

Il trust di partecipazioni in ambito familiare

di MASSIMO ANTONINI

Il presente contributo analizza la progressiva sensibilizzazione registrata, sia in sede europea sia in sede interna, in merito al c.d. "passaggio generazionale dell'impresa" il quale, come noto, attiene alla vicenda successoria che interessa le c.d. aziende di famiglia. Si tratta quindi delle realtà imprenditoriali per lo più di piccole e medie dimensioni, caratterizzate dall'impronta prettamente familiare che accomuna la provenienza del capitale di rischio e la governance dell'impresa, indipendentemente dalla possibile eterogeneità di veste giuridica (individuale o societaria) prescelta.

1. Premessa

I.1 Negli ultimi anni si è registrata una sempre crescente sensibilizzazione in merito al c.d. "passaggio generazionale dell'impresa" il quale, come noto, attiene alla vicenda successoria che interessa le c.d. aziende di famiglia. Si tratta quindi delle realtà imprenditoriali per lo più di piccole e medie dimensioni, caratterizzate dall'impronta prettamente familiare che accomuna la provenienza del capitale di rischio e la governance dell'impresa, indipendentemente dalla possibile eterogeneità di veste giuridica (individuale o societaria)¹ prescelta.

In Italia circa l'80% delle imprese è rappresentato da aziende di famiglia, nelle quali la "familiarità" del *management* si traduce in un plusvalore di efficienza e competitività rispetto alla concorrenza. Purtroppo, tali aziende non sono connotate da una stabilità di lungo periodo, dato che al ricambio generazionale si accompagna un tasso di mortalità aziendale pari a circa il 50% nel passaggio dalla prima alla seconda generazione e addirittura del 70% nel passaggio dalla seconda alla terza².

¹ Si veda sulla tematica del passaggio generazionale con riferimento al trust, *ex multis*, SICLARI, *Trust e passaggio generazionale di impresa*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, 130 ss.; SALVATORE, *Il trapasso generazionale dell'impresa tra patto di famiglia e trust*, in *Notariato*, 2007, 553 ss.

² Giova ricordare che anche in sede europea, si è verificato un processo progressivo di sensibilizzazione nei confronti della tematica del passaggio generazionale.

In particolare, la Commissione Europea ha emanato due atti di indirizzo e impegno politico, ovvero la raccomandazione n. 94/1069/CE "Raccomandazione della Commissione, del 7 dicembre 1994, sulla successione nelle piccole e medie imprese" e la "Comunicazione della Commissione relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese (98/C 93/02)", al fine di identificare delle misure per migliorare la continuità delle imprese. Nel secondo di tali atti veniva prevista la possibilità di agevolare il passaggio intergenerazionale attraverso "il ricorso a patti d'impresa o ad accordi di famiglia". Al riguardo, si affermava che "soprattutto nel caso delle imprese familiari, questi accordi possono essere utilizzati per mantenere talune regole gestionali da una generazione all'altra. In qualche misura, esse vengono già usate in Francia e in Spagna per attenuare le conseguenze della proibizione dei patti sulla futura successione".

Tali dati fanno emergere come vi sia la necessità di individuare degli strumenti giuridici che consentano di affidare la gestione dell'impresa solamente a coloro che sono veramente ritenuti meritevoli di svolgere con successo tale compito. Difatti, talvolta l'imprenditore vuole aspettare che la persona designata raggiunga un certo livello di esperienza e maturità; può altresì accadere che lo stesso imprenditore non individui nei suoi diretti discendenti la persona più idonea a subentrare nella gestione dell'azienda, volendo eventualmente affidare tale ruolo alla successiva generazione, ossia ai nipoti (cd. *Generation skipping*), oppure addirittura a terzi, qualora nel corso degli anni nessun discendente abbia dimostrato adeguate capacità.

Tali obiettivi, tuttavia, possono trovare un ostacolo nell'età avanzata dell'imprenditore, il quale reputando che al momento della cessazione della sua attività manageriale (sia per sua volontà, sia suo decesso o perdita di facoltà di intendere) non vi sia ancora una persona capace di subentrare al suo posto, decide di differire nel tempo il trasferimento ai familiari delle redini dell'azienda, anche rimettendo anche a terzi soggetti l'individuazione della suddetta persona.

Occorre quindi individuare i mezzi ai quali ricorrere nelle "fasi di transazione", durante le quali la gestione dell'azienda viene affidata a un soggetto terzo. Situazioni che da temporanee possono divenire definitive nell'ipotesi in cui nessuna persona nell'ambito familiare venga in ultimo considerata idonea a continuare l'attività imprenditoriale.

www.sfef.it

1.2 A tali esigenze non sempre consente di far fronte il Patto di famiglia, introdotto nel nostro ordinamento con legge 14 febbraio 2006, n. 55.

Com'è noto, il patto di famiglia, ai sensi dell'art. 768-*bis* c.c., è il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti³. Nel caso in cui si ricorra a tale istituto, gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto – ossia tutti coloro che al momento della sottoscrizione del patto sarebbero legittimari rispetto all'imprenditore – mediante il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote di legittima o anche in natura, e quanto ricevuto dai contraenti, ai sensi dell'art. 768-*quater* c.c. non è soggetto a collazione o a riduzione. All'apertura della successione dell'imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della liquidazione, aumentata degli interessi legali. Viene poi espressamente fatta salva la possibilità che i partecipanti al patto non assegnatari dell'azienda rinunzino, in tutto o in parte, alla liquidazione della somma corrispondente al valore delle quote loro spettanti. Tramite il patto di famiglia, pertanto, non è possibile differire la scelta dei successori dell'imprenditore. Esso, infatti, comporta un immediato trasferimento della titolarità dell'azienda oppure della partecipazione che la rappresenta. Il patto di famiglia, come sopra indicato, presuppone la partecipazione al contratto di tutti coloro che sarebbero legittimari (ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore)⁴ ed è inoltre espressamente limitato al trasferimento dell'azienda e del-

³ Sul patto di famiglia in generale cfr. COLLURA, *Patto di famiglia e compatibilità con l'impresa familiare*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009; OPPO, *Patto di famiglia e «diritti della famiglia»*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 339 ss.; VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 447 ss.; ZOPPINI, *Profili sistematici della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 273 ss.

⁴ Cfr. art. 768-*quater* c.c.

www.sfef.it

www.sfef.it

www.sfef.it

le partecipazioni sociali: sembrano pertanto esclusi, oltre al denaro e ai titoli, anche gli immobili non compresi nel complesso aziendale.

Per quanto concerne il regime fiscale del Patto di famiglia, si osserva brevemente come il comma 78 della legge Finanziaria 2007 ha previsto l'inserimento del comma 4-ter all'art. 3 del Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, di cui al d.l. 31 ottobre 1990 n. 346 e successive modificazioni, con il quale si precisa che i trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli artt. 768-bis ss. c.c. a favore dei discendenti, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni, non sono soggetti ad imposta⁵.

