

SAGGI

Trust e diritto di famiglia: analisi di alcuni casi pratici di Marcello Focosi	585
La residenza del trust nei trattati contro le doppie imposizioni e il ruolo dei soggetti diversi dal trustee di Alessandro Bavila	590
Un'altra tappa nel percorso della <i>fiducie</i> francese: le modifiche introdotte dalla legge del 4 agosto 2008 di Arianna Neri	595
U.S. Income and Transfer Taxation of Migratory Individuals and of Foreign and Domestic Trusts di Joshua S. Rubenstein	599
Improving your form: Serious Oversights in Asset Protection Trusts and How to Avoid Them di Alexander A. Bove, Jr.	615
Formalismi e rilevanza della parola data: <i>resulting trust</i> e <i>pactum fiduciae</i> a confronto di Alberto Maria Benedetti - Mauro Grondona	620

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Interposizione reale di persona e retro-trasferimento di quote sociali Italia, Corte Suprema di Cassazione, Sez. I Civile, 2 maggio 2007, n. 10121 [G.S. c. M.I.]	625
Estromissione di beni dal fondo patrimoniale e vincolo in trust Italia, Tribunale di Padova, Sez. I Civile, 2 settembre 2008 [X. e Y.]	628
Concessione all'amministratore di sostegno dell'autorizzazione all'istituzione di un trust Italia, Tribunale di Bologna, Sez. I Civile, 23 settembre 2008 [M. e M.]	631

GIURISPRUDENZA ESTERA

Rilevanza dell'influenza del disponente sui poteri del trustee e sui beni in trust Inghilterra e Galles, Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division), 24 maggio 2007 [Charman v Charman]	633
Il luogo della residenza del trust nel trattato contro le doppie imposizioni sottoscritto da Regno Unito e Mauritius Inghilterra e Galles, Special Commissioners, 19 febbraio 2008 [T. Smallwood and M.C. Smallwood Trustees of The Trevor Smallwood Trust v The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs]	647
Intestazione fiduciaria di immobile e <i>resulting trust</i> Florida, Court of Appeal of Florida, 25 maggio 2007 [Garrison Key v Dieter Trattmann]	662
Impossibilità per il diritto spagnolo di riconoscere la validità di un trust straniero Spagna, Tribunal Supremo Sala de lo Civil, 30 aprile 2008, n. 338/2008	667

Regime fiscale dei redditi percepiti dall'erede di confidenza
Spagna, Audencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 2), 9 giugno 2005 673

Fiducia successoria aragonesa e ruolo del fiduciario
Spagna, Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso Administrativo,
Sección 2ª, 21 aprile 2003, n. 411 683

LEGISLAZIONE ESTERA

Modifica della legge francese sulla *fiducie* 688

PRASSI ITALIANA

Imposta sulle successioni: determinazione dell'aliquota; limiti all'applicabilità delle franchigie 691

PER I SOCI DELL'ASSOCIAZIONE "IL TRUST IN ITALIA"
È PREVISTA LA RIDUZIONE DEL 50% SUL PREZZO
DELL'ABBONAMENTO ANNUALE

Le attività fiduciarie Trusts

Bimestrale di approfondimento
scientifico e professionale

EDITRICE
Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

INDIRIZZO INTERNET
HTTP://www.ipsoa.it

DIRETTORE RESPONSABILE
Donatella Treu

Direttore scientifico
Maurizio Lupoi

Comitato scientifico
Sergio M. Carbone, Ugo Carnevali, Giorgio De Nova,
Augusto Fantozzi, Andrea Fedele, Franco Gallo, Antonio
Gambaro, David Hayton, Nicolò Lipari, Fabio Marchetti,
Antonio Palazzo, Victor Uckmar, Gustavo Visentini

Coordinamento redazionale
Elisa Barla De Guglielmi (Università degli Studi di
Genova), Lucia Frascarelli (Assofiduciaria), Roberta
Grandona (Università degli Studi di Genova)

REDAZIONE
Cristina Orsenigo, Valeria Ruggiero

REALIZZAZIONE GRAFICA
Ipsoa

FOTOCOPOSIZIONE
ABCCompos S.r.l.
20089 Rozzano (MI) - Via Pavese, 1/3 - Tel. 02/57789422

STAMPA
Arti Grafiche Stefano Pinelli srl
Via Farneti, 8 - 20129 Milano
licenziato per la stampa il 28 ottobre 2008

REDAZIONE

Per informazione in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

Trusts

IPSOA Redazione

Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.018 - telefax (02) 82476.883

Pubblicità:

db Consulting srl
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168
21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it
Autorizzazione Tribunale di Milano n. 626
del 28 settembre 1999
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione
in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in
L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare:
gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di
sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di
disdetta da comunicarsi entro 30 gg. prima della data di
scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori
20090 Assago (MI).
Servizio Clienti: tel. 02 824761 -
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it -
www.ipsoa.it/servizioclienti
ITALIA
Abbonamento annuale: € 258,00
ESTERO
Abbonamento annuale: € 515,00

CORRISPONDENZA REDAZIONALE

Istituto di diritto privato
Via Balbi, 22 - 16126 Genova
Tel. (010) 2099896 - Fax (010) 267244
e-mail: rivistatrusts@unige.it

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

Ipsoa Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799

MODALITÀ DI PAGAMENTO

- Versare l'importo sul c.c.p. n. 583203 intestato a WKI s.r.l.
Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori

oppure

- Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile

intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista

e l'anno dell'abbonamento.

