

II TRUST INTERNO

P. Matthews: *“Quell’istituto del quale una parte del mondo non potrebbe fare a meno e che, al contempo, è totalmente sconosciuto all’altra parte”*.

avvocato Marco Tita

- Il Trust nasce dalla volontà unilaterale del disponente e trova la sua disciplina giuridica nella legge regolatrice da lui scelta

Le leggi regolatrici del Trust vengono ricondotte a tre modelli:

- il modello inglese
- il modello internazionale
- il modello dei sistemi di civil law

Il modello inglese è fondato sull'affidamento e si sostanzia nel trasferimento di uno o più beni, di qualsivoglia natura, nell'interesse di un beneficiario o per la realizzazione di uno scopo charitable

Caratteristiche del modello inglese:

- non è codificato;
- riconoscimento di una posizione giuridica al trustee ed al beneficiario. Il beneficiario è titolare di alcuni rilevanti poteri: es: il potere di porre termine al trust, il potere di agire nei confronti del trustee;
- - rules against perpetuities (la durata)

- In assenza di specifica previsione nell'atto istitutivo, il termine sarà di anni 21 dalla morte di un soggetto in vita (o almeno concepito) all'epoca dell'operazione
- In alternativa, per una durata massima di anni 80

Nel *perpetuity period* occorre che si perfezioni almeno il *vesting in interest* del diritto in capo al beneficiario

Caratteristiche del modello internazionale:

- è regolato normativamente;
- è introdotta normativamente la figura del Guardiano;
- riconoscimento di una posizione giuridica di maggiore rilevanza per il disponente, al quale sono riconosciuti maggiori poteri;
- la durata. Il Trust può essere anche perpetuo

Le caratteristiche del modello civilistico:

- è codificato;
- è data rilevanza al contenuto obbligatorio dei rapporti con il trustee;

**ELEMENTI DI BASE
E
SOGGETTI DEL TRUST**

avvocato Marco Tita

Cos'è un *Trust*?

Definizione (molto) generale:

- Il *Trust* è una relazione giuridica fra persone, che contempla doveri (*duties*) dovuti dal *Trustee* al *Beneficiario*.

Cos'è un *Trust*?

Definizione secondo la Convenzione
dell'Aja (art.2) –

Trust amorfo o shapeless (M. Lupoi)

“... per *Trust* s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente – con atto tra vivi o mortis causa- qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato”

Cos'è un *Trust*?

Altra definizione accettabile:

- “Il *Trust* è un patrimonio segregato gestito da un *Trustee* nell'interesse dei *Beneficiari*” (Donovan Waters)

Cosa non è un *Trust*?

- Un *Trust* non è un ente.

Il *Trust* è un contratto?

- Nel nostro ordinamento: *potrebbe anche* essere considerato un contratto, ma, più per *motivi storici* che meramente *giuridici*, appare più corretto non qualificarlo come tale. (Lupoi)

Soggetti del Trust

Ai sensi dell'Art. 2 della Convenzione:

- *Disponente (Settlor): è colui che decide di fare nascere il rapporto giuridico e trasferisce (pone sotto il controllo) al Trustee determinati diritti.*
- *Il fatto che il Disponibile conservi alcuni diritti e facoltà o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust.*

I soggetti del Trust

dall'Art. 2 della Convenzione:

- **Trustee:** è il soggetto titolare della *legal ownership* (*proprietà formale*), al quale sono intestati i beni in *Trust*. Ha il controllo dei beni in *Trust*.

I soggetti del Trust

dall'Art. 2 della Convenzione:

- **Beneficiario:** è il soggetto titolare della *equitable ownership* (diritto di credito), nell'interesse del quale il *Trustee* amministra, gestisce o dispone dei beni in *Trust*.

I punti essenziali

dall'Art. 2 della Convenzione:

- I beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee.

Segregazione del patrimonio.

