

# Il guardiano e diritto di informazione nelle giurisdizioni *offshore*: il caso di Bermuda

di Paolo Zagami

La Corte Suprema di Bermuda analizza le problematiche connesse alla figura del guardiano nell'ambito di una giurisdizione *offshore* relativamente, in particolare, al rapporto tra i suoi poteri e la funzione discrezionale del giudice nell'ottica della garanzia del diritto di informazione dei beneficiari di un trust.

Anche in presenza di una valida clausola che vieti la divulgazione delle informazioni senza il consenso del guardiano, è sempre consentito alla corte di esercitare un potere discrezionale e, quindi, di ordinare la produzione dei conti fiduciari e dei relativi documenti, qualora il mancato accesso da parte del beneficiario alle informazioni richieste possa compromettere i requisiti fondamentali dell'affidamento fiduciario.

## ■ Inquadramento

La figura del *protector* o guardiano ha assunto una funzione sempre più rilevante nell'ambito del trust in quanto rappresenta, spesso, un importante contrappeso rispetto ai poteri del trustee, che, a volte, vengono percepiti come eccessivi.

Si tratta di un soggetto eventuale e non necessario, le cui funzioni sono prevalentemente quelle di controllare l'operato del trustee e di far rispettare il *trust deed* mediante una stretta vigilanza sulla gestione del trust, anche attraverso la rimozione e la sostituzione del trustee(1). Ad esso, quando è designato, spetta essenzialmente il compito di sorvegliare e controllare che il trustee persegua in modo corretto gli scopi indicati dal disponente nel regolamento, perché è in lui che il disponente accentra le funzioni di controllo affinché il trust realizzi le finalità originarie. In altri termini, il guardiano è un soggetto scelto dal disponente per assicurare la corretta gestione del trust nell'interesse dei beneficiari e ad egli vengono

attribuiti poteri penetranti rispetto alle scelte compiute dal trustee senza che le due figure possano mai confondersi(2).

La sentenza della Corte Suprema di Bermuda del 12 Marzo 2013(3), che in questa sede si commenta, prende in considerazione proprie le problematiche connesse alla figura del guardiano in una giurisdizione *offshore* come quella di Bermuda relativamente, in particolare, al rapporto tra i suoi poteri e la funzione discrezionale del giudice nell'ottica della garanzia del diritto di informazione dei beneficiari di un trust(4).

Paolo Zagami – Avvocato in Roma, Solicitor in Londra.

### Note:

(1) Al riguardo, cfr. *amplius* M. Lupoi, Istituzioni del Diritto dei Trust e degli Affidamenti Fiduciari, II edizione, Padova, 2011, pp. 141-150, che evidenzia come “il guardiano può svolgere tre distinte tipologie di funzioni: esercitare direttamente poteri dispositivi o gestionali, comunemente la revoca o nomina del trustee; prestare o meno il proprio consenso a decisioni assunte dal trustee; impartire direttive o istruzioni al trustee circa il compimento di specifici atti”.

(2) La responsabilità che lega il guardiano al trust e al suo obiettivo ne fa non un fiduciario del disponente ma bensì gli attribuisce la titolarità di poteri personali, fermo restando che egli potrebbe essere tenuto anche ad obbligazioni fiduciarie verso i beneficiari e quindi in quanto tale considerato un fiduciario. Con riferimento ad una recente ricostruzione della natura giuridica dei poteri del guardiano si veda A. Bove Jr., *The Trust Protector – United States. A case of first impression*, in questa Rivista, 2012, 397.

(3) La sentenza Supreme Court, 12 marzo 2013 [In the matter of an application for information about A trust] è pubblicata integralmente in questa Rivista, 2014, 211.

(4) Per una visione più ampia di come sia considerato il guardiano nella giurisdizione di Bermuda cfr. Butterfield Trust Limited, *A Guide to Trusts in Bermuda*, in [www.bm.butterfieldgroup.com](http://www.bm.butterfieldgroup.com), p. 8, dove si evidenzia come “the function of a protector and his duties and responsibilities are essentially whatever the trust deed provides. The protector is often a close friend or professional adviser of the settlor or grantor, and should be familiar with the circumstances and needs of the beneficiaries, the family background and dynamics, and the wishes of the settlor or grantor. The protector may be an individual or a committee, or combination of individuals, or a corporation. The powers and duties of a protector may vary from case to case but almost invariably the protector will be given the power to appoint and remove trustees and perhaps to change the law which governs the trust”.

