

TRUSTS

E ATTIVITÀ FIDUCIARIE

QUADERNI

13

DIRETTORE SCIENTIFICO
Maurizio LUPOI

STUDI SUL TRUST

A CURA DI
Maurizio LUPOI

Maria Elena BASTONI
Paolo BERNASCONI
Maria Benedetta BISETTI
Roberto BONFANTI
Marco CARONE
Giuseppe CORASANITI
Fabio COSENZA
Patrizia DIBARI
Amalia Chiara DI LANDRO
Lucilla GALANTI
Stefano GIANGRANDE
Massimo GIULIANO

Vincenzo GRECO
Salvatore INFANTINO
Alberto LUPOI
Maurizio LUPOI
Luca MAGI
Matteo PATRONE
Paolo PANICO
Ranieri RAZZANTE
Mariano ROBLES
Pasqualino SILVESTRE
Annapaola TONELLI
Rachael CASSAR TORREGGIANI



Wolters Kluwer

CAPITOLO 7

TRUST E FONDAZIONI DI FAMIGLIA: NOVITÀ DALLA SVIZZERA

Paolo Bernasconi

Purtroppo, per anni, anche sulla piazza bancaria elvetica, numerosa clientela italiana fece capo al trust e alla fondazione di famiglia a scopo di elusione fiscale, mettendo in cattiva luce questi istituti nei confronti delle autorità politiche e giudiziarie svizzere. Ora si volta pagina: gli obblighi del trustee saranno disciplinati nella legge sugli istituti finanziari, mentre al trust sono dedicate numerose norme di applicazione della legge sullo scambio automatico di informazioni. Si spiana finalmente la strada verso il trust di diritto svizzero, così come deciso recentemente dal Consiglio Nazionale svizzero. È quindi il momento per un inventario di queste norme e della giurisprudenza sviluppatasi in questi anni riguardo ai trust di diritto straniero.

1. INTRODUZIONE

Sul piano normativo, in Svizzera, il trust compare allorché il Parlamento svizzero aveva adottato la Convenzione relativa alla legge applicabile al trust ed al loro riconoscimento, conclusa all'Aja il 1° luglio 1985¹, che è entrata in vigore per la Svizzera il 1° luglio 2007. È stato così garantito anche in diritto svizzero il riconoscimento dal punto di vista del diritto civile dei trust di diritto straniero, sulla base di norme approvate internazionalmente e che siano regolabili dalla legge scelta da parte del disponente di un trust².

Una rassegna delle novità recenti ed imminenti in diritto svizzero riguardante i trust appare adeguata, non soltanto in considerazione dell'evoluzione giurisprudenziale, bensì anche per descrivere le ricadute dell'ondata internazionale regolatrice riguardante la trasparenza in materia fiscale.

¹ Vedi RS 0.221.371.

² "Portée de la reconnaissance. 3.1. En général.

*La conséquence principale de la ratification de la Convention de La Haye est que dorénavant la notion de trust fait directement partie intégrante de l'ordre juridique suisse, même si le droit suisse ne connaît pas l'institution du trust. Tout véhicule de droit étranger entrant dans la notion de trust donnée par la Convention de La Haye constitué valablement selon le droit qui le régit est automatiquement reconnu en Suisse. C'est le principe de la reconnaissance automatique des trusts. Ainsi, confronté à un trust, le juriste suisse ne doit donc plus traduire la notion en droit suisse ou procéder par analogie avec les concepts de droit suisse, mais reconnaître le trust en tant que tel et lui appliquer les règles du droit du trust" (B. Vischer - J. Wynne, *La notion de trust en droit suisse*, Genève, 2013).*

Accomunare in un medesimo contributo il trust e la fondazione di famiglia costituisce un'eresia giuridica. Siccome però moltissimi intermediari finanziari, fornendo consulenza alla loro clientela, tuttora continuano a offrire in alternativa l'uno o l'altro strumento, da un punto di vista pragmatico la trattazione dell'evoluzione del diritto svizzero accorpando i due istituti, permette in realtà anche di meglio delinearne le differenze fondamentali, specialmente sul piano giuridico.

2. VERSO IL RICONOSCIMENTO DEL TRUST DI DIRITTO SVIZZERO

Malgrado l'amplessissima diffusione del trust sul territorio svizzero, da parte di cittadini svizzeri oppure stranieri residenti in Svizzera oppure residenti all'estero, l'ordinamento giuridico svizzero ancora non prevede un trust disciplinato dal diritto svizzero, ossia un c.d. trust di diritto interno.

Pertanto, numerosi parlamentari svizzeri hanno stimolato il Consiglio federale svizzero affinché finalmente venissero varate norme di diritto interno³. Anche il Postulato n. 15.3098 del Gruppo liberale radicale, avviato su iniziativa del deputato Giovanni Merlini si scontrò con il diniego da parte del Consiglio federale, che venne espresso da parte del capo del Dipartimento delle Finanze, Ueli Maurer, in occasione della discussione davanti al Consiglio nazionale, in data 27 febbraio 2017. Il Consiglio federale concludeva raccomandando di respingere il Postulato, motivando nel senso che proprio negli ultimi anni, la tendenza nei confronti di una maggiore trasparenza si era rafforzata specialmente in conseguenza delle iniziative adottate da parte del Groupe d'Action Financière (GAFI), del G20 e dell'OCSE. Ciò malgrado, sorprendentemente, il Consiglio nazionale accettò il Postulato Merlini con 123 voti favorevoli, 67 voti contrari e 2 astensioni. Di conseguenza, il Consiglio federale dovrà presentare al Parlamento svizzero un rapporto nel quale descrivere le possibilità legislative per procedere all'introduzione del trust di diritto interno.

Il Consiglio nazionale aveva così riconosciuto che la motivazione del Consiglio federale si fondava esclusivamente su quella utilizzazione che, purtroppo, sulla piazza bancaria svizzera, aveva snaturato il trust (come pure le fondazioni di famiglia del Liechtenstein e del Panama) prevalentemente a scopo di evasione fiscale. Infatti, specialmente dal 1° luglio 2005 quando entrò in vigore in diritto svizzero l'obbligo di prelevare l'euroritenuta a seguito della ratifica dell'Accordo fra la Svizzera e l'Unione Europea riguardo all'imposizione del reddito da capitale, furono numerose le banche e le società fiduciarie a raccomandare a migliaia di propri clienti di eludere il prelievo dell'euroritenuta facendo capo all'interposizione di società, fondazioni di famiglia, *Anstalten* del Liechtenstein ed anche trust, trapassando a conti intestati a queste entità i propri patrimoni che si trovavano depositati su conti intestati alle persone fisiche. La motivazione del Consiglio federale misconosceva

³ Cfr. fra gli altri, sempre a livello delle Camere federali svizzere, la Mozione Suter 03.3233, l'Interpellanza Leutenegger 04.3570, il Postulato Moret 10.3332, l'iniziativa parlamentare Regazzi 16.488.

quindi gli scopi perfettamente legittimi perseguiti storicamente grazie all'istituzione del trust non soltanto a scopo successorale bensì anche per il raggiungimento di tutti gli altri numerosi scopi ai quali centinaia di migliaia di persone hanno fatto capo per anni in tutto il mondo.

Anche in Svizzera i mulini della democrazia parlamentare lavorano lentamente, per cui ci si dovrà attendere il decorso di un anno o più. Ma però, almeno, questa volta, i binari sono stati posati nel modo corretto.

3. TRUST E FONDAZIONI DI FAMIGLIA NEL DIRITTO CIVILE SVIZZERO

3.1 REGOLAMENTAZIONE DEL TRUST

La Convenzione relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento, conclusa all'Aja il 1° luglio 1985, venne approvata dall'Assemblea federale il 20 dicembre 2006. Il relativo strumento di ratifica venne depositato il 26 aprile 2007, per cui la Convenzione è entrata in vigore per la Svizzera il 1° luglio 2007⁴.

Ai sensi dell'art. 2 della predetta Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, denominata come "il disponente", con atto tra vivi oppure con atto *mortis causa*, qualora degli averi patrimoniali siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di uno o più beneficiari oppure per un fine determinato⁵.

Secondo il Tribunale amministrativo federale⁶, il trust è costituito in modo unilaterale dal costituente (*settlor*). Affinché il trust possa prendere forma, non è necessario che il trustee accetti la propria carica né che i beneficiari acconsentano alla loro designazione. Ciò che è determinante per la costituzione del trust è il trasferimento al trustee della proprietà dei beni conferiti al trust da parte del costituente. La fortuna conferita definitivamente al trust non è più di proprietà del costituente. Il trust, non essendo una persona morale e non disponendo della personalità giuridica, non è proprietario dei beni del trust né dei redditi che ne derivano. Il proprietario legale dei beni è il trustee, funzione che può essere rivestita da una o più persone fisiche oppure da una o più persone giuridiche. Il patrimonio non si confonde con la fortuna propria del trustee, ma costituisce una massa distinta (*Sondervermögen*).

⁴ Si veda l'ampia dottrina in P. Böckli, "Der angelsächsische Trust: Zivilrecht und Steuerrecht", in *Steuer Revue* [STR] 2007, pag. 715 ss; M. Seiler, *Trust und Treuhand im schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des Trustees*, Zurich/Bâle/Genève, 2005, pag. 13 e pag. 43 ss.; L. Thévenoz, "Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la Convention de la Haye", in *Journée 2006 de droit bancaire et financier*, Genève/Zurich/Bâle, 2007, pag. 61; L. Thévenoz, *Trusts en Suisse: Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Zurich, 2001, pag. 25; J. Salom, *L'attribution du revenu en droit fiscal suisse et international*, Genève, 2010, pag. 21.

⁵ Per le differenze fra *commercial trust*, *business trust*, e *debenture trust* cfr. T.M. Mayer, "Der Trust im Lugano-Übereinkommen", in *AJP*, n. 3/2017, pagg. 299, 301.

⁶ STAF no. A-7013/2010 del 18 marzo 2011, paragrafo 6 (assistenza amministrativa).

I beneficiari del trust, che siano designati oppure designabili, non sono i proprietari del trust. Essi non dispongono tuttavia in nessun momento del diritto di amministrare o di disporre dei beni del trust. I loro diritti, anche se non sono di natura reale, conferiscono loro il diritto di rivalersi nei confronti dei terzi ai quali fossero stati trasferiti, senza diritto, gli attivi del trust.

Laddove il trust non abbia per scopo di accumulare fortuna, il trustee può oppure deve distribuire il capitale e/o i suoi redditi, attribuendoli ai beneficiari. Se il trust è discrezionale, vale a dire che il trustee non ha ancora designato i beneficiari e l'ammontare dei loro benefici, i beneficiari ne acquistano la proprietà solo quando il trustee abbia esercitato il suo potere di discrezione. Nell'intervallo i beneficiari dispongono soltanto dell'aspettativa di acquisire la proprietà dei beni e dei redditi.

