



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



Focus Trust: il/i Protector
Utilità, ruolo, responsabilità, doveri,
riflessi in tema di interposizione

Focus Trust: il/i Protector
Utilità, ruolo, responsabilità, doveri,
riflessi in tema di interposizione

Avv. Andrea Moja



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



FONDAZIONE
COMMERCIALISTI
ODCEC di MILANO

Introduzione

- Della figura del *protector* si ha traccia già nel diritto dei trust del diciannovesimo secolo [*English Fines and Revocery Act 1833*]
- Tale figura rispondeva alla necessità di proteggere l'integrità del fondo in trust, bilanciando i poteri e la discrezionalità del trustee e di proteggere, in definitiva, gli interessi dei beneficiari, conferendo funzioni e poteri gestionali a soggetti indipendenti rispetto al disponente e al trustee.

- Di regola veniva nominato protector un parente stretto o amico del disponente affinché il suo operato assicurasse il corretto adempimento dei vari doveri pendenti in capo al trustee.
- Un protector di tale tipo aveva di regola i poteri di:
 - Approvare o meno proposte di investimento nel trust fund;
 - Nomina e revoca dei trustee.

Al giorno d'oggi per protector si intende «una persona che ricopre un ruolo stabilito dall'atto istitutivo di trust, **diverso da quello di trustee**, e alla quale siano stati conferiti poteri e diritti tali da permettergli di partecipare all'amministrazione del trust o al controllo dei beni in trust».

- I contorni di questa figura, tuttavia, non sono ancora delineati e definiti in modo unitario.
- La definizione contenuta nella legge sui trust di Cook Island è considerata la più corretta ed autorevole: *«a person who is the holder of a power which invoked is capable of directing a trustee in matters relating to the trust and in respect of which matters the trustee has a discretion and includes a person who is holder of power of appointment or dismissal of trustees»*

(Sect. 3, International Trusts Amendment Act 1989, Cook Islands)

- Ai fini di una corretta efficienza gestionale **è assolutamente necessaria una netta distinzione tra la posizione del trustee e del guardiano.**
- Infatti un settlor, attraverso un protector dotato di molti poteri, può senza dubbio influenzare l'attività gestoria del trustee, con possibile sovrapposizione tra le due figure e possibili problemi di validità del trust dal punto di vista fiscale. (cfr da ultimo Risposta ad interpello 267/2023 AdE)



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



Multiple protectors

- Il ruolo di protector può essere ricoperto da una o più persone, fisiche e giuridiche.
- Nel caso di più persone si parla di c.d. «*collegio dei guardiani*» e l'atto istitutivo dovrà necessariamente prevedere i meccanismi di nomina e sostituzione dei membri, nonché i quorum per le relative votazioni.
- In caso di pluralità di protector i poteri possono essere esercitati in modo congiunto o disgiunto oppure in altri modi, come ad esempio a maggioranza.

- Nel caso di collegio di guardiani, è prassi comune inserire una disposizione con la quale si stabilisce che i poteri vengano esercitati a maggioranza.
- In caso di conflitto tra guardiani, l'unica fattispecie critica sarà quella in cui è richiesta l'unanimità per l'esercizio dei poteri. **Nel caso un guardiano decida di non autorizzare l'esercizio di un determinato potere, il potere giudiziario non potrà intervenire, a meno che uno dei guardiani non abbia agito in malafede.**



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



Nomina del protector

- La nomina del protector può avvenire contestualmente all'atto istitutivo oppure in un momento successivo, sempre che la nomina contestuale non sia resa obbligatoria dalla legge, (come nei casi di trust di scopo).
- La forma della nomina viene stabilita dal singolo atto istitutivo e quindi varia di volta in volta.
- **La nomina di un protector richiede l'accettazione del soggetto designato.**

- L'atto istitutivo può imporre delle restrizioni sulle modalità di accettazione, come il requisito della forma scritta.
- **In mancanza di indicazioni statuarie, l'accettazione può avvenire in qualsiasi forma** con l'unico requisito che venga sufficientemente indicata la volontà di ricoprire tale ruolo.
- Bisogna infine considerare che il protector, non detenendo la proprietà del fondo in trust, non deve sottostare a nessuna legge che ne limiti la nomina imponendo requisiti di capacità legale o naturale. Normalmente però, tali limitazioni vengono poste dagli atti istitutivi o dagli statuti.



