Ordine dei
Dottori Commercialisti e degli
Esperti Contabili di
Roma

La Branch exemption: Esperienza internazionale

Novembre 2017

Dott.ssa Lucia Pagliari

LE PRINCIPALI CARATTERISTICHE DELL'OPZIONE (1/5)

- **Ambito soggettivo**

  L'art 168-ter, comma 1, del TUIR, stabilisce che l'opzione di esenzione può essere esercitata da parte di ogni impresa residente nel territorio dello Stato. Nella definizione si ricomprendono quindi, oltre alle società e gli enti di cui all'articolo 73, comma 1, lett a), del TUIR, anche gli **imprenditori individuali** e le **società di persone**.

- **Ambito oggettivo**

  Il regime è applicabile nel caso di possesso in una o più stabili organizzazioni. L'impresa deve possedere una o più stabili organizzazioni all'estero, configurate tali ai sensi della convenzione contro le doppie imposizioni tra lo stato estero e l'Italia, ove ve ne sia, ovvero, in mancanza di una convenzione, dei criteri di configurazione della stabile organizzazione dettati dall'articolo 162 del Tuir, a meno che, in ogni caso, lo Stato estero non ravvisi l'esistenza di una stabile organizzazione ai sensi della sua legislazione domestica.

- **Decorrenza**

  Dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore» del D.Lgs. 147/2015, intervenuta il 7 ottobre 2015. Quindi l'esercizo per l'opzione per le stabili organizzazoni esistenti alla data di entrata in vigore della norma è stato possibile già per il periodo d'imposta 2016.

  Il provvedimento n. 2017/165138 ha confermato la possibilità, contenuta nell'articolo 168-ter, di aderire al regime branch exemption anche nella dichiarazione relativa al secondo periodo d'imposta successivo a quello in corso a 7 ottobre 2015, con effetto dal medesimo periodo d'imposta per il quale è presentata la dichiarazione dei redditi. Quindi per i soggetti solari l'opzione può avvenire nella dichiarazione relativa al periodo d'imposta 2017 (Redditi 2018).

LE PRINCIPALI CARATTERISTICHE DELL'OPZIONE (2/5)

- **Esercizio dell'opzione**
  - Stabile organizzazione non ancora esistente: art.168-ter, c.2, l'opzione è esercitata al momento di costituzione della stabile organizzazione con effetto dal medesimo periodo d'imposta (opzione da esercitarsi nell'esercizio in cui si istituisce la prima stabile organizzazione all'estero).
  - Stabile organizzazione già esistente: art.168-ter, c. 6, prevede che per le stabili organizzazioni già esistenti l'opzione possa essere esercitata entro il secondo periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore (7 ottobre 2015), con effetto dal periodo d'imposta in corso a quello di esercizio della stessa.

- **Il perimetro di esenzione**

  Art.168ter, c.1, del TUIR (i.e. par.2.6 del Provvedimento) stabilisce che l'opzione eventualmente esercitata vale per tutte le stabili organizzazioni detenute all'estero ***- all in, all out -***. L'opzione per una *branch* attrae, quindi, automaticamente le *branch* di nuova istituzione.

- **Opzione irrevocabile**

  Differentemente da molti altri regimi opzionali, l'adesione al regime di *branch exemption* è irrevocabile. Ciò necessita un'attenta valutazione da parte dell'impresa della propria situazione estera.

- **Cessazione del regime**

  Le circostanze in cui l'opzione viene meno possono essere:
  - liquidazione della società residente, che comporta la naturale "revoca" dell'opzione;
  - chiusura di tutte le *branch* esenti, oppure, qualora vengano poste in essere operazioni straordinarie.

  Va evidenziato che la successiva costituzione di altre stabili organizzazioni comporta l'esercizio di una nuova opzione, se si intende ricominciare a fruire dell'esenzione e che la localizzazione di nuove stabili organizzazioni nel medesimo stato sarà valutata dall'amministrazione finanziaria alla luce delle disposizioni dell'art.10-bis Legge 212/2000.

