

INVESTMENT MANAGEMENT EXEMPTION

1. La stabile organizzazione in Italia

Ai sensi dell'art. 162, comma 1 TUIR con le parole «stabile organizzazione» ci si riferisce ad una *“sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato”*.

Quindi secondo l'interpretazione della Corte di Cassazione per accertare se una società estera abbia una stabile organizzazione in Italia occorre verificare *“che, mediante la sede fissa di affari, la società con sede all'estero svolge la propria attività nel territorio italiano, cioè una attività economicamente rilevante per il soggetto cui la stessa è riferibile, da intendersi, peraltro, in senso ampio, fino a ricomprendersi anche lo svolgimento di una prestazione di servizi, o, in generale, qualunque attività di impresa, purchè riferibile, appunto, al soggetto che la esercita”*¹, mentre non rileva che, oltre attività configuranti stabile organizzazione eserciti *“contemporaneamente attività preparatorie e accessorie”*.

Peraltro nel caso in cui l'attività preparatoria o accessoria siano rivolte non al proprio interno ma in favore ad altre imprese, *“anche se facenti parte del gruppo in cui si colloca la casa madre, la sede fissa non svolge, in questo caso, una funzione meramente preparatoria o ausiliaria della casa madre di appartenenza, ma, per l'appunto, un'attività di impresa che, seppure riferibile alla casa madre, si tratteggia in termini economicamente autonomi, in quanto di per sé produttiva di un autonomo risultato economico”*.

La Corte di Giustizia dell'UE ha chiarito recentemente che per la configurazione di una stabile organizzazione *“non è necessario detenere i mezzi umani o tecnici in proprio in un altro Stato membro”* ma per contro è *“necessario che il soggetto passivo abbia il potere di disporre di tali mezzi umani e tecnici come se fossero i propri, sulla base, ad esempio, di contratti di servizio o di locazione che mettano tali mezzi a sua disposizione e non possano essere risolti a breve termine”*, mentre la circostanza che una società possieda una società «figlia» in uno Stato membro non è di per sé sufficiente per ritenere che la seconda costituisca stabile organizzazione della prima². Quest'ultimo acclaramento trova conferma anche nel testo del comma 9 dell'art. 162 TUIR secondo il quale *“Il fatto che un'impresa non residente con o senza stabile organizzazione nel territorio dello Stato controlli un'impresa residente, ne sia controllata, o che entrambe le imprese siano controllate da un terzo soggetto esercente o no attività d'impresa non costituisce di per sé motivo sufficiente per considerare una qualsiasi di dette imprese una stabile organizzazione dell'altra”*.

Neppure è sufficiente che con riferimento alle due società sussista un contratto di esclusiva in favore di quella ubicata all'estero allorché l'impresa stabilita *“rimane responsabile dei propri mezzi e fornisce tali prestazioni a suo proprio rischio”*³, giungendo pertanto a ritenere che *“un soggetto passivo destinatario di servizi, la cui sede d'attività economica è fissata fuori dell'Unione europea, non dispone di una stabile organizzazione nello Stato membro in cui è stabilito il prestatore dei servizi di cui trattasi, giuridicamente distinto da tale destinatario, quando quest'ultimo non vi dispone di una struttura idonea in termini di mezzi umani e tecnici che possa costituire tale stabile organizzazione, e ciò anche qualora il soggetto prestatore dei servizi realizzi a vantaggio di detto soggetto destinatario, in esecuzione di un impegno contrattuale esclusivo, prestazioni di lavoro per*

¹ Cass., 8 ottobre 2020, n. 21693.

² CGUE, Sez. X, 29 giugno 2023, C-232/22.

³ Sempre CGUE C-232/22.

conto terzi nonché una serie di prestazioni accessorie o supplementari, che concorrono all'attività economica del soggetto passivo destinatario in tale Stato membro”.

2. Le esemplificazioni dei commi da 2 a 7 dell'art. 162 TUIR.

I commi 2 e 3 dell'art. 162 TUIR elencano una serie di situazioni che costituiscono una stabile organizzazione per la casa madre ubicato all'estero:

a) sede di direzione;

b) succursale;

c) ufficio;

d) officina;

e) laboratorio;

f) miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali, anche in zone situate al di fuori delle acque territoriali in cui, in conformità al diritto internazionale consuetudinario ed alla legislazione nazionale relativa all'esplorazione ed allo sfruttamento di risorse naturali, lo Stato può esercitare diritti relativi al fondo del mare, al suo sottosuolo ed alle risorse naturali.

g) significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso;

h) cantiere di costruzione o di montaggio o di installazione, ovvero l'esercizio di attività di supervisione ad esso connesse, ma soltanto se tale cantiere, progetto o attività abbia una durata superiore a tre mesi.

