

Dicembre 2014

La *voluntary disclosure* dei patrimoni detenuti in trust

Stefano Massarotto e Massimiliano Altomare, Studio Tributario Associato Facchini Rossi & Soci

Premessa

La Legge 15 dicembre 2014 n. 186¹ introduce nell'ordinamento tributario italiano la c.d. "*voluntary disclosure*"² attraverso la quale i contribuenti fiscalmente residenti in Italia, che detengono *assets* esteri in illecito fiscale e valutario possono (probabilmente per l'ultima volta) regolarizzare la propria posizione giuridica beneficiando, tra l'altro, di significative attenuazioni delle misure sanzionatorie sia in campo penale che amministrativo.

Il presente lavoro si propone di analizzare l'applicabilità di tale procedura nel caso di patrimoni detenuti da *trusts*.

Il tema è di grande interesse visto l'ampio utilizzo, a volte "improprio", che l'istituto del *trust* ha fatto registrare negli ultimi anni.

Trusts disconosciuti dall'Amministrazione finanziaria

Come noto, gli obblighi di monitoraggio fiscale³ riguardano, tra l'altro, gli investimenti e le attività di natura finanziaria detenute per il tramite di fiduciarie estere o di soggetti esteri fittiziamente interposti che ne risultino formalmente intestatari⁴. In particolare, l'Amministrazione finanziaria ha precisato che qualora il *trust* si configuri come "(...) un semplice schermo formale e la disponibilità dei beni che ne costituiscono il patrimonio sia da attribuire ad altri soggetti, disponenti o beneficiari del *trust*, lo stesso deve essere considerato come un soggetto meramente interposto ed il patrimonio (nonché i redditi da

¹ Pubblicata in G.U. n. 292 del 17 dicembre 2014.

² Cfr. art. 5-*quater* del D.L. n. 167/1990.

³ Cfr. art. 4, comma 1 del D.L. n. 167/1990.

⁴ In tal senso si vedano le istruzioni al modello di dichiarazione dei redditi UNICO – PF 2014, quadro RW.

questo prodotti) deve essere ricondotto ai soggetti che ne hanno l'effettiva disponibilità⁵ che risulteranno, pertanto, destinatari degli obblighi di monitoraggio fiscale.

In altri termini, l'interposizione del *trust* deve essere valutata alla luce delle norme di diritto comune e di diritto tributario in funzione della possibilità o meno di attribuire all'istituto autonoma capacità giuridica e, quindi, il possesso di beni e redditi⁶.

A tali fini diventa cruciale, quindi, condurre un'analisi, fattuale e documentale, che coinvolga tutti gli attori (disponente, *protector*, *advisor* e beneficiari) per verificare da un lato, se l'istituto rispetti i requisiti minimi richiesti dalla normativa di settore (i.e. la Convenzione del l'Aja⁷ e la legge regolatrice straniera) e se sia compatibile con l'intero sistema giuridico privatistico italiano; dall'altro, se il *trustee* goda di una pienezza proprietaria dei beni in *trust* e, altresì, di una autonomia decisionale sugli stessi.

Infatti, ove tali condizioni non risultassero verificate (è il caso, ad esempio, dei *nominee agreement* aventi la mera denominazione di *trust*, o dei *bare trust*) sarebbe lecito dubitare della "tenuta" del *trust* e, quindi, dell'esistenza stessa dell'istituto che andrebbe più correttamente riqualficato come mero "negoziario fiduciario" (in cui il fiduciario è il *trustee*) e i beni costituenti il *trust fund* (e i correlati redditi) dovrebbero essere attribuiti esclusivamente al soggetto interponente (*settlor*/beneficiario).

In definitiva in presenza di *trust* fittiziamente interposti il soggetto interponente (*settlor*/beneficiario), se fiscalmente residente in Italia, è l'unico responsabile degli obblighi tributari connessi ai beni in *trust* che, se violati, potrebbero essere regolarizzati attraverso l'attivazione della *voluntary disclosure*.