LE PRINCIPALI CARATTERISTICHE DELL'OPZIONE (3/5)

- **Determinazione del reddito della branch**
  a. Irrilevanza utili/perdite.
  b. Determinazione del reddito o della perdita esente sulla base dei rendiconti economici e patrimoniali.
  c. Determinazione del reddito o della perdita in base alla normativa fiscale italiana in materia di reddito d'impresa (disposizioni TUIR ed extra-TUIR).
  d. Determinazione del reddito o della perdita in linea con i principi OCSE (authorized approach).
  e. Possibile riconoscimento dei criteri fiscali esteri anche in presenza di convenzione contro le doppie imposizioni, anche se non in linea con l'approccio OCSE.
  f. Applicazione dei principi di transfer pricing (arm's lenght) ai rapporti casa madre-branch e branch-altre entità del gruppo.
  g. In caso di applicazione delle regole CFC, salvo verifica esimenti, tassazione in capo alla casa madre al momento della distribuzione dell'utile ai soci.
  h. Particolari modalità di verifica dei presupposti CFC in caso di più siti produttivi nello stesso stato estero ed applicabilità esimenti lettere a) e b) art. 167 (CFC).

LE PRINCIPALI CARATTERISTICHE DELL'OPZIONE (4/5)

- **La "*RECAPTURE*" delle perdite fiscali pregresse**
  Comma 7 e 8 dell'art.168-ter e paragrafo 4 e 5 del provvedimento n. 2017/165138.

La ratio: per evitare che l'impresa che già deteneva delle stabili organizzazioni, delle quali ha importato le perdite a riduzione del proprio reddito imponibile negli anni precedenti l'esercizio dell'opzione, esercitando l'opzione possa beneficiare dei soli effetti positivi del regime ordinario e del regime opzionale, il legislatore ha quindi disposto che vengano tassati i redditi della *branch*, fino al completo riassorbimento dell'eventuale perdita che fiscale netta generata negli ultimi 5 anni di regime ordinario, detraendo le eventuali eccedenze di credito d'imposta di cui all'articolo 165, comma 6, del TUIR.

Aspetti caratteristici:

- Ai fini della *Recapture* rilevano: perdite conseguite dalla S.O. al netto dei redditi imponibili, entrambi rilevati ai sensi delle disposizioni fiscali italiane, realizzati dalla stessa nel quinquennio considerato. Non sono soggette a recapture le perdite che non hanno ancora compensato il reddito della casa madre, le quali vengono annullate. Infine, le perdite fiscali conseguite in vigenza dell'opzione non avranno alcuna rilevanza.

- Se sia la *branch che la* casa madre hanno conseguito perdite nel quinquennio, si considerano prioritariamente utilizzate le perdite della casa madre e le eccedenze saranno annullate senza *recapture*.

- La casa madre calcola la *recapture* per singolo Stato o territorio estero, assumendo che in ciascuno esista una sola stabile organizzazione, anche se divisa in più siti produttivi (superando la previsione del modello Redditi SC 2017: un modulo per ogni stabile organizzazione).

- Clausola di salvaguardia (par. 6 del provvedimento): trasferimenti di attività alla stabile organizzazione devono avvenire in base al valore determinato ai sensi dell'articolo **110, comma 7** TUIR. Detta previsione sostituisce la *recapture* degli ammortamenti, svalutazioni e accantonamenti pregressi e trattamento dei beni di cui all'articolo 85, prevista dalla bozza di provvedimento.

LE PRINCIPALI CARATTERISTICHE DELL'OPZIONE (5/5)

- La *recapture* delle perdite comporta il beneficio di poter utilizzare le eventuali eccedenze di imposte estere maturate in capo alla casa madre negli esercizi precedenti all'opzione.

- La *recapture* a regime, in caso di trasferimento di branch esente soggetta a *recapture,* il comma 8 dell'art.168-ter estende la recapture anche al di fuori del periodo transitorio, qualora venga trasferita a qualsiasi titolo la stabile organizzazione o parte della stessa ad un'altra impresa del gruppo che fruisca dell'opzione per l'esenzione. Inoltre il punto 4.7 del provvedimento estende il campo di applicazione del comma 8 anche ai trasferimenti di *branch* esenti assistite da *recapture* anche a favore di soggetti non residenti o non appartenenti al medesimo gruppo.