I punti essenziali

dall'Art. 2 della Convenzione:

- I beni in trust sono intestati al trustee o ad un altro soggetto per conto del trustee;

Legal ownership dei beni in Trust

I punti essenziali

dall'Art. 2 della Convenzione:

- Il Trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme imposte dalla legge al trustee.

Conscience, obbligazione di carattere fiduciario e obbligo di rendiconto

I punti essenziali

dall'Art. 2 della Convenzione:

- Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente – con atto tra vivi o mortis causa- qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee **nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato**

Trust con beneficiari e Trust di scopo

Ancora un soggetto del Trust

(non citato nella Convenzione):

- **Guardiano** (*Protector*): è il soggetto al quale è demandato il compito di esercitare un controllo sull'operato del *Trustee*.

Riassumendo: le Figure del *Trust*

- *Disponente (Settlor)*
- *Trustee*
- *Beneficiario*
- *Guardiano (Protector)*

Varie tipologie di *Trust*

Consideriamo solo quelli:

- **Discrezionali:** l'interesse del *Beneficiario* è lasciato (in tutto o in parte) alla discrezionalità del *Trustee*
- **Irrevocabili:** il *Disponente* non ha il potere di revocare il *Trust*

La posizione del **Disponente**

- **Regola generale:** dopo la creazione del *Trust*, non ha alcun diritto né verso il *Trustee* né verso i beni in *Trust*.
- **Eccezione:** può riservarsi alcuni diritti, specificatamente indicati nell'atto di *Trust*.

La posizione del Trustee

- Doveri del *Trustee*: l'obbligazione del *Trustee* è storicamente basata sulla *Conscience*. Il primo dovere fondamentale è quello di operare in conformità all'atto di *Trust*.

La posizione del Trustee

Può derogare a tale dovere:

- con l'accordo di **tutti** i *Beneficiari*;
- dietro specifica autorizzazione del Tribunale (sia in base a specifiche norme di legge che direttamente dal Giudice nell'esercizio della propria autonomia)

La posizione del Trustee

Altri doveri fondamentali:

- tenere il rendiconto del *Trust*
- mantenere adeguata custodia e controllo
- Evitare conflitti di interesse o conflitti di dovere: il *Trustee* non può in alcun modo trarre vantaggio dai beni in *Trust*

La posizione del **Trustee**

Continua - altri doveri fondamentali:

- imparzialità nei confronti dei *Beneficiari*
- prestazione gratuita della propria opera.

La regola generale è che il *Trustee* non è remunerato: per far sì che lo sia, serve una specifica clausola nell'atto.

La posizione del Trustee

Poteri del *Trustee*:

- Poteri di carattere amministrativo
- Poteri relativi all'assegnazione ai beneficiari

La posizione dei **Beneficiari**

Doveri dei *Beneficiari*: normalmente non ne hanno, salvo vincoli particolari che siano imposti dal *Disponente* nell'atto di *Trust*

La posizione dei **Beneficiari**

Diritti dei *Beneficiari*:

- concordare, insieme al *Trustee*, la modifica di alcune clausole dell'atto di *Trust*
- collettivamente, indipendentemente dal *Trustee*, **porre termine** al *Trust*

La posizione dei **Beneficiari**

Diritti dei *Beneficiari*:

N.B. In generale, i *Beneficiari*, con volontà unanime, possono **terminare anticipatamente** il *Trust*, anche contro la volontà del *Disponente*.

La posizione del **Guardiano**

- Il *Guardiano (Protector)* è un mezzo efficace a disposizione del *Disponente* per mantenere, legittimamente, un certo controllo sul *Trust*.

La posizione del **Guardiano**

Poteri del *Guardiano*:

- Potere fondamentale è quello di **revocare il *Trustee***.

La posizione del **Guardiano**

- Altro potere fondamentale è quello di esercitare il diritto di veto - o manifestare l'assenso - relativamente ad alcuni atti posti in essere dal *Trustee*.

