

IV CONGRESSO NAZIONALE

Il trust in Italia

Associazione



Milano 16-18 ottobre 2008



IPSOA Scuola di formazione
Gruppo Wolters Kluwer

Il nuovo codice deontologico dei commercialisti applicato ai trust

di

Stefano Marchese

Consigliere delegato alla deontologia del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili

§ 1 – Introduzione

A seguito della fusione del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti con il Consiglio Nazionale dei Ragionieri e Periti Commerciali, disposta con il decreto legislativo 28 giugno 2005, n. 139, il 1° gennaio 2008 ha visto la luce il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. Il 9 aprile 2008 il Consiglio Nazionale ha approvato il nuovo Codice deontologico della professione (il "Codice"), entrato in vigore il successivo 1° maggio.

Il Codice contiene oggi norme relative ai principi generali, ai rapporti professionali e alla concorrenza. E previsto che entro il prossimo anno il Codice si arricchisca di specifiche norme afferenti singole aree di attività professionale, le quali norme evidentemente non saranno altro che specificazioni delle regole, di carattere più generale, già oggi esistenti. Una di queste aree è certamente il trust e queste mie brevi note di fatto costituiscono il punto di partenza per la redazione di una bozza di articolato in tale materia che, quale consigliere delegato alla deontologia, intendo presentare all'esame del Consiglio Nazionale.

§ 2 – Principi generali di deontologia applicati ai trust

In generale, il commercialista può trovarsi a svolgere moltissime prestazioni professionali in cui entri in giuoco un trust. Può essere chiamato a consigliare l'opportunità o meno di istituire un trust, a scriverne in tutto o in parte l'atto istitutivo, ad assumere la carica di trustee o di guardiano, a fare consulenza e prestare altri servizi professionali al trustee, ad assistere i clienti nel trasferire beni in trust, ovvero ad assisterli nell'acquistare o nel cedere beni quando la controparte sia un trust.

In tutti questi casi la prima regola è il rispetto delle norme giuridiche di tutti gli ordinamenti con cui in qualche modo si viene in contatto. Per fare un esempio, il commercialista italiano che si rechi in Svizzera per svolgere prestazioni afferenti un trust regolato dal diritto inglese, il cui beneficiario sia residente in Francia, dovrà rispettare la legge italiana, quella svizzera, quella inglese e quella francese. In questo senso, bisogna stare attenti: molti professionisti di oltreconfine pensano solo alle leggi del proprio paese, non ponendosi alcuno scrupolo nell'assistere clienti nel violare norme di paesi terzi. Questo, ci tengo a sottolinearlo, sarebbe inaccettabile per un professionista italiano e lo esporrebbe a responsabilità disciplinare da noi.

Il rispetto di tutte le leggi applicabili, evidentemente, presuppone la conoscenza delle norme che potrebbero regolare la fattispecie, e quindi grande diligenza, grande studio, grande perizia, come richiede l'art. 8 del Codice in materia di competenza professionale; di talché, se non si possiedono tali qualità, è meglio rinunciare all'incarico. Come dice un proverbio belga che ho imparato nelle mie lunghe frequentazioni della Commissione europea, "non sapere ciò di cui si parla è un grande vantaggio, del quale non bisogna però abusare".

Credo che poche prestazioni professionali dei commercialisti abbiano un carattere di complessità tale come la materia dei trust. Dopo aver diligentemente studiato il volume del prof. Lupoi, nelle sue due edizioni, aver letto la Rivista dell'Associazione sin dal suo primo numero, ed aver compulsato parecchi volumi in varie lingue in questi ultimi dieci anni, mi

rendo sempre più conto dell'elevato livello di specializzazione che operare sui trust richiede; pertanto, ove alla materia non si dedichino sufficiente tempo ed energie, il rischio di problemi, compreso quello di un procedimento disciplinare, sta dietro l'angolo.

Quindi, rispetto delle leggi e competenza sono i due principi basilari, dai quali possono essere tratti alcuni corollari.

§ 3 - Perché istituire un trust?

Quanto ho detto sopra in tema di rispetto delle leggi implica che il commercialista si dovrà astenere dal consigliare un trust quando l'interesse del cliente sia quello di violare una legge o quando i beni che si intendono porre in trust siano il ricavato di una violazione di una legge. Oltre all'applicazione delle normative antiriciclaggio in tema di identificazione della clientela e analisi dell'operazione, l'effettuazione della *due diligence* sul cliente che si rivolge al commercialista, prevista dall'art. 21 del Codice, dovrà essere particolarmente approfondita.

