

# **Titolare effettivo: chiave di volta tra fiscale e prevenzione al riciclaggio**

Prof. Avv. Giuseppe Corasaniti

Università degli Studi di Brescia

Studio Uckmar – Milano

10 maggio 2019

# Premessa

La corretta individuazione del “titolare effettivo” di società di capitali, altre entità (e.g. fondazioni) ovvero *trusts*, ai fini antiriciclaggio, assume preminente rilievo anche ai fini dell’individuazione di eventuali collegamenti ai fini fiscali fra l’ente e le persone che in ultima istanza lo controllano.

## segue

La prima significativa relazione intercorrente fra la disciplina antiriciclaggio e la normativa fiscale è da ricercarsi nella volontà, espressa dal Legislatore italiano nel 2013 (cfr. art. 9, l. n. 97 del 2013, che ha modificato l'art. 4, d.l. n. 167 del 1990, riguardante gli obblighi di monitoraggio fiscale a carico delle persone fisiche, degli enti non commerciali e delle società semplici residenti in Italia che detengono investimenti all'estero e attività estere di natura finanziaria), di adottare *tout court* i criteri della Legge antiriciclaggio di cui al d.lgs. n. 231/2007 anche per definire gli obblighi dichiarativi delle persone fisiche e soggetti assimilati che detengono indirettamente attività all'estero.

segue

Successivamente, sia l'OCSE (OECD, CRS-FAQ, aprile 2017, pag. 4) sia il Legislatore italiano (D.M. 28 dicembre 2015 - Decreto di attuazione della legge 18 giugno 2015, n. 95 e della direttiva 2014/107/UE del Consiglio, del 9 dicembre 2014) hanno ulteriormente rimarcato la stretta relazione ormai intercorrente tra la disciplina antiriciclaggio e la disciplina fiscale, legittimando l'utilizzo dei dati acquisiti ai fini antiriciclaggio anche in ambito CRS.

## segue

In questo contesto, anche il Legislatore euro-unitario ha definitivamente condiviso l'utilizzo in ambito tributario dei dati acquisiti ai fini antiriciclaggio.

Sul punto, difatti, la direttiva 2016/2258 del 6 dicembre 2016 (recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 60 del 2018), ha stabilito che *“gli Stati membri dispongono per legge l'accesso da parte delle autorità fiscali ai meccanismi, alle procedure, ai documenti e alle informazioni di cui agli articoli 13, 30, 31, e 40 della direttiva (UE) 2015/849 (...)”*.

segue

In un brevissimo lasso temporale la normativa antiriciclaggio è divenuta il punto di riferimento di numerosi provvedimenti di legge, nazionali e sovranazionali, che legano alle disposizioni della medesima determinati oneri o adempimenti ed effetti, soprattutto in materia fiscale.

# La nozione di “titolare effettivo”

Ai sensi dell'art. 3, n. 6, della IV Direttiva Antiriciclaggio (direttiva 2015/849), titolare effettivo è *“la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente e/o le persone fisiche per conto delle quali è realizzata un'operazione o un'attività”*.

Il citato art. 3, n. 6, distingue poi fra titolari effettivi di società e titolari effettivi di trusts, fra i quali sono ricompresi: *i)* il disponente; *ii)* il trustee; *iii)* il guardiano; *iv)* i beneficiari e *v)* qualunque altra persona fisica che esercita in ultima istanza il controllo sul trust attraverso la proprietà diretta o indiretta o attraverso altri mezzi.

## segue

La definizione di titolare effettivo contenuta nella IV Direttiva Antiriciclaggio, in linea con le indicazioni già fornite dal GAFI con le Raccomandazioni 2012, è stata recepita dalla legge interna.

La disciplina antiriciclaggio italiana ha subito un'importante revisione ad opera del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, il quale, recependo la Direttiva 849/2015/UE (c.d. IV Direttiva Antiriciclaggio) del 20 maggio 2015, ha profondamente modificato il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

## segue

L'art. 1, co. 2, lett. pp), d.lgs. n. 231 del 2007, fissa la regola generale per cui titolare effettivo è la “persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell'interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è istaurato, la prestazione professionale è resa o l'operazione è eseguita”.

Il titolare effettivo è successivamente declinato nei nuovi artt. 20 (per le persone giuridiche) e 22, co. 5, d.lgs. n. 231 del 2007 (per quanto riguarda i trusts).