Il rispetto rigoroso della struttura del trust si è concretizzato anche riguardo al diritto di informazione della persona che ha costituito il trust (*settlor*)⁷. Per giungere a questa conclusione il Tribunale d'Appello del Cantone Ticino ripercorse retamente gli elementi caratteristici del trust, richiamando la giurisprudenza federale come segue:

- a) il *settlor* del trust irrevocabile ha perso in modo definitivo, in favore del trustee, la proprietà dei beni conferiti al trust⁸, dal momento che nell'atto costitutivo del trust non si era espressamente riservata la facoltà di revocare il trust (*power of revocation*)⁹;
- b) viene esclusa l'esistenza di un rapporto di mandato fra il *settlor* e il trustee e/o il *protector*¹⁰;
- c) benché la persona costituente il trust fosse stata indicata come beneficiaria del trust medesimo, ciò non le conferisce il diritto di amministrare o di disporre dei beni del trust, pur essendone i proprietari "ai fini del godimento" (*equital owners*)¹¹;
- d) il fatto di essere beneficiario conferisce al massimo un diritto di ricupero, ancorché non di natura reale, nei confronti di eventuali terzi a cui quei beni fosse-

⁷ Sentenza della Corte d'Appello di Lugano, II Camera civile, datata 11 novembre 2016, nel caso I.D.F. contro Corner Banca e contro Rawlinson & Hunter Trustees SA, Ginevra, pubblicata in *Trusts e attività fiduciarie*, marzo 2017, pag. 219 ss.

⁸ TAF A-535/2011 del 28 giugno 2011, consid. 9.1; A-2347/2014 del 29 settembre 2015, consid. 4.2.

⁹ TAF A-535/2011 del 28 giugno 2011, consid. 9.1; A-2347/2014 del 29 settembre 2015, consid. 4.2.

¹⁰ N.P. Vogt, "I trust e il diritto svizzero", in *Trust e istituti particolari nel diritto anglosassone, Atti della giornata di studio del 5 ottobre 2007*, CFP, Lugano, 2009.

¹¹ TAF A-2347/2014 del 29 settembre 2015, consid. 4.4.; STF IB_21/2010 del 25 marzo 2010, consid. 2.2.

ro stati trasferiti senza diritto (*remedy of trading*)¹² oppure nell'ambito dell'esecuzione forzata per debiti diretta nei confronti del trustee¹³;

- e) i beneficiari acquisiscono la "proprietà ai fini del godimento" (*equital ownership*), unicamente quando il trustee esercita il suo dovere di discrezione¹⁴, prendendo in considerazione la *letter of wishes*, che tuttavia non è vincolante per il trustee per cui, fino a quel momento, essi dispongono esclusivamente di una semplice aspettativa¹⁵.

Secondo la dottrina svizzera il *constructive trust* non può essere considerato un trust nel senso giuridico del termine, poiché non si fonda sull'intenzione di creare un trust. Si tratta al contrario di una misura riparatrice che può essere ordinata dal Tribunale quando la proprietà su un determinato bene venga tolta alla persona che, secondo le regole della buona fede, dovrebbe detenerla. In poche parole si tratta di un trust involontario, stabilito da una decisione giudiziaria, che viene creato nelle situazioni in cui una persona abbia ingiustamente acquisito un diritto di proprietà su un bene, ragione per cui sarebbe abusivo permetterle di profittarne. In sintesi, tale misura riparatrice è assimilabile a quella prevista in caso di indebito arricchimento¹⁶.

Secondo la dottrina svizzera recente, il beneficiario del trust che dispone della *equitable ownership* sui beni oggetto del trust (beneficiario economico), dispone sul trust di un *right in rem* (*droit de suite*)¹⁷. Questo diritto viene qualificato come un diritto avente una componente reale, che permette di distogliere beni che sono oggetto del trust nell'ambito della procedura di esecuzione forzata diretta contro il trustee.

Il riconoscimento di tale diritto di distrazione non è incompatibile con l'ordine pubblico svizzero ai sensi dell'art 17 LDIP. In particolare, il fatto che l'*equitable owner* di diritti patrimoniali oggetto di un trust sia meglio protetto, a scapito dei creditori ordinari del trustee, rispetto a quanto lo sia un fiduciante in diritto svizzero, non viene considerato come contrario all'ordine pubblico svizzero¹⁸.

¹² TAF A-535/2011 del 28 giugno 2011, consid. 9.3.

¹³ TAF A-2347/2014 del 29 settembre 2015, consid. 4.4.; STF 5C.169/2001 del 19 novembre 2001, consid. 6b/dd; STF 1B_21/2010 del 5 marzo 2010, consid. 2.2.

¹⁴ TAF A-535/2011 del 28 giugno 2011, consid. 9.3.; TAF A-2347/2014 del 29 settembre 2015, consid. 4.4.

¹⁵ Vogt, op. cit., pag. 12; TAF A-535/2011 del 28 giugno 2011, consid. 9.3.; TAF A-2347/2014 del 29 settembre 2015, consid. 4.4.

¹⁶ STF 5C.169/2001.

¹⁷ D. Pannatier Kessler, *Le droit de suite et sa reconnaissances selon la Convention de l'Haye sur les trusts, tracing en droit civil suisse*, Centre de droit bancaire et financier, 2011, pag. 271 ss.; D. Pannatier Kessler, "Trust, droit de suite et mention au Registre foncier, selon l'art. 149d LDIP", in *Le droit civil dans le contexte international: Journée de droit civil*, 2011, Genève, 2012, pag. 133 ss.

¹⁸ F. Guillaume, "Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite", in *Revue suisse de droit international et de droit européen*, RSDIE, 2000, pag. 1.

Sulla base di questi principi, il Tribunale federale aveva confermato la decisione cantonale che aveva riconosciuto ai ricorrenti (beneficiari economici) un diritto di rivendicazione sui crediti pignorati nella procedura esecutiva avviata contro il trustee¹⁹.

Anche in diritto svizzero, la giurisprudenza e la dottrina si sono concentrate sul c.d. *sham* trust, elencando quali sono i criteri presi in considerazione nella giurisprudenza internazionale²⁰. Nel caso in cui un trust venga riconosciuto come apparente (*sham* trust), il suo patrimonio attivo deve essere menzionato nell'inventario ereditario. Parimenti, devono essere menzionate nell'inventario ereditario elargizioni effettuate ai beneficiari²¹.

3.2 REGOLAMENTAZIONE DELLA FONDAZIONE DI FAMIGLIA

Sono almeno decine di migliaia le fondazioni di famiglia titolari di conti bancari in Svizzera. Si tratta prevalentemente di fondazioni di famiglia costituite nel Principato del Liechtenstein e secondo il diritto di questo Paese. Le fondazioni costituite con sede in Panama secondo il diritto panamegno vengono in secondo rango ma a grande distanza numerica rispetto alla prima categoria, facilitata anche dalla vicinanza geografica con la Svizzera e dalla prossimità culturale fra il Principato del Liechtenstein e i cantoni della Svizzera tedesca. Questa colossale fortuna perdurante durante decenni è dovuta al fatto che il diritto svizzero, dove sono previste ovviamente le fondazioni a scopo ideale, che sono diffusissime, non conosce però fondazioni che abbiano le caratteristiche delle fondazioni di famiglia del Principato del Liechtenstein e della Repubblica del Panama. Anzi, questo tipo di fondazione è proibito in diritto svizzero²².

In diritto svizzero le autorità amministrative e giudiziarie hanno sempre riconosciuto la personalità giuridica e la capacità di agire nonché processuale a favore delle fondazioni di famiglia costituite secondo il diritto del Liechtenstein²³ e secondo il diritto del Panama.

¹⁹ STF 5C.169/2001.

²⁰ O. Arter, "Schweizerisches Bundesgericht, Urteil Bundesgericht 5A_436/2011 del 12 aprile 2012", in *AJP*, 2013, pagg. 1695, 1707.

²¹ DTF 118 II 264 ss., consid. 4.b.b.; cfr. anche O. Arter, "Schweizerisches Bundesgericht, Urteil Bundesgericht 5A_434/2012 del 18 dicembre 2012", in *AJP*, 2013, pagg. 1534, 1541.

²² DTF 108 II 393, pubblicata anche nella *Semaine judiciaire*, 1983, pag. 337 ss. nonché nel *Journal des Tribunaux*, 1983, I, pag. 587.

²³ DTF 135 III 614.

4. REGOLAMENTAZIONE NELLA LEGISLAZIONE FINANZIARIA E CIVILE

4.1 REGOLAMENTAZIONE DEL TRUST

4.1.1 Legge federale sugli istituti finanziari (LIFin)

Al suo capitolo 2 intitolato “Istituti finanziari”, nella sua Sezione 1 intitolata “Gestori patrimoniali e trustee”, la LIFin prevede per il trustee le norme specifiche seguenti:

- a) Definizione di trustee (art. 16, cpv. 2, LIFin)
“Per trustee s’intende chiunque, in base a una liberalità a destinazione vincolata indicata segnatamente nell’atto che istituisce il trust ai sensi della Convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento, gestisce a titolo professionale un portafoglio collettivo nell’interesse di un beneficiario o per un fine determinato oppure dispone di tale portafoglio collettivo.”²⁴;
- b) Forma giuridica obbligatoria (art. 17 LIFin)
 - “1. I gestori patrimoniali e i trustee con sede o domicilio in Svizzera devono rivestire una delle seguenti forme giuridiche:
 - a. impresa individuale;
 - b. società commerciale;
 - c. società cooperativa.
 - 2. I gestori patrimoniali e i trustee sono tenuti a farsi iscrivere nel registro di commercio.”;
- c) Compiti del trustee (art. 18, cpv. 2, LIFin)
 - “1. Il gestore patrimoniale gestisce portafogli individuali.
 - 2. Il trustee gestisce portafogli collettivi, provvede a salvaguardare il loro valore e li utilizza conformemente alla loro destinazione.”²⁵.

²⁴ La definizione di trustee (cpv. 2) si fonda sulla delimitazione dei suoi obblighi nella Convenzione dell’Aja (art. 2, par. 2, lett. c). Il rimando alla Convenzione dell’Aja intende altresì evitare di estendere il campo d’applicazione a persone che, ad esempio, possono fondare e amministrare aziende in qualità di fiduciari, ma che non esercitano l’attività di gestione patrimoniale ai sensi della LSF e della LIFin. I valori patrimoniali del trust sono di proprietà del trustee. Tuttavia quest’ultimo non può confonderli con il suo patrimonio. Dal momento che, quindi, il trustee deve gestire il patrimonio del trust nell’interesse dei beneficiari o per un fine determinato del trust ed è tenuto a rendere conto della sua gestione patrimoniale, quest’ultima può essere intesa solo in parte come una “operazione a proprio nome e per conto proprio”. (Cfr. Messaggio del Consiglio federale del 4 novembre 2015, commento all’art. 16 P-LIFin).