Prezzo copia: € 59,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è
comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per
gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R.
26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive
modificazioni e integrazioni

Egregio abbonato,
Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).

Trust e diritto di famiglia: analisi di alcuni casi pratici

di **Marcello Focosi**

Attraverso l'analisi di alcuni casi in cui il trust è stato impiegato in ambito familiare, e, in particolare, in sede di separazione e di divorzio dei coniugi, vengono poste in luce le peculiarità dello strumento, anche con riferimento alla sua efficacia e all'opportunità di far invece ricorso al fondo patrimoniale. Ma con due avvertenze: utilizzare il trust solo allorché esso presenti un valore aggiunto nella specifica situazione concreta rispetto ad altri strumenti di diritto interno; la inderogabilità e conseguente necessaria applicazione delle norme imperative proprie dell'ordinamento giuridico italiano.

Trattare di trust e rapporti di famiglia significa esplorare un ventaglio di applicazioni assai vasto; per ovvie ragioni di tempo, in questo mio intervento, prenderò in considerazione un particolare ambito del diritto di famiglia: quello concernente i procedimenti di separazione personale tra coniugi.

Scopo del mio intervento, più in particolare, sarà quello di verificare in che misura il ricorso all'istituto del trust consente, anche nell'ambito di detti procedimenti, un grado di miglior soddisfazione dei vari interessi coinvolti.

Ritengo, infatti, che un corretto approccio al trust sia quello più volte suggerito dal prof. Lupoi, il quale, in più occasioni, ha avuto modo di sottolineare come il ricorso a quest'ultimo strumento trovi una sua giustificazione, una sua ragion d'essere, tutte le volte in cui una determinata situazione giuridica non trovi adeguata soddisfazione attraverso il ricorso agli strumenti approntati dal nostro ordinamento; solo laddove l'utilizzo dello strumento del trust presenti "un valore aggiunto", il ricorso a quest'ultimo sarà pienamente giustificato.

Non va dimenticato, infatti, come il trust, nato ed affermatosi in paesi ed ordinamenti profondamente diversi dal nostro, richieda all'operatore giuridico italiano uno sforzo conoscitivo ed interpretativo note-

vole: esso impone non solo la conoscenza di una legge straniera regolatrice del trust e della casistica giurisprudenziale ad essa connessa, quanto un esame approfondito del rapporto che in virtù del ricorso a detto strumento si viene a stabilire tra la legge straniera prescelta e l'ordinamento interno nel quale il trust è destinato a spiegare i suoi effetti.

Ecco, dunque, che il ricorso allo strumento del trust, come sopra già sottolineato, deve essere attentamente valutato dall'interprete al fine di verificare, da un lato, l'inadeguatezza degli strumenti predisposti dal nostro ordinamento nella soluzione del caso concreto, dall'altro, il maggior grado di soddisfazione che, in relazione a tutti gli interessi coinvolti, il trust è in grado di assicurare.

Dimostrare il maggior valore aggiunto del trust significa, altresì, con riferimento al tema del mio intervento, prendere in considerazione il rapporto intercorrente tra il trust ed il fondo patrimoniale, costituendo quest'ultimo, nei casi che andremo analizzando, il parametro di riferimento.

Rapporto, quello tra i due istituti, che io amo definire "di amore e di odio".

Di "amore", in quanto il fondo patrimoniale, soprattutto nelle prime apparizioni del trust in Italia, ha costituito il bastone al quale quest'ultimo si è spesso appoggiato tutte le volte in cui ne è stata messa in discussione la sua stessa ammissibilità ovvero, più genericamente, la sua compatibilità con il nostro ordinamento; si pensi, solo per fare alcuni esempi, all'importante pronuncia del Tribunale di Velletri(1), con la quale detto Tribunale ha sostenuto l'ammissibilità nel nostro ordinamento del trust interno, proprio facendo leva sulla profonda identità di causa esi-

Marcello Focosi - Notaio in Firenze

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Congresso "Trust: procedure concorsuali e diritto di famiglia", organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi in Ancona il 21-22 settembre 2007. Stenotipia a cura della MEETING Service - Padova.

Nota:

(1) Trib. Velletri, 29 giugno 2005, in questa Rivista, 2005, 577.

stente tra il trust ed il fondo patrimoniale; oppure, si pensi alle decisioni, rispettivamente, del Tribunale di Pisa(2) e del Tribunale di Milano(3), con le quali detti Tribunali, chiamati in entrambi i casi ad esprimersi sulla trascrivibilità nei nostri pubblici registri immobiliari del trust interno, hanno concluso per la soluzione affermativa, facendo leva nuovamente sulle profonde analogie esistenti tra l'istituto del trust ed il fondo patrimoniale.

