

FISCALITÀ INTERNAZIONALE

Valutazione dei profili elusivi della branch exemption

di Marco Bargagli

Dopo le **novità introdotte** dal [D.Lgs. 147/2015](#), ai sensi dell'[articolo 168-ter del D.P.R. 917/1986](#), attualmente un'impresa residente nel territorio dello Stato **può optare** per l'esenzione degli **utili e delle perdite** attribuibili a **tutte le proprie stabili organizzazioni all'estero**, scegliendo lo speciale **regime denominato "branch exemption"**.

In particolare, **l'esenzione da tassazione dei redditi prodotti oltre frontiera** può essere esercitata solo alle condizioni **tassativamente indicate** dalla normativa di riferimento, anche perché il legislatore ha evidentemente voluto **contrastare fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva**, posti in essere dal singolo gruppo multinazionale che ha investito all'estero, con il solo scopo di usufruire di un **regime di tassazione agevolato**.

Infatti, in **chiave antielusiva**, l'opzione presenta le seguenti caratteristiche:

1. è **irrevocabile** e deve essere esercitata al momento di costituzione della stabile organizzazione, **con effetto dal medesimo periodo d'imposta**;
2. è **totalizzante**: la stessa non può essere **limitata solo ad alcune stabili organizzazioni**, ma deve riguardare **tutte le branch estere** costituite dalla casa madre italiana;
3. deve interessare **tutti i risultati** conseguiti dalla stabile organizzazione all'estero, sia **positivi (utili)** che **negativi (perdite)**.

Inoltre, in linea con le **disposizioni anti paradiso fiscale** contenute nel nostro ordinamento tributario, riferendoci in particolare alla **normativa CFC** (c.d. *Controlled Foreign Companies rule*), quando la **stabile organizzazione** è localizzata in **Stati o territori a fiscalità privilegiata** ([articolo 167, comma 4, del D.P.R. 917/1986](#)) o quando la stabile organizzazione è localizzata in **Stati o territori** per i quali si applicano le disposizioni per le **CFC white list passive income** (ricorrendo, **congiuntamente** le condizioni di cui all'articolo 167, comma 8-bis del D.P.R. 917/1986), l'opzione per l'esenzione dei redditi della stabile organizzazione si applica **a condizione** che ricorrano le **esimenti previste** per la disapplicazione della **CFC rule "black e white"** [([articolo 167, commi 5, lettere a\) - b\), comma 8-ter del D.P.R. 917/1986](#)].

Come detto, uno dei **dogmi giuridici** che caratterizza l'esenzione in rassegna, è il rispetto del **requisito della totalità**: la casa madre italiana **deve esercitare l'opzione** senza **effettuare calcoli di convenienza fiscale** relativamente ai **risultati di esercizio** che si ipotizza, **anche in prospettiva futura**, di poter conseguire all'estero tramite **una o più stabili organizzazioni**.

A titolo **meramente esemplificativo**, si ipotizzi che la *top holding* Alfa S.p.A. residente a Milano

detenga **tre stabili organizzazioni** situate in differenti Paesi:

- **branch 1 (Francia):** la stabile organizzazione, in piena fase di *start up*, **produrrà sicuramente perdite** per i prossimi 5 esercizi;
- **branch 2 (Giappone):** la stabile organizzazione, in **piena fase di crescita economica**, per effetto di un **nuovo business** recentemente **sviluppato nel mercato di insediamento**, verosimilmente produrrà **ingenti utili** nei prossimi 5 anni;
- **branch 3 (Singapore):** la stabile organizzazione è stata **costituita nel mercato asiatico da diversi anni**, ed **alterna** talvolta **risultati positivi** e, talaltra, negativi in funzione delle **mutevoli condizioni di mercato**. Per tale motivo **non è possibile stimare**, in anticipo, i risultati economici che la *branch* potrà conseguire nel prossimo quinquennio.

Dai dati di sintesi sopra evidenziati, **risulta evidente** che **l'opzione per l'esenzione** porterebbe un **ingente risparmio fiscale** con **unico riferimento** alla **stabile organizzazione costituita in Giappone** ma, come detto, l'esercizio della stessa **deve riguardare tutte e tre le stabili organizzazioni**.

Ciò posto, **per aggirare l'obbligo della totalità**, si ipotizzi che la casa madre Alfa S.p.A.:

- decida di costituire una nuova società italiana (Beta S.r.l.), controllata al 100%, senza un'apparente **ragione economica**;
- Beta S.r.l., in **rapida scansione temporale**, costituisce una sua **stabile organizzazione in Giappone** (*branch 4*);
- le **attività in precedenza svolte** dalla stabile organizzazione giapponese (*branch 2*), costituita in passato dalla casa madre italiana, **vengono progressivamente concentrate** in capo alla "*new branch 4*" la quale, verosimilmente, è destinata a **produrre in futuro utili di esercizio**.

In questo caso, l'opzione potrà essere esercitata dal **nuovo soggetto residente in Italia** (Beta S.r.l.) **limitatamente alla propria stabile organizzazione giapponese** aggirando, di fatto, il **requisito della totalità dell'opzione**.

Di contro, la vecchia *branch* n. 2 **rimarrà progressivamente inattiva** e la *top holding* italiana non **eserciterà alcuna opzione per l'esenzione**.

Un siffatto comportamento realizza, a parere di chi scrive, **indubbi profili di elusione fiscale**.

Infatti, a norma dell'[articolo 10-bis della Legge 212/2000](#), attualmente **configurano abuso del diritto** una o più operazioni **prive di sostanza economica** che, pur nel **rispetto formale delle norme fiscali**, realizzano **essenzialmente vantaggi fiscali indebiti** (disapprovati dall'ordinamento).

Tali operazioni **non sono opponibili all'Amministrazione finanziaria**, che **ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme** e dei **principi elusi** e tenuto conto di

quanto **versato dal contribuente per effetto di dette operazioni**.

Quindi, attualmente **tre sono i presupposti** per realizzare abuso del diritto:

- la **mancanza di sostanza economica dell'operazione** effettuata (valide ragioni economiche dell'operazione posta in essere);
- l'ottenimento di un **vantaggio fiscale indebito** (non spettante);
- il medesimo **vantaggio fiscale** deve costituire **l'essenza dell'operazione**.

In definitiva, nella ipotesi della **ristrutturazione aziendale sopra analiticamente descritta**, il gruppo multinazionale **dovrà dimostrare** al Fisco quali siano le **reali ragioni economiche** che hanno comportato la **costituzione di una nuova società controllata italiana** la quale, a sua volta, ha immediatamente **costituito una singola stabile organizzazione** nel mercato asiatico che, sostanzialmente, ha **dato continuità** al *business* svolto dalla **precedente stabile organizzazione giapponese**.

In caso contrario, nel corso di una verifica fiscale ed in **applicazione della nuova normativa sull'abuso del diritto e sull'elusione fiscale**, Beta S.r.l. potrebbe vedersi disconosciuto, in **assenza di valide ragioni economiche** non marginali, **l'esercizio dell'esenzione** operata ai sensi dell'articolo 168-ter del D.P.R. 917/1986, con il **recupero a tassazione** dei **redditi conseguiti** all'estero da parte di "new branch 4".



Seminario di specializzazione

LA STABILE ORGANIZZAZIONE: RECENTE EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA NAZIONALE ED INTERNAZIONALE

Scopri le sedi in programmazione >