²⁵ “I compiti del trustee (cpv. 2 e 3) si ricavano, ancora una volta, dalle disposizioni della Convenzione dell’Aja (art. 2, par. 2). Nell’esercizio della sua funzione al trustee si applicano, oltre ai requisiti della LIFin per i gestori patrimoniali, anche le disposizioni del trust e gli obblighi particolari imposti al trustee secondo il diritto applicabile al trust. In virtù degli obblighi di garanzia di cui all’art. 10, ciò presuppone implicitamente che il trustee disponga delle conoscenze tecniche necessarie e che sia organizzato in modo da poter garantire l’esercizio delle sue funzioni specifiche. Anche quando il patrimonio del trust diviene di sua proprietà, il trustee ne può disporre solo secondo quanto previsto dall’atto che istituisce il trust. Si deve eventualmente evitare, tramite provvedimenti organizzativi, di

(segue)

3. I gestori patrimoniali e i trustee possono inoltre fornire in particolare i seguenti servizi:
 - a. consulenza in investimenti;
 - b. analisi di portafoglio;
 - c. offerta di strumenti finanziari.”;
- d) Garanzie patrimoniali (art. 19 LIFin)
 - “1. I gestori patrimoniali e i trustee devono disporre di adeguate garanzie oppure concludere un’assicurazione di responsabilità civile professionale.”.Al suo capitolo 3 intitolato “Vigilanza”, la LIFin prevede per il trustee le norme seguenti:
 - a) Autorità di vigilanza competente (art. 57 LIFin)
 - “1. I gestori patrimoniali e i trustee sono sottoposti alla vigilanza di un organismo di vigilanza istituito dalla Legge del 22 giugno 2007 sulla vigilanza dei mercati finanziari.”;
 - b) Obbligo di verifica presso gestori patrimoniali e trustee (art. 58 LIFin)
 - “1. I gestori patrimoniali e i trustee devono incaricare una società di *audit* abilitata dall’organismo di vigilanza ai sensi dell’art. 43 della Legge del 22 giugno 2007 sulla vigilanza dei mercati finanziari (LFINMA) di effettuare una verifica annuale.
 2. L’organismo di vigilanza può estendere a un massimo di quattro anni la periodicità della verifica tenendo conto dell’attività degli assoggettati alla vigilanza e dei rischi a essa connessa.
 3. Negli anni in cui non ha luogo alcuna verifica periodica i gestori patrimoniali e i trustee presentano all’organismo di vigilanza un rapporto sulla conformità della loro attività alle disposizioni di legge. Il rapporto può essere presentato in forma standardizzata.”.

Durante la sessione parlamentare dell’autunno 2017, anche il Consiglio nazionale ha approvato la soluzione già votata da parte del Consiglio degli Stati per quanto riguarda l’assoggettamento dei gestori patrimoniali indipendenti e dei trustee. Queste categorie di professionisti dovranno essere autorizzate da parte della FINMA, ma non saranno però sottoposte al controllo della FINMA, bensì alla vigilanza da parte di organizzazioni professionali private, autorizzata da parte della FINMA medesima. Si prevede pertanto, a partire dal 2019, un regime di vigilanza

confondere il patrimonio del trust con il patrimonio del fornitore di servizi finanziari che opera come trustee. Ad esempio, le banche che assolvono funzioni di trustee devono esercitarle in un’entità giuridica separata, affinché non si confonda il patrimonio del trust con i valori patrimoniali della banca. Laddove una banca agisse per il trust sia come trustee che come banca, si tratterebbe di ‘posizioni proprie’. Il trustee sottostà a obblighi di diligenza particolari e deve rendere conto dell’attività di gestione del trust. In qualità di proprietario del portafoglio collettivo il trustee agisce formalmente a proprio nome e per conto proprio. I suoi diritti quale proprietario sono invece fortemente limitati dall’obbligo di utilizzare il portafoglio collettivo conformemente alla sua destinazione, oltre che dai particolari obblighi di diligenza e di rendiconto.” (Cfr. Messaggio del Consiglio federale del 4 novembre 2015, commento all’art. 18 P-LIFin).

analogo a quello già istituito in applicazione della Legge federale antiriciclaggio, in base alla quale la vigilanza viene esercitata da entità private autonome e indipendenti denominate “Organismi di autodisciplina” (OAD). Le funzioni di vigilanza in applicazione della Legge sui servizi finanziari e della Legge sugli istituti finanziari verrà quindi esercitata da parte di un Organismo privato di vigilanza (OV). In particolare, dal 2015, l’Associazione svizzera dei gestori patrimoniali sta lavorando per la costituzione di un organismo di vigilanza, attivo a livello nazionale. A questo scopo, si sono riuniti sotto l’egida della Swiss Supervisory Organisation of Wealth Managers and Trustees (SOWT), con sede a Berna, i *partner* seguenti:

- a) Organisme d’Autorégulation des Gérants de Patrimoine (OAR-G);
- b) Swiss Association of Trust Companies (SATC);
- c) Swiss & Liechtenstein STEP Federation;
- d) Association Suisse des Gérants de fortune (ASG/VSV).

4.1.2 Ordinanza del Consiglio federale sul Registro Fondiario del 23 settembre 2011 (ORF) (RS 211.432.1)

A seguito della ratifica della Convenzione dell’Aja relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento, l’Ordinanza sul Registro Fondiario (ORF) ha subito una revisione totale, nell’ambito della quale è stata introdotta l’acquisizione di un fondo in relazione a un trust. Tale acquisto è regolamentato dall’art. 67 ORF²⁶, secondo il quale si determina quali siano i documenti giustificativi necessari

- ²⁶ 1 Se il trapasso della proprietà è in relazione a un trust, l’attestazione del titolo giuridico è fornita mediante i seguenti documenti giustificativi:
- a. un contratto concluso per atto pubblico:
 - 1. in caso di trasferimento di un fondo dal fondatore al trustee in occasione della costituzione del trust mediante atto tra vivi,
 - 2. in caso di ulteriore trasferimento di un fondo dagli aventi diritto temporanei (amministratore dell’eredità, esecutore testamentario) o dagli eredi del fondatore a un trustee,
 - 3. in caso di trasferimento tra due trustee di un fondo di proprietà esclusiva appartenente a un trust,
 - 4. in caso di ulteriore trasferimento di un fondo dagli aventi diritto temporanei o dagli eredi del trustee deceduto al trustee subentrante,
 - 5. in caso di trasferimento di un fondo facente parte di un trust dal trustee al beneficiario;
 - b. il certificato ereditario o una dichiarazione delle autorità successorie competenti:
 - 1. in caso di costituzione di un trust mediante disposizione a causa di morte e trasferimento diretto di un fondo dal fondatore al trustee,
 - 2. in caso di trasferimento diretto di fondi appartenenti a un trust dal trustee deceduto al trustee subentrante,
 - 3. in caso di acquisto da parte degli aventi diritto temporanei oppure degli eredi del fondatore o dei trustee, tenuti all’ulteriore trasferimento;
 - c. in caso di acquisto di un fondo da parte degli eredi del fondatore mediante legato: una copia autenticata della disposizione a causa di morte e una dichiarazione scritta del trustee attestante l’accettazione;
 - d. in caso di trapasso della proprietà a seguito della modifica della composizione di un trust con più trustee: un atto scritto firmato da tutti i trustee che attesta l’esclusione di vecchi trustee o l’inclusione di nuovi trustee.

(segue)

a dipendenza dal tipo di acquisizione del fondo. L'ORF contiene altri articoli riguardanti il trust: art. 58 Rapporto di trust, art. 128 Menzione di un rapporto di trust, art. 137 Cancellazione della menzione di un rapporto di trust.

4.2 REGOLAMENTAZIONE DELLA FONDAZIONE DI FAMIGLIA

La fondazione di famiglia, con sede nel Principato del Liechtenstein oppure nella Repubblica del Panama, viene considerata una persona giuridica a tutti gli effetti. Pertanto, non necessitava di norme specifiche come fu invece necessario per il trust.

5. REGOLAMENTAZIONE NELLA LEGISLAZIONE ANTIRICICLAGGIO

5.1 PREMESSA

Storicamente, la lunga battaglia contro l'opacità societaria a scopo di riciclaggio del provento di averi patrimoniali di origine criminosa, si è concentrata anzitutto sulle società di sede. Infatti, l'esperienza giudiziaria dimostra da decenni che in tutti i casi di riciclaggio, grandi e piccoli, gli autori si sono sempre valse dello scudo protettivo di società di sede ubicate in c.d. Paesi esotici, ma altrettanto spesso anche a Londra e Paesi del Commonwealth nonché negli USA e nei centri finanziari internazionali europei²⁷.

Pertanto, anche in diritto svizzero, vennero codificati obblighi di diligenza per l'identificazione dei reali aventi controllo sui beni, dapprima timidamente, mediante le norme contenute nella Convenzione di diligenza delle banche contro l'abuso del segreto bancario²⁸, successivamente, nell'ambito della legislazione antiriciclaggio. Intanto continua la lenta evoluzione delle versioni della CDB adottate precedentemente, influenzate dalla scoperta di pratiche abusive.

Soltanto nella fase successiva questo interesse è andato focalizzandosi anche sui trust, tant'è vero che solamente nelle sue versioni più recenti, la suddetta Convenzione di diligenza delle banche svizzere ha previsto un formulario apposito per l'identificazione del beneficiario del trust, denominato appunto Formulario T. Infatti, continua a rimanere un caposaldo della lotta contro il riciclaggio, a titolo preven-

2 All'acquisto di un fondo di un terzo non facente parte del trust o all'acquisto di un fondo appartenente a un trust da parte di una tale persona si applicano gli artt. 64 e 65.

3 L'attestazione dell'appartenenza di un fondo a un trust è fornita mediante una menzione, l'atto di trust, il contratto di trasferimento o la decisione di un'autorità giudiziaria. Se tale attestazione manca, l'Ufficio del Registro Fondiario non verifica d'ufficio l'appartenenza di un fondo a un trust.

²⁷ Non per nulla l'Unione Europea, in questa materia, si è sempre concentrata sulle cinque piazze finanziarie europee esterne all'Unione Europea che, benché di importanza molto differente, erano caratterizzate dalla ampia diffusione di strumenti di elusione fiscale internazionale, ossia Andorra, Principato del Liechtenstein, Principato di Monaco, San Marino e Svizzera.

²⁸ A seguito della scoperta, nel marzo 1977, delle malversazioni in seno al Credit Suisse di Chiasso.

tivo, il rafforzamento delle norme obbligatorie riguardanti l'identificazione dell'avente diritto economico di ogni *legal entity* utilizzata come titolare di un conto bancario o comunque di una relazione alla quale facessero capo averi patrimoniali di persone fisiche.