- **Recapture e operazioni straordinarie**

  - In caso di trasferimento (es: cessione o operazioni straordinarie) di una *branch:*
    - esente soggetta a *recapture,* a favore di un soggetto appartenente al medesimo gruppo della casa madre, la plusvalenza o minusvalenza da trasferimento concorre alla formazione del *recapture* che prosegue nei confronti dell'avente causa, purché quest'ultimo sia residente nel territorio dello Stato e in regime di *branch exemption* o eserciti la relativa opzione anche successivamente al trasferimento.
    - non in regime di esenzione a favore di un soggetto appartenente al medesimo gruppo della casa madre, la plusvalenza o minusvalenza da trasferimento concorre alla formazione del *recapture*, che sarà riassorbito dall'avente causa se residente nel territorio dello Stato e in regime di *branch exemption* o eserciti l'opzione in occasione del trasferimento o successivamente al trasferimento stesso.

  - Nel caso di una cessione di *branch* esente soggetta a *recapture* a favore di un soggetto non residente o non appartenente al medesimo gruppo, il dante causa scomputa il *recapture*, ove esistente, dall'eventuale plusvalenza esente realizzata e fino a concorrenza della stessa.

  - Nel caso di una *branch* esente soggetta a *recapture* oggetto di operazioni straordinarie nazionali fuori dal proprio gruppo, il *recapture* prosegue sull'avente causa in base al principio di neutralità in quanto (non vi saranno plusvalenze su cui applicare il recapture).

Aspetti critici della disciplina

- **Qualificazione della stabile organizzazione:** ci si chiede se il fatto che l'unità estera di business sia configurabile come stabile organizzazione in base ordinamento estero sia condizione necessaria e sufficiente ai fini dell'integrazione del presupposto oggettivo necessario all'ingresso al regime, stante il disposto del paragrafo 2.4: *«L'opzione è efficace a condizione che sia configurabile una stabile organizzazione nello Stato estero di localizzazione ai sensi della Convenzione contro le doppie imposizioni tra quest'ultimo e l'Italia, ove in vigore, ovvero, in mancanza di una Convenzione, dei criteri di configurazione della stabile organizzazione dettati dall'articolo 162 del TUIR, a meno che, in ogni caso, lo Stato estero non ravvisi l'esistenza di una stabile organizzazione ai sensi della sua legislazione domestica».*

- **Determinazione del reddito della stabile organizzazione estera:** occorre porre attenzione su quali siano i criteri per determinare i redditi e le perdite delle stabili organizzazioni esenti nel caso in cui i regimi esteri di determinazione del reddito non seguano il modello OCSE ed i principi TP OCSE, oppure nel caso di regimi forfettari.

- **Internal dealings:** In particolare, potrebbe risultare complesso individuare e valorizzare il passaggio di un bene o asset dalla casa madre alla branch attraverso le procedure di transfer pricing di cui all'art.110, comma 7, del TUIR.

- **Recapture delle perdite e credito di imposta:** per la società italiana che applica il recapture è previsto un meccanismo di recupero delle eventuali eccedenze di imposte estere riportabili (punto 4.5 del provvedimento) ma non l'utilizzo in compensazione dell'IRES degli anni in cui avviene il recapture delle perdite estere.

- **Trasformazione di subsidiary estere in branch per usufruire del regime di esenzione:** ci si chiede se tale operazione sia abusiva ai fini dell'articolo 10-bis L.212/2000.

Overview della disciplina della branch exemption in alcuni ordinamenti esteri

Regno Unito

- Principio del «world wide taxation»;
- Dal luglio del 2011, possibile esercizio dell'opzione per il regime di branch exemption;
- Regime irrevocabile ed obbligatoriamente applicato a tutte le branch estere di una società (principio «all-in all-out»);
- Possibile coesistenza del regime di esenzione e del regime ordinario nell'ambito di un gruppo;
- Determinazione del reddito esente sulla base dei principi OCSE;
- Disposizioni antielusive finalizzate ad evitare arbitraggi nell'allocazione del reddito alla stabile organizzazione soggetta al regime di branch exemption;
- Ammissione differita al regime in caso di perdite pregresse della branch (6 periodi d'imposta precedenti) Recapture;
- In assenza di un trattato contro le doppie imposizioni è precluso l'accesso al regime ai contribuenti che non superano specifiche soglie dimensionali. «small /close companies»
- Restrizioni all'applicabilità del regime in caso di branch localizzate in paesi a fiscalità previlegiata (definiti tali se l'aliquota locale è inferiore al più del 75% dell'aliquota UK, salva la dimostrazione di specifiche esimenti;
- Valutazione della convenienza del regime di branch exemption anche alla luce degli ordinari e gravosi adempimenti richiesti dalla legislazione locale per beneficiare del credito d'imposta estero (trade-off tra effettivi benefici del regime di branch exemption e semplificazioni amministrative).
- Internal dealings e Intercompany transactions;