Inoltre, in caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lett. a), del Testo Unico delle imposte sui redditi (d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917) vale a dire le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione residenti nel territorio italiano, il suddetto beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'art. 2359, primo comma, n. 1), c.c., ossia a quelle partecipazioni che rappresentano la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

Il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso. L'attribuzione dell'azienda all'assegnatario è disciplinata dall'art. 58, comma 1, TUIR (d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917) che dispone che "il trasferimento di azienda per causa di morte o per atto gratuito non costituisce realizzo di plusvalenze dell'azienda stessa; l'azienda è assunta ai medesimi valori fiscalmente riconosciuti nei confronti del dante causa": in concreto, l'operazione è fiscalmente neutra. Peraltro, la norma prevede espressamente che il medesimo regime si applica "anche qualora, a seguito dello scioglimento, entro cinque anni dall'apertura della successione, della società esistente tra gli eredi, la predetta azienda resti acquisita da uno solo di essi".

1.3 Non potendosi con il Patto di famiglia soddisfare le esigenze delineate nel precedente par. 1.1, l'istituto che consente di raggiungere con maggiore efficienza i predetti obiettivi è il trust. Difatti, la sua duttilità strutturale, adattabile al concreto assetto organizzativo dell'impresa e alla specifica composizione della compagine familiare, unita alla segregazione del patrimonio in trust, consentono di raggiungere gli scopi sopra delineati.

Il trust, infatti, consente la regolamentazione del passaggio intergenerazionale di un patrimonio complesso in maniera unitaria, includendo: qualsiasi tipo di bene, il controllo di un terzo, regole di organizzazione, strumenti civilistici di tipo successorio, protezione dei beneficiari e la c.d. "Generation skipping". Naturalmente, il tutto sempre tenendo presente che in alcun modo lo strumento può essere utilizzato per ledere le quote di legittima degli eredi del disponente.

⁵ Sul regime fiscale del patto di famiglia si vedano, inter alia, PURI, *Prime riflessioni sul trattamento fiscale del patto di famiglia*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, I, 565 ss.; CERNIGLIARO DINI, *Il trattamento tributario del patto di famiglia*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, I, 541.

1.4 Svolte tali considerazioni introduttive, di seguito viene esaminato il regime fiscale – sia ai fini delle imposte sul reddito, sia ai fini delle imposte indirette – applicabile ai trust di partecipazioni familiari, ossia a quei trust il cui obiettivo è principalmente di ottenere una segregazione patrimoniale di tali beni e al tempo stesso garantire il successivo trasferimento delle partecipazioni ad altri soggetti, normalmente (ma non sempre) ricompresi nell’ambito familiare del disponente.

In tali casi, dunque, il trust fund è principalmente compreso da una partecipazione (quantomeno) di controllo in una determinata società.

Analizzando i trust di partecipazioni familiari, vengono considerate solamente ipotesi di natura “domestica”, nelle quali l’unico fattore di estraneità rispetto al nostro ordinamento è rappresentato (necessariamente) dalla legge regolatrice del trust.

2. Il regime fiscale ai fini delle imposte sui redditi

2.1 Nei trust di partecipazioni normalmente il disponente è una persona fisica, che detiene tali beni non in regime di impresa⁶.

In tali ipotesi, pertanto, il disponente non realizza alcuna plusvalenza (imponibile) dato che a fronte del trasferimento della partecipazione esso non riceve alcuna somma di denaro, bene o diritto come controprestazione.

In tali casi non si verifica pertanto un mutamento di tipologia del patrimonio del disponente, ma unicamente una sua riduzione, che non assume rilevanza ai fini reddituali.

Ne vi è, nell’ambito del TUIR, alcuna disposizione che assimili in qualche modo il trasferimento di partecipazioni al trust ad ipotesi di cessione ovvero conferimento delle stesse.

Diversamente, qualora il disponente detenesse tali beni in regime di impresa, il trasferimento di partecipazioni in trust comporterebbe, in linea di principio, ai sensi dell’art. 86, comma 1, TUIR, il realizzo di un *capital gain* imponibile, dato dalla differenza tra il valore di mercato della partecipazione (determinato con i criteri dettati dall’art. 9 TUIR) e il costo fiscale della medesima e quindi assoggettabile a tassazione

2.2 Per quanto concerne il regime dei redditi realizzati dal trust, occorre precisare che nell’ipotesi in esame essi saranno principalmente rappresentati da dividendi ed eventuali *capital gain* derivanti dalla cessione, anche parziale, delle partecipazioni da esso possedute.

⁶ Per un approfondimento in merito al regime dei trust ai fini delle imposte sui redditi, si veda, tra gli altri: G. CORASANITI, *L'imposizione in Italia del trust estero nel contesto internazionale - Certezze e problematiche*, in G. FRANSONI – N. DE RENZIS SONNINO, *Teoria e pratica della fiscalità dei trust*, Milano, 2008, 134; M. LUPOLI, *Imposte dirette e trust*, in *Corr. trib.*, 2007, 254 ss.; E. DELLA VALLE, *Luci e ombre della Circolare sui trust: le imposte sui redditi*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, II, 743; F. PADOVANI, *Commento all'art. 44 d.p.r. n. 917/1986*, in FALSITTA-FANTOZZI-MARONGIU-MOSCHETTI, *Commentario breve delle leggi tributarie*, tomo III, Padova, 2010, 228; G. FRANSONI, *La disciplina del trust nelle imposte sui redditi*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, 264 ss.; D. STEVANATO, “Stretta” dell’Agenzia delle entrate sulla fiscalità dei trust: a rischio un sereno sviluppo dell’istituto?, in *Corr. trib.*, 2011, 541; M. BASTIANELLI, *Brevi note sulla disciplina dei trust ai fini delle imposte sui redditi*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, 135 ss.; G. MAISTO, *Taxation of Trusts in Civil Law countries – Italy: aspects of trust taxation*, in *European Taxation* n. 8, 1998, 246 ss.; C. SACCHETTO, *Brevi note sui trusts e le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni sul reddito*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, 64 ss.; G. PALADINI, *Il trust nelle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni stipulate secondo il Modello OCSE*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2007, 942 ss.; BAVILA, *Taxation of trusts in Italy: capital gains on trust assets and transparent trusts*, in *Bulletin for international taxation*, 2010, 482. P. FERRARETTI – M. PIAZZA, *Novità in materia di trust: prime possibili interpretazioni pratiche. Imposte dirette e imposta di donazione*, in *Il fisco*, 2007, p. 2438; G. MARINO, *Il regime tributario dei trust senza beneficiari individuati*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, p. 49; N. ARQUILLA, *Natura finanziaria dei redditi imputati al beneficiario del trust*, in *Corr. trib.*, 2007, 535. D. STEVANATO – G. SEMINO, *Il regime fiscale del trust tra punti fermi e questioni irrisolte*, in *Dialoghi tributari*, 2008, 95.

www.sfef.it

Come é noto, l'art. 1, comma 74, legge 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. "legge Finanziaria 2007", modificando l'art. 73 d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, "TUIR") ha incluso i trust tra i soggetti passivi dell'Imposta sul reddito delle società ("Ires").