In diritto svizzero questa battaglia, iniziata grazie all'entrata in vigore il 1° luglio 1977 della suddetta Convenzione di diligenza, trovò poi concretizzazione codificata, per la prima volta il 1° agosto 1990, grazie all'entrata in vigore dell'art. 305-ter del Codice penale svizzero, che appunto introdusse l'obbligo per tutti gli intermediari finanziari di procedere all'identificazione dell'avente diritto economico. Bisognerà aspettare fino al 1° gennaio 2016 affinché quest'obbligo venga esteso anche ai c.d. aventi diritto di controllo non più soltanto sulle società di sede non operative bensì anche su tutte le società operative, ciò che avvenne mediante la messa in vigore dell'art. 697j del Codice delle obbligazioni. Ciò dimostra, una volta di più, la capacità invasiva della strategia antiriciclaggio, che non è più limitata alle norme di diritto penale ma si estende a quelle di diritto amministrativo e addirittura a quelle di diritto civile.

5.2 LEGISLAZIONE FEDERALE ANTIRICICLAGGIO

Non sorprende pertanto che, dopo decenni di letargo malgrado gli abusi palesi e diffusi, poi sempre più prepotentemente, si fece strada la chiarificazione del concetto di avente diritto economico anche riguardo al trust²⁹. La misura più invasiva riguardo al coinvolgimento del trust nelle misure antiriciclaggio è costituita dalla inclusione del trustee nella categoria degli intermediari finanziari sottoposti alla legislazione antiriciclaggio, ciò che è avvenuto mediante l'introduzione di questa categoria all'art. 2, cpv. 3, lett. e-g), della Legge federale antiriciclaggio.

Anche la soluzione adottata nell'Ordinanza sul riciclaggio di denaro adottata l'11 novembre 2015 dal Consiglio federale svizzero e in vigore dal 1° gennaio 2016 risente della diffidenza nei confronti del trust. Infatti, il trust è stato inserito esplicitamente fra le società di domicilio, in conformità della seguente definizione prevista dall'art. 6, cpv. 2, dell'Ordinanza suddetta (RS 955.01):

“Sono considerate società di domicilio ai sensi della presente ordinanza le persone giuridiche, le società, gli istituti, le fondazioni, i trust, le società fiduciarie e formazioni analoghe, che non esercitano attività commerciali o di fabbricazione o altre attività gestite secondo criteri commerciali”.

Pertanto, qualora un trust soddisfi i requisiti previsti dalla suddetta definizione, ne consegue che sono considerate come attività sottoposte a tutti gli obblighi antiriciclaggio anche “l'attività di organo in seno a società di domicilio”, così come previsto dall'art. 6, cpv. 1, lett. d), dell'Ordinanza suddetta. C'è da presumere che nella categoria degli “organi” secondo la norma suddetta, ricadano anche i trustee e il

²⁹ O. Arter, “Trusts und Bankbeziehungen - Wer ist ‘Wirtschaftlich Berechtigter’?”, in *AJP*, n. 21/2012, pagg. 506-529.

protector di un trust, malgrado che le persone operative nell'interesse di un trust non possano definirsi come "organi".

Sempre ancora il 1. gennaio 2016 è entrata in vigore anche la versione completamente riveduta dell'Ordinanza antiriciclaggio della FINMA (ORD-FINMA 955.033.0), laddove il trust viene preso in considerazione riguardo alle modalità di identificazione. Infatti, l'art. 64 cpv. 1 ORD-FINMA obbliga ogni intermediario finanziario sottoposto direttamente alla vigilanza della FINMA a richiedere dalla controparte, ossia nella maggioranza dei casi, dal cliente, una dichiarazione scritta concernente le seguenti persone: il fondatore effettivo, i trustee, i curatori, i protettori eventuali e le persone incaricate di funzioni analoghe; i beneficiari nominativamente indicati, precisando che, nel caso in cui non sia stato nominativamente indicato alcun beneficiario, la dichiarazione scritta deve riguardare la cerchia di persone, suddivise in categorie, che entra in considerazione come beneficiario. Inoltre, la suddetta dichiarazione scritta deve riguardare anche le persone abilitate ad impartire istruzioni alla controparte e ai suoi organi, nonché, nel caso di strutture revocabili, le persone abilitate a decidere la revoca. Secondo l'art. 64, cpv. 2, gli obblighi suddetti si applicano anche alle società con funzionamento analogo alle unioni di persone, trust, o altre unità patrimoniali organizzate.

Inoltre, secondo il cpv. 3 dell'art. 64, un intermediario finanziario sottoposto alla vigilanza diretta della FINMA che avvia una relazione d'affari o esegua una transazione in qualità di trustee, deve identificarsi come tale nei confronti dell'intermediario finanziario, della controparte o del *partner* della transazione.

Queste novità comportano l'estensione dell'ampio ventaglio di obblighi antiriciclaggio in vigore dal 1998 a carico di tutti gli intermediari finanziari operanti in Svizzera anche a tutti i trustee operanti in territorio svizzero. Qui sorgono numerose domande, dal momento che si tratta di trustee di trust che non sono di diritto svizzero, essendo stati costituiti fuori dalla Svizzera e che pertanto sono sottoposti al regime giuridico di altri Paesi. Nasce quindi la questione di sapere quali siano i criteri di inclusione del trustee sotto la legislazione antiriciclaggio svizzera, ciò che comporta, tra l'altro, l'obbligo di affiliazione ad un Organismo di autodisciplina (OAD), oppure direttamente alla FINMA. Infatti, quest'ultima esercita funzione di autorità di vigilanza non soltanto riguardo a tutti gli intermediari finanziari svizzeri elencati dalla legislazione speciale svizzera, anzitutto banche, compagnie di assicurazioni, commercianti di valori mobiliari, bensì anche funzioni di autorità di vigilanza antiriciclaggio.

5.3 CONVENZIONE DI DILIGENZA DELLE BANCHE

Nella versione più recente della Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche (CDB 16) in vigore dal 1° gennaio 2016, nel capitolo riguardante l'accertamento dell'avente diritto economico sui valori patrimoniali di una relazione bancaria, sono state inserite nuove norme riguardanti le fondazioni di famiglia nonché i trust.

5.3.1 Regolamentazione del trust

Riguardo al trust l'art. 41 CDB 16 ha previsto quanto segue:

“Le indicazioni necessarie in relazione al trust devono essere accertate dal contraente mediante un'apposita dichiarazione scritta o un formulario T. Tale dichiarazione deve presentare un contenuto equivalente al modello.”³⁰.

5.3.2 Regolamentazione della fondazione di famiglia

Riguardo alle fondazioni di famiglia l'art. 40 CDB 16 prevede quanto segue:

- “1. Le indicazioni necessarie in relazione alle fondazioni devono essere accertate dal contraente mediante un'apposita dichiarazione scritta o un formulario S. Tale dichiarazione deve presentare un contenuto equivalente al modello.
2. Le associazioni di persone e le entità patrimoniali prive di un avente diritto economico specifico devono essere gestite in analogia alle fondazioni ai sensi del capoverso 1.
3. Per le fondazioni attive sul piano operativo, i relativi detentori di controllo devono essere accertati ai sensi degli artt. 20 segg.”³¹.

6. REGIME FISCALE DEL TRUST

6.1 FISCALITÀ DIRETTA

Il regime fiscale del trust è stato disciplinato mediante la Circolare n. 30 della Conferenza svizzera delle imposte emanata il 22 agosto 2007, relativa all'imposizione dei trust. Di conseguenza, il trattamento fiscale del trust in Svizzera fa riferimento al diritto fiscale svizzero.

Di principio, i trust discrezionali e irrevocabili vengono trattati come tali. Se il *settlor* è domiciliato in Svizzera al momento della creazione del trust, il patrimonio del trust come pure i redditi del medesimo vengono fiscalmente imputati al *settlor* medesimo. Pertanto, ad essere determinante è sempre la situazione fiscale del *settlor*, in relazione con le imposte dovute sia sul capitale che sui redditi da capitale del trust. Se invece il *settlor* è sottoposto alla sovranità fiscale estera, il patrimonio del trust non può essere imposto fiscalmente né a carico del *settlor* né a carico dei beneficiari potenziali, almeno fintanto che non abbia avuto luogo nessuna distribuzione³².

Il Tribunale federale³³ ha dovuto esaminare la questione dei diritti di proprietà del trustee e del *settlor* di un trust costituito da parte di una cassa pensioni svizzera che aveva istituito una banca come trustee di un trust costituito secondo il diritto

³⁰ Vedi allegato 1.

³¹ Vedi allegato 2.

³² Cfr. Circolare n. 30 della Conferenza svizzera delle imposte, capitolo 5.2.3., pagg. 12-13.

³³ STF 2C_996/2015 del 7 marzo 2017.

USA. L'Amministrazione fiscale svizzera delle contribuzioni sosteneva che alle transazioni di titoli effettuate dal trust si dovesse applicare il diritto di bollo sulle transazioni medesime. Il Tribunale federale ha respinto questa tesi, giungendo alla conclusione che la cassa pensioni si fosse spossessata effettivamente del proprio patrimonio costituito in titoli USA. Pertanto, come proprietario dei titoli doveva essere considerato il trustee, ossia la banca. Quest'ultima non essendo svizzera, veniva meno una delle condizioni necessarie per la percezione di un diritto di bollo sulle negoziazioni. La suddetta sentenza venne pronunciata a conferma della sentenza dell'istanza inferiore³⁴.

6.2 FISCALITÀ INDIRETTA

Le questioni principali riguardanti l'imposta sul valore aggiunto (IVA), sono state disciplinate dalla Circolare informativa MWST-Branchen-Info 14/2010 dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (cap. 7.3.3).

Nella dottrina è stata criticata spesso la prassi seguita da parte dell'Amministrazione federale delle contribuzioni, che tende ad imporre in modo indiscriminato le prestazioni effettuate da parte di operatori professionali sul territorio svizzero³⁵ nell'interesse di un trust rispettivamente nell'interesse del beneficiario di un trust.

7. LEGITTIMAZIONE NELLA PROCEDURA PENALE E NELLA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

7.1 LEGITTIMAZIONE DEL TRUST

Il trust non dispone di personalità giuridica³⁶ e, di conseguenza, non dispone nemmeno della capacità di agire e nemmeno della capacità processuale³⁷. Di queste capacità è per contro titolare il trustee. Anche la giurisprudenza federale svizzera sostiene che il patrimonio conferito al trust appartenga in proprietà al trustee benché il patrimonio del trust non si confonda con il patrimonio del trustee per cui, nelle

³⁴ STAF A-234/2014 del 29 settembre 2015, nell'ambito della quale vennero confermati i principi riconosciuti riguardanti la differenza fra il trust revocabile e il trust irrevocabile, nonché fra il trust discrezionale e il trust non discrezionale (ribaditi anche nella Circolare informativa dell'AFC MWST-Branchen-Info 14/2010, pagg. 105, 106).