A tal riguardo, non è insolito per un disponente imporre condizioni di riservatezza ai fiduciari ma tuttavia vi sono necessariamente dei limiti entro i quali le informazioni richieste possono essere non rivelate ai beneficiari; vale a dire che le condizioni di riservatezza devono, comunque, essere soggette al controllo giudiziale al fine di garantire la corretta gestione del trust. In proposito, la Corte Suprema di Bermuda sostiene che il potere di mantenere alcune informazioni come riservate e strettamente confidenziali può essere legittimamente riconosciuto solo ove coerente con la corretta amministrazione del trust, con ciò elevandosi a garante del diritto di informazione dei beneficiari.

## ■ Le leggi delle isole di Bermuda

Per quanto concerne le fonti normative alle quali si fa riferimento in materia di trust nel commentare la sentenza in oggetto, si deve precisare che la prima legge regolatrice dell'istituto a Bermuda è stata la *Trustee Act* del 1975, che si ispira alla omonima legge inglese del 1925 in considerazione del fatto che le isole di Bermuda sono state a lungo colonia britannica(5).

Nel 1989 furono poi introdotte il *Trustee Special Provisions Act* e la *Perpetuities and Accumulation Acts* (che si basa sull'omonima legge inglese del 1964 aumentando però da 80 a 100 anni il periodo di durata massima di un trust), nel 1994 la *Conveyancing Amendment Act* ed infine nel 1999 la *Trustee Amendment Act*(6).

Senza entrare nel dettaglio di ciascuna delle leggi sopra riportate, basti in questa sede evidenziare come la legislazione delle isole di Bermuda adotti come nozione di trust la stessa nozione riportata dalla Convenzione de L'Aja del 1985, laddove infatti per trust s'intendono "i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - 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 specifico. Il trust presenta le seguenti caratteristiche: a) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee; b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee; c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge"(7).

Per quanto riguarda invece la legge regolatrice del trust, si fa riferimento alla legge locale che è competente ad analizzare ogni aspetto del trust e anche dei trasferimenti al trustee. Sono tuttavia riconosciute deroghe a questo principio di massima ed esse riguardano la titolarità in capo al disponente del diritto trasferito, la capacità della società trasferente rimessa alla legge della costituzione della società, la forma del negozio di trasferimento, la validità dell'atto di disposizione di *real property* rimessa alla *lex rei sitae* e la validità del testamento o di una disposizione testamentaria rimessa alla legge del domicilio del testatore.

## ■ Il meccanismo di controllo

Entrando nel merito della questione la problematica presa in considerazione dalla Corte Suprema(8) è come procedere qualora nell'atto istitutivo del trust sia prevista, come nel caso di specie, una clausola(9)

### Note:

(5) Fra le più antiche colonie inglesi, Bermuda non ha un sistema di imposizione sui redditi e di conseguenza nessuna imposta è prelevata sui redditi delle persone fisiche residenti, su quelli di fonte locale delle persone fisiche non residenti, su quelli delle società e di altri enti residenti e su quelli prodotti dalle filiali o *branch* locali di società estere. Nemmeno è prevista una imposta sul valore aggiunto paragonabile all'Iva europea. Pertanto, il sistema fiscale delle isole di Bermuda si basa essenzialmente sui dazi doganali supportati da una serie di imposte indirette e tasse, incluse alcune forme di imposizione sul patrimonio.

(6) Per una panoramica completa sulla legislazione in tema di trust a Bermuda si veda S. Bartoli, La legge sui trust di Bermuda, 2000, in [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it) e G. Lepore - M. Monegat, Le leggi delle isole di Bermuda sul trust, in *Quaderni di Trust*, n. 6, Settembre 2006.

(7) Si ritiene opportuno evidenziare come il *Trusts Special Provisions Act* del 1989 contenga, peraltro, una importante eccezione alla regola fondamentale secondo cui il trustee, a parte il proprio compenso, non può trarre alcun vantaggio dal trust neanche indirettamente. Sul punto M. Lupoi, Istituzioni del Diritto dei Trust e degli Affidamenti Fiduciari, *supra*, nota 1, p. 166.

(8) Per completezza si segnala che la Corte Suprema di Bermuda ha giurisdizione quando un trustee è residente in Bermuda, quando qualunque bene oggetto del trust è situato nel territorio di Bermuda ma solo in relazione alle controversie relative a tale bene e quando l'amministrazione di un trust è esercitata in Bermuda.

(9) La clausola che ha determinato il nascere della controversia è la numero 9.2 secondo la quale "subject to the provisions of clause 24 below and except to the extent that the Trustees (with the prior written consent of the Protector) in their discretion otherwise determine no person or persons shall be provided with or have any claim right or entitlement during the Trust period to or in respect of accounts (whether audited or otherwise) or any information of any nature in relation to the Trust Fund or the income thereof or otherwise in relation to the Trust or the trusts powers or provisions thereof (and whether from the Trustees or otherwise)". Essa a sua volta rimanda come segnalato alla clausola 24 che recita come segue: "The protector shall have power to request information and accounts from the trustee (which information and accounts shall forthwith be supplied to the protector.)".

che vieta di divulgare qualsiasi informazione senza il consenso del guardiano, laddove il beneficiario chieda di ottenere informazioni.