Di "odio", in quanto il passare degli anni ha dimostrato come le esigenze che, il più delle volte, si pongono alla base del ricorso al fondo patrimoniale abbiano trovato un miglior grado di soddisfazione attraverso l'utilizzo dello strumento del trust.

Se, infatti, tra le due figure è dato rilevare profonde affinità riconducibili, per lo più, alla finalità posta a base della loro istituzione (destinazione di taluni beni al soddisfacimento dell'interesse familiare attraverso la loro segregazione nel patrimonio di un determinato soggetto), il trust ha dimostrato, rispetto al fondo patrimoniale, di raggiungere tale obiettivo mediante un miglior grado di soddisfazione di tutti gli interessi coinvolti.

Detto questo, tenterò di dare seguito a queste mie affermazioni attraverso l'analisi di alcuni casi pratici.

Il primo caso oggetto di analisi concerne una separazione personale tra coniugi omologata dal Tribunale di Milano(4), nell'ambito della quale il Giudice meneghino ha ritenuto di autorizzare l'istituzione di un trust – il cui atto istitutivo è contenuto nello stesso verbale di separazione – in quanto strumento maggiormente idoneo a garantire il mantenimento "abitativo" della figlia minore della coppia.

Questi gli elementi della fattispecie: una coppia di coniugi in procinto di separarsi, una figlia minore di anni quattro, l'immobile familiare di proprietà esclusiva del marito.

Quali i "desiderata" del padre?

- In primo luogo, come normalmente accade in qualsiasi separazione personale tra coniugi, provvedere alle esigenze "abitative" della figlia minore; consapevole, altresì, che tale esigenza di norma non si esaurisce con il raggiungimento da parte della minore della maggiore età, attesa la presumibile immaturità psico-fisica della medesima, bensì in un'epoca successiva; conseguentemente egli ritiene che il mantenimento "abitativo" della figlia debba prolungarsi sino al raggiungimento da parte di quest'ultima del ventiseiesimo anno di età, anno nel quale, egli ritiene, essa raggiungerà tale maturità;

- il padre desidera poi che l'abitazione familiare divenga di proprietà della figlia al compimento della predetta età e non prima, ritenendo che al compimento del diciottesimo anno di età (anno nel quale si potrebbe verificare detto trasferimento), la figlia non sarà ancora sufficientemente matura per gestire la proprietà di un immobile; non vuole, peraltro, neppure una diretta attribuzione dello stesso alla madre, temendo che, intervenuto il divorzio e nel presupposto che la madre contragga nuove nozze, l'eventuale decesso della madre medesima potrebbe comportare il passaggio del bene a soggetti a lui completamente estranei. Va, peraltro, evidenziato, però, come il marito, sebbene non intenda attribuire alla moglie la titolarità del bene, non intenda neppure "danneggiarla", estromettendola dal godimento del bene stesso; al contrario, suo intendimento è quello non solo di assicurare anche alla moglie il diritto ad abitare la casa familiare (esigenza questa spesso ampiamente tutelata dai tribunali in sede di ratifica degli accordi di separazione), prevedendo la possibilità per costei di soggiornarvi sino al compimento da parte della figlia del ventiseiesimo anno di età (ancorché quest'ultima le sia premorta), ma altresì quello di coinvolgerla nella gestione del bene; egli vuole, infatti, che la madre, in caso di prematura scomparsa del padre, assuma in sua vece le vesti di trustee, proprio in quanto ritenuta, in ragione del rapporto parentale, il soggetto in grado di svolgere in modo migliore tale funzione;

- egli desidera, inoltre, che durante gli anni necessari al raggiungimento della più volte menzionata maturità, il bene-casa, oggi ritenuto adeguato ai bisogni della figlia, possa essere sostituito, surrogato con altro bene più rispondente alle mutate esigenze della figlia medesima;

- intendimento principale, infine, è quello di tenere il bene-casa indenne dalle conseguenze pregiudizievoli che potrebbero derivare al bene stesso dalle sue vicende personali, e, soprattutto, patrimoniali.

Se questi sono i "desiderata" del padre, occorre

Note:

(2) Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in questa Rivista, 2002, 241; il provvedimento è commentato da M. L. Mingrone, La giurisprudenza italiana sui trust: un ulteriore passo verso il riconoscimento dell'istituto, *ivi*, 381.

(3) Trib. Milano, 8 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 270; il provvedimento è commentato da F. Steidl, Trust auto-dichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità, *ivi*, 376.

(4) Trib. Milano, 8 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 585; il decreto è commentato da M. Monegat, Trust nei patti di separazione coniugale, *ivi*, 2005, 649.

preliminarmente chiedersi in che misura essi possano trovare soddisfazione attraverso il ricorso agli strumenti approntati da nostro ordinamento.