La posizione del **Guardiano**

- Deve essere consultato dal Trustee in merito a determinate operazioni
- Facoltà di esprimere opinione
- Diritto di richiedere il rendiconto
- Diritto di agire in giudizio contro il Trustee

DURATA

avvocato Marco Tita

Regola generale:

Dipende dalla volontà del disponente nel rispetto
dei termini previsti dalla legge prescelta

Quasi tutte le leggi in materia di trust prevedono
un limite massimo di durata della validità del
trust

- *Perpetuities and accumulation act* (1964)

In forza di tale *statute* (legge) nel modello inglese è prevista una durata massima (*perpetuity period*) con riferimento non al trust in sé ma all'attribuzione delle posizioni beneficiarie cd *vested*

- In assenza di specifica previsione nell'atto istitutivo, il termine sarà di anni 21 dalla morte di un soggetto in vita (o almeno concepito) all'epoca dell'operazione
- In alternativa, per una durata massima di anni 80

Nel *perpetuity period* occorre che si perfezioni almeno il *vesting in interest* del diritto in capo al beneficiario

**TRUST
E
PASSAGGIO GENERAZIONALE**

avvocato Marco Tita

• Trust e passaggio generazionale dell'azienda

- Anche il legislatore si è posto il problema del trapasso generazionale delle aziende.
- Legge del 14/02/2006 n. 55
 - Modifiche all'art. 458 cod.civ.
 - Introduzione artt. da 768-bis a 768-octies del cod.civ.
 - In sostanza:
 - Il patto di famiglia: contratto per il trasferimento dell'azienda o di partecipazioni societarie a uno o più discendenti
 - Atto pubblico a pena di nullità
 - Devono partecipare tutti i legittimari ed il coniuge
 - Assegnazione anche di altri beni imputati a quote di legittima (e anche contratto successivo)
 - impugnabile ex artt. 1427 e ss. dai partecipanti e dai non partecipanti (incapacità)
 - Sciolto mediante diverso contratto o recesso
 - Controversie devolute a organismo di conciliazione ex art. 38 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (in materia societaria)

“E’ patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologia societarie, l’imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l’azienda, e il proprietario di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote ad uno o più discendenti?”

art. 768 bis cod. civ.

Aspetti problematici:

Art. 768 bis prevede che oggetto del trasferimento possano essere anche le partecipazioni societarie

La partecipazione deve essere tale da consentire ed assicurare il controllo della società?

L'art. 768 sexies tutela anche i legittimari assenti nel contratto del patto di famiglia in quanto sopraggiunti.

La norma prevede che, al momento dell'apertura della successione dell'imprenditore, gli assenti possano chiedere ai beneficiari del contratto il pagamento di una somma di denaro pari alla loro quota di spettanza maggiorata degli interessi legali

L'art. 768 quinquies sancisce che l'azione di impugnazione si prescrive nel termine di un anno.

Due possibili soluzioni:

- Dalla data di sottoscrizione
- Dalla data in cui è cessata la violenza o è stato scoperto l'errore o il dolo

- Il patto di famiglia è incentrato esclusivamente sugli assetti proprietari ed è caratterizzato da staticità e passività
- L'imprenditore, *pater familias*, esce di scena

- L'estrema flessibilità e dinamicità del trust consente di intervenire sul passaggio generazionale andando oltre la regolazione dei soli assetti proprietari.