È stata così riconosciuta al trust un'autonoma soggettività tributaria estendendo ad esso l'imposta tipica delle società, degli enti commerciali e non commerciali.

www.sfef.it

Ai sensi dell'art. 73, comma 1, lett. c) d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917, TUIR, sono in linea di principio assoggettati all'Imposta sul reddito delle società: (i) i redditi prodotti dai trust residenti nel territorio dello Stato che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali; (ii) i redditi prodotti dai trust residenti nel territorio dello Stato che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali; (iii) i redditi prodotti nel territorio dello Stato, dai trust non residenti in Italia. Inoltre, ai fini delle imposte sul reddito, l'art. 73 TUIR differenzia tra due principali tipologie di trust: i trust con beneficiari di reddito individuati, i cui redditi vengono imputati per trasparenza ai beneficiari (c.d. "trust trasparenti") e i trust senza beneficiari di reddito individuati, i cui redditi sono direttamente attribuiti al trust medesimo (c.d. "trust opachi").

www.sfef.it

Con riferimento ai trust trasparenti l'art. 73, comma 2, TUIR prevede che: "Nei casi in cui i beneficiari del trust siano individuati, i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazioni individuata nell'atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero in mancanza in parti uguali". I redditi imputati ai beneficiari sono qualificati quali redditi di capitale, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. g-sexies), TUIR. Come recentemente ribadito anche dall'Amministrazione finanziaria, affinché un beneficiario sia "individuato" (e quindi il trust sia considerato trasparente) non è sufficiente la semplice indicazione nominativa del beneficiario stesso nell'atto istitutivo di trust (o in successivi atti), ma occorre che egli *"non solo sia puntualmente individuato, ma che risulti titolare del diritto di pretendere dal trustee il pagamento di quella parte di reddito che gli viene imputata"* (si veda in tal senso la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 61/E del 27 dicembre 2010).

www.sfef.it

Questa nozione di beneficiario individuato garantisce il rispetto dei principi di sistema e del precetto costituzionale di capacità contributiva attuale e quindi tassabile. Nell'ipotesi di trust c.d. opaco, ai sensi dell'art. 89, comma 2, TUIR, i dividendi ad esso distribuiti non concorreranno alla formazione del reddito del trust in quanto esclusi per il 95% del loro ammontare. Verrà pertanto assoggettato ad imposizione solo il 5% dei dividendi distribuiti, con aliquota del 27,5% (imposizione effettiva pari ad 1,375%).

www.sfef.it

Tali considerazioni trovano espressa conferma anche nella prassi dell'Amministrazione finanziaria.

In particolare, la Direzione regionale delle entrate - Regione Sicilia, con risoluzione del 29 dicembre 20089, prot. C. 2009/c3/97836, ha analizzato il regime fiscale del trust opaco non commerciale. Nella fattispecie sottoposta all'Agenzia delle Entrate i soci di una s.r.l. intendevano costituire un trust familiare opaco non commerciale, cui avrebbero concesso in usufrutto le loro quote, riservandosi la nuda proprietà sulle medesime. Trattandosi di una s.r.l. a ristretta base partecipativa, veniva richiesto all'Agenzia, quale fosse il regime fiscale dei soci, della società e del trust, qualora fosse esercitata l'opzione per la tassazione per trasparenza del socio ai sensi dell'art. 116 TUIR.

Secondo la società interpellante, in virtù dell'esercitata opzione, il reddito prodotto dalla società avrebbe dovuto essere tassato direttamente in capo ai soci, quindi la società non avrebbe dovuto scontare alcuna imposta; i soci, in quanto nudi proprietari delle quote, sarebbero stati esenti da tassazione ed il trust, in quanto soggetto non commerciale, sarebbe stato tassato sul 5% dei dividendi distribuiti con imposta sostitutiva al 12,5%.

www.sfef.it

La risoluzione esclude che nel caso di specie possa applicarsi il regime di trasparenza, atteso che la possibilità di ricorrervi sarebbe subordinata alla circostanza che il diritto di partecipazione agli utili sia attribuito a soggetti che partecipano al capitale sociale, quindi non agli usufruttuari⁷. Pertanto, conclude l'amministrazione finanziaria, la società in questione sarà sottoposta all'ordinario regime di tassazione degli utili. In relazione al regime fiscale del trust opaco non commerciale, la risoluzione rappresenta che: *"in presenza di trust opaco residente in Italia (...) usufruttuario di quote di una s.r.l., i dividendi percepiti dal trust sono imponibili nel limite del 5% e nella misura del 12,5% a titolo di ritenuta alla fonte"*.

Per quanto attiene ad eventuali *capital gain* derivanti dalla cessione di partecipazioni, tale tipologia di trust sovente si qualifica quali enti non commerciali e, conseguentemente, l'eventuale margine realizzato sulla vendita delle partecipazioni è assoggettato a tassazione con le medesime regole previste per le plusvalenze realizzate da persone fisiche su partecipazioni detenute non in regime d'impresa. Pertanto, in caso di partecipazione qualificata la plusvalenza concorre alla formazione del reddito imponibile del soggetto percipiente limitatamente al 49,72% del loro ammontare. Nel caso di partecipazione non qualificata, la plusvalenza è assoggettata a imposta sostitutiva del 12,5%.

Inoltre, il trust può essere sia opaco che trasparente (c.d. "trust misto"). Nella risoluzione n. 81/E del 7 marzo 2008 l'Agenzia delle Entrate ha ribadito il regime fiscale del trust misto⁸.

Nel caso esaminato dall'Agenzia, il disponente aveva costituito un trust al fine di assistere economicamente il disponente stesso e, dopo la sua morte, i suoi discendenti in linea retta legittimi o legittimati fino al compimento del trentesimo anno di età.

Allo scopo di dotare il trust dei mezzi economici necessari al perseguimento dei propri fini, il disponente aveva trasferito al trust la propria quota di partecipazione in diverse società. Nella bozza dell'atto istitutivo del trust, era precisato che "il trust costituirà un autonomo centro unitario di produzione del reddito (...) Il reddito del Trust, assolto ogni costo relativo, sarà dai trustee mantenuto nel Trust e utilizzato secondo gli specifici scopi da questo previsti; tuttavia, non potrà essere erogato più del 75% del reddito prodotto".

L'Agenzia delle entrate ha ritenuto che un siffatto esempio sia un caso di trust misto, nel quale "il reddito accantonato sarà tassato direttamente in capo al trust, mentre il reddito spettante al beneficiario-disponente sarà tassato direttamente in capo a quest'ultimo".

2.3 Nell'ipotesi di trust opachi, la distribuzione di reddito da parte del trust ai propri beneficiari non è assoggettata ad imposizione in capo a quest'ultimi. Questo al fine di evitare una doppia tassazione economica sul medesimo reddito, che è già stato assoggettato ad imposizione in capo al trust.

www.sfef.it

Nello stesso senso si è orientata l'Agenzia delle Entrate, con circolare n. 48/E del 2007, secondo cui: "Sulla base dei medesimi principi, i redditi conseguiti e correttamente tassati in capo al trust prima della individuazione dei beneficiari (quando il trust era "opaco"), non possono scontare una nuova imposizione in capo a questi ultimi a seguito della loro distribuzione".