Olanda

- Principio del «world wide taxation».
- Dal 2012 i profitti e le perdite delle stabili organizzazioni estere sono irrilevanti (base exemption for foregn business profit) trattasi di un regime ordinario e non opzionale).
- Obbligo di indicazione separata in dichiarazione dei redditi e perdite afferenti alle stabili organizzazioni estere.
- Regime di branch exemption non applicabile alle «passive permanent establishments», ovvero alle stabili organizzazioni estere che generano «passive income» soggette a tassazione privilegiata. A tal fine di qualificare una stabile organizzazione come una «passive permanent establishment», devono sussistere contemporaneamente le due condizioni seguenti.
    - Le attività della stabile organizzazione - incluse le attività di entità nelle quali la casa madre detiene, per il tramite della stabile organizzazione, una partecipazione almeno pari al 5% - sono costituite prevalentemente da «investimenti passivi», finanziamenti infragruppo e concessione di beni o attività in leasing; e
    - La stabile organizzazione è soggetta, nello stato dove è localizzata, ad un'aliquota nominale locale inferiore di più de 10% rispetto all'aliquota domestica.

- In caso di liquidazione della stabile organizzazione, le perdite ad essa attribuibili sono deducibili per la parte che eccede la perdite deducibili nello Stato della fonte. La deduzione delle perdite della stabile organizzazione estera non è ammessa qualora una parte correlata prosegua la medesima attività precedentemente svolta dalla stabile organizzazione.
- «Recapture rule» applicabile entro 3 anni dalla liquidazione nel caso di costituzione di una nuova stabile organizzazione.
- Applicabilità di molteplici norme antielusive.

Germania - (1/2)

- **Normativa domestica**

  Applicazione del principio «world wide taxation». Pertanto, salvo diverse previsioni delle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dalla Germania, il reddito delle stabili organizzazioni estere è imponibile in capo alla casa madre e soggetto all'ordinaria tassazione (aliquota base del 15%, più una solidarity surcharge del 5,5%).
  Riconoscimento del credito d'imposta estero per attenuare unilateralmente la doppia imposizione. Possibile l'opzione di dedurre dalla base imponibile domestica dell'imposta estera assolta dalla stabile organizzazione.

  Il reddito dalla stabile organizzazione estera è solitamente esente dall'imposta sulle attività produttive ai sensi della legislazione nazionale, essendo tale imposta applicata su base territoriale.

- **Disposizioni convenzionali**

  a) <u>Metodo dell'esenzione</u>

  I trattati contro la doppia imposizione conclusi dalla Germania di norma esentano da imposizione i redditi attribuibili alle stabili organizzazioni estere dei contribuenti fiscalmente residenti in Germania.

  b) <u>Metodo dell'esenzione e progressività dell'imposta sul reddito delle persone fisiche</u>

  Per le persone fisiche residenti in Germania l'esenzione dei redditi da stabili organizzazioni estere è soggetta alla cosiddetta «riserva di progressività». In particolare, il reddito della stabile organizzazione non è soggetto all' imposta tedesca sul reddito, rileva ai fini della determinazione dell'aliquota d'imposta (progressività).

  La regola di cui sopra non trova applicazione nel caso in cui le stabili organizzazioni siano localizzate nell'Unione Europea o nello spazio economico europeo a condizione che il reddito generato dalla stabile sia generato da un'effettiva attività economica.

  c) <u>Clausola di svolgimento di un'effettiva attività economica</u>

  Tutti i trattati fiscali recenti prevedono l'applicazione del metodo dell'esenzione a condizione che il contribuente possa documentare che la stabile organizzazione estera genera il proprio reddito da un'effettiva attività economica, per tale intendendosi un'attività di natura industriale (attività di produzione o installazione di beni), attività di distribuzione di beni e prestazione di servizi.