Ad esempio

- Differentemente dal patto di famiglia, non vi è necessariamente l'uscita di scena dell'imprenditore, *pater familias*, il quale potrà conservare un ruolo, anche importante, all'interno del nuovo assetto, ad esempio quale Guardiano

Il trust consente inoltre

- Di intervenire nella regolamentazione delle modalità di gestione e sul modo di esercizio delle partecipazioni societarie, andando ben oltre i soli assetti proprietari
- Di assicurare la conservazione dell'unitarietà al patrimonio familiare

- In ragione della maggiore elasticità e flessibilità dell'istituto, di prevedere e disciplinare l'eventuale futura presenza di nuovi eredi

E ancora:

- Di assicurare reddito e mantenimento anche agli eredi della famiglia, diversi da quello prescelto per la prosecuzione dell'attività
- Di ottenere l'effetto segregativo. I beni rimangono, pertanto, insensibili alle vicende del trustee, dei beneficiari e del disponente.

E ancora:

- Di assicurare il passaggio generazionale anche quando a continuare l'attività di impresa non sia un discendente diretto dell'imprenditore o l'imprenditore non abbia discendenti ma desideri comunque assicurare continuità alla propria impresa destinandola ad un parente diverso

Ed ancora:

- Di regolare il passaggio generazionale anche nel caso in cui i discendenti siano ancora troppo giovani per manifestare qualsivoglia attitudine imprenditoriale
- Di consentire all'imprenditore di individuare in un momento successivo i beneficiari qualora non abbia maturato una decisione in tal senso oppure di aggiungerne altri

Ed ancora:

- Di tutelare il convivente laddove l'imprenditore non sia sposato
- Di regolare il passaggio generazionale anche quando il controllo dell'impresa sia in capo a più soggetti, i quali provvedano consensualmente e contemporaneamente con un unico atto alla sua disciplina, così evitandone la frammentazione tra i vari rami della famiglia

ed ancora:

- Di saltare una generazione allorché non vi sia un soggetto idoneo nella precedente
- Di regolare a lungo termine e per varie generazioni il passaggio generazionale
- Di escludere dall'azienda di famiglia, purché avvenga nel rispetto dei diritti successori, gli eredi che possano avere effetti destabilizzanti nell'impresa

Ed ancora:

- Di gestire contestualmente il “passaggio” di beni diversi dall’impresa intervenendo sul programma successorio in modo più completo
- I frutti dell’impresa potranno essere utilizzati anche per provvedere ai bisogni in vita dell’imprenditore e le utilità prodotte accumulate o versate ai discendenti beneficiari secondo quote e tempi prestabiliti

Ed ancora:

- l'imprenditore disponente può riservare a se o ad altri soggetti (trustee, guardiano, comitato dei beneficiari, un potere più o meno ampio di modificare taluni aspetti dell'atto costitutivo senza necessità della presenza di tutti gli interessati

Di prevedere, all'atto dell'istituzione del trust, meccanismi di intervento per l'ipotesi che la scelta operata non si sia rivelata corretta, ad esempio perché l'erede prescelto per la prosecuzione dell'attività di impresa si sia manifestato inadeguato. (poteri conferiti ad hoc al Guardiano o al Comitato dei beneficiari)

- In ultimo

I due istituti, patto di famiglia e trust, potranno essere utilizzati contestualmente, in tal caso con ricorso all'ultimo come strumento di garanzia.

In questa ipotesi, in alternativa al trust, potrà eventualmente ricorrersi anche alle società fiduciarie ex L. 23/11/1939 n. 1966

- Società fiduciaria e trust potranno essere coinvolte per la migliore esecuzione delle fattispecie di cui all'art. 768 *quater* in forza del quale gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie debbono liquidare agli altri partecipanti (i legittimari) la quota di legittima che sarebbe loro spettata in caso di successione

TRUST DI GARANZIA

avvocato Marco Tita

- Il trust è in assoluto un duttile strumento di garanzia di per sé stesso:
- qualsiasi somma data in trust ad un trustee affinché questi la gestisca a favore di un beneficiario e così la trasformi in un bene implica la segregazione della somma, prima, e del bene nel quale sia stata trasformata, dopo, esclusivamente a favore del beneficiario ed in maniera inattaccabile dai creditori del trustee e di terzi – sino a poter usufruire del cd *tracing*

- trust in rapporti di garanzia specifici ed individuali:

- la caparra data al venditore;
- il denaro affidato a professionisti per una specifica esigenza (il versamento di imposte e tasse, qualsiasi somma a garanzia di cauzioni e caparre, somme necessarie per la partecipazioni a contratti per persona da nominare etc...);
- nelle vendite o affidamenti di immobili in proprietà in comunione (anche a seguito di separazione, di dotazione della casa coniugale etc.);
- immobili od altri beni personali a scopo di garanzia;
- nei mutui di scopo;

■ In cosa consiste la garanzia ?