Ad esempio, è certamente legittimo istituire un trust con funzione di *asset protection*, rispetto a potenziali rischi per debiti futuri, magari derivanti da azioni di responsabilità professionale, ma non con la finalità di rendersi nullatenente in frode ai creditori attuali.

Qui è difficile per il commercialista capire se l'esigenza è l'una o l'altra, giacché il cliente malintenzionato spesso sottace circostanze in virtù delle quali un professionista serio rinunzierebbe all'incarico. Nella mia esperienza l'analisi scriminante ben può essere fatta con il fattore tempo: se arriva un cliente con una fretta terribile per istituire un trust, meglio lasciar perdere; se non manifesta fretta iniziale, meglio comunque prender tempo, perder tempo, procrastinare elegantemente, dicendo che il primo mese dobbiamo studiare gli aspetti civilistici, il secondo quelli fiscali, poi s'impone una riflessione sull'atto istitutivo, e così via, indipendentemente dalla complessità del caso e dal fatto che siamo già oberati di lavoro; se il cliente sollecita oltre il ragionevole standard di isteria collettiva per cui tutti chiedono che sia fatto tutto per domani, anche in assenza di qualsiasi esigenza oggettiva d'urgenza, è d'uopo insospettirsi.

In ogni caso, anche se dispiace, nel dubbio è meglio rinunciare all'incarico.

§ 4 - La riservatezza

L'art. 10 del codice fissa il dovere di riservatezza, anche oltre ciò che forma obbligo del segreto professionale. In materia di trust tale obbligo raggiunge il suo apice: chi opera professionalmente per l'istituzione di un trust così come il trustee devono accuratamente evitare di parlare con chiacchieria dell'operazione.

§ 5 - L'integrità e il rendere il conto (*accountability*)

Che il trustee non debba "scappare con la cassa", o operare in conflitto d'interessi, o confondere i beni in trust con i propri, o far uso dei beni in trust per finalità personali, o tardare nel rendere il conto del suo operato, e così via, lo dicono già le norme che regolano il trust. Il codice deontologico dice qualcosa di più: chi gestisce beni altrui, chi prende decisioni che riguardano la posizione di altri soggetti, deve non solo operare correttamente, ma anche con la massima trasparenza e neutralità.

Si pensi al commercialista che accetti l'ufficio di trustee in un trust familiare, istituito dal padre, suo cliente, a favore dei figli, pure suoi clienti. Talora, egli potrà trovarsi di fronte a decisioni che vedono contrapposti gli interessi dei beneficiari: in tal caso, l'obbligo di motivazione delle decisioni - di investimento in un titolo piuttosto che in un altro, di distribuzione del reddito ad uno piuttosto che ad un altro beneficiario - è fondamentale; anche se la legge e l'atto istitutivo attribuiscono la più ampia discrezionalità al trustee, il

professionista deve sempre spiegare, trasparentemente, le ragioni sottese a ciascuno degli atti da lui compiuti.

Quindi, l'obbligo di rendiconto non è solo contabile, quantitativo, ma assume una valenza spiccatamente qualitativa in termini di *accountability*, di trasparenza informativa dei processi a monte delle operazioni compiute e, quindi, dei conti – in senso stretto – resi.

Ciò non solo adempie all'obbligo di adeguata informativa del professionista, ma evita che venga minata quella apparenza di indipendenza e assenza di conflitti di interesse che deve caratterizzare, al pari della effettiva indipendenza ed integrità, l'operato del commercialista. In altri termini, forma e sostanza vanno di pari passo.

Similmente, l'obbligo di informazione scritta deve valere per qualsiasi fatto o circostanza che possa incidere sull'indipendenza: occorre adeguatamente comunicare, rappresentare, ed essere in grado di dare la prova di averlo fatto. Nell'esempio precedente del trust familiare occorrerà che il commercialista, prima di accettare l'incarico di trustee, metta per iscritto e consegni al disponente e ai beneficiari, facendosene rilasciare una copia firmata per ricevuta, una dichiarazione con cui comunica che tutti i predetti soggetti sono clienti da lui assistiti, di talché nessuno possa eccepirgli, anche in termini di esposti disciplinari, che non ne erano a conoscenza.