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



Poteri del protector

- Dalla definizione elaborata dalla legge di Cook Island emerge che **la caratteristica principale del protector è quella di essere un *powerholder* ossia un centro di imputazione dei poteri.**

Le funzioni proprie della sua attività sono così riassumibili:

- 1) Esercitare direttamente i poteri dispositivi o gestionali, comunemente la revoca o nomina del trustee;
- 2) Prestare o meno il proprio consenso a decisioni assunte dal trustee;
- 3) Impartire direttive o istruzioni al trustee circa il compimento di specifici atti.

Il protector può avere dei poteri c.d. «positivi».

- Si tratta di poteri **dispositivi** e **gestionali** affidabili al guardiano che potrebbero teoricamente essere in ogni caso direttamente esercitati dal disponente attraverso un'apposita previsione nell'atto istitutivo, oppure essere attribuiti al trustee stesso.

Poteri **dispositivi**

- revoca e nomina di trustee;
- nomina o esclusione di beneficiari;
- distribuzione anticipata di capitale;
- individuazione dei beneficiari ai quali corrispondere reddito.

L'affidamento dei poteri dispositivi tipici del trustee al protector ha sicuramente un effetto dirompente sull'equilibrio strutturale del trust.

Tale effetto non si verifica invece qualora siano i **poteri gestionali** ad essere trasferiti, ossia:

- modificazione del compenso spettante al trustee;
- consenso al compimento di atti del trustee in caso di conflitto di interesse;
- revisione ed approvazione del rendiconto del trust;
- modifica termini durata e legge regolatrice trust;
- accertamento dell'incapacità del trustee a ricoprire l'ufficio.

**Il protector può poi avere dei poteri c.d. «negativi»,
ossia un vero e proprio potere di veto sulle decisioni
del trustee quali:**

- l'alienazione di beni del fondo;
- la distribuzione di reddito ai beneficiari;
- la cessazione anticipata del trust;
- la scelta di un consulente per gli investimenti;
- aggiunta o soppressione di beneficiari.

- Il trustee può inoltre essere tenuto a seguire le direttive o istruzioni che il guardiano gli impartisce, con forte limitazione della sua discrezionalità.
- In alcuni casi limite quindi le figure di trustee e protector potrebbero sovrapporsi.



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



Limiti ai poteri del protector

- I poteri del protector possono, espressamente o implicitamente, essere limitati dallo scopo del trust. Ad esempio l'atto istitutivo può conferire un potere di durata vincolato al permanere dell'autorità del protector.
- Il potere inoltre può essere sottoposto a limiti procedurali, come l'obbligo di esercitarlo solo per iscritto.

- In ogni caso in cui i poteri del guardiano siano esercitati più estensivamente rispetto a quanto è consentito dall'atto istitutivo si ricade in una ipotesi di «*excessive execution*».



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



Esonero, rinuncia ed estinzione dei poteri

- Il Protector può liberamente esonerarsi dalla posizione conferitagli.
- Tuttavia qualora si accetti di ricoprire il ruolo di guardiano, questa posizione deve essere ricoperta nella sua interezza. Non sarà quindi possibile ritenersi esonerato dall'esercizio di parte dei poteri.
- Per quanto riguarda la revoca di un potere attribuito al guardiano, emerge dalla casistica che i c.d. «imperative powers» non sono revocabili in assenza di un'espressa indicazione in tal senso dell'atto istitutivo.

- La giurisprudenza inglese ritiene inoltre che non sia permesso al guardiano rinunciare all'esercizio di soltanto alcuni poteri indicati dall'atto istitutivo come obbligatori.
- Resta sempre comunque valida la possibilità di dimissioni dall'ufficio.



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



Natura personale o fiduciaria dei poteri

- Tema centrale dell'analisi della figura del protector è quello della natura dei poteri di cui egli dispone in qualità di soggetto diverso e dipendente dal trustee, in ordine anche alle conseguenze in tema di responsabilità.

- I poteri fiduciari sono quelli attribuiti ad un soggetto affinché li eserciti con discrezionalità a beneficio dei terzi. Ciò implica che tali poteri, seppur discrezionali, debbano rispettare gli scopi stabiliti dal disponente.
- Il guardiano non può compiere atti in suo proprio vantaggio, a meno che non sia espressamente autorizzato.