  Se il contribuente non adempie agli obblighi documentali o se le attività riferibili alla stabile organizzazione non si qualificano commerciali come sopra indicato il reddito attribuibile alla stabile organizzazione è imponibile in Germania, con riconoscimento del credito d'imposta per l'imposta estera assolta su tali redditi.

Germania - (2/2)

d) Treaty override

1. Nonostante la regola convenzionale sia l'esenzione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione estera, l'esenzione può ancora essere negata, ai sensi della legislazione domestica, nel caso in cui fosse stata applicabile, in presenza di una società estera, la disciplina interna in materia di società estere controllate (CFC). In tale ipotesi, il reddito della stabile organizzazione estera è imponibile in capo alla casa madre con riconoscimento del credito d'imposta per l'imposta estera assolta dalla stabile organizzazione (prima clausola di «*switch-over*»).

2. Se il reddito attribuibile alla stabile organizzazione estera è esente in applicazione delle disposizioni convenzionali, l'esenzione può essere comunque negata, in base alla normativa fiscale domestica, nella misura in cui lo Stato della fonte esenta, in applicazione delle disposizioni convenzionali, il reddito attribuibile alla stabile organizzazione oppure lo assoggetta a tassazione in misura ridotta («*unilateral switch-over/subject to tax clause*»). La finalità della disposizione è evitare la doppia non imposizione.

3. Se il reddito attribuibile alla stabile organizzazione estera è esente, in applicazione delle disposizioni convenzionali, l'esenzione può essere comunque negata, in base alla normativa fiscale domestica, nella misura in cui il reddito attribuibile alla stabile organizzazione non è soggetto ad imposizione nello Stato della fonte in ragione dell'assenza di soggettività passiva di imposta in capo alla stabile organizzazione estera («*unilateral switch-over/subject to tax clause*»).

Anche questa regola mira a prevenire fenomeni di doppia non imposizione.

- **Principi per l'attribuzione dei redditi alla stabile organizzazione**

Applicazione dei criteri OCSE (Authorized Approach).

Francia

- Salva l'applicazione delle specifiche disposizioni in materia di società estere controllate (CFC), i redditi derivanti da stabili organizzazioni estere sono irrilevanti. Pertanto la regola generale è l'esenzione dei redditi attribuiti a stabili organizzazioni estere di soggetti residenti, ai fini fiscali, in Francia (principio di territorialità).

- In base al suddetto principio sono tassati esclusivamente i redditi conseguiti dallo svolgimento di attività commerciali in Francia, indipendentemente dal luogo di costituzione o dalla nazionalità del soggetto che consegue tali redditi, e i redditi, non attribuibili a stabili organizzazioni estere, imponibili in Francia in applicazione delle disposizione convenzionali (DTT).
- In particolare, con riferimento alle attività commerciali svolte all'estero non sono imponibili in Francia:
  - I redditi attribuibili a stabili organizzazioni materiali estere;
  - I redditi attribuibili a stabili organizzazioni personali estere;
  - I redditi derivanti da un «ciclo commerciale completo» svolto all'estero, distinto da quello della casa madre.

- Le regole di cui sopra sono derogate in applicazione dei principi CFC. In particolare, le regole CFC trovano applicazione alle stabili organizzazioni localizzate o costituite in giurisdizioni a fiscalità privilegiata, da intendersi giurisdizioni dove la tassazione effettiva è almeno del 50% inferiore rispetto alla tassazione domestica effettiva.

- Il reddito attribuibile alla stabile organizzazione è assoggettato a tassazione in capo alla casa madre francese qualora il trattato contro le doppie imposizioni attribuisca espressamente alla Francia il diritto di applicare le proprio regole in materia di CFC.

- Nel caso in cui il trattato non preveda espressamente l'applicabilità delle regole CFC domestiche, tali regole non trovano applicazione nel caso in cui il trattato preveda l'esenzione come meccanismo di eliminazione della doppia imposizione.

- Nel caso in cui trovino applicazione le regole CFC l'imposta estera è accreditabile in Francia.

Grazie per l'attenzione