Peraltro in circostanze come quelle sopra esemplificate, qualora i beneficiari, tutti clienti del professionista, litighino tra di loro, il commercialista dovrà opportunamente rinunciare all'incarico professionale verso i beneficiari, mantenendo quello di trustee. Non si può operare come "ago della bilancia" tra due clienti quando tra loro vi sia un tale conflitto che, decidendo a favore di uno, faccia venir meno il rapporto fiduciario tra commercialista e cliente relativamente all'altro.

§ 6 – L'indipendenza

Il professionista è trustee di un trust in cui siano detenute partecipazioni in una società. Può il professionista svolgere prestazioni a favore della società, alla luce del principio di indipendenza di cui all'art. 9 del Codice e del divieto di cointeressenza significativa di cui all'ultimo comma dell'art. 22? In questo caso potrebbe sorgere una situazione di conflitto di interessi idonea a minare l'indipendenza o comunque potrebbe essere vista come una circostanza idonea a minare l'indipendenza.

La risposta, in generale, è no: il trustee non può rendere prestazioni professionali alla società le cui azioni siano in trust; esiste però una eccezione, che è indicata nel codice deontologico dei commercialisti inglesi dell'ICAEW (sez. 290.109) e che intendo importare anche in Italia. L'indipendenza non è minata allorché sussistano congiuntamente le seguenti condizioni:

né il professionista né un suo stretto familiare hanno una posizione beneficiaria nel trust;

il trustee non deve essere in grado di esercitare alcuna influenza, diretta o indiretta, sulla gestione della società;

il trustee non deve avere una influenza significativa sulla decisione se mantenere o cedere la partecipazione in trust (ad esempio perché il trust prevede che gli acquisti e le cessioni di partecipazioni debbano essere autorizzate dai beneficiari).

Il codice inglese contiene invero una quarta condizione: la partecipazione in trust non deve essere significativa in rapporto al totale dei beni in trust. Qui, il tema è delicato e tale conclusione mi vede abbastanza perplesso. Se il professionista è trustee di un trust azionario, il fatto che ben consigli gli amministratori della società non fa altro che aumentare il valore della partecipazione della società e, di riflesso, delle azioni in trust. Quindi, così operando, ben risponde ai suoi doveri sia verso la società, sia verso i

beneficiari (in senso lato, ossia anche di coloro che non essendo beneficiari in senso tecnico, come nei trust di scopo, comunque "beneficiano" dell'incremento di valore dei beni in trust). In tale prospettiva, la rilevanza quantitativa della partecipazione sull'attivo del trust è ininfluente.

Dall'altro lato, se il commercialista - trustee ha ricevuto dagli amministratori un incarico di consulenza alla società ben retribuito potrebbe essere in difficoltà ad esperire, quale trustee, l'azione di responsabilità nei loro confronti, trovandosi così in conflitto tra il suo interesse al compenso per la consulenza e l'interesse dei beneficiari all'azione di risarcimento. Anche qui il peso della partecipazione rispetto al totale dei beni in trust assume poca influenza. Quindi, piuttosto che ragionare sui valori, la soluzione sta nella distinzione tra conflitto potenziale di interessi e conflitto attuale.

I conflitti potenziali vanno gestiti secondo le regole generali sull'indipendenza: una consulenza da cui il professionista - trustee ritragga modesti compensi non dovrebbe impedirgli di accettare l'incarico; similmente, quando vi sia coincidenza tra le persone dei beneficiari del trust, cui sia attribuito il potere di nomina e revoca del trustee, e gli amministratori della società, il conflitto non esiste in realtà. Qualora invece il conflitto potenziale non sia gestibile, e si risolva in un evidente conflitto d'interessi attuale, occorrerà rinunciare all'uno o all'altro incarico, in base al principio generale secondo cui nella vita, anche in quella professionale, "non si può far tutto".

