

Settembre 2014

L'interposizione "fittizia" dei trusts nella detenzione di assets esteri: tra obblighi di Monitoraggio fiscale & Voluntary Disclosure

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

Premessa

Come noto gli obblighi di monitoraggio fiscale di cui all'art. 4 del D.L. n. 167/1990 riguardano i contribuenti residenti che "*detengono investimenti all'estero ovvero attività estere di natura finanziaria*"¹.

Secondo quanto precisato dalla stessa Amministrazione finanziaria² "l'obbligo di compilazione del quadro RW sussiste anche nel caso in cui le attività siano possedute dal contribuente per il tramite di interposta persona (ad esempio effettiva disponibilità di attività finanziarie e patrimoniali formalmente intestate ad un *trust* residente o non residente). In particolare, devono essere indicati gli investimenti all'estero e le attività estere di natura finanziaria nonché gli investimenti in Italia e le attività finanziarie italiane, detenute per il tramite di fiduciarie estere o di soggetti esteri fittiziamente interposti che ne risultino formalmente intestatari".

Il tema è di stretta attualità in vista della prossima scadenza del 30 settembre 2014 prevista per l'invio telematico dei modelli dichiarativi contenenti il quadro RW e della procedura di *voluntary disclosure*, volta a consentire l'emersione e il rientro in Italia delle attività patrimoniali e finanziarie detenute "*in violazione degli obblighi di cui all'art. 4, comma 1*" del D.L. n. 167/1990, attualmente in discussione in Parlamento³.

La detenzione per il tramite di "interposta persona"

Il monitoraggio fiscale è stato sempre finalizzato alla verifica del corretto assolvimento degli obblighi tributari connessi al possesso di beni esteri⁴; è evidente, quindi,

¹ Per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 9 della Legge del 6 agosto 2013, n. 97 (c.d. Legge Europea 2013) l'obbligo in questione è stato esteso anche a coloro che, pur non essendo possessori diretti, risultano titolari effettivi, secondo i criteri dettati dalla normativa antiriciclaggio di cui al D.Lgs. n. 231/2007, di *assets* esteri.

² Cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 23 dicembre 2013, n. 38/E, § 1.1..

³ Cfr. proposta di Legge A.C. n. 2247 (Causi).

⁴ Cfr. Circolare del Ministero delle finanze del 24 giugno 1998 n. 165/E, § 6.2..

l'imprescindibile legame che deve sussistere tra l'obbligo dichiarativo di cui si discute e la relativa tassazione in capo al contribuente dichiarante.

In altre parole, la compilazione del quadro RW dovrebbe riguardare esclusivamente il soggetto in capo al quale, ai sensi dell'art. 1 del T.U.I.R., risultino tassabili i redditi ritraibili dalle attività estere. Inoltre, poiché il possesso del reddito deve essere effettivo, andrebbero disconosciute tutte quelle situazioni in cui il legame tra il possessore del reddito e la relativa fonte venga a spezzarsi in maniera meramente fittizia o comunque apparente.

Al riguardo, è controverso⁵ se la portata della nozione di "interposta persona" debba ricomprendere solo una (i.e. l'interposizione fittizia) o entrambe (e, quindi, anche l'interposizione reale) le categorie di "interposizione" già individuate in ambito civilistico. Si ricorda che nell'interposizione fittizia il soggetto interposto si limita a simulare la conclusione di un contratto mentre chi realmente esprime la volontà contrattuale è il soggetto interponente risultando, di fatto, imprescindibile la sussistenza di un'intesa trilatera (i.e. tra interponente – interposto – terzo contraente). Nell'interposizione reale, invece, il soggetto interposto agisce come effettivo contraente nei confronti del terzo, assumendo direttamente i diritti che derivano dal contratto e obbligandosi a ritrasferirli all'interponente (soggetto del tutto estraneo al rapporto principale), risultando quindi del tutto ininfluenza la presenza del c.d. accordo trilatero⁶.

A nostro avviso, la questione andrebbe risolta superando il tradizionale dualismo tra le citate forme di interposizione, e concentrando l'analisi sulla funzione e il ruolo ricoperti dal soggetto interposto. Ciò significa, in altri termini, valutare nelle singole fattispecie se tale soggetto intervenga in maniera del tutto passiva, quale mero intestatario dei beni produttivi di reddito al solo fine di occultarne l'effettivo titolare ovvero se, al contrario, assuma un'effettiva funzione e finalità gestoria o di trasferimento a terzi manifestando in proposito un reale interesse. Così procedendo, verrebbero ad essere ricomprese nella nozione di interposizione fittizia in esame non solo le forme di interposizione fittizia civilistica bensì anche le fattispecie di interposizione reale, come definite in precedenza, in cui il ruolo del soggetto interposto risulti del tutto privo di contenuto fino al limite del nulla – tanto da renderlo accomunabile, ai fini reddituali, ad un soggetto interposto (fittizio), con ciò giustificandosi l'imputazione del reddito all'interponente e il possesso, a quest'ultimo, della fonte reddituale ai fini degli obblighi di monitoraggio fiscale.

In tal senso, l'Amministrazione finanziaria⁷ ha precisato che "Relativamente alla nozione di "interposta persona", si fa presente che la questione non può essere risolta in

⁵ Tra gli altri si vedano F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in Dir. e Prat. Trib., 1992, I, pag. 1761; A. LOVISOLO, *Possesso di reddito ed interposizione di persona*, in Dir. e Prat. Trib. 1993, I, pag. 1665. In giurisprudenza si veda *ex multis* Cass., Sez. trib., 2 aprile 2000, n. 3979.