- I **poteri personali** invece sono esercitati dal protector senza discrezione.
- Se decide di utilizzarli può appunto discrezionalmente utilizzarli per preferire uno scopo ad un altro, beneficiare persone terze oppure lui stesso.

In linea di massima

- Se il ruolo di guardiano è esercitato dal disponente stesso: avrà poteri personali.
- Se il ruolo di guardiano è esercitato da un professionista esterno: i poteri saranno classificabili facilmente come poteri fiduciari.

La valutazione dei poteri comunque non può essere svolta in maniera complessiva, dovendosi valutare potere per potere, dal momento che indiscutibilmente che un soggetto può avere sia poteri fiduciari che personali.

In caso di posizione fiduciaria, le dimissioni potranno avvenire soltanto in tre casistiche:

- Esercitando un esplicito/implicito potere o diritto;
- Col consenso UNANIME dei beneficiari del trust;
- A seguito di un provvedimento/ordine giudiziario.

- L'atto istitutivo di trust può anche specificare circostanze che possano portare alla rimozione del guardiano.
- Questo avviene per preservare l'equilibrio dei poteri tra trustees, beneficiari e protector, col fine di garantire la corretta amministrazione del trust in caso di incapacità del protector.
- Infine la possibilità di destituire il guardiano è data anche al poter giudiziario nel caso avvenga per una «*due cause*»/giusta causa.



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



Diritti del protector

- **Il guardiano non gode solo di poteri ma anche di diritti** ausiliari al ruolo.
- L'esempio tipico è quello del rimborso spese e del budget per l'esercizio di determinate attività attinenti al suo ruolo.
- Tali diritti ausiliari possono essere conferiti al protector dallo statuto oppure, occorrendo alcune circostanze, dalla giurisprudenza. Sul punto è molto discusso il potere di adire la corte consentendogli di chiarire la natura dei suoi poteri e le obbligazioni derivanti dal suo ruolo.



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



L'esperienza della common law sul ruolo e sui poteri del protector

L'esercizio dei poteri del guardiano è sottoposto ad una serie di regole elaborate dalla giurisprudenza di common law, tra le quali:

- La necessità di esercizio dei poteri in **buona fede** e non in conflitto d'interesse;
- La necessità, prima di prendere decisioni, di documentarsi in modo esaustivo;
- La necessità che ogni decisione sia presa in conformità ai poteri stabiliti nell'atto istitutivo.

- Le corti inglesi hanno ripetutamente negato il potere del protector di rimuovere il trustee per nominare se stesso a tale carica, poiché, stabilita la natura fiduciaria del potere del guardiano, quest'ultimo deve esercitare i poteri a vantaggio dei beneficiari e non per i suoi interessi personali.
- Tuttavia è stata ampiamente ammessa la possibilità del protector di rimuovere il trustee una volta venuto meno il gradimento per la sua gestione.
- E' stata ammessa anche la possibilità che il beneficiario ricopra simultaneamente la posizione di guardiano, potendo quindi controllare e revocare il trustee.



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



FONDAZIONE
COMMERCIALISTI
ODCEC di MILANO

Distinzione col ruolo del trustee

- Come già anticipato, le figure del protector e del trustee devono rimanere ben distinte.
- Tuttavia **alcune legislazioni** (come Anguilla, Belize, Cook Island ed altre) **permettono che il trustee occupi anche la posizione di guardiano.**
- Nonostante ciò però è molto raro che la posizione del guardiano sia occupata da un trustee.
- Ciò perché il rapporto tra guardiano e trustee deve comunque consistere in un controllo del primo sul secondo e chiaramente l'attività del protector può influenzare l'amministrazione del trust, senza colpirne l'integrità. (Problema interposizione)



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



Ipotesi in cui il protector eserciti il diritto di
veto sull'azione del trustee

- **Nei casi in cui il trustee abbia la capacità di esercitare un potere solo con il consenso del protector, se il trustee esercita l'azione successivamente al veto, tale l'azione sarà nulla.**
- Il veto del protector pone il trustee in una situazione problematica, poiché dovrà valutare se il guardiano stia agendo nell'interesse dei beneficiari.

