

Ottobre 2015

La residenza fiscale degli OICR e la stabile organizzazione del gestore alla luce del recepimento della Direttiva AIFM

Stefano Massarotto e Antonio Privitera, Studio Tributario Associato Facchini Rossi & Soci

Premessa

Il recepimento in Italia della Direttiva AIFM¹, ad opera del D.Lgs. n. 44/2014, ha comportato la definitiva implementazione nell'ordinamento nazionale della disciplina comunitaria sul c.d. **passaporto del gestore**, introdotta dapprima dalla Direttiva UCITS IV² con riferimento ai soli OICVM (ossia gli organismi di investimento collettivo che investono il loro patrimonio in valori mobiliari e che rispettano talune politiche e limitazioni di investimento definite dalla medesima direttiva UCITS IV), e successivamente estesa, proprio attraverso la Direttiva AIFM, anche ai FIA, vale a dire i fondi di investimento alternativi, sostanzialmente definiti dalla Direttiva AIFM come gli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR) diversi dagli OICVM regolati dalla predetta Direttiva UCITS IV³.

Come è noto, il “passaporto del gestore” è la possibilità offerta ai soggetti gestori di OICR autorizzati in un particolare Stato membro dell'Unione Europea (siano essi gestori di OICVM – SGR – ovvero gestori di FIA – GEFIA)⁴, di istituire e gestire OICR stabiliti in uno Stato membro differente da quello che ha, invece, autorizzato il soggetto gestore. In altri termini, differentemente dal passato, in cui lo Stato membro che

¹ Direttiva 2011/61/UE dell'8 giugno 2011.

² Direttiva 2009/65/CE del 13 luglio 2009.

³ La Direttiva AIFM, pur non disciplinando specificatamente i FIA, li definisce comunque all'art. 4, come “*gli organismi di investimento collettivo, compresi i relativi comparti, che: (i) raccolgono capitali da una pluralità di investitori al fine di investirli in conformità di una politica di investimento definita a beneficio di tali investitori; e (ii) non necessitano di un'autorizzazione ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2009/65/CE*”. Sul punto, ci sia consentito altresì rinviare a L. ROSSI – G. BARBAGELATA – A. PRIVITERA, Il regime fiscale dei proventi da partecipazione ad organismi di investimento collettivo del risparmio di diritto estero in ottica europea, in AA.VV., Temi di fiscalità nazionale ed internazionale, CEDAM, 2014, pagg. 567-576.

⁴ Più in particolare, sia la Direttiva UCITS IV sia la Direttiva AIFM richiedono, ai fini dell'autorizzazione dei soggetti gestori, che questi ultimi localizzino, nello Stato membro in cui richiedono l'autorizzazione, sia la loro sede statutaria sia la loro amministrazione centrale. Regole particolari sono previste per i GEFIA non UE (cfr. *infra*).

autorizzava l'OICR doveva essere necessariamente coincidente con quello che autorizzava il suo soggetto gestore, in base al quadro normativo regolamentare attualmente in vigore, l'OICR e il proprio soggetto gestore possono essere stabiliti (i.e. istituiti) in Stati membri differenti⁵.

Ciò premesso, la possibilità per i gestori di gestire OICR istituiti in Stati differenti da quelli in cui i medesimi gestori sono stati autorizzati solleva taluni profili tributari relativi alla determinazione della **residenza fiscale** degli OICR e alla possibile sussistenza di una **stabile organizzazione** del gestore.

1. L'individuazione della residenza degli OICR per effetto del recepimento della disciplina sul passaporto del gestore

A seguito dell'implementazione in Italia della Direttiva UCITS IV, che, come visto, ha per prima introdotto la disciplina sul passaporto del gestore in ambito comunitario, il Legislatore nazionale ha incluso gli OICR istituiti in Italia⁶, ossia gli OICR autorizzati dalle Autorità di vigilanza italiane, nel novero degli enti non commerciali residenti, soggetti passivi IRES ai sensi dell'art. 73 T.U.I.R.⁷, prevedendo, al contempo, un regime di non imposizione per i redditi conseguiti da questi ultimi, nell'ipotesi in cui gli stessi OICR o i soggetti incaricati della loro gestione siano sottoposti a forme di vigilanza prudenziale⁸.