Scartata l'ipotesi di una attribuzione diretta del bene in proprietà alla madre od al padre, per le ragioni sopra esposte, una prima soluzione potrebbe essere quella di ipotizzare l'attribuzione alla madre del diritto di usufrutto ed alla figlia minore del diritto di nuda proprietà sulla casa familiare. Sennonché, tale soluzione non appare convincente: l'attribuzione del diritto di usufrutto alla madre, infatti, potrebbe rivelarsi insoddisfacente rispetto ai "desiderata" del padre, non solo nell'ipotesi in cui la moglie dovesse morire prematuramente, comportando tale eventualità l'attribuzione della piena proprietà dell'immobile alla figlia in un momento di gran lunga anteriore al raggiungimento da parte di quest'ultima della necessaria maturità psico-fisica, ma, altresì, nell'ipotesi opposta, di estrema longevità della medesima, comportando tale eventualità l'acquisizione da parte della figlia del bene-casa in un momento di gran lunga successivo al raggiungimento della maturità psico-fisica.

Una seconda soluzione potrebbe essere quella di prevedere la costituzione di un fondo patrimoniale avente ad oggetto l'abitazione familiare.

Sennonché anche tale soluzione non appare convincente: il presumibile sopraggiungere del divorzio accompagnato dal raggiungimento della maggiore età da parte della figlia minore di fatto potrebbe vanificare i "desiderata" del padre, laddove tali accadimenti, verificandosi durante la minore età della figlia, comporterebbero la definitiva attribuzione dell'abitazione familiare a quest'ultima in un'epoca di gran lunga antecedente a quella ipotizzata dal padre e coincidente con il raggiungimento della necessaria maturità psico-fisica (ventiseiesimo anno di età).

Da qui il ricorso allo strumento del trust.

Attraverso di esso, infatti, tutte le aspettative del padre (nonché degli altri soggetti coinvolti nella vicenda) hanno trovato adeguata soddisfazione:

- quella del padre di vedere assicurato in modo certo alla figlia il bene-casa per un periodo di tempo necessario al raggiungimento da parte di quest'ultima della maturità psico-fisica, attesa l'insensibilità dello strumento del trust alle vicende matrimoniali del suo disponente;
- quella del padre di assicurare anche alla madre, per un congruo periodo di tempo (coincidente con il compimento del ventiseiesimo anno di età da parte della figlia), il diritto ad abitare l'immobile familiare;
- quella del padre di prevedere che le mutate esi-

genze della figlia possano trovare soddisfazione nella possibilità che il bene-casa, nel frattempo divenuto inadeguato, possa essere sostituito con altro bene più confacente;

- quella del padre di poter rientrare esso stesso, o i suoi eredi, nella disponibilità del bene-casa, laddove, al termine del trust, la figlia non dovesse essere più in vita;

- quella, infine, per entrambi i genitori, di mantenere un controllo sul bene in trust attraverso l'attribuzione della funzione di trustee in primo luogo al padre e, in sua mancanza, alla madre.

Sono queste solo alcune delle aspettative che l'istituzione del trust, nel caso di specie, ha consentito di realizzare, aspettative che le soluzioni alternative sopra prospettate, ricavate dall'utilizzo dei nostri strumenti, non consentivano di risolvere in maniera altrettanto soddisfacente.

Ad analoghe conclusioni si perviene con l'analisi del secondo caso pratico oggetto di trattazione, sebbene la fattispecie sia in parte diversa; se, nell'ipotesi testé illustrata, il trust è stato ritenuto fin da subito lo strumento migliore per il soddisfacimento di tutti gli interessi coinvolti nella vicenda, nel decreto di omologazione, sempre del Tribunale di Milano⁽⁵⁾, assistiamo, invece, ad una parziale sovrapposizione al fondo patrimoniale, già costituito dai coniugi in pendenza del matrimonio, di un trust di nuova istituzione.

Elementi della fattispecie, anche in questo caso, sono una coppia di coniugi in procinto di separarsi, due figli, uno dei quali ancora minore (di anni sedici), un fondo patrimoniale già costituito dai coniugi ed avente ad oggetto la casa familiare e quella delle vacanze, un regime di amministrazione dei beni in fondo patrimoniale in virtù del quale, in deroga alla disciplina legale dell'istituto, è prevista la possibilità per ciascun coniuge di porre in essere atti di alienazione senza il necessario consenso dell'altro, nonché la possibilità, sempre per i coniugi medesimi, di compiere tali atti di alienazione in difetto dell'autorizzazione giudiziale, pur essendovi dei figli minori.

Quali i "desiderata" dei coniugi nel caso di specie?

In primo luogo, procrastinare gli effetti del fondo patrimoniale sino al raggiungimento della maturità

Nota:

(5) Trib. Milano, 7 giugno del 2006, in questa Rivista, 2006, 575; il decreto è commentato da M. Monegat, Separazione consensuale dei coniugi, trust e vincolo del trust sui beni costituiti in fondo patrimoniale, in questa Rivista, 2007, 243.

psico-fisica da parte del figlio minore (ritengono i coniugi, infatti, che la protezione degli interessi familiari, propria del fondo patrimoniale, sia destinata a venir meno nel breve periodo, attesa la probabile pronuncia di divorzio nei tre anni dalla separazione, la quale, accompagnata al raggiungimento della maggiore età da parte del figlio minore, comporterà inevitabilmente lo scioglimento del fondo patrimoniale).