³⁵ F. Geiger, "Leistungen an Trusts aus der Sicht der MWST", in *Der Schweizer Treuhänder* 8/05; H. Can, "Mehrwertsteuerliche Behandlung von Dienstleistungen an Trusts", in *Zeitschrift für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht* 02/09; S. Purtschert Hess, "Trusts und ihre mehrwertsteuerliche Behandlung", in *Steuer Revue - Revue Fiscale*, n. 7-8/2013.

³⁶ Cfr. Messaggio del Consiglio federale del 2 dicembre 2005, per l'approvazione e l'applicazione della Convenzione dell'Aja relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento del 1° luglio 1985, par. 1.3.3.1. ss.

³⁷ P. Max Gutzwiller, in "Schweizerisches Internationales Trustrecht", *Kommentar, Allgemeine Einleitung*, 2007, n. 10, 16, pag. 5.

sentenze in lingua tedesca si parla di *Sondervermögen* (patrimonio separato). Il Tribunale penale federale³⁸, esaminando la rogatoria di un Ministero pubblico della Lettonia, nell'interesse di un procedimento per riciclaggio e altri reati patrimoniali, ha conseguentemente negato la legittimazione attiva di un trust nell'ambito del procedimento rogatorio avviato in Svizzera. Questa decisione è interessante poiché riguardava un trust che era titolare di un conto bancario in Svizzera al quale, pertanto, in altre parole, una banca aveva riconosciuto la capacità di far valere il credito nei confronti della banca, corrispondente all'importo messo in deposito presso la banca medesima. Poiché si trattava di un trust costituito secondo il diritto del Liechtenstein, il Tribunale penale federale ha esaminato la questione anche dal punto di vista del diritto del Principato del Liechtenstein, constatando che anche secondo quest'ultimo il trust non è legittimato processualmente, per cui tutti i diritti processuali debbono essere esercitati dal trustee in nome proprio e in qualità di parte.

Sempre nella suddetta sentenza (RR.2010.200-201 del 20 gennaio 2011), il Tribunale penale federale si è pronunciato anche riguardo alla capacità di agire da parte di un trust che era stato radiato dal registro di commercio. Si trattava di un trust costituito nel Principato del Liechtenstein e che successivamente era stato radiato dall'*Öffentlichkeitsregister* del Principato. La cancellazione di una *Verbandsperson*, ossia di una persona giuridica secondo il lessico del Liechtenstein, è considerata dalla giurisprudenza del Principato come di valenza meramente dichiaratoria³⁹. Di conseguenza, sempre secondo la sentenza suddetta, lo scioglimento di un trust, sebbene tale istituto giuridico non sia previsto dal diritto svizzero, viene trattato, dal punto di vista del diritto rogatorio, analogamente allo scioglimento di una società commerciale. Pertanto, la legittimazione nell'ambito del procedimento rogatorio, in particolare per interporre un reclamo, spetta al trustee, a condizione però che quest'ultimo dimostri di essere anche il beneficiario del trust che è stato oggetto di messa in liquidazione e di radiazione (consid. 3.3.2.) analogamente alla prassi applicata alle società di sede non operative.

Il Tribunale federale si è pronunciato⁴⁰ anche sulla legittimazione di un trustee in una vicenda successoria riguardante un cittadino britannico, deceduto a Ginevra come ultimo domicilio, lasciando come eredi due figlie e una compagna.

Oggetto del contendere erano delle società *offshore*, tutte detenute da un trust discrezionale delle Isole Vergini Britanniche. Quale trustee era stata nominata una delle società *offshore* mentre il *de cuius* non figurava né come costituente né come beneficiario del trust. Tutte le attribuzioni ed elargizioni a carico del trust erano tuttavia sempre state eseguite conformemente alle istruzioni del *de cuius*.

³⁸ RR.2010.200-201 del 20 gennaio 2011, consid. 3.1.1.

³⁹ Fürstliche Gerichtshof in Vaduz mit Entscheidung 6 NP 2004.52-22 del 3 febbraio 2005, consid. 3.3.1).

⁴⁰ STF 5A_436/2011 e 5A_443/2011.

Tra le figlie e la compagna del *de cuius* erano sorti litigi con riferimento alla divisione dell'eredità ed in particolar modo sul tema a sapere se, in virtù del principio della dualità giuridica del trust, i beni del trust facessero o meno parte della successione del *de cuius* (considerando 6).

Secondo la dottrina svizzera, un trust è creato quando il proprietario (*settlor*) trasmette la proprietà legale dei beni che vuole conferire al trust ad una persona (il trustee) affinché detenga la proprietà in trust a beneficio di un'altra persona (il beneficiario) in accordo con le condizioni poste dal *settlor* nell'atto costitutivo (*deed of trust*).

Vi è *sham* trust quando il *settlor* utilizza il trust in maniera artificiale; tale è il caso se conserva di fatto tutti i poteri sui beni del trust in maniera tale che alla fine possa recuperarli. Un tale trust si rivela inefficace in applicazione della massima "*he who comes to equity must come with clean hands*".

Con riferimento al riconoscimento in Svizzera, un trust creato conformemente alla legge che lo regge, deve essere riconosciuto in quanto tale. Uno *sham* trust non può essere riconosciuto in Svizzera dal momento che è inefficace secondo il diritto che lo regge.

Per quanto attiene alle società *offshore*, l'applicazione della teoria della trasparenza (*Durchgriff*) è retta dal diritto che regge lo statuto della società dominata. Tuttavia, se il diritto straniero designato, non conosce il principio della trasparenza e ciò conduce a un risultato incompatibile con l'ordine giuridico svizzero, in virtù del diritto pubblico negativo, l'applicazione del diritto straniero può essere scartata.

Nel caso concreto, a fronte del diritto straniero che lo riconosceva, è stato correttamente applicato il principio della trasparenza, ragione per cui è stato possibile riconoscere che i beni delle società *offshore*, benché conferite al trust, erano di pertinenza del *de cuius*.

Il Tribunale federale⁴¹ ha statuito in un procedimento civile dove il ricorrente era una società fiduciaria che in qualità di trustee di due trust registrati in Liechtenstein aveva convenuto in giudizio la banca svizzera, presso la quale aveva aperto due conti bancari per entrambi i trust, domandando al giudice tutela giurisdizionale nei casi manifesti *ex art. 257 CPC* e chiedendo la restituzione dalla banca degli averi patrimoniali sui due conti intestati ciascuno ad uno dei due trust.

L'*Handelsgericht* di Zurigo aveva condannato la banca a consegnare all'istante le azioni depositate sui due conti. La banca aveva pertanto inoltrato ricorso al Tribunale federale chiedendo la reiezione della decisione parzialmente accolta dall'*Handelsgericht*. Il Tribunale federale ha dapprima analizzato la questione del diritto applicabile riferito alla responsabilità e competenza giuridica e alle competenze di gestione sul patrimonio del trust e ha considerato che si era in presenza di un trust ai sensi della Convenzione dell'Aja relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento (art. 149a e 149c LDIP in relazione con gli art. 2 e 8, cpv. 2,

⁴¹ STF 4A_329/2013 datata 10 dicembre 2013.

lett. d), Convenzione dell'Aja). Nel caso in cui il trust dovesse fruire di una propria personalità giuridica, come per esempio nel caso del Trust Reg o nel caso dell'impresa fiduciaria (*Treuhandgesellschaft*) giusta l'art. 932 del PGR (*Personen- und Gesellschaftsrecht*) del Liechtenstein, il diritto applicabile è determinato dallo statuto del diritto societario ai sensi dell'art. 154 IPRG (*Gesetz über das internationale Privatrecht*).

Il Tribunale federale ha accolto il ricorso della banca per il seguente motivo: la questione riferita alla competenza e all'appartenenza legale del patrimonio del trust è controversa sia in dottrina che nella giurisprudenza del Liechtenstein. Non è quindi chiaro se, all'apertura del conto, la fiduciaria avesse agito quale trustee oppure quale organo rispettivamente rappresentante del trust, ciò che avrebbe portato alla creazione di un rapporto giuridico tra trust e banca. All'inoltro dell'istanza, non era pertanto chiaro chi fosse il contraente della banca se la fiduciaria oppure il trust. Ciò detto, la situazione giuridica non è pertanto stata valutata come sufficientemente chiara ai sensi dell'art. 257, cpv. 1, lett. b), CPC.

Nell'ambito di un procedimento penale il Tribunale federale⁴² si è pronunciato riguardo al sequestro di un conto bancario, gli averi bancari essendo depositati su un conto intestato ad un trust irrevocabile costituito dall'imputato che ne era beneficiario assieme ai membri della famiglia. Considerato che la qualità per ricorrere contro un sequestro penale provvisorio di un conto bancario appartiene al solo titolare del conto⁴³ che sia parte o meno della procedura penale, bisognava valutare chi nel caso concreto avesse la qualità per ricorrere.

La sentenza rammenta che il trust si definisce come un rapporto giuridico nel quale il costituente (*settlor*) affida dei beni patrimoniali al trustee affinché quest'ultimo li gestisca nell'interesse di uno o più beneficiari. Questi beni costituiscono una massa distinta dal patrimonio del trustee benché quest'ultimo ne acquisisca la proprietà. Infatti, il trustee è incaricato di amministrare, gestire e/o disporre dei beni secondo i termini del *deed of trust*. I beneficiari dispongono di una pretesa avente una componente reale che può permettere loro di intervenire in una procedura esecutiva diretta contro il trustee. Cionondimeno, i diritti dei beneficiari e del trustee sono di natura differente: solo il trustee dispone della proprietà e, ciò che è determinante nell'ambito di un sequestro penale provvisorio di un conto bancario, della titolarità degli averi depositati (DTF 127 II 323).

7.2 LEGITTIMAZIONE DELLA FONDAZIONE DI FAMIGLIA

Anche in Svizzera, dottrina e giurisprudenza federali sono costanti nel riaffermare il riconoscimento della personalità giuridica della fondazione di famiglia costituita secondo le leggi del Principato del Liechtenstein oppure della Repubblica di Panama. Viene quindi conseguentemente riconosciuta anche la capacità di agire e

⁴² STF IB_21/2010 consid. 2 datata 25 marzo 2010.

⁴³ DTF 133 IV 278 consid. 1.3.

anche la capacità di stare in giustizia, con conseguente legittimazione nell'ambito del procedimento penale, del procedimento civile, del procedimento amministrativo e dei relativi procedimenti rogatoriali svizzeri nell'interesse dei procedimenti esteri di questa natura.

Non si devono però dimenticare le iniziative adottate da singole autorità giudiziarie svizzere ed estere, che giunsero ad accertare la finalità abusiva ed illecita della costituzione di una fondazione di famiglia, considerandola pertanto nulla. Di conseguenza, venne meno il riconoscimento della personalità giuridica e, quindi, anche della capacità di agire nell'ambito di un procedimento giudiziario, amministrativo oppure fiscale.