Successivamente, in occasione del recepimento della Direttiva AIFM, il Legislatore nazionale, per il tramite degli artt. 10 e 11 D.Lgs. n. 44/2014, ha modificato le norme che prevedono gli obblighi di sostituzione di imposta per i proventi (redditi di capitale) derivanti dalla partecipazione ad OICR (OICVM e FIA) non immobiliari⁹, sia di diritto italiano sia di diritto estero, contenute rispettivamente nell'art. 26-*quinquies* D.P.R. n. 600/1973 e nell'art. 10-*ter* L. n. 77/1983, che attualmente pongono esplicito riferimento allo Stato in cui tali OICR sono "istituiti". Tale modifica, come è possibile leggere nella Relazione illustrativa del predetto D.Lgs. n. 44/2014, si è resa necessaria posto che l'elemento dell'**istituzione** (ossia dell'autorizzazione) è quello che "viene preso in considerazione dal Legislatore ai fini dell'**individuazione della residenza dei fondi**

⁵ Con riferimento al quadro normativo regolamentare in vigore in epoca antecedente all'introduzione del passaporto del gestore, recato dalla Direttiva n. 85/611/CEE del 1985, e dei relativi profili tributari ci sia consentito rinviare a L. ROSSI – A. PRIVITERA, La residenza fiscale degli organismi di investimento collettivo, Il fisco, 2015, n. 24.

⁶ Cfr. art. 96 D.L. n. 1/2012 (convertito, con modificazioni, dalla L. n. 27/2012).

⁷ Cfr. Agenzia delle Entrate, Circolare n. 38/E del 2013.

⁸ Cfr. l'art. 73 T.U.I.R., ai sensi del quale non trovano altresì applicazione alcune norme relative agli obblighi di sostituzione di imposta con riferimento a taluni redditi di capitale percepiti dai medesimi OICR italiani non immobiliari. Inoltre, ai sensi dell'art. 3 D.Lgs. n. 446/1997, gli OICR istituiti in Italia non sono soggetti passivi dell'IRAP, fatta eccezione per le SICAV e le SICAF, per le quali assume rilievo, ai fini di tale imposta, unicamente la differenza tra le commissioni di sottoscrizione e le commissioni passive dovute ai soggetti collocatori, ai sensi dell'art. 6 D.Lgs. n. 446/1997 e dell'art. 9 D.Lgs. n. 44/2014.

⁹ Cfr. art. 44 T.U.I.R..

[i.e. degli OICR in genere, n.d.r.] per effetto dell'entrata in vigore della Direttiva UCITS IV [ossia a decorrere dall'1 luglio 2011, n.d.r.]”.

Sulla scorta del chiaro orientamento manifestato, come visto, in più occasioni, dal Legislatore nazionale, l'Agenzia delle Entrate, nella Circolare n. 21/E del 2014 ha sostenuto che le modifiche in esame:

- hanno "meglio chiarito che il principio in base al quale deve essere individuata in via generale **la residenza fiscale degli OICR** italiani ed esteri è quello dello **Stato dell'istituzione dell'OICR**, indipendentemente dal luogo di stabilimento del soggetto gestore"; e
- ponendosi in linea con le disposizioni dell'art. 73 del T.U.I.R., in base al quale si considerano residenti nel territorio dello Stato gli OICR istituiti in Italia, hanno specificato che un **OICR** si considera **residente nello Stato in cui riceve l'autorizzazione** ad operare, a prescindere dalla circostanza che il suo soggetto gestore, per effetto del c.d. passaporto del gestore, sia residente in uno Stato diverso.

L'aver chiarito che il criterio con cui determinare la residenza fiscale degli OICR è unicamente quello del luogo di istituzione, senza alcuna considerazione sul luogo in cui è stabilito il proprio soggetto gestore, è da accogliere sicuramente con favore, in quanto contribuisce a garantire maggiore certezza sia agli investitori sia ai gestori, che possono liberamente cogliere le opportunità loro offerte dal passaporto del gestore, istituendo e gestendo OICR al di fuori dei propri confini nazionali (cfr. *infra*).