In secondo luogo, la consapevolezza che il sopraggiungere della separazione personale possa rendere probabile l'insorgenza di eventuali dissidi tra i coniugi, potenzialmente in grado di pregiudicare la corretta amministrazione dei beni in fondo patrimoniale.

Decidono, quindi, di sovrapporre al fondo patrimoniale, per il periodo mancante allo scioglimento di quest'ultimo, un trust avente le medesime caratteristiche.

Tralasciando di osservare come nel caso di specie, probabilmente, la soluzione preferibile sarebbe stata quella di evitare una sovrapposizione tra le due figure, rinviando la decorrenza degli effetti del trust alla cessazione di quelli propri del fondo patrimoniale, occorre verificare la compatibilità tra le discipline approntate dai due strumenti: occorre chiedersi, cioè, in che misura, con riguardo soprattutto alla tematica degli atti di amministrazione, la normativa in materia di trust possa conciliarsi con quella del fondo patrimoniale.

Nel caso di specie, sorprendentemente, detta compatibilità viene individuata dai coniugi (con l'avallo della successiva omologazione da parte del Tribunale) attraverso il ricorso ad una soluzione che oserei definire "rovesciata": anziché tentare un adattamento delle norme in tema di trust a quelle proprie del fondo patrimoniale, si opta per la soluzione inversa, prevedendo che i coniugi, liberi secondo il regolamento del fondo patrimoniale di porre in essere atti di alienazione ciascuno senza il consenso dell'altro, necessitano della preventiva autorizzazione del trustee tutte le volte in cui all'atto dispositivo non si accompagni per i coniugi medesimi un obbligo di reimpiego della somma ricavata.

Ritengono i coniugi, infatti, che la disciplina offerta dal fondo patrimoniale presenti, per gli interessi familiari, un grado di minor sicurezza rispetto a quella dettata dal trust. Se nel fondo patrimoniale, infatti, il compimento di atti di alienazione non è rimesso ad alcun controllo, potendo ciascun coniuge procedervi senza il necessario consenso dell'altro e, pur in presenza di figli minori, in difetto dell'autorizzazione giudiziale, nel trust, diversamente, la possibilità per il trustee

di porre in essere atti di alienazione dei beni in trust non solo impone il rispetto delle prerogative dei beneficiari (nel caso di specie, i figli della coppia), essendo costoro i soli titolari delle obbligazioni fiduciarie nei confronti del trustee, ma trova nella surrogazione "legale" tra bene venduto e bene ricavato, tipica dell'istituto del trust, un'importante valvola di sicurezza.

Nel fondo patrimoniale, infatti, non si assiste ad alcun fenomeno di surrogazione legale, attesa la mancanza di qualsiasi obbligo per i coniugi di reimpiegare i beni ricavati dalla vendita del bene originariamente costituito in fondo patrimoniale; solo laddove alla vendita si accompagni un comportamento positivo da parte dei coniugi stessi, inteso a ricostituire il vincolo segregativo sul bene ricevuto in pagamento, gli interessi della famiglia potranno dirsi adeguatamente tutelati.

In mancanza, il fondo patrimoniale privo di beni (perché venduti) dovrà considerarsi a tutti gli effetti sciolto, con notevole pregiudizio per gli interessi familiari.

Lo stesso non accade nel trust, attesa la naturale surrogazione del bene ceduto (in origine segregato) con il bene ricavato, non occorrendo per la produzione di tale effetto nessun comportamento positivo da parte di alcun soggetto... è peculiarità tipica e propria di qualsiasi figura di trust!

Da qui la previsione, nel caso di specie, della necessità del preventivo parere del trustee tutte le volte in cui, al compimento di un atto di alienazione dei beni in fondo patrimoniale, non si accompagni, in modo espresso, un obbligo in capo ai coniugi di procedere al reimpiego della somma o del bene ricavato dalla alienazione.

Va, peraltro, osservato che, se tali sono le motivazioni che hanno spinto il Tribunale di Milano a propendere per la istituzione del trust, di avviso diametralmente opposto è stato il Tribunale di Firenze(6). Chiamato a pronunciarsi sulla possibilità che il fondo patrimoniale potesse convertirsi in trust, il giudice fiorentino, con due recenti provvedimenti (fondati, per lo più, su analoghe conclusioni), ha respinto tale eventualità, ritenendo non solo tale convertibilità estranea al contenuto tipico degli accordi di separazione (sempre che di tipicità si possa parlare in

Nota:

(6) Trib. Firenze, 23 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 406; i decreti sono commentati da S. Bartoli, Il problema della conversione del fondo patrimoniale in trust: osservazioni a margine di due recenti vicende giudiziarie, *ivi*, 387.

detta materia), ma soprattutto, a suo dire, non in grado di tutelare adeguatamente gli interessi familiari.

Ad avviso del Tribunale di Firenze, infatti, la previsione, nella disciplina del fondo patrimoniale in oggetto, della necessità dell'autorizzazione giudiziale per il compimento degli atti di alienazione, presentava maggiori garanzie circa la protezione degli interessi familiari rispetto a quella che avrebbe potuto offrire la disciplina del trust, atteso che il trustee, di norma (e così era nel caso di specie), non necessitava di alcuna autorizzazione giudiziale per il compimento degli atti di alienazione.