Al riguardo, ci si deve *in primis* porre la questione della liceità o meno di una tale clausola ed, in secondo luogo, si deve chiarire se – sul presupposto della validità della clausola in oggetto – la corte possa disporre attraverso l'esercizio dei suoi poteri discrezionali che il beneficiario ottenga comunque dal trustee le informazioni richieste nonostante la presenza di una clausola di siffatta natura. Prima di dare una risposta ai quesiti di cui sopra, si rende peraltro necessario evidenziare quelli che sono gli elementi chiave del meccanismo di controllo che un trust con una tale clausola può prevedere(10).

Innanzitutto, il trustee dispone in generale dei beni del trust senza alcuna limitazione che non risulti dall'atto istitutivo e – fatte salve le circostanze in cui egli deve ottenere il consenso da parte del guardiano – senza dover mai altrimenti giustificare i propri poteri che coincidono con quelli che la legge riconosce al proprietario o al titolare dei beni del trust. Qualora il beneficiario desideri ottenere informazioni finanziarie ed il trustee possa ottenerle solo previo consenso del guardiano, il medesimo trustee sarà esonerato da responsabilità ove prima del compimento dell'atto abbia appunto regolarmente richiesto ed ottenuto il parere scritto del guardiano.

Da parte sua, il guardiano tra i suoi diversi compiti deve far ispezionare o certificare da persone appositamente designate i conti e le rendicontazioni tenute e conservate dal trustee in relazione al trust quando egli lo ritenga opportuno ed ottenere dal trustee tutte le informazioni e copie di documenti in suo possesso, che ritenga ragionevolmente necessarie per poter esercitare tutti i suoi poteri; in questo quadro, come già specificato in precedenza, i poteri del guardiano non sono di natura fiduciaria, per cui il rifiuto del guardiano di rendere informazioni può essere impugnato solo se c'è mala fede da parte del guardiano stesso.

### ■ Gli interessi coinvolti e la natura della clausola

In genere, l'inserimento all'interno di un atto istitutivo di trust di una clausola che vieta di divulgare qualsiasi informazione senza il consenso del guardiano ha come scopo principale quello di porre disponente e trustee al riparo da pretese eccessivamente

insistenti messe in atto da parte del beneficiario. Più precisamente, si può dire che a fronte di una tale clausola due sono gli interessi contrapposti: da un lato l'esigenza di riservatezza e, dall'altro lato, la c.d. "esecutività della fiducia", che deve essere preservata nei limiti del possibile in quanto in caso contrario verrebbe meno l'essenza stessa del trust(11).

Per quanto riguarda il primo di questi interessi, numerosi possono essere i casi in cui l'esigenza di riservatezza deve essere tutelata e la sentenza in esame riporta alcuni: a) "whether there are issues of personal or commercial confidentiality"; b) "the nature of the interests held by the beneficiaries seeking access"; c) "the impact on the trustees, other beneficiaries and third parties"; d) "whether some or all of the documents can be withheld in full or redacted form"; e) "whether safeguards can be imposed on the use of the trust documentation (for example, undertakings, professional inspection etc.) to limit any use of the documentation beyond that which is legitimate"; f) "whether (in the case of a family trust) disclosure would be likely to embitter family feelings and the relationship between the trustees and beneficiaries to the detriment of the beneficiaries as a whole".

Tanto evidenziato, è da ritenere che una clausola di siffatta natura non sia di per sé illecita e che anzi – alla luce degli interessi appena menzionati – debba essere letta in modo flessibile ponderando di volta in volta le situazioni in gioco(12). Più in dettaglio, si potrà legittimamente adire la corte solo nei casi in cui il rifiuto del guardiano di fornire informazioni al beneficiario sia motivato da mala fede o intenti fraudolenti: in tal caso sarà quindi possibile ottenere l'accesso alle informazioni richieste in virtù del potere discrezionale esercitabile dalla corte stessa. Si dovrà, in sostanza, valutare in che misura il meccanismo di controllo sia volto a garantire la corretta ammini-

#### Note:

(10) A.J. Oakley, Trends in the contemporary trust law, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 65.

(11) Il Presidente della Corte Suprema di Bermuda molto efficacemente richiama quanto invocato dall'appellante: "...on the one hand, the arguments in favour of confidentiality are not to be devalued but, on the other, the enforceability of the trust must dominate above all else. If a trust is not enforceable, if a trustee cannot be held to account, how then can there be a trust?".