Sul fronte dei *trusts* effettivi⁸, invece, i soggetti legittimati ad attivarla variano in funzione dell'effettiva residenza del *trust* medesimo. Vale la pena, quindi, ribadire preliminarmente i criteri di collegamento della residenza del *trust* allo Stato italiano.

La residenza fiscale dei trusts

A tal proposito, in assenza di criteri specifici per il *trust*, per stabilire la residenza dell'istituto occorre rifarsi alla regola generale prevista per le persone giuridiche di cui all'art. 73, comma 3 del T.U.I.R.. Pertanto, un *trust* si considera residente se, in via alternativa e per la maggior parte del periodo d'imposta ha nel territorio dello Stato:

- la sede legale;

⁵ Cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 23 dicembre 2013 n. 38/E.

⁶ Per approfondimenti sul tema del tema si veda S. MASSAROTTO E M. ALTOMARE, "Il monitoraggio fiscale degli investimenti all'estero e delle attività estere di natura finanziaria", in AA.VV., *Temi di fiscalità nazionale ed internazionale*, CEDAM, 2014.

⁷ Ratificata in Italia con la Legge n. 346 del 16 ottobre 1989 pubblicata in G.U. n. 261 S.O. dell'8 novembre 1989.

⁸ Ovvero i *trusts* che soddisfano le condizioni evidenziate in precedenza.

- la sede dell'amministrazione; ovvero
- l'oggetto principale.

Tralasciando il criterio della sede legale che non trova riscontro nel *trust*, ai fini in questione, rilevano, quindi, esclusivamente la sede dell'amministrazione e l'oggetto principale.

Con riferimento alla sede dell'amministrazione, in linea generale, questa coincide con “(...) il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento – nei rapporti interni e con i terzi – degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e dell'impulso delle attività dell'ente (...)”⁹.

L'Agenzia delle Entrate¹⁰ nel tentativo di adattare tale criterio al *trust*, distinguendo tra *trusts* organizzati (ovvero che dispongono di una struttura organizzativa composta, ad esempio, da dipendenti, locali, etc.) e non, ha precisato che nel primo caso la residenza coinciderà con lo Stato in cui sono ubicati i citati elementi; mentre nel secondo tenderà a coincidere con il domicilio fiscale del *trustee*¹¹.

Sul punto, permangono alcuni dubbi interpretativi. Ad esempio, non è chiara la localizzazione della residenza del *trust* nel caso in cui più *trustees*, domiciliati in Paesi diversi, siano stati incaricati della gestione del *trust*; e ancora, nel caso in cui l'amministrazione del *trust fund* venga delegata a terzi (ad esempio a banche, sgr, etc.).

L'art. 73, comma 4 del T.U.I.R. definisce, invece, l'oggetto principale come “(...) l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto”.

In proposito, la Corte di Cassazione ha precisato che “per identificare la nozione di attività principale necessita fare riferimento a tutti gli atti produttivi e negoziali, nonché ai rapporti economici, che lo stesso ente pone in essere con i terzi, e per individuare il luogo in cui viene a realizzarsi l'oggetto sociale rileva, non tanto quello dove si trovano i beni principali posseduti dalla società, quanto la circostanza che occorra o meno una presenza in loco per la gestione dell'attività dell'ente”¹². In altri termini, l'oggetto principale dovrebbe, in linea generale, essere tenuto separato dai beni (principali) detenuti dall'ente¹³.

⁹ Cfr. *ex multis* Cass., n. 2869, sez. V del 7 febbraio 2013.

¹⁰ Cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 6 agosto 2007, n. 48/E.

¹¹ Il riferimento al “domicilio fiscale del *trustee*” non risulta perfettamente aderente posto che ai sensi dell'art. 58 del D.P.R. n. 602/1973 anche soggetti non residenti possono avere il domicilio fiscale nel territorio dello Stato.