Ad impedire la convertibilità del fondo patrimoniale in trust, dunque, sarebbe un maggior grado di protezione degli interessi familiari che il primo presenterebbe rispetto al secondo.

Senonché tale conclusione non appare convincente.

A prescindere dalla considerazione che nulla avrebbe impedito, nel caso in oggetto, di prevedere la necessità dell'autorizzazione giudiziale per il compimento degli atti dispositivi dei beni in trust, ad escludere una siffatta conclusione depongono tutta una serie di considerazioni.

La prima circa le conseguenze nascenti dal compimento di un atto compiuto in violazione delle regole contenute nell'atto istitutivo dei due strumenti. Ad escludere una maggior "vantaggiosità" del fondo patrimoniale sono proprio le conseguenze che da detta violazione discendono: in entrambi i casi, infatti, il mancato rispetto delle regole contenute nell'atto istitutivo comporta per il soggetto inadempiente (siano essi i coniugi od il trustee), quale unica conseguenza, l'obbligo per quest'ultimo di risarcire il danno; anzi, se una maggior "vantaggiosità" dell'uno strumento rispetto all'altro si vuole proprio individuare, questa è rinvenibile nella disciplina del trust piuttosto che in quella del fondo patrimoniale, attesa la possibilità solo nell'ambito del primo di procedere alla revoca del trustee in caso di mancato rispetto degli obblighi posti a suo carico (circostanza questa del tutto assente in materia di fondo patrimoniale, non essendo prevista una revoca dei coniugi dall'ufficio).

La seconda circa l'esistenza o meno di un obbligo di reimpiego a carico del soggetto investito del potere di gestire e di amministrare i beni segregati: se in materia di trust non v'è dubbio, infatti, che sul trustee gravi l'obbligo del reimpiego, ritenendosi addirittura che per effetto della vendita del bene in trust il vincolo segregativo si trasferisca automaticamente

sul bene o sull'utilità ricavata, oggetto di profonde dispute è ancor oggi l'esistenza di siffatto obbligo in capo ai coniugi.

Anche a volerlo ipotizzare, poi, resta da vedere secondo quali modalità tale obbligo trovi soddisfazione. Se nel trust, infatti, il vincolo segregativo non soffre eccezioni, atteso che qualunque sia il bene ricavato dalla vendita, esso è immediatamente segregato rispetto al patrimonio del trustee, verificandosi, come detto in precedenza, un fenomeno di surrogazione legale, in tema di fondo patrimoniale ad impedire tale "automaticità" sono proprio le categorie di beni suscettibili di essere inseriti in fondo patrimoniale: esso, infatti, può avere ad oggetto esclusivamente alcune categorie di beni, con la conseguenza che, laddove il bene ricavato non rientri in esse, il vincolo segregativo non potrà trovare pratica attuazione, con obbligo, dunque, per i coniugi di surrogare ulteriormente tale bene ricavato con altro suscettibile di "conferimento" in fondo.

Dall'analisi dei casi sopra illustrati emerge, allora, una considerazione finale: l'estrema duttilità dello strumento del trust rispetto al fondo patrimoniale consente di meglio perseguire, a parità di meritevolezza dell'interesse tutelato (la protezione della famiglia e dei suoi bisogni), tutti gli interessi di volta in volta coinvolti.

Con un'unica avvertenza, però: l'estrema duttilità dello strumento del trust non può mai condurre alla disapplicazione delle norme imperative proprie del nostro ordinamento. Se all'inizio di questo mio intervento ho sottolineato come l'approccio al trust imponga di verificare se quella determinata fattispecie concreta non possa trovare adeguata soddisfazione attraverso l'utilizzo degli strumenti approntati dal nostro ordinamento – nel quale caso il ricorso al trust è perfettamente inutile – la verifica che l'interprete è chiamato ad effettuare successivamente concerne la compatibilità tra le norme della legge straniera regolatrice del trust e le norme inderogabili di diritto interno. Stabilisce l'art. 15 della Convenzione de L'Aja, infatti, che il ricorso ad una legge straniera, e più genericamente al trust, non può mai costituire ostacolo all'applicazione delle disposizioni inderogabili previste dal diritto interno in talune materie, tra le quali debbono ricomprendersi quelle in tema di effetti personali e patrimoniali del matrimonio.

Solo laddove tale verifica dia in entrambi i casi esito positivo, allora il ricorso allo strumento del trust sarà pienamente giustificato.

La residenza del trust nei trattati contro le doppie imposizioni e il ruolo dei soggetti diversi dal trustee

di **Alessandro Bavila**

Alcuni aspetti della vita del trust, come i poteri assegnati a soggetti diversi dal trustee e il ruolo da questi svolto in relazione alla gestione del trust, assumono un ruolo decisivo in ambito tributario: la sentenza in commento esamina tali aspetti con riferimento all'individuazione della residenza del trust ai fini fiscali.