(12) A. Bove Jr., The Trust Protector: Trust(y) Watchdog or Expensive Exotic Pet?, in American College of Trust and Estate Counsel, 2003, p. 17.

strazione del trust e se il fatto che il beneficiario non possa accedere alle informazioni possa in un certo qual modo compromettere i requisiti fondamentali di tale istituto.

Per altro verso, il Presidente della Corte Suprema di Bermuda fa un bilanciamento tra l'interesse alla riservatezza ed il diritto alla informazione<sup>(13)</sup> e decide che è opportuno ordinare la "disclosure" delle informazioni perché appunto la "esecutività della fiducia" deve prevalere sugli argomenti a favore della confidenzialità, qualora la divulgazione delle informazioni non danneggi la posizione dei beneficiari.

## ■ La soluzione della Corte Suprema

Più in particolare, nel caso di specie, la liceità o meno del meccanismo di controllo risultava essere complicata dal fatto che il guardiano era anche il principale beneficiario con un interesse sui beni del trust pari al 65%. Ma il guardiano non era il solo beneficiario perché a lui si aggiungeva un altro beneficiario che aveva un interesse pari al 35 % sull'asset sottostante; il rischio era quindi la possibilità di un rilevante conflitto di interessi. Il guardiano si era rifiutato di fornire documenti all'altro beneficiario non allegando neppure una prova a sostegno del suo rifiuto ed aggirando così la possibilità di contraddittorio<sup>(14)</sup>. Cosa che si afferma essere implicitamente contraddittoria in quanto è come se il guardiano, in quanto beneficiario, non fornisse informazioni a se stesso.

Nella ipotesi in esame, inoltre, il guardiano non era stato neppure un modello di moderazione e discrezione e l'altro beneficiario, dal canto suo, aveva tenuto comportamenti "impetuosi" cercando informazioni con l'obiettivo di lanciare una qualche forma di attacco volto ad anticipare le "distributions" che dovevano essere fatte in realtà solo successivamente.

Il problema di base se fosse possibile l'intervento della corte in merito al rilascio di informazioni, non aveva neppure ragion d'essere in quanto la medesima corte, al fine di verificare se il trust si svolgeva secondo le istruzioni del disponente, poteva sempre e comunque disporre la produzione di informazioni e documenti al beneficiario; e ciò nonostante la clausola di controllo ed indipendentemente dalla mala fede. La regola, infatti, è quella della libertà del trust che - unitamente al potere di nominare o rimuovere il trustee - consente anche di inserire un tale meccanismo senza che tuttavia ci sia alcuna possibilità di limitare la competenza del giudice.

Quindi, la corte sostiene che le è sempre consentito di esercitare un potere discrezionale, con ciò condannando il trustee a produrre i conti fiduciarî ed i relativi documenti<sup>(15)</sup>, anche in presenza di una clausola - di per sé valida - che vieti la divulgazione delle informazioni senza il consenso del guardiano. Questo perché una siffatta clausola non può *a priori* sostituire il potere di controllo della corte in quanto questa ultima rimane comunque legittimata a sindacare la gestione del trust.

Più esattamente, la Suprema Corte ha esaminato la validità e la efficacia della clausola 9.2 dell'atto istitutivo del trust che riconosceva al guardiano il diritto di impedire la divulgazione di informazioni ai beneficiari e ha concluso che essa era valida. Tuttavia, tale clausola non poteva validamente eliminare il potere di giurisdizione della corte poiché essa non superava il meccanismo di controllo del trust e quindi il dovere del trustee di rendere conto della sua gestione. Dunque, si stabilisce l'obbligo di "disclosure" delle informazioni rilevanti richieste dai beneficiari del trust sulla base del principio per cui i poteri del guardiano devono essere esercitati entro i limiti imposti dallo strumento del trust e nell'interesse del trust medesimo<sup>(16)</sup>.

### Note:

(13) Riguardo al diritto di informazione dei beneficiari si veda, in particolare, S.D. Puggioni, Diritto di informazione dei beneficiari e ruolo del giudice, in questa Rivista, 2012, 621.

(14) Più esattamente, il guardiano del trust era la madre dell'altro beneficiario ed avendo il potere di vietare la divulgazione di informazioni fiduciarie aveva rifiutato di comunicare quanto richiestole in considerazione di presunti timori circa la violazione dell'interesse alla riservatezza relativa al trust.

(15) Testualmente "P is entitled for the above reasons to an Order directing the Trustees to disclose financial information about the Trust assets".

(16) Per casi analoghi si vedano tra le tante sentenze straniere in particolare Schmidt vs Rosewood Trust Limited, 2003, 2AC da 709 a 734D, in questa Rivista, 2003, 586 e recentemente una pronuncia della Royal Court di Jersey del 5 Luglio 2013, In the matter of the B family trust, in questa Rivista, 2014, 74.