¹² Cfr. Cassazione Penale n. 6995 del 30 ottobre 2013.

¹³ *Ex multis* cfr. Cassazione n. 13579 del 11 giugno 2007 e Cassazione Penale n. 7080 del 23 febbraio 2012.

L’Agenzia dell’Entrate declinando tale criterio ai *trusts* ha identificato l’oggetto principale (e quindi la sua residenza) con i beni posseduti dallo stesso (*rectius*, il luogo ove tali beni sono ubicati) cioè esclusivamente nel caso di beni immobili. In particolare, qualora il *trust fund* sia composto da beni immobili, l’oggetto principale dell’istituto dovrà localizzarsi ove tali beni sono situati mentre nel caso in cui il *trust fund* sia costituito da patrimoni mobiliari o misti, l’oggetto dovrà essere identificato con l’effettiva e concreta attività esercitata.

Ancora una volta, però, il tentativo di adattare il criterio generale ai *trusts* sembrerebbe aver lasciato alcune questioni irrisolte soprattutto in presenza di *trust fund* costituito da patrimoni mobiliari o misti. In particolare non è chiaro se rilevi il luogo di residenza delle partecipate ovvero quello ove sono assunte le decisioni¹⁴ e ancora, qualora l’amministrazione del *trust fund* venga delegata a terzi (ad esempio a banche, sgr, etc.) ove debba ritenersi effettivamente e concretamente svolta l’attività.

La residenza in Italia dei *trusts* risulta integrata anche per effetto delle presunzioni di cui all’art. 73, comma 3 del T.U.I.R. e dell’applicazione delle disposizioni, ove compatibili, in materia di estero-vestizione delle società *ex* articolo 73, commi 5-*bis* e 5-*ter* del T.U.I.R..

Da ultimo, si evidenzia che è oramai pacifico anche l’applicabilità delle convenzioni contro le doppie imposizioni per dirimere eventuali casi di doppia residenza¹⁵. Più in dettaglio, l’elemento discriminante, secondo il disposto dell’art. 4, comma 3 del Modello di Convenzione OCSE (c.d. *tie – breaker rules*), è rappresentato dal luogo ove è ubicato il “*place of effective management*” che generalmente coincide con il luogo dove sono normalmente adottate le decisioni chiave sul piano gestorio e commerciale necessarie per lo svolgimento dell’attività dell’ente¹⁶. Ciò dovrebbe significare, in presenza di *trusts*, individuare il luogo ove i soggetti in grado di esercitare il controllo dei beni in *trust* (i.e. *trustee*) formano la propria volontà e adottano le proprie decisioni in merito all’amministrazione/gestione del *trust* medesimo¹⁷.

Così delineati i criteri utili a localizzare la residenza fiscale dei *trusts* possiamo, di seguito, ad analizzare le ulteriori casistiche configurabili.

¹⁴ Al riguardo, la Corte di Cassazione (seppur trattando dell’imposta di successione) ha affermato che ai fini dell’individuazione del luogo di svolgimento dell’attività principale delle *holding*, occorre considerare il luogo ove sono assunte le decisioni relative alla gestione delle partecipazioni detenute (cfr. Cassazione n. 13579 del 11 giugno 2007).

¹⁵ In tal senso si veda la citata Circolare n. 48/E del 2007. *Contra*, cfr. CTP di Pescara, sentenza n. 210 del 13 novembre 2012.

¹⁶ In tal senso si veda il Commentario OCSE, art. 4, § 24 e la riserva espressa dall’Italia al successivo paragrafo 25 .

¹⁷ In tal senso si è espresso anche la giurisprudenza internazionale cfr. UK Court of Appeal, 8 July 2010, *Smallwood v Revenue and Customs Commissioners* e la sentenza *St. Michael Trust Corp., v. The Queen*, 2012 SCC 14 (April 12, 2012).