Naturalmente, nel caso di trust di partecipazioni, la circostanza che il dividendo sia quasi interamente (al 95%) escluso dalla base imponibile non modifica tale conclusione.

⁷ Cfr., nello stesso senso la circ. n. 49/E del 2004.

⁸ Il trust misto è quello che è al contempo opaco e trasparente ai fini dell'Ires. Il trust, ad esempio è misto "quando l'atto istitutivo prevede che parte del reddito del trust sia accantonata a capitale (rectius sia destinata ad incremento del relativo fondo di dotazione) e parte sia, invece, attribuita ai beneficiari" (Ris. 81/E del 2008).

Per cui il dividendo distribuito dalla società partecipata dal trust, sconterà una tassazione effettiva in capo a quest'ultimo dell'1,375%, senza invece subire una ulteriore imposizione in capo al beneficiario del reddito del trust.

2.4 Naturalmente, qualora il disponente decida di trasferire nel trust unicamente la nuda proprietà della partecipazione, riservandosi l'usufrutto sulla medesima o su parte di essa, il regime fiscale del dividendo distribuito dalla società non sarà il medesimo descritto nel precedente par. 2.3.

In tali ipotesi, infatti, il possessore del reddito (per le partecipazioni gravate da usufrutto) rimane il disponente ed è in capo ad esso che si verifica quindi il presupposto impositivo in caso di distribuzione di utili da parte della società.

Egli pertanto sarà assoggettato a tassazione nella misura del 12,5% nel caso di partecipazione non qualificata ovvero su base progressiva Irpef limitatamente al 49,72% dei dividendi distribuiti nel caso di partecipazione qualificata. Al fine di verificare quando una partecipazione detenuta in usufrutto possa considerarsi qualificata o meno, con riferimento al caso simile della cessione del diritto di usufrutto o della nuda proprietà, la circolare del Ministero delle finanze n. 165/E del 24 giugno 1998 ha confermato che "in tali casi la percentuale di capitale sociale rappresentata dalla partecipazione ceduta va calcolata con riferimento alla parte del valore nominale delle partecipazioni corrispondente al rapporto tra il valore dell'usufrutto o della nuda proprietà e il valore della piena proprietà".

Qualora il disponente decidesse di trasferire anche il diritto di usufrutto al trust, ovvero a seguito del suo decesso (in tal caso, il trust diventerebbe possessore in piena proprietà della partecipazione) i dividendi sarebbero assoggettati ad imposizione in capo a quest'ultimo, sulla base del regime sopra descritto.

www.sfef.it

3. La (non) applicabilità delle fattispecie di "fittizietà" previste dall'Agenzia delle entrate con riferimento ai trust di partecipazioni.

www.sfef.it

Com'è noto con circolare del 27 dicembre 2010, n. 61/E, l'Agenzia delle entrate ha fornito "Ulteriori chiarimenti in merito alla disciplina fiscale dei Trust"⁹.

Ai fini della presente analisi occorre dunque verificare se, ed in quali termini, le interpretazioni rese da tale circolare possano ritenersi applicabili anche ai trust di partecipazioni.

In particolare, la Circolare ha identificato talune ipotesi nelle quali un trust deve ritenersi fittiziamente interposto segnatamente:

- (i) trust che il disponente (o il beneficiario) può far cessare liberamente in ogni momento, generalmente a proprio vantaggio o anche a vantaggio di terzi;
- (ii) trust in cui il disponente è titolare del potere di designare in qualsiasi momento se stesso come beneficiario;
- (iii) trust 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

⁹ Tale documento dell'Agenzia delle entrate è già stato ampiamente e autorevolmente analizzato da C. FONTANA, *Profili di criticità fiscale del trust nei recenti interventi interpretativi dell'Agenzia delle Entrate, anche alla luce della delega al Governo sul contratto di fiducia*, in questa *Rivista*, 2011; sul medesimo tema, si veda inoltre M. ANTONINI - G. CRISTOFARO, in corso di pubblicazione su *Riv. dir. trib.*, 2011.

- quali il trustee, pur dotato di poteri discrezionali nella gestione ed amministrazione del trust, non può esercitarli senza il suo consenso;
- (iv) trust in cui il beneficiario ha diritto di ricevere attribuzioni di patrimonio dal trustee;
 - (v) trust 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;
 - (vi) trust in cui il disponente può modificare nel corso della vita del trust i beneficiari;
 - (vii) trust in cui il disponente ha la facoltà di attribuire redditi e beni del trust o concedere prestiti a soggetti dallo stesso individuati;
 - (viii) 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.

La prima ipotesi sopra menzionata non dovrebbe trovare applicazione qualora il disponente possa far cessare il *trust* ad esclusivo vantaggio di beneficiari diversi dal disponente stesso, quali ad esempio i propri discendenti. In tal caso, infatti, non si registra una permanenza del controllo del disponente sui beni trasferiti, tale da far venir meno uno degli elementi costitutivi dell'istituto, così come individuato nella convenzione dell'Aja.

La seconda ipotesi menzionata nella circolare dell'Agenzia delle entrate non è condivisibile; non si comprende infatti per quale motivo il disponente non possa essere anche beneficiario del trust. Tale circostanza, infatti, oltre ad essere espressamente smentita da precedenti prese di posizione dell'amministrazione finanziaria¹⁰, non trova alcun riscontro nella convenzione dell'Aja, la quale non individua come elemento costitutivo del trust la diversità fra disponente e beneficiario.

Nel caso di trust di partecipazioni, inoltre, sarebbe legittimo prevedere che il disponente trasferisca ai beneficiari il patrimonio del trust ad un determinato termine e che, fino a tale data, egli rimanere comunque beneficiario di una parte del reddito delle partecipazioni trasferite, per far fronte a determinate sue necessità.

In un tal caso il trust sarebbe comunque fisiologicamente impiegato e non vi sarebbe un legittimo motivo per ritenerlo fittiziamente interposto al disponente¹¹.

Tra l'altro la stessa Agenzia delle entrate con la risoluzione sopra citata, ha riconosciuto la validità di un trust nel quale una parte di reddito spettava comunque al disponente (e beneficiario)¹². Nel caso, tuttavia, il disponente-beneficiario sia in grado di condizionare a proprio favore le scelte del trustee, in base a diritti o facoltà riservatesi nell'atto istitutivo o di fatto, senza tuttavia determinarne un'autodirezione, si potrebbe considerare di trovarsi di fronte ad un trust trasparente nei confronti del disponente, ferma restando l'opacità per gli altri beneficiari.