■ Introduzione

La sentenza *T. Smallwood and M. C. Smallwood Trustees of the Trevor Smallwood Trust v The Commissioners For Her Majesty's Revenue and Customs*(1), in commento, rappresenta un'interessante ed approfondita trattazione dell'applicazione ai trust delle disposizioni pattizie intese a risolvere i casi di doppia residenza ai fini fiscali, formulate in conformità all'articolo 4, paragrafo 3 del Modello di Convenzione per evitare le doppie imposizioni redatto dalla Commissione Affari Fiscali dell'Ocse (di seguito, "Modello Ocse")(2). In particolare, i giudici inglesi affrontano il tema dell'applicazione ai trust della regola che stabilisce la residenza delle persone diverse dalle persone fisiche nel luogo in cui è localizzata la sede di direzione effettiva (*place of effective management*) e, nel condurre un'analisi sulle circostanze del caso, offrono interessanti spunti di riflessione circa il ruolo – ritenuto decisivo – svolto da soggetti diversi dal trustee, ove i primi esercitano le loro funzioni al di fuori dello Stato di residenza di tale ultimo soggetto.

■ I fatti della causa e la decisione dei giudici

La fattispecie esaminata dai giudici è la seguente. Nel 1989, una persona fisica residente ai fini fiscali nel Regno Unito (di seguito, "il disponente") aveva istituito un trust (di seguito, "il Trust"), i cui beneficiari erano, oltre al disponente stesso, i membri della sua famiglia. I principali beni del fondo del Trust era-

no rappresentati da un'importante partecipazione in una società quotata inglese. Il disponente aveva mantenuto il potere di nominare nuovi trustee, che poteva essere tuttavia esercitato solo ove il trustee in carica fosse venuto meno per una delle cause indicate nell'atto di trust (tra le quali, la rinuncia all'incarico da parte del trustee medesimo).

Nel 1994, la KPMG di Bristol (di seguito, "KPMG Bristol") assumeva il ruolo di consulente fiscale del disponente e del Trust e nello stesso anno veniva nominato come trustee Lutea Trustee Limited, una società di Jersey che, come indicato nella sentenza, svolgeva il ruolo di trustee per una serie di trust istituiti da clienti di KPMG Bristol ed aveva un consolidato rapporto con la medesima società di consulenza. Agli inizi del 2000, KPMG Bristol presentò al disponente la società di consulenza finanziaria Quilter & Co Limited (di seguito, "Quilter"), con sede nel Regno Unito, che diventò poi, su mandato del trustee, consulente finanziario del Trust e suggerì – sulla base dei positivi andamenti del mercato borsistico – di procedere in tempi brevi alla vendita della partecipazione nella società quotata. Poiché la cessione della partecipazione avrebbe dato luogo ad un evento realizzativo imponibile nel Regno Unito, KPMG Bristol propose una soluzione alternativa, che prevedeva – nel medesimo periodo d'imposta – la dimissione del trustee in carica, la nomina di un trustee residente in Mauritius che avrebbe ceduto la partecipazione quando il trust era ivi residente e la successiva nomina di un trustee inglese. Le ragioni dei vari passaggi dell'operazione sono collegati alla normativa inglese sulla tassazione delle plusvalenze, ma, ai fini del

Alessandro Bavila - Avvocato in Milano, Maisto e Associati.

Note:

(1) *Infra*, 647.

(2) OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and Capital, Parigi. Le citazioni in italiano del Modello e del relativo Commentario riportate nel presente contributo sono tratte dalla traduzione a cura di G. Maisto, Modello di Convenzione fiscale sui redditi e sul patrimonio, Milano, 2004.

presente contributo, basti dire che, ove il trust avesse realizzato la plusvalenza nel periodo in cui lo stesso era residente in Mauritius, la relativa plusvalenza non sarebbe stata imponibile nel Regno Unito in applicazione dell'articolo 13, paragrafo 4 della Convenzione per evitare le doppie imposizioni conclusa tra il Regno Unito e Mauritius l'11 febbraio 1981, che – conformemente al corrispondente articolo del Modello Ocse – attribuisce al solo Stato di residenza del contribuente la potestà impositiva relativa alle plusvalenze derivanti dalla cessione di beni mobili diversi da quelli indicati nei paragrafi 1 e 2 del medesimo articolo(3).