In particolare, costituisce una stabile organizzazione un soggetto che, non essendo un agente indipendente ai sensi del comma 7, *“agisce nel territorio dello Stato per conto di un'impresa non residente e abitualmente conclude contratti o opera ai fini della conclusione di contratti senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa e detti contratti sono in nome dell'impresa, oppure relativi al trasferimento della proprietà, o per la concessione del diritto di utilizzo, di beni di tale impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare, oppure relativi alla fornitura di servizi da parte di tale impresa, [...] a meno che le attività di tale soggetto siano limitate allo svolgimento delle attività di cui al comma 4 le quali, se esercitate per mezzo di una sede fissa di affari, non permetterebbero di considerare questa sede fissa una stabile organizzazione ai sensi delle disposizioni del medesimo comma 4”* (comma 6).

I commi 4 e 4-bis, infatti, elencano una serie di situazioni che non costituiscono di per sé una stabile organizzazione purché di carattere preparatorio o ausiliario:

a) l'uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;

b) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;

c) la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;

d) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa;

e) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dello svolgimento, per l'impresa, di ogni altra attività;

f) la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e).

Le fattispecie di cui al comma 4 non si applicano, tornando a configurarsi la stabile organizzazione, in presenza di una sede fissa d'affari che *“sia utilizzata o gestita da un'impresa se la stessa impresa o un'impresa strettamente correlata svolge la sua attività nello stesso luogo o in un altro luogo nel territorio dello Stato e lo stesso luogo o l'altro luogo costituisce una stabile organizzazione per l'impresa o per l'impresa strettamente correlata in base alle previsioni del presente articolo, ovvero l'attività complessiva risultante dalla combinazione delle attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa o da imprese strettamente correlate nei due luoghi, non sia di carattere preparatorio o ausiliario, purché le attività svolte dalle due imprese nello stesso luogo, o dalla stessa impresa, o dalle imprese strettamente correlate nei due luoghi, costituiscano funzioni complementari che siano parte di un complesso unitario di operazioni d'impresa”* (comma 5).

3. L'agente indipendente e il concetto di «stretta correlazione».

Come abbiamo visto se un soggetto è un agente indipendente può operare anche per conto di un'impresa non residente e abitualmente concludere contratti o operare con essa ai fini della conclusione di contratti senza modifiche sostanziali e ancorché detti contratti siano in nome e per conto dell'impresa oppure relativi al trasferimento della proprietà o per la concessione del diritto di utilizzo, di beni di tale impresa o che l'impresa abbia il diritto di utilizzare oppure relativi alla fornitura di servizi da parte di tale impresa e, quindi, al di fuori delle fattispecie di cui al combinato disposto dei commi 4 e 4-bis.

Il comma 7 puntualizza, tuttavia, che *“quando un soggetto opera esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di una o più imprese alle quali è strettamente correlato, tale soggetto non è considerato un agente indipendente, ai sensi del presente comma, in relazione a ciascuna di tali imprese”*, salvo che non svolga attività per mezzo di un raccomandatario marittimo di cui alla legge 4 aprile 1977, n. 135, o di un mediatore marittimo di cui alla legge 12 marzo 1968, n. 478, che abbia i poteri per la gestione commerciale o operativa delle navi dell'impresa, anche in via continuativa (comma 8).

Quindi il successivo comma 7-bis s'incarica di definire cosa s'intenda per «stretta correlazione» tra l'agente e l'entità straniera: *“un soggetto è strettamente correlato ad un'impresa se, tenuto conto di tutti i fatti e di tutte le circostanze rilevanti, l'uno ha il controllo dell'altra ovvero entrambi sono controllati da uno stesso soggetto”*.

Il «controllo» s'intende sussistente quando *“un soggetto è considerato strettamente correlato ad un'impresa”* e ciò si determina *“se l'uno possiede direttamente o indirettamente più del 50 per cento della partecipazione dell'altra o, nel caso di una società, più del 50 per cento del totale dei diritti di voto e del capitale sociale, o se entrambi sono partecipati da un altro soggetto, direttamente o indirettamente, per più del 50 per cento della partecipazione, o, nel caso di una società, per più del 50 per cento del totale dei diritti di voto e del capitale sociale”*.

4. L'indipendenza dal veicolo d'investimento.

Per un veicolo d'investimento valgono le premesse di cui sopra, ma in forza delle modifiche apportate dall'art. 1, comma 255 l. n. 197/2022 è stata stabilita una disciplina specifica di derivazione eurounitaria.