8. IL TRUST NELLA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE IN MATERIA PENALE E IN MATERIA FISCALE

8.1 GENERALITÀ

La cooperazione internazionale in materia penale è disciplinata dalle Convenzioni multilaterali e dai trattati bilaterali in questa materia ratificati dalla Svizzera. Inoltre, è applicabile la Legge federale sulla cooperazione internazionale in materia penale (AIMP), nonché la Legge federale sull'assistenza fra la Svizzera e gli Stati Uniti, entrambe corredate da Ordinanze di esecuzione del Consiglio federale.

Si deve considerare che la cooperazione internazionale in materia penale si estende già a partire dal 1° gennaio 2016 anche nell'interesse di procedimenti penali pendenti all'estero rispettivamente pendenti in Svizzera per titolo di riciclaggio del provento di infrazioni fiscali aggravate nella fiscalità indiretta, secondo l'art. 14 DPA, nonché del provento di delitti fiscali qualificati, secondo la definizione prevista dall'art. 305-bis, cpv. 1-bis, CP.

La cooperazione internazionale in materia fiscale è disciplinata dalle Convenzioni e dai trattati bilaterali ratificati dalla Svizzera. Si tratta in particolare della Convenzione di Strasburgo sull'assistenza internazionale in materia fiscale nonché dei trattati bilaterali con l'Unione Europea. A livello bilaterale, da parte della Svizzera sono state ratificate con più di ottanta Paesi Convenzioni contro la doppia imposizione che contengono la clausola allargata di cooperazione secondo l'ultima versione del Modello dell'OCSE dell'art. 26. Inoltre, sono stati ratificati con alcuni Paesi anche dei trattati specifici di cooperazione internazionale in materia fiscale.

Nell'ambito della cooperazione internazionale in materia penale e in materia fiscale la posizione del trust è stata considerata specialmente dal punto di vista della legittimazione a partecipare alle relative procedure rogatorie pendenti in Svizzera, con particolare riguardo alla facoltà di presentare ricorso (cfr. supra Capitolo 7).

Nella giurisprudenza federale svizzera ci si è preoccupati di esaminare con particolare rigore il regime del trust proprio nell'ambito della cooperazione internazionale in materia fiscale.

Nell'analisi della fondatezza delle domande di assistenza presentate dal Fisco straniero l'autorità rogata svizzera si è trovata spesso confrontata con un atteggiamento di generale diffidenza nei confronti del trust e di chi ne abbia fatto utilizza-

zione. Non è però ammesso, secondo la giurisprudenza federale svizzera, partire dalla presunzione di frode fiscale nei confronti di coloro che hanno fatto capo al trust come pure nei confronti del trust medesimo⁴⁴.

8.2 IL TRUST NELLA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE IN MATERIA PENALE

Come anche nel procedimento penale, l'indagine a livello sia nazionale che internazionale si conduce sia riguardo alle persone coinvolte nel trust che ai documenti del trust. Gli averi patrimoniali possono essere oggetto di sequestro e quindi della successiva confisca e trasmissione all'autorità estera (art. 74a AIMP).

8.3 IL TRUST NELLA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE IN MATERIA FISCALE

Come spesso è successo anche riguardo ad altri settori del diritto, le soluzioni giurisprudenziali adottate esaminando e giudicando domande di assistenza estere hanno permesso di chiarificare questioni giuridiche utili anche dal punto di vista dell'applicazione del diritto interno.

Respingendo l'esecuzione di una domanda di assistenza presentata dal Fisco USA, il Tribunale amministrativo federale⁴⁵ ha esaminato i poteri dei beneficiari di un trust revocabile e di un trust irrevocabile, precisando che quando il *settlor* si è mantenuto il potere di revocare un trust, si deve concludere che il *settlor* abbia mantenuto anche il controllo sui beni conferiti nel trust e che pertanto non si è spossessato economicamente in modo definitivo dei beni conferiti al trustee. Poiché la domanda di assistenza USA riguardava le persone dei beneficiari di un trust irrevocabile, il Tribunale amministrativo federale si era rifiutato di trasmettere al Fisco USA la documentazione riguardante i conti bancari dei contribuenti USA oggetto della procedura fiscale americana, poiché questi ultimi non potevano essere considerati come beneficiari del trust in questione.

Anche riguardo ad una fondazione di famiglia del Liechtenstein, il Tribunale amministrativo federale ha avuto occasione di elencare una serie di criteri e di indizi, sulla base dei quali decidere se una *US-person* avesse o meno il potere di disporre, rispettivamente fosse da considerarsi come beneficiario economico di una fondazione di famiglia del Liechtenstein. Sono stati elencati tra questi criteri: l'esistenza di un contratto di mandato tra la *US-person* e il consiglio di fondazione, la facoltà della *US-person* di verificare in ogni tempo la composizione del consiglio di fondazione, se la *US-person* sia stata qualificata come unica beneficiaria vita natural durante secondo gli statuti e secondo i regolamenti della fondazione, se vi fossero disposizioni testamentarie della *US-person*, se la *US-person* fosse l'ultima beneficiaria prevista dagli statuti e dai regolamenti, se vi fosse identità fra la *US-*

⁴⁴ Per la valutazione in Francia si veda Y. Bonnard - J.-P. Mabru - A. Serre, "France: *Présomption irréfragable de fraude fiscale et trusts - Clap de fin?*", in *Revue fiscale*, n. 72/2017, pagg. 569-571.

⁴⁵ Sentenza TAF A-535/2011, A-539/2011, A-544/2011, A-547/2011.

person e il consiglio di fondazione o la persona beneficiaria, se la *US-person* avesse o meno diritto di firma sui conti della fondazione⁴⁶.

Sempre nella medesima sentenza si è riconosciuto che una fondazione del Liechtenstein debba essere considerata come una *offshore company*, ai sensi dell'art. 31, cpv. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Pertanto, il conto bancario in Svizzera intestato ad una fondazione di famiglia con sede nel Liechtenstein deve essere qualificato come *offshore company account* ai sensi dell'allegato 10 della Convenzione medesima (consid. 7.2.2.).

La giurisprudenza federale ha sempre esaminato con grande rigore i singoli poteri delle persone coinvolte in un trust, in particolare, riguardo ad un trust discrezionale, giungendo a dichiarare che il fatto che i beneficiari apparissero quali beneficiari economici del conto bancario del trust nel formulario A non è stato considerato sufficiente per presumere che gli stessi fossero da qualificare come i veri possessori di relativi redditi⁴⁷.

8.4 SCAMBIO AUTOMATICO DI INFORMAZIONI ECONOMICHE

Proprio a causa della diffusa utilizzazione del trust a scopo di elusione di imposta, numerose sono state le iniziative adottate negli ultimi anni nell'ambito della lotta contro l'evasione fiscale varato ufficialmente in occasione del vertice del G20 tenutosi a Londra il 2 aprile 2009. Anzitutto, sono state numerose le norme riguardanti il trust nell'ambito dello scambio automatico di informazioni.

Un'altra pista seguita a scopo di trasparenza fiscale è quella rappresentata dall'obbligo d'iscrizione in un registro centralizzato⁴⁸ di tutti i dati riguardanti un singolo trust. Vi si aggiunge poi, in alcuni Stati, l'obbligo di rendere accessibile al pubblico, e non soltanto alle autorità, un simile registro, ciò che si scontra però con le regole di tutela della sfera personale privata⁴⁹.

⁴⁶ Sentenza TAF A-605/2010 del 10 gennaio 2011 riguardo ad una domanda di assistenza proveniente dal Fisco americano in applicazione della Convenzione di doppia imposizione fra la Svizzera e gli Stati Uniti (consid. 7.3.3.).

⁴⁷ O. Rossi, "L'individuazione della persona interessata del detentore delle informazioni nel quadro dell'assistenza amministrativa fiscale con riguardo al trust", in *Newsletter fiscale*, n. 1/2014, pagg. 31-33, SUPSI, Lugano.

⁴⁸ P. Picht - G. Studen, "Deutschland führt ein 'Transparenzregister' für wirtschaftlich Berechtigte ein", in *Expert Focus*, n. 6-7/2017, pagg. 426-427; "Guernsey: Register of beneficial ownership now live", in *STEP International News Digest* del 17 agosto 2017. La Quarta Direttiva antiriciclaggio dell'UE introdusse il registro pubblico centralizzato al suo art. 30 (5) (c), dal quale erano però esclusi i trust, ma già sono in corso sviluppi che tendono ad includere anche i trust, tant'è vero che già si parla di "Quinta Direttiva antiriciclaggio". Iniziative in tal senso sono codificate o imminenti a Singapore e in Nuova Zelanda, mentre in Inghilterra già sono vigenti i *Persons with Significant Control (PSC) Register*. Maggiore prudenza si delinea per ora negli USA a livello degli *US Customer Due Diligence (CDD) Requirements for Financial Institutions*.

⁴⁹ Tant'è vero che il Conseil Constitutionnel francese ha stabilito che il registro pubblico dei trust, previsto dall'art. 1649 AB del Code général des impôts, fosse contrario alla Costituzione francese

(segue)

Tutte queste iniziative sono da ricondurre ad un accresciuto interesse da parte delle organizzazioni internazionali chiamate ad affrontare le necessità di trasparenza fiscale a livello mondiale. Costituisce pressione tangibile e significativa la risoluzione adottata in occasione del vertice del G20 tenutosi a Brisbane in data 15/16 novembre 2014, allorché venne emanata una Raccomandazione riguardante tutte le c.d. *legal entities*. Questa definizione così allargata, come pure il suo sinonimo di *legal arrangements*, venne coniata proprio per comprendervi non più soltanto tutte le entità che potevano essere qualificate come persone giuridiche bensì anche quelle classificate nella categoria dei trust.

Secondo il Common Reporting Standard (CRS) il criterio di risposta per sapere se e quali trust oppure fondazioni di famiglia debbano essere oggetto di scambio automatico di informazioni, è costituito dalla qualifica di “*active or passive NFE*”⁵⁰.

A livello interno svizzero, il regime dei trust dal punto di vista dello scambio automatico di informazioni è stato precisato anzitutto in base all’art. 19 dell’Ordinanza della LSAI in vigore dal 1° gennaio 2017 (OSAI), che recita testualmente:

“I trust regolamentati all’estero come veicoli di investimento collettivo non sono considerati residenti in Svizzera, indipendentemente dalla residenza dei fiduciari del trust (trustee).”⁵¹.

Il capitolo 2.2.3.4. della Direttiva dell’Amministrazione federale delle contribuzioni del 17 gennaio 2017 riguardante lo scambio automatico di informazioni, prevede regole dettagliate riguardo alla classificazione dei diversi trust e di conse-

(Décision n. 2016-591 QPC del 21 ottobre 2016). Analoghe preoccupazioni vennero espresse nella *legal opinion* n. 1/2017 del European Data Protection Supervisor (EDPS). Cfr. anche P. Panico, “*Public Register of beneficial ownership: Effectiveness, Proportionality and the Fundamental Right to Privacy*”, in *IFC Economic Report*, Summer 2017, pag. 210 ss. Cfr. anche le Linee Guida del Gruppo di Lavoro ex art. 29 (*Working Group*) in tema di *Data Protection Impact Assessment* (DPIA).