Conseguentemente, ai fini dell'individuazione della residenza fiscale degli OICR, non assume rilevanza alcuna il luogo in cui:

- è svolta l'attività di gestione;
- vengono effettuati gli investimenti; e
- sono residenti degli investitori.

Stante quanto sopra, nei successivi paragrafi sono analizzate le ragioni in base alle quali il criterio del luogo dell'istituzione:

- deve valere anche per l'individuazione della residenza degli OICR immobiliari e dei FIA non UE; e
- non possa essere derogato nell'ipotesi in cui il soggetto gestore si avvalga dell'istituto della delega di funzioni.

Da ultimo, sono altresì illustrati i chiarimenti recati dall'Amministrazione finanziaria nella Circolare n. 21/E del 2014 con riferimento all'insussistenza di una stabile

organizzazione nel territorio dello Stato per i gestori che istituiscono e gestiscono OICR in Italia in regime di libera prestazione di servizi.

2. L'elemento dell'istituzione quale criterio per l'individuazione della residenza anche degli OICR immobiliari e dei FIA non UE

I recenti chiarimenti recati dal Legislatore nazionale e dall'Amministrazione finanziaria in merito alla residenza fiscale degli OICR, pur essendo stati pronunciati con riferimento agli OICR (di diritto italiano e di diritto estero) che non investono il loro patrimonio in beni immobili, devono ovviamente trovare applicazione anche con riferimento agli OICR immobiliari, sia di diritto italiano sia di diritto estero, avuto presente che:

- l'art. 73 T.U.I.R., nell'ascrivere gli OICR istituiti in Italia nel novero dei soggetti residenti nel territorio dello Stato, non pone alcuna distinzione ai beni che costituiscono oggetto dell'investimento da parte di tali soggetti, dovendo pertanto legittimamente considerare residenti in Italia anche gli OICR immobiliari che sono istituiti in Italia¹⁰;
- gli artt. 6 e 7 D.L. n. 351/2001¹¹, disciplinano, rispettivamente, (i) il regime tributario proprio (i.e. la non soggezione all'IRES e all'IRAP) degli OICR immobiliari istituiti ai sensi dell'art. 37 [*rectius* 39] del T.U.F.¹², vale a dire gli OICR immobiliari istituiti in Italia, i.e. autorizzati dalle Autorità di vigilanza italiane (recentemente esteso anche alle SICAF immobiliari), e (ii) gli obblighi di sostituzione di imposta per i proventi (redditi di capitale) derivanti dalla partecipazione a tali OICR; e
- l'art. 13 D.Lgs. n. 44/2014 disciplina, invece, i nuovi obblighi di sostituzione di imposta per i proventi (redditi di capitale) derivanti dalla partecipazione ad OICR immobiliari di diritto estero e, a tal riguardo, sia la Relazione illustrativa del D.Lgs. n. 44/2014 sia la Circolare n. 21/E del 2014 hanno precisato che l'introduzione di tale norma si è resa necessaria “anche in considerazione della circostanza che il recepimento della *direttiva AIFM* consente alle SGR italiane di istituire e/o gestire fondi immobiliari all'estero in regime di libera prestazione dei servizi” (i.e. per il tramite del passaporto del gestore), lasciando chiaramente intendere che nel novero degli OICR immobiliari di diritto estero sono da includere gli OICR immobiliari che non sono stati istituiti (i.e. autorizzati ad operare) in Italia; pertanto
- l'**elemento dell'istituzione** deve necessariamente rappresentare il **criterio** da seguire anche **per** individuare la **residenza** degli **OICR immobiliari**.

¹⁰ Cfr. Agenzia delle Entrate, Circolare n. 2/E del 2012.

¹¹ Convertito, con modificazioni, dalla L. n. 410 /2001.

¹² Nonché dell'art. 14-bis della L. n. 86/1994.