- Il fondo in trust è segregato, e quindi inattaccabile dai creditori del Disponente, dai creditori del trustee, dai creditori dei beneficiari
- Il Disponente è garantito che il fondo sia impiegato per quello al quale è destinato.
- Il trustee è normalmente indipendente dalle parti in causa ed ha un rapporto fiduciario nei confronti dei beneficiari: deve agire nel miglior modo possibile per questi
- Il diritto beneficiario può, salvo contrarie previsioni, essere ceduto: possibilità di trasmissione dei diritti e quindi dei beneficiari con formalità meno onerose e grande dinamicità
- Possibilità di utilizzare il tracing per situazioni di malagestio del trustee
- Modalità di realizzo della garanzia più duttili, più snelle e meno onerose

■ Un caso semplice:

- il Sig. A vuole acquistare un edificio dal quale intende ricavare tre appartamenti da affittare ed eventualmente vendere
- non ha tutte le disponibilità finanziarie e ricorre al credito

■ Soluzione usuale:

- A si rivolge a banche ed amici:
- banca ed amici (B) erogano e viene fatto il duplice atto:
 - ○ acquisto dell'edificio in capo ad A
 - ○ iscrizione di ipoteca a favore di B
- A inizia a realizzare gli appartamenti e paga regolarmente il mutuo a B
- In assenza di alcun intoppo, A pagherà il mutuo e l'ipoteca verrà cancellata.

- La stessa situazione, però, normalmente può comportare:
 - A inizia ad avere problemi del tutto indipendenti dall'immobile da parte di altri creditori C e D
- Risultato:
 - C e D iniziano le attività esecutive del caso, pignorando i fitti e gli appartamenti
 - Gli appartamenti vengono venduti con procedura esecutiva ordinaria, semmai in un momento poco favorevole
 - A, creditore ipotecario, recupera il proprio credito (forse parzialmente), C e D hanno solo speso soldi invano
 - Il credito di C e D oltretutto non era di valore così rilevante

- La soluzione con il trust:

- viene istituito un trust nel quale vengono versati i soldi per l'acquisto dell'immobile (ed anche quelli per la ristrutturazione, da corrispondersi probabilmente a stato avanzamento lavori),
- i beneficiari del trust sono B ed A con diritti differenziati
- A inizia a realizzare gli appartamenti e paga regolarmente il mutuo a B
- A inizia ad avere problemi del tutto indipendenti dall'immobile da parte di altri creditori C e D
- C e D iniziano le attività esecutive del caso
- Gli appartamenti tuttavia non sono pignorabili e nemmeno gli affitti
- C e D eventualmente pignoreranno i diritti creditori beneficiari di A
- Il mutuo può continuare ad essere pagato

- Ma può accadere che il mutuo non possa allo stato esser più onorato
 - Il trustee, a seconda dei casi e dei poteri, può
 - affittare gli appartamenti
 - o venderli a valore e metodi di mercato ed anche solo per quanto necessario
 - o ancora, accendere un mutuo, fare ad esempio finire gli appartamenti da un terzo, e venderli a prezzo pieno
 - C e D in alcun modo possono intervenire o influire nelle scelte del trustee.
- NB: E' imminente l'entrata in vigore di Basilea 2 che inciderà nei rapporti oggi conosciuti di ricorso al finanziamento e concessione del credito.