La terza ipotesi, in linea di principio condivisibile, nei casi di trust di partecipazioni potrebbe verificarsi quando il trustee non possa esercitare i diritti amministrativi derivanti dal possesso della partecipazione conferita in trust, senza il preventivo consenso del disponente. Di fatto, quindi, il trustee sarebbe solo formalmente il titolare dei poteri gesto-

¹⁰ In tal senso, Ris. agenzia delle entrate, 7 marzo 2008, n. 81/E; conforme ris. agenzia delle entrate, 5 novembre 2008, n. 425/E.

¹¹ Di recente, la Cassazione, con sentenza n. 13276/2011, ha sancito la nullità di un trust nel quale il disponente si era riservato il ruolo di trustee (qui l'interposizione era davvero palese: in pratica il disponente era fiduciario "di sé stesso").

¹² Risoluzione n. 81/E del 7 marzo 2008.

ri della partecipazione, mentre l'effettivo "socio" continuerebbe ad essere il disponente¹³. Discorso diverso è se nell'atto istitutivo di trust il disponente recasse le linee guida cui il trustee deve uniformarsi nell'esercizio dei diritti amministrativi derivanti dalla gestione delle partecipazioni.

In tal caso, infatti, il trustee nell'ambito delle linee guida manterrebbe comunque la propria discrezionalità.

La quarta ipotesi riguarda solamente i casi in cui il disponente sia titolare di un "diritto" (inteso come posizione di titolarità non sottoposta a condizioni e a termini) a ricevere attribuzioni di patrimonio dal trustee, di fronte alla quale il trustee non ha alcuna discrezionalità.

Con riferimento alla quinta ipotesi non è condivisibile ritenere fittizio un trust in cui il trustee debba tenere conto delle indicazioni date dal disponente, pur sempre nel rispetto della discrezionalità del trustee.

Pertanto, qualora il disponente dia al trustee delle linee guida generali sulla gestione della società, lasciando al trustee la libertà di decidere nello specifico quali misure adottare, il trust non dovrebbe ritenersi fittizio.

Questo, soprattutto qualora tali linee guida siano già inserite nell'atto istitutivo.

La sesta ipotesi delineata dall'Agenzia non può essere condivisa, soprattutto e in particolare modo nelle ipotesi di trust di partecipazioni familiari.

Escludere il diritto del disponente a modificare i beneficiari del patrimonio (le partecipazioni) ovvero del reddito (i dividendi) rappresenterebbe una limitazione totalmente antitetica allo spirito e alle finalità di tali trust.

Non vi è dubbio infatti che durante la vita del trust possano verificarsi accadimenti per effetto dei quali il disponente ritenga che (i) taluni beneficiari abbiano tenuto una condotta tale per cui essi non sono ritenuti idonei a proseguire in futuro la gestione della società, ovvero al contrario (ii) alcune persone che inizialmente non erano state considerate in grado di gestire la società, nel corso degli anni acquisiscano una maturità e capacità tale da configurarsi proprio quale il successore ideale per la gestione della società.

Con riferimento alla settima ipotesi (di difficile interpretazione letterale, dato che se i redditi sono del trust, il disponente non ha alcun potere su di essi), è necessario precisare che essa non si verifica nel caso in cui il disponente si sia riservato l'usufrutto sulle partecipazioni. Non vi è dubbio, infatti, che in un simile contesto il reddito non è del trust, ma direttamente del disponente, il quale ne è l'unico possessore.

Con riferimento all'ultima ipotesi, non è chiaro cosa si debba intendere per condizionamento.

È fisiologico infatti che il trustee nell'esercizio dei propri poteri, e sempre nel rispetto della sua discrezionalità, si confronti con il *protector* ovvero con il disponente per meglio valutare le esigenze dei beneficiari e meglio esercitare i propri poteri.

In tali casi, sebbene il trustee possa essere condizionato dalla volontà espressa dal disponente, ha pur sempre agito con la piena discrezionalità e non può quindi, solo per tale motivo, essere disconosciuto il trust. Tra l'altro, in generale, nei trust con beneficiari è usuale prevedere la consultazione del trustee con i beneficiari e in alcuni casi è la stessa legge regolatrice che lo impone¹⁴.

¹³ Di recente, la Cassazione, con sentenza n. 13276/2011, ha sancito l'inefficacia del vincolo costituito mediante l'istituzione di un trust nel quale il disponente si era riservato il ruolo di trustee (qui l'interposizione era davvero palese: in pratica il disponente era fiduciario "di sé stesso").

¹⁴ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2011, 169, che fa riferimento alla sect. 11 del *Trust of Land and Appointment of Trustees Act 1996*.

4. Il regime fiscale ai fini delle imposte indirette

4.1 Ai fini delle imposte indirette, l'atto istitutivo con il quale il disponente esprime la volontà di costituire il *trust* che non contempli anche il trasferimento di beni nel *trust*, se redatto con atto pubblico o con scrittura privata autenticata, deve essere assoggettato all'imposta di registro in misura fissa ai sensi dell'art. 11 della Tariffa, parte prima, d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, quale atto privo di contenuto patrimoniale¹⁵.

www.sfef.it

Il conferimento di beni nel *trust* successivo (o contestuale all'atto istitutivo) va assoggettato all'imposta sulle successioni e donazioni in misura proporzionale, sia esso disposto mediante testamento o per atto "inter vivos", secondo le disposizioni stabilite all'art. 2, commi da 47 a 49, del d.l. n. 262/2006.

www.sfef.it

Inoltre, l'Agenzia delle entrate ritiene che il trasferimento di beni dal disponente al *trust* rappresenti il presupposto per l'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni, mentre a tali fini sia irrilevante il successivo trasferimento di beni dal *trust* ai beneficiari.

www.sfef.it

Difatti, con circolare n. 48/E del 2007 l'Agenzia ha previsto che: "La devoluzione ai beneficiari dei beni vincolati in *trust* non realizza, ai fini dell'imposta sulle donazioni, un presupposto impositivo ulteriore; i beni, infatti, hanno già scontato l'imposta sulla costituzione del vincolo di destinazione al momento della segregazione in *trust*. Inoltre, poiché la tassazione, che ha come presupposto il trasferimento di ricchezza ai beneficiari finali, avviene al momento della costituzione del vincolo, l'eventuale incremento del patrimonio del *trust* non scontrerà l'imposta sulle successioni e donazioni al momento della devoluzione".