Trusts effettivi fiscalmente residenti in Italia

Sono tali anche i *trusts* la cui residenza è attratta nello Stato italiano per effetto delle citate presunzioni o disposizioni in materia di estero-vestizione.

Tanto premesso, per tali istituti, se residenti e classificabili quali enti non commerciali, le violazioni sanabili attraverso la procedura di collaborazione volontaria riguardano¹⁸:

i) il *trust* in proprio, in quanto soggetto direttamente richiamato dall'art. 4, comma 1, primo periodo del D.L. n.167/1990 relativamente:

- all'omessa compilazione del quadro RW per gli *assets* esteri presenti nel *trust fund*;
- all'omessa o infedele dichiarazione ai fini delle imposte sui redditi, qualora l'obbligazione tributaria ricadesse direttamente sul *trust* medesimo (*trust* opaco);

ii) i *beneficiari*, residenti in Italia relativamente:

- all'omessa compilazione del quadro RW per la disponibilità dei beni esteri quando loro effettivamente attribuiti dal *trust*;
- all'omessa compilazione del quadro RW per l'investimento estero (?) rappresentato dal diritto di credito (il diritto al reddito) vantato nei confronti del *trust*, solo se trasparenti o misti e in caso di "attrazione" della residenza fiscale in Italia;
- all'omessa o infedele dichiarazione della quota di reddito loro imputabile soltanto in caso di *trusts* trasparenti o misti.

Trusts effettivi fiscalmente residenti all'estero

Per i *trusts* esteri, infine, la *voluntary disclosure* riguarda i *beneficiari* residenti in Italia relativamente:

- all'omessa compilazione del quadro RW per la disponibilità dei beni esteri quando loro effettivamente attribuiti dal *trust*;
- all'omessa compilazione del quadro RW per l'investimento estero rappresentato dal diritto di credito (il diritto al reddito) vantato nei confronti del *trust*, solo se trasparenti o misti;
- all'omessa o infedele dichiarazione della quota di reddito loro imputabile¹⁹.

¹⁸ Dal 2013 sono tenuti agli obblighi di RW anche i titolari effettivi dei beni presenti in *trust* pertanto, limitatamente a tale periodo d'imposta, anche tali soggetti potrebbero attivare la procedura di collaborazione volontaria per sanare eventuali violazioni tributarie.

Non da ultimo, si evidenzia che potrebbero essere oggetto di regolarizzazione anche le eventuali violazioni (valutarie e fiscali) connesse ai conti correnti esteri eventualmente utilizzati dai beneficiari del *trust* per l'accredito delle distribuzioni fatte dall'istituto stesso.

Pare evidente, quindi, quanto ampia sia l'operatività della procedura di collaborazione volontaria al fine di regolarizzare eventuali violazioni di obblighi tributari connessi ai beni presenti nel *trust fund*; tuttavia, è altrettanto chiaro che una corretta implementazione della stessa non possa prescindere da un'analisi delle singole fattispecie configurabili finalizzata a valutare:

- l'effettività o meno del *trust* stesso; nonché
- la sua residenza fiscale.

Solo così, infatti, sarà possibile individuare puntualmente gli autori delle violazioni legittimati ad attivare la *voluntary disclosure* per regolarizzare la propria posizione giuridica.

¹⁹ La Circolare del 27 dicembre 2010 n. 61/E del 2010, trattando dei beneficiari residenti dei *trusts* esteri, ha affermato che il reddito loro imputato dal *trust* “è imponibile in Italia in capo a questi ultimi quale reddito di capitale, a prescindere dalla circostanza che il *trust* sia o meno residente in Italia e che il reddito sia stato prodotto o meno nel territorio dello Stato” e che “tale regime evita il conseguimento di indebiti risparmi di imposta che potrebbero essere conseguiti, ad esempio, nell'ipotesi di *trust* opachi costituiti in giurisdizioni straniere a regime fiscale agevolato”.