

La Circolare n.61/E del 27 dicembre 2010 in materia di Trust:

la riserva in capo al Disponente di alcuni poteri non può essere sinonimo di “interposizione nel possesso dei beni e dei redditi”

————— Francesco Frigieri —————
Avvocato in Ravenna

L’Agenzia delle Entrate, con Circolare n.61/E del 27 dicembre 2010¹, ha avuto modo di affermare l’importanza dell’effettivo potere del Trustee di amministrare e disporre dei beni a lui effettivamente affidati dal Disponente, precisando, che quest’ultimo non può riservare a se stesso il potere, né il controllo, sui beni del Trust in modo da precludere al Trustee il pieno esercizio dei poteri dispositivi a lui spettanti in base al regolamento del Trust o alla legge. La Circolare poi richiama quanto espresso già in altra occasione (Circolare n. 43/E del 10 ottobre 2009,²) vale a dire che sono da ritenere inesistenti (ed a mero titolo esemplificativo) in quanto interposte le seguenti tipologie di trust:

- in cui il Disponente (o il beneficiario) può far cessare liberamente il Trust in ogni momento, generalmente a proprio vantaggio o anche a vantaggio di terzi;
- in cui il Disponente è titolare del potere di designare in qualsiasi momento se stesso come beneficiario;
- in cui il Disponente (o il beneficiario) risulti, dall’atto istitutivo ovvero da altri elementi di fatto, titolare di poteri in forza dell’atto istitutivo, in conseguenza dei quali il Trustee, pur dotato di poteri discrezionali nella gestione ed amministrazione del Trust, non può esercitarli senza il suo consenso;
- in cui il Disponente è titolare del potere di porre termine anticipatamente al Trust, designando se stesso e/o altri come beneficiari (cosiddetto “*trust a termine*”);
- in cui il beneficiario ha diritto di ricevere attribuzioni di patrimonio dal Trustee;
- in cui è previsto che il Trustee debba tener conto delle indicazioni fornite dal Disponente in relazione alla gestione del patrimonio e del reddito da questo generato;
- in cui il Disponente può modificare nel corso del-

la vita del Trust i beneficiari;

- in cui il Disponente ha la facoltà di attribuire redditi e beni del Trust o concedere prestiti a soggetti dallo stesso individuati;
- ogni altra ipotesi in cui potere gestionale e dispositivo del Trustee, così come individuato dal regolamento del Trust o dalla legge, risulti in qualche modo limitato o anche semplicemente condizionato dalla volontà del Disponente e/o dei beneficiari.

Se, pertanto, prosegue la Circolare, il potere di gestire e disporre dei beni permane in tutto o in parte in capo al Disponente e ciò emerge non soltanto dall’atto istitutivo del Trust, ma anche da elementi di mero fatto e non si verifica, quindi, il reale spossamento di quest’ultimo, il Trust deve considerarsi inesistente dal punto di vista dell’imposizione dei redditi da esso prodotti. In altri termini, in tali casi il Trust viene a configurarsi come struttura meramente interposta rispetto al Disponente, al quale devono continuare ad essere attribuiti i redditi solo formalmente prodotti dal Trust.

Il pericolo di un’interposizione fittizia nella produzione dei redditi attraverso l’impiego del Trust non può esistere *ex se* per il solo fatto che il Disponente si riservi dei poteri o delle facoltà.

Come è noto, gli atti istitutivi di Trust devono richiamare necessariamente la legge straniera, quale legge regolatrice, ma ciò non crea grandi limiti o barriere all’efficacia del negozio programmatico, se non, e principalmente, in termini di compatibilità con i principi del nostro Ordinamento ex art.15 Conv.³ La legge di Jersey, per esempio, riserva alcuni poteri o facoltà al Disponente che, tuttavia, non sviliscono il ruolo del Trustee, il quale, nell’osservare le



disposizioni del Trust, dovrà tenere una condotta imparziale e leale, fuori da qualsiasi conflitto di interessi, ispirandosi a quella discrezionalità sempre, tuttavia, nell'interesse dei beneficiari.

In questo contesto, è sempre il Trustee il titolare di poteri eccezionali, quali la nomina, modifica dei beneficiari, la ripartizione dei beni in Trust, la costituzione di nuovi Trust, l'anticipazione delle quote ai beneficiari, l'accantonamento di determinati beni a favore di uno o più beneficiari. Per contro, il Disponente, non è titolare di poteri nei confronti del gestore, ma può, come detto, riservarsi determinate facoltà, anche a volte particolarmente incisive sulla vita del Trust e ciò comunque risulta compatibile, non solo con la legge regolatrice, ma anche con la Convenzione, poiché all'art. 2, ultimo comma, è previsto che: "Il fatto che il Disponente conservi alcuni diritti e facoltà ... non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un Trust".