Le **medesime considerazioni** in merito al criterio da seguire per la determinazione della **residenza** degli organismi di investimento collettivo del risparmio devono valere anche per gli OICR di diritto estero autorizzati ad operare in Stati non appartenenti all'Unione Europea, vale a dire i **FIA non UE**, quanto meno nell'ipotesi in cui tali OICR presentino i requisiti sostanziali tipici previsti per gli omologhi organismi italiani¹³, posto che, ai sensi della Direttiva AIFM, anche i FIA non UE si considerato “*stabiliti*” negli Stati non appartenenti all'Unione Europea in cui sono autorizzati, i.e. istituiti. Ciò in quanto:

- come visto in precedenza, l'art. 73 T.U.I.R. individua tra gli OICR residenti nel territorio dello Stato esclusivamente quelli istituiti in Italia;
- sia la Relazione illustrativa del D.Lgs. n. 44/2014 sia la Circolare n. 21/E del 2014 hanno precisato che, a decorrere dall'emanazione della Direttiva UCITS IV (1 luglio 2011), l'elemento dell'istituzione (ossia dell'autorizzazione) è quello che è preso in considerazione dal Legislatore nazionale ai fini dell'individuazione della residenza fiscale degli OICR sia italiani sia esteri, non distinguendo tra OICR istituiti in Stati membri dell'Unione Europea e OICR istituiti in Paesi terzi;
- il già citato art. 10-ter L. n. 77/1983, nel disciplinare, ai commi 6 e 7, gli obblighi di sostituzione di imposta relativi ai proventi (redditi di capitale) derivanti dalla partecipazione ad OICR non immobiliari di diritto estero, diversi dagli OICR non immobiliari istituiti negli Stati membri dell'Unione europea (e negli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo che consentono un adeguato scambio di informazioni), lascia chiaramente intendere che tali OICR debbano essere istituiti (i.e. autorizzati) in Paesi terzi; e
- il precedentemente menzionato art. 13 D.Lgs. n. 44/2014, nel disciplinare, invece, i nuovi obblighi di sostituzione di imposta per i medesimi proventi derivanti dalla partecipazione ad OICR immobiliari istituiti all'estero, non distingue affatto tra OICR istituiti in Stati membri dell'Unione Europea e OICR istituiti in Paesi terzi.

¹³ A tale riguardo, si ricorda che l'**Amministrazione finanziaria**, ha, in **più occasioni, chiarito** che, per poter applicare agli organismi esteri la speciale disciplina per essi prevista, occorre, in prima battuta, riferirsi alla normativa vigente nello Stato estero in cui l'organismo è stato autorizzato e verificare anche che il medesimo organismo estero, a prescindere dal *nomen juris* ed, eventualmente dalla propria soggettività tributaria, presenti i requisiti sostanziali tipici previsti per gli omologhi organismi italiani, vale a dire, in estrema sintesi, (i) la **gestione collettiva del risparmio** raccolto con la finalità di investire il medesimo sulla base di una **politica di investimento predeterminata**; (ii) la **pluralità** degli **investitori**; (iii) l'autonomia delle scelte di gestione (tipicamente affidate ad un soggetto gestore professionale) rispetto all'influenza dei partecipanti; e (iv) la soggezione dell'organismo, ovvero del suo soggetto gestore, a **forme di vigilanza prudenziale** (cfr., *ex multis*, Circolari n. 11/E del 2011, n. 23/E del 2011 e n. 2/E del 2012). Sul punto si veda anche L. ROSSI – G. BARBAGELATA – A. PRIVITERA, *op. cit.*, pag. 561-567.

3. La residenza fiscale degli OICR in ipotesi di soggetti gestori che si avvalgono della delega di funzioni

Le sopra menzionate Direttive consentono ai gestori di delegare a soggetti terzi (facenti parte o meno del proprio gruppo), in possesso di specifiche competenze e localizzati anche in Stati differenti da quello in cui i medesimi gestori sono stati autorizzati, lo svolgimento di alcune funzioni connesse alla gestione degli OICR istituiti e gestiti dai gestori deleganti, al ricorrere di determinate condizioni, tra cui, ad esempio, che i medesimi gestori deleganti:

- informino preventivamente le Autorità di vigilanza degli Stati membri in cui sono stati autorizzati ad operare in merito ai mandati conferiti;
- monitorino e supervisionino, in via continuativa, le attività svolte dai soggetti delegati;
- abbiano la facoltà di impartire a questi ultimi istruzioni vincolanti; e
- mantengano il potere e di revocare, in ogni momento, i mandati conferiti, ove ciò sia nell'interesse degli investitori.