⁶ Potrebbe essere questo il caso, ad esempio, del contratto di mandato senza rappresentanza, dei negozi fiduciari, ove generalmente il mandato senza rappresentanza è affiancato dal *factum fiduciae*, ovvero anche delle ipotesi (patologiche) dell'interposizione di un mero prestanome.

⁷ Cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 4 dicembre 2001, n. 99/E, § 2.3..

modo generalizzato, essendo direttamente connessa alle caratteristiche e alle modalità organizzative del soggetto interposto” esemplificando, inoltre, tra i soggetti interposti il caso di “una società localizzata in un Paese avente fiscalità privilegiata, non soggetta ad alcun obbligo di tenuta delle scritture contabili, in relazione alla quale lo schermo societario appare meramente formale”.

Il trust ed i fenomeni di interposizione fittizia

Come noto il *trust*, per la sua versatilità, può essere utilizzato per finalità improprie ponendosi quale mero diaframma tra il patrimonio personale del contribuente e la proprietà costituita in *trust*. Al riguardo l’Agenzia delle Entrate ha precisato che “ogni qualvolta il *trust* sia 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 questo prodotti) deve essere ricondotto ai soggetti che ne hanno l’effettiva disponibilità”⁸.

In tale prospettiva, la “genuinità” del *trust* dipenderà, in linea generale, dalla sussistenza delle condizioni fissate dalle disposizioni di diritto comune⁹ e di diritto tributario¹⁰ relative al riconoscimento del *trust* medesimo.

Sul piano concreto, a nostro avviso, andrebbe effettuata un’attenta analisi delle singole fattispecie configurabili atte ad accertare, dal punto di vista documentale e fattuale, che il *trustee* goda effettivamente di una piena e indiscussa autonomia gestoria dei beni presenti nel *trust fund*. Così procedendo, infatti, potrà attribuirsi al *trust* un’autonoma capacità giuridica e, quindi, il possesso dei beni e redditi (nonché escluderne, di fatto, un ruolo di mero soggetto interposto).

In sostanza, si tratta di comprendere se ci siano regole che confermino e precisino la pienezza proprietaria ed il “controllo” in capo al *trustee*¹¹ ovvero se vi siano soggetti ai quali l’atto di *trust* o altri documenti attribuiscono “poteri” che di fatto comportino una limitazione sostanziale di quelli del *trustee*¹². E ancora, verificare fattualmente il soggetto che, a prescindere dalle risultanze documentali, eserciti l’effettivo controllo del *trust*.

⁸ Cfr. Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 23 dicembre 2013, n. 38/E § 1.1..

⁹ Quali la Convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985 e le disposizioni di diritto interno in tema di perseguimento di interessi meritevoli di tutela.

¹⁰ Art. 73 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

¹¹ Sarebbe opportuna una analisi non solo dei poteri del *trustee*, ma anche dei suoi obblighi e sanzioni, che ne rafforzano così la sua responsabilità: il *trustee* dovrebbe rispondere degli inadempimenti a lui imputabili con vere e proprie sanzioni, che riducano la possibilità di “piegarsi” alla volontà altrui.

¹² Si pensi, ad esempio, ai poteri affidati al *protector* che potrebbero influenzare in modo significativo l’effettivo potere-dovere del *trustee* di amministrare e disporre dei beni in *trust* in quanto il ruolo del *trustee* verrebbe depotenziato a favore di un controllo in via indiretta da parte del disponente attraverso il *protector*. Si considerino inoltre, gli indicatori di anomalia della Comunicazione UIF del 2 dicembre 2013.

E' il caso, ad esempio, dei *nominee agreement* aventi la mera denominazione di *trust*, ove il *trustee* è privo di poteri sostanziali sui beni presenti nel *trust fund*, che, invece, spettano indefettibilmente ad uno o più beneficiari, i quali, tra l'altro, possono pretendere il trasferimento del detto fondo quando lo desiderano.

E' il caso altresì dei *trust nudi* (cd. *bare trust*), ove, in conseguenza di eventi intervenuti nel corso della vita del *trust*¹³ i beneficiari divengono *vested* e più precisamente *vested in possession* e, di conseguenza, il *trustee* è ridotto ad un mero mandatario (*rectius*, fiduciario interposto)¹⁴.

In tal senso, la stessa Amministrazione finanziaria ha affermato che “Non possono ... essere considerati validamente operanti, sotto il profilo fiscale, i *trust* ... nei quali l'attività del *trustee* risulti eterodiretta dalle istruzioni vincolanti riconducibili al disponente o ai beneficiari. Inoltre ... di essenziale importanza è l'effettivo potere del *trustee* di amministrare e disporre dei beni a lui effettivamente affidati dal disponente. Ne consegue che quest'ultimo non può riservare a sé stesso il potere né il controllo sui beni del *trust*”¹⁵.

¹³Si pensi, ad esempio, alla cd. regola *Saunders v. Vautier* secondo la quale i beneficiari di un *trust*, se tutti in vita e capaci, ove *absolutely entitled*, possono disporre dei beni come desiderano e quindi hanno diritto di pretendere dal *trustee* la cessazione del *trust* e la consegna del fondo in *trust*, liberandosi delle restrizioni poste dal disponente nell'atto istitutivo.

¹⁴Cfr. The Law Society, Response to second consultation on FATF standards, settembre 2011, ove, al paragrafo 2.3.1, viene osservato che “A *trust* is ...an arrangement where the *trustee* is bound to follow the instructions of the beneficiaries ... where all the beneficiaries are absolutely entitled and of full age and capacity”.

¹⁵ Cfr. circolare dell'Agenzia delle Entrate del 27 dicembre 2010, n. 61/E.