L'art. 20 fornisce i criteri per la determinazione della titolarità effettiva di qualsiasi soggetto che non sia una persona fisica, illustrando i criteri da utilizzare per le società di capitali.

## segue

Ai sensi dell'art. 20, d.lgs. n. 231 del 2007, il titolare effettivo di clienti diversi dalle persone fisiche coincide con la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente ovvero il relativo controllo.

Nel caso in cui il cliente sia una società di capitali:

- costituisce indicazione di proprietà diretta la titolarità di una partecipazione superiore al 25 per cento del capitale del cliente, detenuta da una persona fisica;
- costituisce indicazione di proprietà indiretta la titolarità di una percentuale di partecipazioni superiore al 25 per cento del capitale del cliente, posseduto per il tramite di società controllate, società fiduciarie o per interposta persona.

## segue

Nelle ipotesi in cui l'esame dell'assetto proprietario non consenta di individuare in maniera univoca la persona fisica o le persone fisiche cui è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente, il titolare effettivo coincide con la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile il controllo del medesimo in forza:

- del controllo della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria;
- del controllo di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante in assemblea ordinaria;
- dell'esistenza di particolari vincoli contrattuali che consentano di esercitare un'influenza dominante.

## segue

Qualora l'applicazione dei criteri precedenti non consenta di individuare univocamente uno o più titolari effettivi, il titolare effettivo coincide con la persona fisica o le persone fisiche titolari di poteri di [“rappresentanza legale” – modifica contenuta nello schema di recepimento della V Direttiva antiriciclaggio] amministrazione, direzione della società “o del cliente comunque diverso dalla persona fisica” (modifica contenuta nello schema di recepimento della V Direttiva antiriciclaggio. Tale specifica consente di sostenere che il titolare effettivo dovrebbe essere individuato in via residuale nel rappresentante legale o amministratore del cliente stesso e non della società ultima controllante).

Nel caso in cui il cliente sia una persona giuridica privata, di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, sono cumulativamente individuati, come titolari effettivi:

- i fondatori, ove in vita;
- i beneficiari, quando individuati o facilmente individuabili;
- i titolari di funzioni di [“rappresentanza legale”], direzione e amministrazione.

## segue

Con riferimento ai *trusts*, invece, l'art. 22, co. 5, stabilisce che i titolari effettivi siano da individuare nel fondatore, nel fiduciario o nei fiduciari, nel guardiano ovvero in altra persona per conto del fiduciario, ove esistenti, nei beneficiari o classe di beneficiari e nelle altre persone fisiche che esercitano il controllo sul trust e in qualunque altra persona fisica che esercita, in ultima istanza, il controllo sui beni conferiti nel trust attraverso la proprietà diretta o indiretta o attraverso altri mezzi.

## “Nuovi” titolari effettivi e scambio di informazioni fiscali

In merito al set informativo ormai potenzialmente oggetto di scambio automatico fra autorità fiscali, non va sottaciuto che il citato d.lgs. n. 90 del 2017, aggiungendo nel corpo del d.lgs. n. 231 del 2007 il nuovo art. 21, ha stabilito l'obbligo in capo alle imprese dotate di personalità giuridica tenute all'iscrizione nel Registro delle imprese di cui all'art. 2188, c.c., e alle persone giuridiche private di cui al d.P.R. n. 361 del 2000 (associazioni, fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato) tenute all'iscrizione nel medesimo Registro delle imprese, nonché in capo ai trust [produttivi di effetti giuridici rilevanti ai fini fiscali ex art. 73, Tuir], di comunicare le informazioni relative ai propri titolari effettivi, per via esclusivamente telematica e in esenzione da imposta di bollo, al Registro delle imprese, ai fini della conservazione in apposita sezione.

## segue

La previsione del citato obbligo di comunicazione dei titolari effettivi di persone giuridiche e trust ai relativi Registri comporta il subentro di tali informazioni nel set informativo che l'Amministrazione fiscale italiana è tenuta a scambiare, in vigore degli obblighi discendenti dall'implementazione del CRS (direttiva 2016/2258, recepita nell'ordinamento interno dal d.lgs. n. 60 del 2018), con le autorità fiscali delle altre Giurisdizioni partecipanti.