Aderendo a tale interpretazione, pertanto, è nel momento istitutivo del *trust* che occorre verificare quale sia il rapporto sussistente tra disponenti e beneficiari, al fine di verificare l'aliquota e la (eventuale) franchigia applicabile. Questo comporta che sin dal momento della costituzione dei beni in *trust* i beneficiari siano già individuati, se non ancora nominativamente, almeno per genere, ossia in relazione al grado di parentela o di affinità con il disponente.

www.sfef.it

Questo anche al fine di verificare l'applicabilità dell'esenzione recata dall'art. 3, comma 4-ter, d.lgs. n. 346/1990 ("Testo unico dell'imposta sulle successioni e donazioni"), ai sensi del quale: "i trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e seguenti del codice civile a favore dei discendenti e del coniuge, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all'imposta. In caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera a), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile. Il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa pro-

¹⁵ Per un approfondimento in materia di imposte sulle donazioni con riferimento ai *trust*, si veda, tra gli altri: l'applicabilità ai vincoli di destinazione e ai *trust* della (re)istituita imposta sulle successioni e donazioni, S. ZAGA', *Diritto e pratica tributaria*, 2010, 839 ss.; G. FRANSONI, *Allargata l'imponibilità dei vincoli di destinazione*, in *Corr. trib.*, 2008, 648 ss.; D. STEVANATO, I «Trusts» e la capacità economica colpita dal tributo successorio, in *Dialoghi tributari*, 2009, 333 ss.; Id., *Trusts e imposta sulle donazioni: prime reazioni giurisprudenziali alle forzature della prassi amministrativa*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2009, 534 ss.; Id., *Vincoli di destinazione sulle intestazioni fiduciarie di titoli ed immobili*, in *Corr. trib.*, 2008, 1640; G. CORASANITI, *Profili impositivi dell'intestazione fiduciaria*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 548 ss.; M. LUPOI, *L'Agenzia delle entrate e i principi sulla fiscalità dei trust*, in *Corr. trib.*, 2007, 2785; A. BUSANI, *Imposta su vincoli di destinazione e trust*, in *Corr. trib.*, 2007, 359; A. FEDELE, *Destinazione patrimoniale: criteri interpretativi e prospettive di evoluzione del sistema tributario*, in *AA.Vv., Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche normative*, Milano, 2003, 294 ss.; A. CONTRINO, *Trust liberali ed imposizione indiretta sui trasferimenti dopo le modifiche (L. n. 383/2001) al tributo sulle donazioni*, in *Rass. trib.*, 2004, 446 ss.

seguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso".

Con tale disposizione il legislatore ha inteso facilitare il passaggio generazionale delle aziende nell'ambito della famiglia¹⁶, predisponendo un'esenzione che si applica ai trasferimenti di azienda o rami d'azienda ovvero ancora quote sociali e azioni nei confronti dei discendenti e del coniuge. Tale esenzione, tuttavia, con riferimento alle quote sociali è realizzata solo ove, successivamente al trasferimento, i donatari mantengano la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, impegnandosi in tal senso con apposita dichiarazione¹⁷.

4.2 Conseguentemente, qualora il disponente decida di conferire nel trust l'intera partecipazione sociale, prevedendo che una quota di controllo sia attribuita (nel momento indicato nell'atto istitutivo) a un discendente ovvero a un coniuge, mentre la rimanente quota sia destinata agli altri parenti, l'imposizione ai fini dell'imposta sulle donazioni sarà la seguente:

- i) sulla partecipazione di controllo, non sarà dovuta alcuna imposta, nell'assunto che il periodo complessivo di possesso della partecipazione considerando cumulativamente il periodo di possesso di trust e beneficiario sia superiore a 5 anni;
- ii) sulla rimanente porzione di partecipazione destinata agli altri beneficiari, si renderanno applicabili le ordinarie aliquote e franchigie, ossia: coniuge e parenti in linea retta: 4% con franchigia di 1.000.000 euro; fratelli e sorelle: 6%, con franchigia di 100.000 euro; altri parenti fino al quarto grado, affini in linea retta, affini in linea collaterale fino al terzo grado: 6% senza franchigia; altri soggetti: 8% senza franchigia.

L'esenzione dovrebbe poi operare solo nel caso in cui il disponente decida di trasferire la partecipazione di controllo nel trust, e individui il coniuge e i discendenti quali beneficiari della partecipazione di controllo in comproprietà tra loro.

www.sfef.it

In questo senso, si è espressa l'Agenzia delle Entrate nella circolare n. 11/E del 16 febbraio 2007, in base alla quale: "nell'ipotesi in cui la partecipazione di controllo posseduta dal dante causa sia frazionata tra più discendenti, l'agevolazione in esame spetta esclusivamente per l'attribuzione che consenta l'acquisizione o integrazione del controllo. Spetta sempre, invece, l'agevolazione per il trasferimento della partecipazione di controllo a favore di più discendenti in comproprietà".

Con la circolare n. 3 del 22 gennaio 2008, l'Agenzia ha inoltre chiarito che "l'agevolazione si applica ai trasferimenti in regime di comproprietà in quanto, in base all'articolo 2347 del codice civile, i diritti dei comproprietari sono esercitati da un rappresentante comune, che disporrà della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria. In sostanza nell'ipotesi di comproprietà, i beneficiari sono in grado di esercitare il controllo della società per il tramite del rappresentante comune"¹⁸.

¹⁶ Nella risoluzione n. 110/E del 23 aprile 2009, si legge: "La finalità dell'articolo 3, comma 4-ter del TUS è, quindi, di favorire, attraverso la leva fiscale, il passaggio generazionale delle aziende di famiglia".

¹⁷ Ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter d.lgs. 346/1990, "il mancato rispetto della condizione di cui al periodo precedente comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata".

¹⁸ Si veda, in senso conforme, la recente risoluzione 26 luglio 2010, n. 75.

Diversamente, qualora il disponente ritenga che le partecipazioni siano frazionate tra tutti i beneficiari, ovvero, come sovente accade, lasci al *trustee* in maniera discrezionale la valutazione di quale dei beneficiari avrà diritto al controllo dell'azienda, in tal caso – secondo l'interpretazione dell'Agenzia delle entrate – non troverebbero applicazione né l'esenzione prevista dall'art. 3, comma 4-ter del Testo unico delle successioni e donazioni, né le aliquote e franchigie previste per coniuge e discendenti in linea retta qualora tra i beneficiari discrezionali del trust siano compresi anche soggetti terzi. In un'ipotesi simile, con riferimento alla discrezionalità del trustee, si era pronunciata l'Agenzia delle Entrate con Risoluzione n. 110/E del 23 aprile 2009, con la quale si era affrontato un caso in cui con la costituzione del trust il disponente intendeva far acquistare al trustee la piena proprietà di quasi il 100% delle partecipazioni di una società, indicando quali beneficiari del trust il coniuge e i due figli. Nell'ipotesi sottoposta al vaglio dell'Agenzia, il trustee poteva decidere, al termine del periodo di durata del trust (nella specie, dieci anni), se trasferire ai beneficiari le quote di partecipazione nella holding familiare, ovvero decidere se attribuire singoli *assets* della società (immobili o partecipazioni in altre società controllate) ai beneficiari del trust. In una simile fattispecie, secondo l'Agenzia delle Entrate, atteso che “nel caso in esame, al termine della durata del trust il trustee ha il potere di disporre discrezionalmente del trasferimento delle partecipazioni di controllo, e considerato altresì che a favore dei beneficiari non è previsto un diritto incondizionato al trasferimento delle partecipazioni (...) non si ritengono soddisfatte le condizioni per applicare la disposizione agevolativa di cui all'articolo 3, comma 4-ter, del TUS, venendo disattesa la ratio della norma agevolativa di favorire il passaggio generazionale ai discendenti o al coniuge del disponente”. Nello stesso senso, qualora il disponente decida di mantenere il controllo della Società per un determinato periodo di tempo per poi trasferire ad uno dei nipoti, solamente quando (e se) ne avrà la capacità, il controllo della Società, anche in tale caso aderendo all'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate, in linea di principio l'esenzione recata dall'art. 3, comma 4-ter, non dovrebbe applicarsi.