Altro problema si verifica quando il commercialista sia allo stesso tempo trustee ed uno dei beneficiari. Una tale situazione è ammissibile soltanto nei trust familiari del professionista, altrimenti violerebbe parecchie norme del codice deontologico. Ma anche in tale ambito, dove la giurisprudenza inglese impone particolari cautele al comportamento del trustee, il problema è delicato. Va ricordato che, da una parte, il comportamento del professionista è suscettibile di valutazione deontologica anche al di fuori dell'esercizio della professione e che, dall'altra, sarebbe inammissibile che costui accettasse di operare, seppure extraprofessionalmente, in situazioni in cui il suo conflitto d'interessi fosse *in re ipsa* e non esistessero cautele o salvaguardie tali da proteggere la sua indipendenza, in sostanza ed in apparenza. Si pensi al caso in cui il trustee fosse uno degli appartenenti alla classe di beneficiari di un trust discrezionale. In quest'ultima ipotesi, come in diversi altri casi, ciò che può essere ammesso per l'uomo della strada, è precluso al commercialista.

Sugli aspetti deontologici degli investimenti del trustee il discorso sarebbe estremamente articolato. Mi limito quindi ad un flash: il commercialista ritiene di acquistare azioni della società Alfa, che in borsa gli paiono sottovalutate. Ha a disposizione fondi cospicui in trust, per cui può fare un consistente ordine di acquisto, che darà luogo, a causa del basso flottante, ad un certo aumento di prezzo del titolo. Ne compra mezz'ora prima un pacchetto a proprio nome, per sé stesso; mezz'ora dopo passa l'ordine del trust, il titolo sale di prezzo e vende le sue azioni. Ha danneggiato il trust? No di certo: l'acquisto e la vendita di titoli fatti con i propri fondi sono stati ininfluenti sul prezzo del titolo e, quindi, sull'economia del trust. Però, ha tratto vantaggio da tale operazione per guadagnare facilmente e rapidamente una somma di denaro più o meno cospicua. Dubito che, deontologicamente, ciò sia corretto, quantomeno sotto il profilo reputazionale del commercialista e, di riflesso, della professione. Nel dubbio, quindi, meglio affidare la gestione finanziaria del trust a professionisti della finanza i quali, magari, faranno come avrebbe fatto il trustee, o forse peggio, ma almeno la reputazione è salva.

Un ultimo breve accenno va fatto alle trust company, società di capitali spesso costituite ed amministrate da commercialisti per svolgere l'attività di trustee professionale.

Secondo l'interpretazione dei due Consigli Nazionali fusi, sulla quale il nuovo Consiglio Nazionale non si è ancora pronunciato, essere amministratore e allo stesso tempo socio di società di capitali è attività incompatibile con la professione di commercialista; tuttavia, tale incompatibilità non sussisterebbe allorché la società svolga attività di servizi in qualche modo rientranti nell'esercizio della professione (come, ad esempio, le società di elaborazione dati). Tra queste attività "para-professionali" potrebbero rientrare anche quelle di esercizio professionale dell'attività di trustee a mezzo di società di capitali.

Non vi è dubbio, tuttavia, che il precedente orientamento presenti diverse aporie e, in molti aspetti, appaia poco convincente sul piano sistematico. Su questo tema credo che il nuovo Consiglio Nazionale dovrà prendere prontamente posizione, in senso conforme alle moderne esigenze di esercizio della professione in senso lato. Ritengo quindi, seppure a titolo personale, che il commercialista che sia socio e amministratore di una trust company non si trovi in alcuna situazione di incompatibilità.

Per altro verso, sono convinto che qualora il trustee sia una società di emanazione professionale, tale circostanza non preclude la soggezione dei suoi amministratori commercialisti agli obblighi deontologici sopra accennati.

In termini più espliciti, l'utilizzo della struttura societaria, dovuto essenzialmente ad esigenze di gestione del rischio e di ottimizzazione dell'efficienza ed efficacia dell'attività di trustee professionale, dovrà quindi ispirarsi comunque alle regole del Codice, stante la "trasparenza" dello strumento adottato rispetto ad una prestazione sostanzialmente riconducibile, in termini deontologici, all'attività professionale di commercialista.

§ 8 - Conclusioni

Queste brevi note non hanno certamente la pretesa di esaurire i poliedrici aspetti deontologici delle attività professionali afferenti i trust. Credo che la miglior guida nell'attività di trustee possa essere ricavata dalla lettura combinata delle decisioni delle corti inglesi o, in generale, di *common law*, con le disposizioni del Codice. Le prime, infatti, sono intrise, direi anche culturalmente, di principi deontologici e costituiscono un ottimo insegnamento anche per chi si debba occupare di deontologia.