Per tale ragione, si appalesa(va) necessario un intervento legislativo che chiarisse cosa dovesse intendersi per "*trust produttivi di effetti giuridici rilevanti ai fini fiscali*", secondo quanto disposto dall'art. 73, Tuir (il problema è stato "risolto" dalla V Direttiva antiriciclaggio che non distingue più fra i diversi *trusts*, ma fa riferimento ai soli "trust espressi e istituti giuridici affini").

Difatti, sebbene si comprenda la finalità dello scambio di informazioni con riferimento alle ipotesi di titolari effettivi di trust commerciali, non si comprende, invece, quale sia la finalità cui tenderebbe l'eventuale comunicazione di informazioni concernenti i titolari effettivi di trust non commerciali ovvero trust trasparenti, i quali non hanno rilevanza fiscale secondo quanto disposto dall'art. 73, Tuir.

segue

## Il tema della “circolarità” delle informazioni afferenti la titolarità effettiva

Il tema della circolazione delle informazioni afferenti i titolari effettivi di persone giuridiche e *trusts* è tornato in auge a seguito della pubblicazione della direttiva UE 2018/843 del 30 maggio 2018 (c.d. “V Direttiva Antiriciclaggio”).

Infatti, la V Direttiva stabilisce che le informazioni sulla titolarità effettiva debbano essere rese accessibili, oltre che alle autorità competenti e ai soggetti obbligati nel quadro dell’adeguata verifica della clientela (art. 21, d.lgs. n. 231 del 2007, come modificato dal d.lgs. n. 90 del 2017), anche al pubblico.

E’ anche previsto che le persone possano avere accesso almeno al nome, al mese e anno di nascita, al paese di residenza e alla cittadinanza del titolare effettivo così come alla natura ed entità dell’interesse beneficiario detenuto.

# segue

Con riferimento ai titolari effettivi di trusts o istituti giuridici affini, la V Direttiva – a differenza della precedente IV Direttiva che non prevedeva l'accesso alle informazioni relative alla titolarità effettiva da parte dei soggetti privati - ha previsto che gli Stati membri provvedano affinché le informazioni sulla titolarità effettiva siano accessibili in ogni caso ai seguenti soggetti:

- a) alle autorità competenti e alle FIU, senza alcuna restrizione;
- b) ai soggetti obbligati, nel quadro dell'adeguata verifica della clientela;
- c) a qualunque persona fisica o giuridica che possa dimostrare un legittimo interesse;
- d) a qualunque persona fisica o giuridica che faccia una richiesta scritta in relazione a un trust o a un istituto giuridico affine che detiene una partecipazione di controllo in una società o in un altro soggetto giuridico diverso da quelli di cui all'articolo 30, paragrafo 1, attraverso il possesso, diretto o indiretto, anche tramite azioni al portatore, o attraverso il controllo con altri mezzi.

## segue

La nuova Direttiva prevede, inoltre, una maggiore correlazione tra registri centrali degli Stati membri per facilitare l'accesso ai dati, disponendo che gli Stati membri adottino misure adeguate per assicurare che le informazioni siano rese disponibili attraverso i rispettivi registri nazionali e il sistema di interconnessione dei registri.

Per quanto riguarda i *trusts*, la V Direttiva ha stabilito che siano tenuti all'obbligo di comunicare i propri titolari effettivi al Registro centrale tutti i trust e gli istituti giuridici affini, non rilevando più la precedente previsione che riguardava solo i trust produttivi di effetti giuridici rilevanti ai fini fiscali secondo quanto disposto dall'art. 73, Tuir.

## segue

L'ampliamento della platea dei soggetti legittimati a poter accedere al Registro dei titolari effettivi di cui all'art. 21, co. 4, d.lgs. n. 231 del 2007, previsto dalla V Direttiva antiriciclaggio (e, al momento, riprodotta, senza modifiche, all'interno della bozza di decreto legislativo di recepimento della suddetta Direttiva) pone rilevanti dubbi sia in termini di proporzionalità sia in termini di potenziale lesione dei dati personali di un soggetto.

In termini di proporzionalità perché una simile disposizione, dal contenuto così ampio e indefinito, non appare, per l'appunto, proporzionata rispetto all'obiettivo principale cui tende la disciplina in esame, ossia il contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo.

In termini di potenziale lesione dei dati personali di un soggetto, la cui tutela, si ricorda, è accordata sulla base delle disposizioni del d.lgs. n. 196 del 2003 (adeguato alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 tramite il Decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101), perché la formulazione attuale della norma consentirebbe, in ipotesi, a chiunque di recepire informazioni riguardanti la sfera personalissima di un soggetto.