In particolare, si stabilisce che *“si considera indipendente dal veicolo di investimento non residente il soggetto, residente o non residente anche operante tramite propria stabile organizzazione nel territorio dello Stato, che, in nome o per conto del veicolo di investimento non residente o di sue controllate, dirette o indirette, e anche se con poteri discrezionali, abitualmente concluda contratti di acquisto, di vendita o di negoziazione, o comunque contribuisca, anche tramite operazioni preliminari o accessorie, all'acquisto, alla vendita o alla negoziazione di strumenti finanziari, anche derivati e comprese le partecipazioni al capitale o al patrimonio, e di crediti”* (comma 7-ter) purché sussistano tutte le seguenti condizioni (comma 7-quater):

a) il veicolo di investimento non residente e le relative controllate siano residenti o localizzati in uno Stato che consente un adeguato scambio d'informazioni⁴ mentre la sede fissa d'affari a disposizione di un'impresa residente che vi svolge la propria attività, utilizzando il proprio personale, non si considera a disposizione del veicolo di investimento non residente per il solo fatto che l'attività dell'impresa residente reca un beneficio al predetto veicolo (comma 9-bis);

b) il veicolo di investimento non residente rispetti i requisiti di indipendenza stabiliti dal decreto previsto dal comma 7-quinquies;

c) il soggetto residente o non residente, che svolge l'attività nel territorio dello Stato in nome o per conto del veicolo di investimento non residente di cui alla lettera a), non ricopra cariche negli organi di amministrazione e di controllo del veicolo di investimento e di sue controllate, dirette o indirette, e non detenga una partecipazione ai risultati economici del veicolo d'investimento non residente superiore al 25 per cento. A tal fine si considerano anche le partecipazioni agli utili spettanti a soggetti appartenenti al medesimo gruppo di tale soggetto. Il decreto previsto dal comma 7-quinquies stabilisce le modalità di computo della partecipazione agli utili;

d) il soggetto residente, o la stabile organizzazione nel territorio dello Stato del soggetto non residente, che presta servizi nell'ambito di accordi con entità appartenenti al medesimo gruppo riceva, per l'attività svolta nel territorio dello Stato, una remunerazione supportata dalla documentazione idonea di cui all'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471 e poi precisata con provvedimento dell'Agenzia del 28 febbraio 2024, prot. n. 68665.

5. I requisiti d'indipendenza del soggetto che agisce per la società veicolo

L'art. 1 del d.m. 22 febbraio 2024 recante «Disciplina in materia di presunzione legale relativa alla non configurabilità di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato di un veicolo di investimento non residente che si avvale di servizi di supporto all'attività di investimento svolti da altri soggetti (*investment management exemption*)» stabilisce che si considera indipendente dai veicoli di investimento non residenti nel territorio dello Stato, il soggetto, residente in uno Stato che consente un adeguato scambio di informazioni, anche operante tramite stabile organizzazione nel medesimo territorio, che, in nome o per conto di tali veicoli o di società controllate, direttamente o indirettamente, dai medesimi veicoli di investimento, e anche se con poteri discrezionali, abitualmente conclude contratti di acquisto, di vendita o di negoziazione, o comunque contribuisce, anche tramite operazioni preliminari o accessorie, all'acquisto, alla vendita o alla negoziazione di

⁴ Ci si riferisce all'elenco di cui al d.m. 4 settembre 1996 come successivamente modificato dal d.m. 9 agosto 2016 emanati ai sensi dell'art. 11, comma 4, lettera c), del decreto legislativo 1° aprile 1996, n. 239.

strumenti finanziari, anche derivati e comprese le partecipazioni al capitale o al patrimonio, e di crediti allorché sia alternativamente un:

- a) organismo di investimento collettivo del risparmio, istituito in uno Stato membro UE o SEE o il cui gestore sia soggetto a forme di vigilanza nel Paese nel quale è istituito;
- b) un organismo di investimento collettivo del risparmio, istituiti in uno Stato che consente un adeguato scambio di informazioni, purché abbia i seguenti requisiti:

1) il patrimonio dell'organismo è raccolto presso una pluralità di investitori, gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi soggetti in base a una politica di investimento predeterminata;

2) l'organismo o il suo gestore sono soggetti a vigilanza prudenziale e regolati da normative sostanzialmente equivalenti a quelle di cui alla direttiva 2009/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, ovvero alla direttiva 2011/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2011;

- c) ente, residente o localizzato in uno Stato che consente un adeguato scambio di informazioni, e sottoposto a vigilanza prudenziale, che ha come oggetto esclusivo o principale lo svolgimento dell'attività di investimento del capitale raccolto presso terzi in base a una politica di investimento predeterminata e nel quale sono rispettate le seguenti condizioni:

1) nessun soggetto detiene una partecipazione al capitale sociale o al patrimonio superiore al 20%, ivi comprese le partecipazioni detenute da soggetti legati da stretti legami ai sensi dell'art. 1, comma 6-*bis*.3, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 ma escluse le partecipazioni prive di diritti amministrativi. La soglia poi non trova applicazione: *a*) temporaneamente quando il veicolo d'investimento raccoglie capitale aggiuntivo ovvero riduce il capitale esistente, purché la sospensione non sia superiore a dodici mesi; *b*) dal momento in cui il veicolo avvia le attività di liquidazione del patrimonio, al fine di rimborsare le quote o azioni agli investitori, la predetta soglia non deve essere applicata;

2) il capitale raccolto è gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dagli stessi.

