

Il regime di c.d. *branch exemption* diviene operativo già dal periodo d'imposta 2016

di Giuseppe Ascoli (*) e Massimo Pellicchia (**)

Con il Provvedimento dell'Agenzia delle entrate di attuazione del regime di *branch exemption*, approvato ad oltre un anno e mezzo dalla pubblicazione della versione in bozza e a circa due dall'introduzione della disposizione, si completa l'*iter* che consente ai contribuenti di avvalersi del nuovo istituto. Tuttavia, restano diverse questioni da sciogliere. Tra le tante, ad esempio, quella relativa al regime da applicare nel caso di operazione straordinaria laddove l'avente causa non esercita, a sua volta, l'opzione per il regime ovvero le problematiche concernenti la misura di *recapture* delle perdite. Si cerca di evidenziare alcune delle questioni rimaste irrisolte, al contempo offrendo potenziali soluzioni per la risoluzione delle problematiche emerse a seguito della pubblicazione del Provvedimento.

1. Premessa

Con la recente riforma del Testo Unico, avvenuta ad opera del D.Lgs. n. 147/2015, è stato introdotto un nuovo istituto, la c.d. *branch exemption*, che, a determinate condizioni, consente l'esenzione, ai fini delle imposte sui redditi e ai fini IRAP, dei profitti relativi alle stabili organizzazioni estere dei contribuenti residenti fiscalmente in Italia (1).

Il predetto regime (attualmente rubricato all'art. 168-ter nel T.U.I.R.), è rimasto a lungo inattuato in quanto mancava l'emanazione da parte dell'Amministrazione finanziaria di un apposito Provvedimento. Quest'ultimo, infatti, ha avuto un *iter* di approvazione piuttosto lento se si pensa che, ad una prima versione in bozza pubbli-

cata il 25 febbraio 2016, è seguito il testo definitivo soltanto il 28 agosto 2017 e, cioè, ad oltre un anno e mezzo dalla pubblicazione della versione in bozza e a circa due dall'introduzione della disposizione (2).

Nel presente contributo saranno analizzate le principali disposizioni del Provvedimento, evidenziando eventuali pregi e difetti dello stesso.

2. Esercizio e cessazione dell'opzione

L'indagine prende le mosse dal paragrafo 2 del Provvedimento, ove si nota che l'esercizio dell'**opzione, irrevocabile**, ha efficacia dal periodo d'imposta di costituzione delle stabili organizza-

(*) Dottore commercialista in Roma e Milano. Partner CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni.

(**) Dottore commercialista in Roma e Milano. Studio CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni. Dottore di ricerca in Diritto tributario, Adv. LLM.

(1) V., tra gli altri, E. della Valle, "La *branch exemption* nelle stabili organizzazioni estere di soggetti residenti", in *il fisco*, n. 46/2015, pag. 4412 ss.; T. Gasparri, "Il nuovo regime di *branch*

exemption per le stabili organizzazioni all'estero", in *il fisco*, n. 25/2015, pag. 2448.

(2) V. Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 28 agosto 2017, prot. n. 2017/165138. Per una completa analisi di quanto disposto dal Provvedimento cfr. G. Scala, "Fissate le modalità applicative della *branch exemption*", in *il fisco*, n. 38/2017, pag. 3652.

zioni (3). Tale impostazione rispecchia fedelmente quanto previsto dall'art. 168-ter, comma 2, del T.U.I.R., il quale, a sua volta, stabilisce "L'opzione è irrevocabile ed è esercitata **al momento della costituzione della stabile organizzazione**, con effetto dal medesimo periodo d'imposta" (4).

Nel punto 2.7 del Provvedimento, peraltro, si precisa che il **mancato esercizio dell'opzione** in relazione alle stabili organizzazioni esistenti in un dato periodo d'imposta non determina di per sé l'impossibilità per il contribuente di optare per il regime in un successivo periodo d'imposta - anche con riferimento alle preesistenti stabili organizzazioni - laddove venga ad esistere una nuova *branch*. Ciò si spiega con il fatto che la **clausola "all in all out"** determinerebbe l'estensione del regime anche a stabili organizzazioni preesistenti per le quali il contribuente, in un primo momento, aveva ritenuto di non aderire al regime in commento. In tal senso, occorre rilevare come tale precisazione faccia definitiva chiarezza su di un punto particolarmente sensibile, su cui peraltro l'art. 168-ter del T.U.I.R. non aveva fornito alcun riferimento (5).