## segue

La possibilità che una disposizione come quella contenuta nell'art. 21, co. 4, d.lgs. n. 231, venga sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale italiana o della Corte di Giustizia dell'Unione Europea perché lesiva della privacy dei cittadini rischia di divenire certezza se solo si guarda alla sorte che norme simili hanno avuto in altri ordinamenti europei.

In Francia, ad esempio, la Corte Costituzionale francese, con la decisione n. 2016-591 QPC del 21 ottobre 2016, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1649 AB codice tributario, il quale ha istituito il Registro pubblico dei trust in Francia.

## segue

Il caso francese trae origine da un ricorso presentato da una cittadina americana, residente in Francia, che aveva dichiarato al Fisco francese il trust costituito nel Paese di origine a fini successori. Secondo la contribuente, la presenza dei dati del suo trust nel Registro pubblico francese rappresentava una lesione del diritto alla privacy sancito nell'art. 9 del Code civil.

L'art. 1649 AB, difatti, stabiliva, come del resto stabilisce l'art. 21, co. 4, d.lgs. n. 231, che l'accesso alle informazioni contenute nel Registro pubblico era consentito a tutti coloro che avessero un identificativo fiscale in Francia e si fossero registrati per lo scopo.

Un Registro, dunque, che, come nel caso italiano, non sembrava rispondere solo a finalità di contrasto al riciclaggio.

## segue

Ebbene, la Corte Costituzionale francese ha dichiarato, con la decisione del 21 ottobre prima citata, l'incostituzionalità di un registro così disciplinato.

Secondo i giudici costituzionali francesi, consentire a chiunque di accedere liberamente ad un registro che fornisce informazioni circa le volontà di disposizione del patrimonio si traduce in una manifesta lesione del diritto al rispetto ed alla riservatezza della vita privata.

Ciò significa che il Legislatore non ha bilanciato correttamente gli interessi in gioco e le disposizioni adottate comportano una lesione del diritto alla riservatezza della vita privata manifestamente sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito, ossia quello di lotta al riciclaggio.

# Il caso del Regno Unito

Il Regno Unito ha inteso evitare *ab origine* qualsiasi potenziale contestazione futura delle norme dedicate alla regolamentazione dell'accesso da parte di terzi alle informazioni contenute nel Registro pubblico dei trust ivi istituito.

Difatti, come si evince dalla documentazione ufficiale attinente la consultazione avviata per la ricezione nel proprio ordinamento interno della IV Direttiva Antiriciclaggio, il Regno Unito ha manifestato sin da subito la volontà di negare il pubblico accesso ai dati del Registro dei trust, limitandolo coerentemente solo agli enti preposti.

## segue

Più precisamente, come si legge a pag. 47 del documento “*Consultation on the transposition of the Fourth Money Laundering Directive*”, pubblicato nel settembre 2016 (aggiornato al 17 marzo 2017) – consultabile sul sito [www.gov.uk/government/consultations/transposition-of-the-fourth-money-laundering-directive#history](http://www.gov.uk/government/consultations/transposition-of-the-fourth-money-laundering-directive#history) – Il Governo inglese “*recognises the importance of protecting the confidentiality of taxpayer information. As a result, and as set out earlier, **the government will not share the trust beneficial ownership information with private entities or individuals.** When trust beneficial ownership information is requested by EU administrations from the central register or the information is not held in the central register, it will only be obtained and disclosed in accordance with the appropriate legal gateways*”.

## segue

A fronte delle esposte perplessità, appare indubbio come il decreto attuativo della nuova disposizione di cui all'art. 21, co. 4, lett. d-bis), (prevista dallo schema di decreto di recepimento della V Direttiva antiriciclaggio) - secondo la quale chiunque voglia accedere al registro deve essere *“titolare di un interesse giuridico rilevante e differenziato, nel caso in cui la conoscenza della titolarità effettiva sia necessaria per curare o difendere un interesse corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata”* – dovrà individuare alcuni puntuali limiti all'accesso alle informazioni sulla titolarità effettiva, per evitare un accesso indiscriminato ad informazioni sensibili e, per l'effetto, un eventuale contrasto con la disciplina in materia di protezione della privacy (cfr. art. 8, CEDU).