La legge di Jersey prevede, per esempio, che il Disponente possa:

- modificare le disposizioni di un Trust, modificare la legge regolatrice, impartire disposizioni affinché siano effettuate anticipazioni, assegnazioni, pagamenti od impieghi, agire come amministratore o dirigente di qualsiasi società, totalmente o parzialmente di proprietà del trust, o dare direttive vincolanti per quanto attiene la nomina o la rimozione dei medesimi soggetti, nominare o revocare qualsiasi Trustee, Enforcer, Protector o beneficiario, nominare o sostituire qualsiasi gestore patrimoniale ("investment manager") o consulente finanziario ("investment adviser");

Questi poteri o facoltà riservate, tuttavia, devono ritenersi compatibili con l'art. 2 della Convenzione secondo il quale il Trustee deve conservare il controllo dei beni.

Qualora, infatti, questi limiti possano ritenersi superati, si potrebbe indagare se, nel caso concreto, l'atto di Trust possa essere simulato sotto un duplice aspetto della volontà di costituire il Trust, ovvero della volontà di porre i beni sotto il controllo del Trustee.

In queste ipotesi, il Trust potrebbe essere dichiarato nullo e quindi i beni costituenti il fondo in Trust, benché intestati formalmente al Trustee, in realtà, dovranno ritenersi ancora nella sfera del Disponente. Sotto il profilo giuridico, le conseguenze della nullità si ripercuoterebbero compromettendo principalmente l'effetto segregativo, effetto ormai contestato e previsto dalla Convenzione (art.2), e confermato da diverse e conformi pronunce di merito⁴, nonché sulla esclusione degli effetti successori.

Sotto il profilo fiscale, le conseguenze della nullità, si ripercuoterebbero compromettendo principalmente l'imputazione del reddito prodotto dal fondo in Trust che rimarrebbe in capo al Disponente, trattandosi comunque di inesistenza del Trust dal punto di vista dell'imposizione fiscale dei redditi. Senza voler entrare nel merito delle singole esemplificazioni sintomatiche, a dire dell'Agenzia dell'Entrate, di interposizione e quindi di asserita inesistenza solo sul piano fiscale dell'atto di Trust, appare chiaro che il principio sotteso alla Circolare dovrebbe essere quello più sopra affermato, vale a dire che, argomentando a contrario, la riserva di poteri o facoltà in capo al Disponente siano consentite, con il limite, tuttavia, di non precludere al Trustee il pieno esercizio dei soli poteri di amministrare e disporre dei beni a lui effettivamente affidati. In conclusione, e più in generale, si può affermare che ciò che non deve mancare è l'affidamento da parte del Disponente al Trustee, ma ciò non significa che alcuni poteri possano essere conservati in capo al Disponente; l'importante è che tali poteri siano di natura fiduciaria ovvero siano esercitati nell'interesse dei beneficiari e non nell'interesse del Disponente stesso, non precludendo al Trustee il controllo sui beni. ■

¹ Si veda link: http://www1.agenziaentrate.gov.it/motore_ricerca/index.htm?q=circolari&_l=it.

² www1.agenziaentrate.gov.it/motore_ricerca/index.htm?q=circolari&_l=it.

³ Per approfondimenti si veda Tribunale di Trieste, decreto del 19/9/2007, secondo il quale: Doveroso appare il rinvio al proprio provvedimento dd. 23.9.2005, sub g.n. ..., quanto alla indicazione delle linee generali di orientamento del giudice in tema di compatibilità astratta del trust con l'ordinamento civile, ed in particolare con quello tavolare. Muovendo quindi nel solco di quel provvedimento, e dando per risolti tutta una serie di problemi che, a giudizio dello scrivente, sono stati ampiamente superati dal diritto vivente, occorrerà: a. qualificare la tipologia di trust concretamente adottata, al fine di apprezzarne il programma negoziale secondo il combinato disposto degli artt. 11 e 13 della Convenzione de L'Aja del 1.7.1985, che consente al giudice di vagliare la compatibilità del trust e degli atti collegati (nonché della legge straniera prescelta dalle parti) con l'ordinamento giuridico italiano; b. effettuare il giudizio di meritevolezza, nei suoi ristretti confini e nel rispetto dell'autonomia contrattuale, approcciando al negozio presumendone la legittimità fino a prova contraria, essendo lo stesso espressione di libertà di iniziativa economica; c. verificare se l'atto istitutivo del trust o quelli ad esso geneticamente o funzionalmente collegati contengano pattuizioni che violino norme inderogabili specifiche o principi precettivi dell'ordinamento italiano o di quello estero prescelto dalle parti. Oltre a queste linee di indagine occorrerà infine, a seguito dell'innovazione normativa di cui all'art. 2645 ter cod. civ., confrontarsi con la nuova - presunta - figura degli atti di destinazione, per verificare se ed in che modo operi unarelazione tra i due istituti.

⁴ Tribunale di Reggio Emilia, con ordinanza 14/05/2007 in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2007, pag. 425; Tribunale di Siena, con ordinanza del 16/1/2007 in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2007, pag. 266; Tribunale di Venezia del 4/1/2005 in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 245; Tribunale di Brescia, con la sentenza del 12/10/2004 in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 83.