Il Provvedimento, tuttavia, non produce effetti solo in riferimento al passato, bensì anche in relazione al futuro. In particolare, si prevede che nei casi in cui venga costituita una nuova *branch* in un periodo d'imposta successivo a quello di esercizio dell'opzione - per effetto della clausola "all in all out" - il regime trovi automatica applicazione. Si tratta, dunque, di una **for-**

ma automatica di adesione della nuova *branch* al regime in discussione.

L'efficacia dell'opzione cessa, stante quanto riportato nel paragrafo 3 del Provvedimento, con la liquidazione di tutte le *branch* esentate ovvero nel caso di operazioni straordinarie al ricorrere di certe condizioni (6).

In relazione dunque a tali aspetti (*i.e.*, opzione "all in all out" e irrevocabilità), si osserva che le ragioni di tale rigidità sono sostanzialmente da ricondurre ad una semplificazione del sistema che, altrimenti, avrebbe indotto all'introduzione di un articolato impianto normativo volto a contrastare potenziali manovre elusive concernenti lo spostamento di perdite da una *branch* esente ad una il cui reddito è imponibile o lo spostamento di redditi da una stabile organizzazione il cui reddito è imponibile ad una esente (7). Le critiche sulla **rigidità dell'assetto**, già espresse sin dall'introduzione dell'art. 168-ter, vengono confermate anche dopo l'emanazione del Provvedimento. Essendo un provvedimento meramente attuativo, difficilmente lo stesso avrebbe potuto discostarsi dalle previsioni del T.U.I.R. Purtuttavia, la forte rigidità del sistema mediante la compresenza delle due condizioni appena illustrate (*i.e.*, opzione "all in all out" e irrevocabilità dell'opzione) rappresenta all'evidenza un forte disincentivo per il successo di tale istituto.

Occorre peraltro rilevare che con il Provvedimento sono state anche disinnescate quelle pratiche elusive che potevano perpetrarsi in caso di esistenza di una sola *branch*. Era stato, infatti, ipotizzato il seguente caso:

(3) Al solo fine di rendere maggiormente scorrevole la lettura del presente contributo, di seguito verranno utilizzati indifferentemente i termini stabile organizzazione e *branch* per indicare una stabile organizzazione estera.

(4) Tuttavia, anche in considerazione del ritardo con cui è stato emanato il Provvedimento, è stato previsto che, per i soggetti che, alla data del 7 ottobre 2015, avevano già delle *branch*, l'opzione può essere esercitata anche nella dichiarazione relativa al secondo periodo d'imposta successivo a quello in corso a tale data, con effetto dal medesimo periodo d'imposta (ossia, per coloro che si trovano in detta situazione, l'esercizio dell'opzione potrebbe produrre effetti nei periodi d'imposta 2016 o 2017, nel caso di soggetti con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare). Anche in questo caso, il Provvedimento sembra riproporre quanto già previsto dal legislatore, il quale - al sesto comma dell'articolo in commento - stabilisce "Per le stabili organizzazioni già esistenti, l'opzione di cui al comma 1 può essere esercitata entro il secondo periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle presenti disposizioni, con effetto dal periodo d'imposta in corso a quello di esercizio dell'opzione". Provvidenziale in questo senso la proroga del termine di presentazione della dichiarazione al 31 ottobre, consentendo eventualmente a chi fosse interessa-

to di effettuare i calcoli di convenienza e, dunque, aderire al regime.

(5) Questo aveva indotto alcuni autori a respingere tale ipotesi. In particolare, v. A. Trabucchi - F. Cerulli Irelli, "Il regime opzionale della 'branch exemption'", in *Corr. Trib.*, n. 21/2015, pag. 1610.

(6) La disciplina della cessazione del regime in caso di operazioni straordinarie la si rinviene da una lettura *a contrariis* di quanto stabilito al punto 10.1 del Provvedimento. In particolare, il regime si interrompe se l'incorporante, la società risultante dalla fusione, il beneficiario o il conferitario, non avendo già optato per il regime, a seguito dell'operazione straordinaria, non vi opti neanche nella dichiarazione relativa al periodo d'imposta di efficacia giuridica dell'operazione straordinaria.

(7) Si pensi all'ipotesi in cui, laddove fosse stata inserita una clausola di *cherry picking*, la casa-madre, attraverso la cessione di beni strumentali da una *branch* (il cui reddito è esente da imposizione) ad un'altra (il cui reddito è imponibile), potesse ottimizzare la variabile fiscale, beneficiando, ai fini della determinazione del reddito d'impresa, delle sole perdite generate dalle *branch* per le quali non si era esercitata l'opzione al regime.