- 43 Tale ultimo esempio mostra con estrema evidenza come l'interpretazione dell'Agenzia delle entrate in relazione alla soggettività passiva del *trust* ai fini dell'imposta delle successioni e donazioni, non possa essere ritenuta condivisibile¹⁹.

È innanzitutto evidente che al momento del trasferimento del bene dal disponente al trust non si verifica alcun arricchimento del beneficiario, presupposto imprescindibile per l'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni. Tra l'altro, anticipando in tal modo il prelievo tributario, si lede il principio di effettività e attualità della capacità contributiva, atteso che il prelievo anticipato, nell'ipotesi di trust discrezionali, non consente mai di determinare chi sarà l'effettivo e definitivo beneficiario del patrimonio conferito nel trust.

L'interpretazione dell'Agenzia comporta quindi l'applicazione dell'imposta in un momento in cui non si è verificato il presupposto applicativo della stessa, con la conseguente impossibilità di tener conto di aliquote, franchigie, ed eventuali esenzioni, applicabili al soggetto con riferimento al quale effettivamente si verificherà il presupposto applicativo dell'imposta.

¹⁹ Per un approfondimento sul tema si veda A. POLI, D. STEVANATO, *I trust e la capacità economica colpita dal tributo successorio*, in *Dialoghi tributari*, 3/2009 pg. 333; conforme, R. LUPI, D. STEVANATO, *Trasparenza del trust ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni: due pesi due misure?*, in *Dialoghi tributari*, 5/2008.

Pertanto, affinché l'imposta sulle successioni e donazioni sia applicata in presenza del relativo presupposto è necessario che all'effetto segregativo (*id est*, la creazione di un patrimonio separato), che caratterizza gli atti costitutivi dei vincoli di destinazione ed il *trust*, si accompagni anche un ulteriore effetto traslativo di natura, necessariamente, liberale o gratuita (e non già onerosa)²⁰.

Nel senso sopra esposto milita anche la recente giurisprudenza che si è espressa a riguardo, ritenendo che il presupposto impositivo non sorge al momento del trasferimento dei beni nel *trust*, come sostenuto dalla circolare n. 3/E del 2008, bensì al momento della successione devoluzione ai beneficiari del fondo in *trust*.

Ad esempio, la Comm. trib. prov. Genova, con sentenza 7 ottobre 2010, n. 280 ha affermato che, nel caso di un *trust* in cui i beneficiari finali erano identificati nei “*figli nascituri del disponente al compimento della maggiore età*”, il momento in cui l'Ufficio potrà pretendere l'imposta sulle successioni e donazioni sarà solo quello in cui verrà posto in essere il trasferimento della ricchezza ai figli del disponente e ciò in quanto trattasi di un atto sottoposto a condizione sospensiva, che dovrà essere sottoposto a tassazione solo e se tale condizione si verificherà.

La Comm. trib. prov. di Treviso 25 ottobre 2010, n. 108, in un caso in cui veniva costituito un *trust* per la gestione di un'abitazione (il *trust fund* era costituito dalla nuda proprietà dell'immobile in questione, mentre i beneficiari del *trust* erano nominati, a partire dagli allora titolari del diritto di abitazione sull'immobile, in un ordine prefissato risultante dall'atto di *trust*), ha negato che detto *trust* potesse essere anche solo in linea di principio assimilabile ad una donazione condizionata, atteso che mancherebbe la possibilità di individuare chi tra i vari soggetti, tra cui alcuni al momento nemmeno determinabili, indicati nel *trust deed* sarebbe stato il beneficiario finale alla scadenza del *trust*.

Essa ha inoltre affermato che se anche una donazione condizionata fosse ipotizzabile, essa non sarebbe tassabile fino al verificarsi della condizione sospensiva.

La sentenza 12 gennaio 2009, n. 12 della Commissione tributaria provinciale di Lodi, avente ad oggetto un *trust* liquidatorio, con il quale una società aveva conferito il proprio patrimonio al trustee, affinché quest'ultimo procedesse alla liquidazione della società nell'interesse dei creditori e dei soci, ha affermato che l'art. 2, commi da 47 a 49, d.l. n. 262/2006 non menziona espressamente i *trust*, quali fattispecie da assoggettare all'imposta successioni e donazioni e pertanto, questa si applica alla fattispecie in commento solo nel caso in cui essi si qualificano come c.d. “*trust liberali*”, ossia siano inclusi tra i vincoli di destinazione.

Tuttavia, nel caso di un *trust* “liquidatorio”, l'imposta non è applicabile.

Anche la Comm. trib. prov. Firenze, nella sentenza del 12 febbraio 2009, n. 30 ha affrontato un caso inerente ad un *trust* liberale, i cui beneficiari finali risultavano individuati al verificarsi o meno di alcuni eventi futuri dal carattere incerto; essendo tuttavia ipotizzabile che la devoluzione finale dei beni conferiti in *trust* potesse avvenire in favore dei parenti fino al IV grado, il ricorrente riteneva applicabile l'imposta sulle donazioni e successioni con aliquota del 6%. Tale imposta, tuttavia, nella visione del ricor-

www.sfef.it

www.sfef.it

www.sfef.it

www.sfef.it

www.sfef.it

²⁰ La più recente giurisprudenza di merito risulta recepire l'impostazione che si sostiene in questa sede, negando che l'imposta sulle successioni e donazioni possa essere applicata al *trust* al momento della segregazione dei beni nel medesimo. Secondo i giudici, infatti, il presupposto impositivo non sorge al momento del trasferimento dei beni nel *trust*, come sostenuto dalla circolare n. 3/E del 2008, bensì al momento della successione devoluzione ai beneficiari del fondo in *trust*. Si veda *ex multis*, Comm. trib. prov. Genova, 7 ottobre 2010, n. 280; Comm. trib. reg. Venezia, 21 settembre 2010, n. 75; Comm. trib. reg. Roma 22 dicembre 2009, n. 732; Comm. trib. prov. Treviso 14 ottobre 2009, n. 95.

rente avrebbe dovuto essere corrisposta solo al momento della devoluzione dei beni in trust ai beneficiari finali, mentre secondo l'Ufficio, al momento della segregazione dei beni in trust.

La Commissione tributaria adita, nell'accogliere il ricorso, ha affermato che l'imposta è dovuta solo al momento della devoluzione dei beni ai beneficiari, atteso che in precedenza, questi sono titolari solo di una posizione qualificabile come mera aspettativa giuridica, posizione propria di chi è titolare di un diritto sottoposto a condizione sospensiva; i beneficiari sono, in altri termini, titolari di una posizione giuridica che non consente loro, al momento dell'istituzione del trust di ottenere i beni e, quindi, in capo ad essi non si manifesta alcun arricchimento tassabile.