In altri termini, come chiaramente statuito da entrambe le Direttive in esame, i soggetti gestori **non** devono delegare a terzi le loro funzioni in misura tale da diventare una società fantasma (c.d. *letter-box entity*) e, conseguentemente, ove le deleghe di funzioni rispettino pienamente i requisiti previsti dalle predette Direttive, i mandati conferiti non hanno l'effetto di spogliare il gestore delegante delle proprie funzioni gestorie e di trasferirle in capo al soggetto delegato, ma tali funzioni gestorie rimangono, in ogni caso, in capo al gestore delegante.

Tutto ciò premesso, avendo il Legislatore nazionale e l'Amministrazione finanziaria chiaramente identificato nell'elemento dell'istituzione il criterio tramite cui individuare la residenza fiscale degli OICR, nell'ipotesi in cui un gestore (SGR/GEFIA), autorizzato ad operare e residente ai fini fiscali in uno Stato estero, deleghi lo svolgimento di una parte delle sue funzioni ad un soggetto terzo fiscalmente residente in Italia, conformemente alla disciplina regolamentare comunitaria, non dovrebbe essere possibile, in linea di principio, per l'Amministrazione finanziaria contestare l'esterovestizione del gestore (SGR/GEFIA) delegante (agendo, quest'ultimo, in aderenza alle disposizioni regolamentari attualmente in vigore).

Tuttavia, ove la medesima Amministrazione finanziaria, in ragione dell'ampiezza e della complessità dei servizi prestati dal soggetto italiano in favore del gestore (SGR/GEFIA) estero, ritenga che quest'ultimo sia un soggetto "esterovestito" e, pertanto, residente ai fini fiscali in Italia¹⁴, tale esterovestizione, ove fattualmente

¹⁴ A tale riguardo, si ricorda che, con riferimento alla residenza fiscale dei soggetti gestori, la Circolare n. 21/E del 2014, relativamente al caso dei gestori (SGR/GEFIA) che istituiscono e/o gestiscono OICR

dimostrata, dovrebbe comportare conseguenze tributarie unicamente in capo al medesimo gestore (SGR/GEFIA) estero (eventualmente tenuto ad adempiere in Italia agli obblighi tributari per i propri redditi), senza coinvolgere, in alcun modo, anche gli OICR esteri da quest'ultimo istituiti e gestiti, che, invece, dovrebbero essere considerati legittimamente residenti, anche ai fini fiscali, all'estero, in quanto “*stabiliti*” (i.e. istituiti) negli Stati esteri in cui sono stati autorizzati (i.e. istituiti) dalle locali autorità competenti.

Inoltre, sempre nell'ipotesi in cui l'Amministrazione finanziaria contestasse l'esterovestizione del medesimo gestore (SGR/GEFIA) delegante, posto che gli OICR esteri dovrebbero, in ogni caso, essere considerati residenti, ai fini fiscali, nei propri Stati di istituzione, è parimenti fondato sostenere che, in capo al medesimo gestore (SGR/GEFIA) estero presunto “esterovestito”, non sarebbero comunque sussistenti gli obblighi di sostituzione di imposta relativamente ai proventi (redditi di capitale) percepiti dagli investitori residenti in Italia¹⁵, avuto presente che tali obblighi dovrebbero necessariamente gravare sui soggetti individuati dall'art. 10-ter L. n. 77/1983¹⁶.

stabiliti in Italia sulla base del passaporto del gestore, ha chiarito che costituisce “principio generale che qualora la **sede dell'amministrazione** di una società sia **all'estero** in quanto ivi sono stabiliti gli **uffici** e prestano la propria opera **dipendenti e collaboratori** e sono assunte le decisioni riguardanti l'organizzazione e il funzionamento della società (riunioni e deliberazioni del consiglio di amministrazione, **decisioni** della **direzione generale**, ecc.), la **residenza** fiscale della società o ente, ai sensi dell'art. 73, comma 3, del TUIR non può che essere stabilita **al di fuori del territorio dello Stato**”. Circa i criteri da seguire per individuare la residenza fiscale di società ed enti cfr. F. FACCHINI – A. PORRO, *Considerazioni sulla residenza fiscale delle holding di partecipazioni e sull'applicazione della normativa CFC alle controllate estere stabilite in Paesi “white-list”*, in AA.VV, *Temi di fiscalità nazionale ed internazionale*, CEDAM, 2014, pag. 108-216.