⁵⁰ Cfr. *pro multis* M. Fischer - T.F. Rohner, “*Discretionary Trusts - last exit before AEOI?, The Swiss view*”, in *Trusts & Trustees*, 2015, pag. 1.

⁵¹ “In generale per stabilire la sede di un trust è determinante la sede oppure il domicilio del o dei trustee.

Esempio 37: un trustee con sede in Svizzera che non è un IF incarica un IF di amministrare le attività finanziarie del trust. Sottoposto così a un’amministrazione professionale, il trust è considerato a sua volta un ente di investimento amministrato professionalmente e tenuto alla comunicazione. Per adempiere gli obblighi di comunicazione, il trust può ricorrere a un prestatore di servizi che provvede alle comunicazioni. In tal caso, il trust resta sempre un IF tenuto alla comunicazione.

Esempio 38: una PTC detiene un conto in una banca Svizzera ed è amministrata da un *corporate* trustee, il quale è a sua volta un IF. La PTC è qualificata quindi come ente di investimento amministrato professionalmente. Si ha il medesimo risultato anche nel caso in cui la PTC faccia parte del mandato di un *corporate* trustee, il quale è a sua volta un IF. La PTC ottiene così la qualifica di ente di investimento, poiché soddisfa i requisiti del test ‘*managed by*’. Lo stesso vale anche per le società sottoposte (*underlying company*) alla PTC, se il *corporate* trustee agisce anche in qualità di *corporate director* della società sottoposte.”.

guenza, riguardo ai diversi obblighi di comunicazione⁵². Si ottengono così utili definizioni riguardanti istituti disciplinati dal diritto estero. Ancora una volta si dimostra che, sempre più spesso, l'evoluzione del diritto svizzero, non solo convenzionale, ma anche interno, è influenzata sempre più dalla giurisprudenza e dalla prassi delle autorità amministrative.

⁵² «Ai fini dello scambio automatico di informazioni, i trust devono essere classificati in funzione della natura delle attività svolte, del genere nonché della composizione del loro patrimonio e della modalità con cui vengono amministrati. Generalmente un IF che è anche un trust può essere inteso come una NFE passiva (cfr. n. 4.9.1) o attiva (cfr. n. 4.9.2) se soddisfa i requisiti delle rispettive categorie. Questo principio è valido nonostante la legislazione in materia di riciclaggio di denaro non consenta di qualificare i trust come IF.

Un trust, o un'altra struttura simile, è considerato un IF svizzero tenuto alla comunicazione se, conformemente alle regole generali (cfr. n. 2.1.3), è qualificato come tale. Quando un trust è classificato come IF, di norma, deve essere qualificato anche come ente di investimento. Tuttavia, in casi particolari, un trust può essere classificato anche come istituto di custodia, ad es. se un trust di partecipazioni di collaboratori detiene titoli di credito per i dipendenti.

I cosiddetti *unit trust*, che siano sottoposti alla sorveglianza di un'autorità di vigilanza sul mercato finanziario o meno, sono considerati in genere veicoli di investimento collettivo (*collective investment vehicle*). Nel caso in cui un *unit trust* non costituisca un veicolo di investimento collettivo, benché ne soddisfi i requisiti, ad es. perché detiene attività finanziarie per conto di un solo investitore, come avviene nel caso di una *Private Trust Company* (PTC), esso deve essere valutato secondo le regole generali applicate per i trust.

I cosiddetti *charitable trust* che soddisfano tutti i requisiti di cui alla sezione VIII parte D punto 9 lettera h) i-v SCC sono qualificati come NFE attive. L'obiettivo principale della costituzione di *charitable trust* non è l'investimento di attività finanziarie ma la distribuzione di valori patrimoniali.

Generalmente, affinché un trust possa essere qualificato come IF, deve essere amministrato professionalmente.

Si è in presenza di un'amministrazione professionale se i valori patrimoniali sono amministrati da un IF a seguito di competenze decisionali e discrezionali (ad es. un *corporate trustee* o un gestore patrimoniale). Il trustee è il proprietario legale (*legal owner*) dei valori patrimoniali del trust. In qualità di proprietario legale, il trustee è *eo ipso* gestore del patrimonio del trust. Pertanto, un trust è considerato come amministrato professionalmente, se è a sua volta amministrato da un IF, ad es. un *corporate trustee* qualificato come IF. Inoltre si è in presenza di un'amministrazione professionale anche quando un trust affida a una banca un mandato discrezionale per la gestione dei valori patrimoniali.

Di conseguenza, nel caso in cui le attività finanziarie di un trust siano amministrate da una persona fisica, ad es. in qualità di trustee o a seguito di un mandato di consulenza (*advisory*) di una banca, il trust non è considerato come amministrato professionalmente.

Un trust non qualificato come IF, viene trattato come una NFE. In tal caso occorre stabilire, secondo le regole generali, se il trust è classificabile come NFE passiva o attiva".

Anche riguardo agli obblighi di identificazione del trust e delle persone coinvolte in un trust, la Direttiva dell'Amministrazione federale delle contribuzioni del 17 gennaio 2017 ha previsto una serie di precisazioni⁵³ rilevanti, distinguendo fra le diverse categorie di trust.

⁵³ Fra le principali vengono qui riprodotte le seguenti:

Capitolo 1.3.2.2 (pag. 22)

“e) IDI dell'IF svizzero tenuto alla comunicazione

In linea di principio viene comunicato l'IDI dell'IF svizzero tenuto alla comunicazione. Se l'IF svizzero tenuto alla comunicazione è un trust, deve essere comunicato l'IDI del trust e non quello del fiduciario (trustee). Per i *trustee-documented trust* occorre invece comunicare l'IDI del fiduciario (trustee, cfr. art. 3 cpv. 9 LSAI). Se la comunicazione è delegata a un prestatore di servizi esterno, viene comunicato l'IDI dell'IF delegante che detiene i conti oggetto di comunicazione, e non l'IDI del prestatore di servizi.”

Capitolo 1.3.2.3.4.4 - Regole di allocazione (pagg. 29-30)

“Esempio 29: il Trust T, che è una NFE passiva e anche una persona oggetto di comunicazione, detiene un conto finanziario presso un IF svizzero tenuto alla comunicazione. A è il fiduciante del trust, B funge da trustee, C e D vengono designati beneficiari. A, B, C e D sono persone oggetto di comunicazione. Il saldo o il valore aggregato come pure tutti i pagamenti rilevanti sul conto finanziario del trust vengono assegnati per intero al 30/186 Trust T come pure alle persone che esercitano il controllo A, B, C e D e comunicati.”

Capitolo 2.3.4 - Istituto finanziario sotto forma di trust (pag. 52).

“Ai fini dello scambio automatico di informazioni, nonostante un IF qualificato come trust sia residente fiscale di una delle Giurisdizioni partecipanti, è considerato residente in Svizzera se almeno uno dei suoi trustee risiede in Svizzera. Nel caso in cui per un IF, che è un trust, esistano diversi trustee e questi siano residenti in più di uno Stato e territorio, anche l'IF è residente in più Stati e territori. In merito alla determinazione della residenza dei trustee si vedano i numeri 2.3.1 e 2.3.2 (cfr. anche l'art. 5 cpv. 4 LSAI).”

Capitolo 2.4.2.5.1 - Gestori patrimoniali e consulenti in investimenti (pag. 54)

“Nel caso in cui un gestore patrimoniale fornisca ulteriori servizi, quali ad es. la detenzione di conti/depositi a proprio nome per conto di clienti e/o assuma la funzione di trustee, esso viene qualificato come IF tenuto alla comunicazione anche se svolge tali attività soltanto a titolo accessorio rispetto alla gestione patrimoniale su procura. In quanto IF svizzero tenuto alla comunicazione deve ottemperare a tutti gli obblighi previsti dallo scambio automatico di informazioni. In questo contesto sono oggetto di comunicazione tutti i conti finanziari amministrati dal gestore patrimoniale.”

Capitolo 3.5 - Quota nel capitale di rischio (pag. 63)

“Nel caso di un trust che costituisce un IF, l'attribuzione viene effettuata alla persona considerata come fiduciante (*settlor*) o beneficiario di tutto o di una parte del trust, o a qualsiasi altra persona fisica che esercita il controllo effettivo sul trust. Le persone oggetto di comunicazione sono fiducianti e beneficiari. In particolare i trustee vanno considerati come organi di una società e non costituiscono una persona oggetto di comunicazione.”

Capitolo 3.12.15 - Conti di persone defunte (art. 17 OSAIn), (pag. 79)

“Esempio 67: il Trust T, che è una NFE passiva, detiene un conto presso un IF svizzero tenuto alla comunicazione. A è il fiduciante del trust, B ha la funzione di trustee e C è il beneficiario. A, B e C sono persone oggetto di comunicazione. C decede il 28 dicembre 2018. Il 5 gennaio 2019 l'IF svizzero tenuto alla comunicazione riceve un atto di morte rilasciato da un'autorità della giurisdizione di residenza di C. Per l'anno civile 2018 l'IF svizzero tenuto alla comunicazione mantiene invariato lo

(segue)

Questo costante riconoscimento di principio nella dottrina e nella giurisprudenza svizzera, trova conferma anche nella regolamentazione fiscale più recente, seppure di natura diversa, riguardante lo scambio automatico di informazioni. Infatti, nella Direttiva dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) datata 17 gennaio 2017 riguardante lo *Standard* per lo scambio automatico di informazioni relative a conti finanziari, si conferma che "per i trust e gli enti da essi controllati (*underlying companies*) si distinguono le seguenti funzioni: fiduciante (*settlor*); fiduciario (*trustee*); protettore, beneficiario oppure altra persona". (cfr. Direttiva AFC, capitolo 1.3.2.1., pag. 21, della versione in lingua italiana).

Però, poiché le finalità dello scambio automatico di informazioni sono ispirate al principio della massima trasparenza, e quindi della estensione massima possibile a tutte le informazioni disponibili presso una banca, nella Direttiva si legge anche quanto segue:

"Nel caso dei trust, il titolare del conto è il trust stesso (e non il trustee). Ciò vale indipendentemente dallo stato del trust ai fini dello scambio automatico di informazioni (solitamente una NFE passiva oppure un IF)." (Cfr. Direttiva AFC, capitolo 5.4., Titolare del conto/capitolo 5.4.1., pag. 121 della versione in lingua italiana).

Di conseguenza, "se un trust è titolare di un conto finanziario, deve essere comunicato il nome del trust e non quello del fiduciario del trust (*trustee*). Lo stesso vale anche per i *trustee-documented trust*." (Cfr. Direttiva AFC, capitolo 1.3.2.1., Informazioni concernenti l'identificazione; pag. 16 della versione lingua italiana).