6. I requisiti dell'agente indipendente.

Il soggetto residente o non residente che agisce a nome e per conto del veicolo d'investimento o di sue controllate si considera indipendente se lo stesso, i suoi amministratori e i suoi dipendenti rispettano le seguenti previsioni (art. 2):

- non devono ricoprire cariche negli organi di amministrazione e controllo del veicolo di investimento e in quelli delle controllate, dirette o indirette, diverse da quelle residenti nel territorio dello Stato, del medesimo veicolo. Il divieto di ricoprire cariche negli organi di amministrazione e controllo deve intendersi riferito alle cariche con deleghe generali operative attribuite dall'organo di amministrazione, con la sola esclusione delle specifiche deleghe approvate dall'organo di amministrazione attribuite al soggetto con riferimento a singoli atti;
- non devono detenere una partecipazione ai risultati economici del veicolo di investimento superiore a una quota pari al 25% dell'ammontare complessivo dei risultati economici del medesimo veicolo inclusi i soggetti legati da un rapporto di controllo, tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena partecipativa.

7. Orientamenti dell'Amministrazione Finanziaria

L'Agenzia delle Entrate, con provvedimento n. 68665/2024, ha pubblicato il 24 febbraio scorso le linee guida per l'applicazione della disciplina dell'*investment management exemption*, alla remunerazione ricevuta, per l'attività svolta nel territorio dello Stato, dal soggetto residente, o dalla stabile organizzazione nel territorio dello Stato del soggetto non residente (che presta servizi nell'ambito di accordi con entità appartenenti al medesimo Gruppo in nome o per conto del Veicolo o delle sue Controllate).

Il comma 255 dell'art. 1 della legge 29 dicembre 2022, n. 197 (legge di bilancio 2023) ha infatti modificato l'art. 162 TUIR introducendo una presunzione legale che consente, al ricorrere di determinate condizioni, la non configurabilità di una stabile organizzazione in Italia di un veicolo d'investimento non residente che opera sul territorio nazionale tramite un soggetto che svolge, in suo nome o per conto, attività di gestione degli investimenti (disciplina della c.d.*investment management exemption*).

Una delle condizioni previste dal legislatore è che il soggetto residente, o la stabile organizzazione nel territorio dello Stato del soggetto non residente, che presta servizi nell'ambito di accordi con entità appartenenti al medesimo gruppo, riceva, per l'attività svolta nel territorio dello Stato, una remunerazione supportata dalla documentazione idonea di cui all'art. 1, comma 6, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471.

In tale contesto, il comma 7-quater, lettera d), dell'art. 162 del TUIR, assegna all'Agenzia delle Entrate il compito di definire, con provvedimento, le linee guida per l'applicazione a tale remunerazione dell'articolo 110, comma 7, del TUIR.

Il provvedimento pubblicato, pertanto, dopo aver richiamato i metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento e i relativi criteri di applicabilità di cui alle Linee guida OCSE, individua, prevedendo deroghe e disposizioni di chiusura, i metodi più appropriati per l'applicazione del principio di libera concorrenza, distinguendo per tipologia di servizi.

Il provvedimento definisce quindi preliminarmente l'ambito di applicazione soggettiva ed oggettiva, chiarendo cosa debba intendersi per:

- soggetti residenti che prestano servizi nell'ambito di accordi con entità appartenenti al medesimo Gruppo
- stabile organizzazione nel territorio dello Stato del soggetto non residente che presta servizi nell'ambito di accordi con entità appartenenti al medesimo Gruppo
- servizi di gestione degli investimenti
- servizi connessi e strumentali all'attività di gestione degli investimenti.

Specifica infine i metodi per la determinazione dei prezzi di trasferimento dei servizi di gestione degli investimenti: ai fini della valorizzazione, in base al principio di libera concorrenza, della remunerazione associata a un'operazione consistente nella prestazione di servizi di gestione degli investimenti resa dai soggetti indicati, in nome o per conto del Veicolo o delle sue Controllate, viene ritenuto che il metodo più appropriato sia il metodo del confronto di prezzo; in subordine, il metodo transazionale della ripartizione degli utili.

Chiarisce inoltre i metodi per determinare i prezzi di trasferimento dei servizi connessi e strumentali all'attività di gestione degli investimenti, richiamando le anzidette Linee Guida OCSE

Genova, li 11 marzo 2024

Avv. Marco Bersi

Dott. Luca Donato