- **Qualora il trustee ritenga che l'impedimento dato dal protector non sia nell'interesse finale dei beneficiari, egli può continuare la sua attività di amministrazione e gestione.**



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



La figura del protector e la fiscalità

La figura del guardiano può attrarre in Italia la residenza fiscale di un trust estero? Dipende da:

- I poteri del guardiano (se positivi o negativi);
- Dall'estensione dei poteri del guardiano; come visto se il protector ha un numero di poteri eccessivo può essere riqualificato come co-trustee

Applicando lo stesso principio, già elencato, delle corti inglesi al caso del trust residente all'estero con guardiano residente in Italia:

- Il guardiano viene riqualificato come co-trustee;
- Il co-trustee del trust è residente in Italia;
- La residenza del trust viene attratta in Italia;

Con le conseguenze relative alle imposte dirette e gli obblighi di monitoraggio in capo al trust.

Tra i vari documenti di prassi dell'Agenzia delle Entrate che trattano la tematica della fiscalità connessa alla posizione del protector si segnalano:

- Risoluzione 8/E 2003;
- Circolare 61/2010;
- Risposta 796/2021;
- Risposta 359/2022;
- Risposta 267/2023;
- Circolare 34/E/2022

Risoluzione 8/E 2003

- Caso di primo guardiano che è anche disponente; poteri del guardiano non qualificano l'istituto come trust secondo il modello della Convenzione dell'Aja.

Circolare 61/2010

- Il trust risulta fiscalmente inesistente se il potere di gestire e disporre dei beni permane in tutto o in parte in capo al disponente. Il trust è interposto se i poteri del guardiano, su direzione del disponente, limitano eccessivamente il potere del trustee.

Risposta 796/2021

- Il trust risulta fiscalmente inesistente se il potere di gestire e disporre dei beni permane in tutto o in parte in capo al disponente. Il trust è interposto se i poteri del guardiano, su direzione del disponente, limitano eccessivamente il potere del trustee.

Risposta 359/2022

- Il trust viene ritenuto inesistente sotto il profilo fiscale perché, attraverso l'attività di pareri o consenso del guardiano, i beneficiari possono ingerire nella gestione del trust. Il guardiano non risulta, di fatto, indipendente dai beneficiari.
- **Orientamento seguito anche dalla risposta 267/2023**

Risposta 267/2023

Seguendo l'orientamento consolidato dell'Agenzia, un trust, istituito nel 2018 e regolato dalla legge di Jersey, è stato definito «*inesistente, quindi interposto*» ai fini fiscali in quanto:

- «il potere gestorio del trustee risulta limitato dal guardiano» dove questi ha «*potere di consenso vincolante rispetto alle numerose e determinanti attività del trustee*»;
- «il guardiano continua a poter essere revocato in ogni momento e senza giusta causa dal Disponente e dallo stesso nominato»;

CIRCOLARE 34/E E MONITORAGGIO FISCALE

- Con la circolare 34/E del 2022, l'Agenzia inverte la sua precedente tendenza sui doveri di monitoraggio fiscale per i soggetti del trust diversi dai beneficiari.
- In particolare, **risultano esonerati dalla compilazione del quadro RW i titolari effettivi quali il trustee, il guardiano e il disponente.**

- L'orientamento si pone in diretto contrasto con quanto previsto dalla stessa Agenzia in precedenza, con la circolare 48/E del 2007, e le risposte agli interpelli n. 506/2020 e 693/2021.
- In particolare, l'Agenzia prevedeva adempimenti di monitoraggio fiscale e dichiarazione delle attività estere non solo ai possessori «formali» delle stesse e ai soggetti che ne hanno disponibilità, ma anche a coloro che possono esserne considerati «titolari effettivi».
- Tra queste, la figura del guardiano, tenuto alla dichiarazione nel quadro RW delle attività estere parte del trust fund.



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



Casistica internazionale

- L'estensione del potere di veto del protector nelle ultime interpretazione dei giudici di common law è una tematica molto attuale.
- La discussione ha ragione di essere di fronte a problematiche critiche per l'operatività di trust esteri; limitando la portata del potere del protector, questo verrebbe tutelato dal rischio di essere ritenuto responsabile per il monitoraggio fiscale dei beni del trust

La «*wider view*»

- Il concetto di «**wider view**» ritiene che il potere negativo del guardiano sia da definire **come potere di veto** sulle scelte del trustee;
- Secondo questa interpretazione, il protector **eserciterebbe una sua discrezionalità** nel prestare o no il consenso alla scelta del trustee;
- Questa è la modalità in cui i poteri del protector sono formulati più comunemente negli atti di trust, mediante l'uso della formula «*The trustee, with the prior consent of the protector, may...*».