Sempre allo scopo di raccogliere e quindi trasmettere il massimo numero di informazioni possibili, anche oltre lo schermo di persone giuridiche vere e proprie oppure oltre lo schermo di *legal entities*⁵⁴, anche nella Direttiva AFC ci si preoccupa di estendere le informazioni anche alle c.d. persone che esercitano il controllo, categoria nella quale, sempre secondo la Direttiva AFC, rientrano "tutte le persone fisiche nelle seguenti funzioni (se presenti):

1. fiduciante (*settlor*);

status della relazione conto ai fini dello scambio automatico di informazioni poiché è venuto a conoscenza del decesso di C solo il 5 gennaio 2019. Poiché la persona che esercita il controllo C è defunta, essa non è pertanto più considerata come persona che esercita il controllo sul Trust T per il 2019."

Capitolo 6.4.2 - Procedura di verifica per determinare se l'ente è una persona oggetto di comunicazione (pag. 141)

"Per determinare se il titolare di un conto (ente) è residente in una giurisdizione oggetto di comunicazione o se è una persona esclusa, un IF svizzero tenuto alla comunicazione deve verificare che le informazioni conservate per finalità di vigilanza (procedure AML/KYC) o in ragione dei rapporti con la clientela (ad es. luogo di costituzione, indirizzo o indirizzo di uno o più trustee di un trust) indichino che il titolare del conto (ente) è residente in una giurisdizione oggetto di comunicazione o è una persona esclusa. Eventualmente può basarsi anche sulle informazioni raccolte nel quadro del processo di verifica FATCA (ad es. moduli W-8 e W-9)."

⁵⁴ Questo è il termine generico che è stato coniato nel lessico fiscale del G20 e dell'OCSE nell'ambito delle iniziative promosse contro l'evasione fiscale.

2. fiduciario (trustee);
3. protettore;
4. beneficiario;
5. appartenenti ad una categoria di beneficiari;
6. altre persone fisiche che esercitano effettivamente il controllo sul trust.”.

(Cfr. Direttiva AFC, capitolo 4.8.2., Trust, pagg. 98, 99, della versione in lingua italiana)⁵⁵.

La lotta contro l'evasione fiscale internazionale avviata da parte del G20 con il concorso tecnico dell'OCSE a partire dal vertice di Londra del 2 aprile 2009, si è avvalsa e continua ad avvalersi sempre più della normativa antiriciclaggio. Così avviene anche nell'ordinamento giuridico svizzero in applicazione della suddetta Direttiva AFC⁵⁶.

⁵⁵ Il suddetto capitolo 4.8.2. della Direttiva AFC continua come segue:

“Tutte le persone fisiche che svolgono una delle funzioni citate ai numeri 1-5 devono essere sempre considerate persone che esercitano il controllo, indipendentemente dal fatto che esercitino effettivamente il controllo sul trust. Restano salve le disposizioni derogatorie menzionate di seguito concernenti determinati beneficiari con diritti d'aspettativa (beneficiari discrezionali) nonché gli appartenenti alle categorie di beneficiari (cfr. n. 4.8.3).

Il titolare di una procura o di un diritto di firma relativamente a un conto non può essere ritenuto solo per questo una persona che esercita in altro modo il controllo su un trust, poiché la procura o il diritto di firma permettono esclusivamente un controllo sul conto, non sul trust.

Nel caso in cui il fiduciante (*settlor*), il fiduciario (trustee), il protettore, il beneficiario o gli appartenenti a una categoria di beneficiari di un trust siano un ente, l'IF svizzero tenuto alla comunicazione ha l'obbligo, indipendentemente dallo *status* ai fini dello scambio automatico di informazioni dell'ente (fatta eccezione per le società quotate in borsa e gli enti ad esse collegati, cfr. n. 4.8.6) di identificare anche le persone che esercitano il controllo su detto ente e di trattarle come persone che esercitano il controllo sul trust.

Esempio 103: il Trust T è una NFE passiva e detiene un conto finanziario in un IF svizzero tenuto alla comunicazione. Il fiduciante del Trust T è la società X SA, la quale non è una società quotata in borsa né un ente collegato di una società quotata in borsa. L'IF svizzero tenuto alla comunicazione tratta le persone che esercitano il controllo sulla X SA quali persone che esercitano il controllo sul Trust T, indipendentemente dallo *status* della X SA ai fini dello scambio automatico di informazioni (ossia anche nel caso in cui la X SA sia una NFE attiva o un IF). Per identificare le persone che esercitano il controllo su un ente e la loro funzione nel trust devono essere applicate le regole specifiche a seconda della tipologia di ente (cfr. n. da 4.8.1 a 4.8.4):

- numero 4.8.1 per gli enti che non sono trust;
- numeri 4.8.2 e 4.8.3 per gli enti che sono trust; e
- numero 4.8.4 per strutture analoghe ai trust.

Il campo di applicazione della definizione e le regole speciali per gli enti che occupano funzioni rilevanti all'interno di un trust sono illustrate di seguito.”.

⁵⁶ “Con le disposizioni dell'ORD-FINMA in vigore dal 1° gennaio 2016, dell'Ordinanza della CFCG (Commissione federale delle case da gioco) sulla lotta contro il riciclaggio di denaro e dei regolamenti approvati degli organismi di autodisciplina riconosciuti ai sensi dell'art. 24 LRD sono state attuate le Raccomandazioni del GAFI per il settore non bancario. Gli IF svizzeri tenuti alla comunicazione che impiegano questa procedura per la lotta contro il riciclaggio di denaro devono

(segue)

Nel caso in cui un trust si qualifica come istituto finanziario discrezionale, i beneficiari discrezionali non possono fare oggetto di una trasmissione di informazioni, perlomeno fino al momento in cui non abbia luogo effettivamente un'erogazione in loro favore. Se però l'autorità fiscale di un Paese, ciò malgrado, volesse raccogliere informazioni riguardo al carattere di beneficiario discrezionale di un determinato contribuente, può raggiungere questo obiettivo mediante una domanda di assistenza inviata al Paese nel quale sono domiciliati il costituente (*settlor*) oppure il trustee, chiedendo appunto che costoro abbiano a rivelare il nome del beneficiario⁵⁷.

Riguardo alla figura del *protector* e alla sua identificazione nell'ambito della cooperazione internazionale in materia fiscale, è stata recentemente rammentata la

generalmente trattare quali persone che esercitano il controllo gli aventi economicamente diritto o i detentori del controllo determinati in base a queste disposizioni.

In caso di enti non qualificati come trust o strutture analoghe ai trust, occorre determinare gli aventi economicamente diritto sui valori patrimoniali o i detentori del controllo secondo le prescrizioni applicabili dall'IF svizzero tenuto alla comunicazione.

Tuttavia occorre osservare che ai fini delle disposizioni sul riciclaggio di denaro, gli enti con attività operative non possono essere qualificati in ogni caso quali NFE attive. Per gli enti che ai sensi delle prescrizioni dello SCC, della LSAI e dell'OSAI sono da ritenersi NFE passive o enti d'investimento amministrati professionalmente in una giurisdizione non partecipante, oltre alle persone fisiche aventi economicamente diritto devono essere trattate quali persone che esercitano il controllo anche i detentori del controllo identificati.

In caso di trust discrezionali o strutture analoghe ai trust, gli IF svizzeri tenuti alla comunicazione possono scegliere, conformemente a quanto illustrato al numero 4.8.3, di applicare il metodo 2 per i beneficiari discrezionali. Le disposizioni nella parte citata in merito all'obbligo di sorveglianza valgono anche nel caso in cui per determinare le persone che esercitano il controllo sia applicata la procedura per la lotta contro il riciclaggio di denaro.

Si deve fare riferimento alle informazioni più aggiornate di cui dispone l'IF svizzero tenuto alla comunicazione, conformemente alle procedure di lotta contro il riciclaggio di denaro ad esso applicabili. Mentre per i conti nuovi occorre applicare le disposizioni sulla lotta contro il riciclaggio di denaro, con le quali sono state attuate le Raccomandazioni del GAFI (stato 2012), per i conti esistenti si può fare riferimento anche alle informazioni raccolte sulla base delle versioni precedenti di tali disposizioni.

Le versioni precedenti delle vigenti disposizioni sulla lotta contro il riciclaggio di denaro non richiedevano l'identificazione dei detentori del controllo. Inoltre, per i trust, le strutture analoghe ai trust e gli enti da essi controllati (*underlying companies*), in alcuni casi era possibile ottenere una dichiarazione scritta sugli aventi economicamente diritto.

Nel caso di conti preesistenti, documentati come tali, si può far riferimento a questi documenti e non occorre richiedere nuove dichiarazioni." (cfr. Direttiva AFC capitolo 4.8.8.; pagg. 106-10 della versione in lingua italiana).

⁵⁷ T.F. Rohner - C. Scherrer, "*Diskretionäre Trusts als letztes Mittel gegen dem ALA in Steuersachen*", in *Expert Focus*, n. 9/2015, pagg. 711, 715.

definizione di persona che ha i poteri di controllare il trustee nell'esercizio di alcune delle sue facoltà⁵⁸.

Riguardo alle fondazioni, la disciplina è diversa secondo il capitolo 2.4.2.12 della Direttiva AFC (pag. 56):

“Ai sensi dell'art. 6 OSAIn, sono considerate IF non tenuti alla comunicazione secondo l'art. 3 capoverso 11 LSAI le fondazioni costituite e organizzate in Svizzera che:

- a. perseguono uno scopo pubblico o di utilità pubblica destinando i loro utili esclusivamente e irrevocabilmente a tali fini; oppure
- b. perseguono scopi ideali e i cui utili non superano i CHF 20 000 e sono esclusivamente e irrevocabilmente destinati a tali fini.”.

9. PROSPETTIVE

Nella realtà svizzera, ed in particolare sul mercato bancario e finanziario, il trust è entrato sempre più massicciamente. Dal punto di vista giuridico il trust è entrato piuttosto dalla finestra che dalla porta principale. Anzi, è entrato sul mercato bancario e finanziario svizzero da finestre diverse, per cui anche le autorità amministrative, giudiziarie e fiscali sempre più spesso hanno dovuto confrontarsi con il trust, sempre di diritto straniero, nelle sue forme più variegate. Ancora una volta risulta determinante, per l'evoluzione nel diritto svizzero, anche riguardo al trust, da un lato, la giurisprudenza riguardante la cooperazione internazionale in materia penale e, dall'altro, la regolamentazione relativa allo scambio automatico di informazioni finanziarie. Sviluppi di ben maggiore portata sono da attendersi per il momento, finalmente non più lontano, in cui si aprirà anche al trust il portone principale di ingresso nella legislazione svizzera.

⁵⁸ Cfr. nota in calce 84 in A. Bove, “*The development, use and misuse of the trust protector and its role in trust law and practice*”, in *Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zum Vermögensrecht*, Band n. 12/2014, pagg. 5, 21.