5. Trust di partecipazioni e Opa

Sempre con riferimento ai trust, occorre infine analizzare, in estrema sintesi, se il trasferimento in un trust di partecipazioni in società quotate possa far sorgere in capo al trust, ovvero ai beneficiari dello stesso, l'obbligo di promuovere un'offerta pubblica di sottoscrizione ai sensi dell'art. 106 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (il "TUF")²¹.

Il tema è particolarmente rilevante, perché la risposta a tale quesito evidentemente può condizionare l'operazione di segregazione.

Com'è noto, l'art. 106, comma primo, TUF impone a qualunque soggetto che detenga, a seguito di acquisti, una partecipazione superiore alla soglia del trenta per cento, la promozione di un'offerta pubblica di acquisto rivolta a tutti i possessori dei titoli sulla totalità dei titoli ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato in loro possesso.

Il principio dell'obbligatorietà dell'OPA si basa sull'esigenza di tutelare gli investitori in titoli quotati, assicurando ad essi una parità di trattamento (considerato che il prezzo che l'offerente deve proporre ad essi per l'acquisto dei titoli di cui sono possessori non deve essere inferiore a quello più elevato pagato dall'offerente) e la possibilità di uscire dalla compagine sociale nel momento in cui la società abbia subito una rilevante modificazione del proprio assetto proprietario²².

Inoltre, il comma quinto dell'art. 106 TUF attribuisce alla Consob il potere di stabilire i casi in cui il superamento della soglia di cui al comma primo non comporta automaticamente l'obbligo di promuovere l'offerta, qualora tale superamento sia stato determinato da operazioni dirette al salvataggio di società in crisi, al trasferimento dei titoli quotati tra soggetti legati da rilevanti rapporti di partecipazione, da cause indipendenti dalla volontà degli acquirenti, da operazioni di carattere temporaneo, da operazioni di fusione e scissione e da acquisti a titolo gratuito²³.

²¹ Per un approfondimento sul tema, si veda, fra tutti, G. CRISTOFARO, *L'Opa totalitaria e i trust liberali*, in *Trust e attività fiduciarie* n. 6 del 2010, *passim*.

²² Per maggiori approfondimenti, vedi F. CANNELLA, in MARCHETTI - BIANCHI (a cura di), *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, Milano, 1999, 329 ss.; G. CANNIZZARO, in G. ALPA - F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, 1998, 980 ss.; R. WEIGMANN, "Commento sub art. 106", in "Testo unico della finanza", *Commentario diretto da G. Campobasso*, Torino, 2002.

²³ Ad eccezione di quanto si dirà più avanti sugli acquisti a titolo gratuito, tutte le altre esenzioni previste dall'attuale comma quinto dell'art. 106 erano contenute anche nella vecchia formulazione della disposizione, in quanto si tratta di casi in cui, benché si rinvergono formalmente i presupposti per l'obbligo di OPA, non si rivela, *prima facie*, necessaria la tutela degli azionisti di minoranza che, in principio, la disciplina sull'OPA obbligatoria dovrebbe assicurare. Non a caso l'art. 49 del Regolamento Consob n. 11971/1999 disciplina le condizioni di applicabilità dell'esenzione accordata dall'art. 106 TUF. La precedente formulazione del primo e del quinto comma dell'art. 106 TUF differiva, per gli aspetti che interessano in questa sede, da quella attualmente in vigore sotto due profili:

(i) erano infatti soggetti alla promozione di un'offerta pubblica totalitaria soltanto gli acquisti a titolo oneroso che comportavano la detenzione di partecipazioni sopra la soglia del trenta per cento;
(ii) gli acquisti a titolo gratuito non erano contemplati quali casi di esenzione dall'obbligo di promozione dell'offerta pubblica totalitaria.

www.sfef.it

L'attuale formulazione dei commi primo e quinto dell'art. 106 TUF è stata introdotta dall'art. 3 d.lgs. 19 novembre 2007, n. 229 emanato in attuazione della direttiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 concernente le offerte pubbliche di acquisto.

L'art. 5 di tale direttiva prevede che gli Stati membri adottino previsioni tali da imporre la promozione di una offerta per tutelare gli azionisti di minoranza a coloro che detengano il controllo della società “*per effetto di propri acquisti o dell'acquisto da parte di persone che agiscono di concerto*” con essi.

A tal fine, il legislatore italiano, con il d.lgs. n. 229/2007, ha conseguentemente eliso dal comma primo dell'art. 106 TUF la connotazione di onerosità degli acquisti che obbligano i relativi acquirenti alla promozione dell'OPA totalitaria.

Una volta esteso il novero degli acquisti che danno luogo all'insorgenza dell'obbligo di promozione dell'OPA totalitaria, il legislatore ha coerentemente aggiunto, alle cause di esenzione già previste dall'art. 106 TUF, la categoria degli acquisti a titolo gratuito, rimettendo tuttavia alla Consob la specifica individuazione, in via regolamentare, dei casi in cui in cui il superamento della soglia di partecipazione del 30% sia determinato da acquisti a titolo gratuito.

Di conseguenza, alla luce dall'attuale formulazione dell'art. 106 TUF, non tutti gli “*acquisti a titolo gratuito*” possono considerarsi esclusi dalla disciplina dell'OPA obbligatoria totalitaria, ma soltanto quelli rientranti nella casistica da individuarsi in via regolamentare dalla Consob.

www.sfef.it

Pur in assenza del citato regolamento, con comunicazione n. DEM/10055200 del 16 giugno 2010 la Consob ha incluso nel novero degli “*acquisti a titolo gratuito*” previsti dal quinto comma dell'art. 106 i trasferimenti *mortis causa* e in atti di liberalità in generale²⁴.

Tra questi, la Consob ha espressamente incluso l'atto con cui il trustee di un trust (familiare) attribuisce ad uno o più beneficiari una parte del fondo in trust costituita da partecipazioni di controllo, seppur indiretto, in una società quotata.

Di conseguenza, i beneficiari, pur definibili quali “acquirenti” delle partecipazioni ai sensi dell'art. 106, comma 1, TUF, sono esenti dall'obbligo di promuovere l'OPA totalitaria, ai sensi dell'art. 106, comma 5, TUF.

²⁴ In realtà il quesito presentato alla Consob rappresentava, quale ulteriore causa giustificativa della esenzione dall'OPA obbligatoria, anche la riconducibilità degli atti di trasferimento dal trustee ai beneficiari alla categoria degli “acquisti effettuati per cause indipendenti dalla volontà dell'acquirente” (ipotesi di esenzione prevista dalla lettera c) del comma quinto dell'art. 106 TUF). La Consob non ha (condivisibilmente) seguito tale impostazione (il beneficiario di un trust effettivamente può sempre rifiutare l'attribuzione che gli venga proposta dal trustee), preferendo impostare la propria decisione sull'inquadramento di tali atti di trasferimento quali “atti a titolo gratuito” ai sensi della lettera f) del comma quinto.