La «*narrower view*»

- Il concetto di «**narrower view**» ritiene che il potere del protector sia **simile alle decisioni del giudice quando applica i suoi poteri di vigilanza** sulle decisioni del trustee;
- Ciò significa che, se la decisione del trustee rientra nei suoi poteri ed è ragionevole, il protector non può esercitare il suo potere di veto, al pari del giudice;
- Tale concetto presuppone quindi che il trustee possa scavalcare il consenso del protector, richiedendo alla Corte un'opinione sulla bontà della sua decisione, **rendendo la figura del protector «superflua».**

PTNZ v AS [2020] High Court of Justice of England and Wales

- Si tratta del primo caso in cui è stato elaborato il concetto di *narrowed view*;
- Tuttavia questa sentenza ha ulteriormente ampliato i poteri del protector, definendoli «congiunti» a quelli del trustee (*joint powers*), di fatto rigettando il concetto di *narrowed view*;
- Nella motivazione, è stato richiamato il caso *Re Information About a Trust* (2014), delle corti di Bermuda, in cui il **potere del protector** è stato ritenuto **discrezionale** e caratterizzato dai **medesimi parametri con cui si definisce il potere del trustee**.

PTNZ v AS [2020] WTLR 1423, decided 18 November 2020;

Re the X Trusts [2021] Supreme Court of Bermuda

- La corte di Bermuda ha considerato la narrowed view non solo applicabile al caso di specie, ma come lo **standard generale per i poteri del protector.**
- In particolare, la Corte ha sottolineato come il **potere di veto del protector**, se considerato come potere di discrezionalmente vietare l'esercizio del potere di gestione del trustee, **avrebbe la conseguenza di sostituirsi al potere del trustee stesso;**

Re The X Trusts [2021] SC (Bda) 72 Civ (Bermuda), decided 7 September 2021

- Secondo la Corte, il potere del protector è un potere di supervisione che non prevede esercizio di discrezionalità, propria unicamente del trustee;
- la Corte ha ritenuto che l'opinione del protector, pur dovendo essere tenuta in considerazione da parte del trustee nel prendere le decisioni, non debba «usurpare il ruolo del trustee» sostituendosi ad esso.

Re The Piedmont Trust and the Riviera Trust [2021] Royal Court of Jersey

- La corte di Jersey ha rigettato la richiesta di applicazione della narrower view, domandata sulla base della sentenza *Re the X Trusts*;
- I giudici hanno espressamente **identificato i limiti del potere di vigilanza della Corte** nell'ambito della giurisdizione volontaria del trust, specificandone le differenze rispetto al ruolo e alla posizione del protector;
- Il **potere della corte** viene definito come «ruolo di supervisione», che assicura la legalità e ragionevolezza delle decisioni del trustee;

Re The Piedmont Trust and the Riviera Trust [2021] JRC248 (Jersey), decided 5 October 2021

- Inoltre, viene sottolineato **che il settlor non può designare a priori il giudice** che dovrà giudicare le scelte del trustee nel caso di richiesta di applicazione dei poteri di vigilanza della corte.
- **Queste considerazioni non possono applicarsi al protector, il cui ruolo e poteri devono assumere una forma e peso diversi;**
- In primo luogo, **il settlor nomina direttamente il protector**, come nomina il trustee;

- L'atto di trust specifica il procedimento di nomina del protector, e i poteri ad esso affidati.
- L'affidamento di poteri negativi al protector nell'atto di trust è dimostrazione che **il protector deve impiegare il proprio giudizio, discrezionale, nell'esercizio del suo potere di veto;**
- Inoltre, se il potere del protector potesse essere delimitato da una sorta di supervisione pari a quello di un giudice **il suo ruolo diventerebbe ridondante.**

Avv. Andrea Moja

Avvocato in Milano

Professore di International Business Law
presso l'Università LIUC di Castellanza

a.moja@slclex.eu