¹⁵ Ovviamente, dovendosi, in ogni caso, considerare gli OICR residenti, ai fini fiscali, nei propri Stati di istituzione, *a fortiori* nessun obbligo di sostituzione di imposta sarebbe sussistente in capo al medesimo gestore “esterovestito” con riferimento ai proventi percepiti da investitori non residenti in Italia, in quanto tali proventi non sarebbero comunque imponibili in Italia per carenza del presupposto di territorialità di cui all'art. 23 T.U.I.R..

¹⁶ Cfr. Circolari n. 19/E del 2013 e 21/E del 2014. A tale riguardo, vale la pena di sottolineare che nessun obbligo di sostituzione di imposta dovrebbe altresì gravare sul medesimo gestore (SGR/GEFIA) estero presunto “esterovestito” in applicazione della disposizione di cui all'art. 10-ter, c. 2-ter, L. n. 77/1983, in base alla quale i gestori (SGR/GEFIA) italiani che, ai sensi delle Direttive UCITS IV e AIFM, istituiscono e/o gestiscono all'estero, in regime di libera prestazione di servizi, OICR esteri (diversi da quelli immobiliari) applicano direttamente le ritenute sui proventi percepiti dagli investitori residenti in Italia, posto che tale disposizione deve trovare applicazione esclusivamente nei confronti di gestori (SGR/GEFIA) che sono stati autorizzati in Italia e che hanno scelto di operare anche in altri Stati esteri avvalendosi del passaporto del gestore. Alle medesime conclusioni dovrebbe giungersi anche nell'ipotesi in cui l'Amministrazione finanziaria eccepisca che il gestore (SGR/GEFIA) estero di OICR esteri abbia istituito in Italia una stabile organizzazione (art. 162 T.U.I.R.), posto che, anche in tale ipotesi, è fondato ritenere che gli obblighi di sostituzione di imposta in relazione ai proventi relativi agli OICR esteri percepiti da investitori residenti in Italia siano necessariamente gravanti in capo ai soggetti individuati dal predetto art. 10-ter L. n. 77/1983.

4. L'insussistenza di una stabile organizzazione in Italia per i gestori esteri che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizi

Da ultimo, sempre con riferimento al recepimento in Italia della disciplina sul passaporto del gestore, la Circolare n. 21/E del 2014, commentando gli obblighi di sostituzione di imposta propri dei gestori esteri che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizi (art. 26-*quinquies*, c. 6-*bis*, D.P.R. n. 600/1973) con riferimento ai proventi (redditi di capitale) derivanti dalla partecipazione ad OICR non immobiliari italiani, ha precisato che “la circostanza che una **società di gestione europea** istituisca e/o gestisca un **OICR italiano** sulla base del *passaporto del gestore* **non implica di per sé** la sussistenza di una **stabile organizzazione in Italia**”.

Anche tale precisazione fornita dall'Amministrazione finanziaria va accolta con favore perché rende chiaro ai gestori esteri che la scelta di operare in Italia in regime di libera prestazione di servizi non configura automaticamente l'istituzione di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato, dovendo tali soggetti preoccuparsi unicamente di ottemperare agli obblighi di sostituzione di imposta relativi ai proventi sopra menzionati¹⁷.

Ciò, ovviamente non esclude che i gestori estero possano avere una stabile organizzazione in Italia. Infatti, come chiarito dalla stessa Circolare n. 21/E del 2014, “nel caso in cui risulti, invece, che una società di gestione estera operi nel territorio dello Stato avvalendosi di una stabile organizzazione [ad esempio, istituendo una **succursale**, n.d.r.], la ritenuta sui redditi derivanti dalla partecipazione a OICR dalla stessa istituiti in Italia deve essere applicata dalla stabile ivi situata”.

¹⁷ Fatta eccezione (i) per l'ipotesi in cui i medesimi soggetti gestori nominino un rappresentante fiscale in Italia e (ii) per le quote o azioni immesse in un sistema di deposito accentrato gestito da una società autorizzata ai sensi dell'articolo 80 del T.U.F..