della singola entità giuridica, viene così concessa la possibilità di scelte diverse tra società di un medesimo gruppo. Per evitare che si possa fare dell'istituto della *branch exemption* un uso improprio, la norma prevede la pubblicazione di una serie di fattispecie ritenute elusive da parte dell'Agenzia delle Entrate.

La possibilità di scegliere tra il regime ordinario del credito ed il nuovo regime dell'esenzione deve avere ad oggetto tutte le stabili organizzazioni estere dell'impresa (no c.d. *cherry picking*).

L'opzione deve essere esercitata al momento della costituzione della stabile organizzazione, per quelle nuove, invece entro il secondo periodo d'imposta successivo all'entrata in vigore della nuova disposizione, per quelle già esistenti. Il Decreto prevede inoltre che la *branch exemption* abbia effetto dal medesimo periodo d'imposta in cui essa è esercitata e che tale disciplina si applica a decorrere dal periodo d'imposta 2016.

Una delle caratteristiche più discusse, oltre al già esplicito principio dell'*all in all out*, riguarda l'irrevocabilità dell'opzione la quale, oltre a sollevare problemi interpretativi nel caso di operazioni straordinarie tra soggetti che hanno effettuato scelte opposte, richiede una serie di valutazioni prospettiche di lungo periodo. Quello che non risulta chiaro dall'esame letterale delle disposizioni riguarda la possibilità di rimessione nei termini **per l'esercizio dell'opzione** in caso di **dismissione di tutte le proprie precedenti stabili organizzazioni**, al momento di costituzione di una nuova stabile organizzazione.

Infine nel caso di esercizio dell'opzione vengono conseguentemente applicati i medesimi criteri previsti per le stabili organizzazioni in Italia di soggetti non residenti: la determinazione del reddito secondo i criteri di cui all'art. 152 Tuir, l'applicazione delle regole di *transfer pricing* ex art. 110, comma 7, Tuir per le transazioni con la casa madre e le altre entità del gruppo (inclusi oneri documentali), la ponderazione e valutazione dell'appartenenza economica di asset (in particolare *intangibles*) alla stabile organizzazione e della congruità del fondo di dotazione. Si segnala infine che è richiesta l'indicazione separata del reddito della stabile organizzazione nella dichiarazione dei redditi.

Si desume facilmente che la scelta o meno dell'esercizio dell'opzione vada correttamente ponderata sulla base della situazione reddituale complessiva e prospettiva della società; per esempio la *branch exemption* risulterebbe essere il regime più vantaggioso, nel caso in cui la branch estera produca utili, e penalizzante in caso contrario.

Con chiaro intento antielusivo viene inoltre disciplinato il c.d. "recapture" delle perdite (commi 7, 8 e 9 del nuovo art. 168 ter). Nell'ottica di neutralizzare il vantaggio conseguito dalle imprese, già in possesso di stabili organizzazioni, per le quali hanno precedentemente usufruito delle perdite fiscali, da queste prodotte, ad abbattimento

della propria base imponibile, in caso di opzione, si prevede la tassazione degli utili della stabile organizzazione fino al totale “riassorbimento” delle perdite fiscali nette generate dalla stessa nell’arco dei 5 precedenti periodi d’imposta. Il medesimo meccanismo di recapture è previsto anche nel caso di trasferimento di stabile organizzazione ad altre imprese del gruppo che hanno effettuato l’opzione.

Un ultimo aspetto critico riguarda il rapporto del regime di esenzione con la disciplina cd CFC (includendo anche quella riferibile ai Paesi in White List). La stessa comporta, in determinate circostanze, l’inapplicabilità dell’esenzione imputando, conseguentemente, per trasparenza l’utile o la perdita della stabile organizzazione alla casa madre italiana. Lo stesso perdita rimane però segregata dal reddito imponibile della casa madre, impendendo così una compensazione tra risultati reddituali opposti.

Modifiche in tema di stabili organizzazione in Italia di soggetti non residenti

Il Decreto interviene inoltre, in coerenza e nel rispetto sia del diritto dell’Unione europea e degli orientamenti giurisprudenziali italiani e della Corte di Giustizia sia dei più recenti lavori espressi in sede OCSE, sulla determinazione del reddito delle stabili organizzazioni di soggetti non residenti.

In primo luogo viene eliminato il principio della c.d. “forza attrattiva della stabile organizzazione” secondo il quale nel reddito della stabile confluivano anche le plusvalenze o le minusvalenze di beni strumentali all’attività d’impresa svolta in Italia «*ancorché non conseguite attraverso stabili organizzazioni*». La nuova norma, eliminando tale riferimento, specifica che i soggetti non residenti risultano tassabili in Italia per i redditi d’impresa prodotti ed attribuibili esclusivamente all’attività svolta dalle stabili organizzazione sul territorio italiano.

Viene introdotto il principio/finzione elaborato in ambito OCSE sulla determinazione del profitto attribuibile alla stabile organizzazione. La stabile organizzazione viene individuata come un’ impresa indipendente, distinta e separata dalla casa madre da cui deriva: «*la stabile organizzazione si considera entità separata e indipendente, svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o similari, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati*».

Il reddito attribuibile alla stabile organizzazione, ivi compreso il fondo di dotazione, deriverà quindi dall’analisi funzionale e fattuale volta ad individuare le funzioni svolte, i rischi assunti e i beni impiegati secondo un approccio di assoluta centralità in ambito OCSE. Per quanto riguarda il fondo di dotazione, avente rilevanza diretta sulla misura dell’indebitamento e degli oneri finanziari sostenibili dalla stabile organizzazione:

Viene prevista inoltre l’emanazione di uno o più provvedimenti da parte del Direttore dell’Agenzia delle Entrate per l’individuazione dei metodi rilevanti per la quantificazione convenzionale e non contabile dello stesso.

Infine il nuovo art. 152 del Tuir introduce un ulteriore obbligo informativo quale quello di redazione di un apposito rendiconto economico e finanziario sulla base del quale determinare le imposte e *“da redigersi secondo i principi contabili previsti per i soggetti residenti aventi le medesime caratteristiche”*.