La sentenza espone in dettaglio tutti gli avvenimenti intercorsi dal momento in cui fu assunta la decisione di dismettere la partecipazione sino al momento in cui fu nominato un trustee inglese, che dimostrano – secondo i giudici – come l'effettivo controllo del trust fosse rimasto nel Regno Unito. In particolare, tutta la corrispondenza tra le varie parti in causa dimostrava come l'intera operazione fosse in effetti concertata dal disponente e dai suoi consulenti. Fu la KPMG Bristol, ad esempio, a contattare il disponente indicando la necessità di porre in essere le varie fasi dell'operazione e ad indicare la necessità che il trustee in carica (che, peraltro, come indica la sentenza, aveva un consolidato rapporto con KPMG Bristol) chiedesse un parere legale circa la fiscalità dell'operazione al fine di decidere di ritirarsi dal proprio ruolo. Fu la società di consulenza ad individuare un trustee in Mauritius scelto tra una delle società del *network* della stessa KPMG. Dalla corrispondenza inviata al nuovo trustee era evidente che quest'ultimo era stato sin dall'inizio edotto del fatto che sarebbe stato in carica per un periodo di tempo molto limitato (quello necessario, appunto, alla dismissione della partecipazione) e che non avrebbe fatto altro che ratificare decisioni già assunte precedentemente alla sua nomina. Quilter (che avrebbe indicato il momento adatto alla cessione della partecipazione) fu formalmente nominato consulente finanziario dal nuovo trustee, ma nella sostanza la sua nomina era stata già decisa dal disponente precedentemente alla sostituzione del trustee. Sebbene tanto il vecchio quanto il nuovo trustee avessero posto in essere tutte le formalità potenzialmente idonee a dimostrare l'autonoma gestione del trust (ad esempio, le decisioni assunte erano propriamente verbalizzate, il trustee di Jersey aveva formalmente richiesto il parere legale in merito alla vendita della partecipazione, formale mandato di consulenza era stato assegnato a Quilter, il trustee di Mauritius aveva chiesto un certificato di residenza, aperto un

conto corrente, intrattenuto copiosa corrispondenza con le parti), i giudici inglesi sottolineano come tutte le decisioni principali relative alla gestione del trust fossero di fatto assunte per risoluzione circolare (ratificando, cioè, decisioni adottate dai consulenti o dal disponente), piuttosto che a seguito di appropriate analisi dei fatti e discussioni da parte dei trustee. In sintesi, come recita la sentenza: “during the Mauritius period the influence of Mr Smallwood, who was the settlor and who alone had the power to appoint new trustees, and the guiding hands of Mr Gadd and Mr Turbervill of KPMG Bristol, were evident throughout”(4).

Sul piano del diritto, si trattava di stabilire se il trust potesse essere considerato residente ai fini fiscali in Mauritius, in applicazione dell'art. 4, paragrafo 3 della Convenzione che ancora la residenza delle persone diverse dalle persone fisiche nello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva (*place of effective management*). Alla luce dell'analisi di tutte le circostanze rilevanti, i giudici concludono che, al di là della formale residenza del trustee in Mauritius, la sede di direzione effettiva del trust era localizzata nel Regno Unito in quanto in tale Stato venivano assunte le principali decisioni che riguardavano la sua gestione. Conseguentemente, la plusvalenza derivante dalla cessione della partecipazione era ivi assoggettabile ad imposizione.

■ Commento. Sede di direzione effettiva e ruolo di soggetti diversi dal trustee

La sentenza in oggetto costituisce un significativo contributo alla poco esplorata materia dell'applicazione ai trust delle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni(5). Tra i vari interessanti temi affrontati

Note:

(3) E cioè le plusvalenze derivanti dall'alienazione di beni immobili e beni mobili facenti parte dell'attivo di una stabile organizzazione che un'impresa di uno Stato contraente ha nell'altro Stato, per i quali lo Stato della fonte mantiene una potestà impositiva.

(4) “Nel periodo in cui il trust era amministrato in Mauritius, l'influenza di Mr Smallwood, che era disponente e – da solo – aveva il potere di nominare nuovi trustee, e il ruolo di guida di Mr Gadd e Mr Tubervill di KPMG Bristol, erano evidenti” [trad. dell'a.].

(5) Si ricordano, in particolare, J. F. Avery Jones, *The Treatment of Trusts Under the OECD Model Convention*, *British Tax Review*, n. 3, 1989; P. Baker, *The Application of the Convention to Partnerships, Trusts and other Non-Corporate Entities*, *Gray's Inn Tax Chamber Review*, vol. II., n. 1, 2002; R. J. Danon, *Conflicts of Attribution of Income Involving Trusts Under the OECD Model Convention: the Possible Impact of the OECD Partnership Report*, *Intertax*, vol. 32, n. 5, 210; J. Prebble, *Trusts and Double Taxation Agreements*, *EJournal of Tax Research*, 2004, 192; I. Koele, *Trusts and the Application of the OECD Model Convention*, in F. Sonneveldt – H. van Mens (curr.), *The Trust: Bridge or Abyss Between Common* (segue)

dai giudici inglesi (quali il ruolo del Commentario nell'interpretazione dei trattati, l'utilizzo di versioni del Commentario successive a quella in vigore al tempo della conclusione del trattato, la possibilità di stabilire la residenza pattizia per parte del periodo d'imposta), risulta di particolare rilievo quello relativo alla definizione – ai fini convenzionali – della residenza fiscale del trust nelle ipotesi in cui esso sia considerato, in base alla normativa domestica, residente di entrambi gli Stati contraenti.

Come noto, nel sistema delineato dal Modello Ocse, la risoluzione dei conflitti di attribuzione della residenza è affidata ai criteri dirimenti previsti dall'articolo 4, paragrafi 2 e 3 (cosiddette *tie-breaker rules*), a seconda che si tratti – rispettivamente – di una persona fisica ovvero “di una persona diversa da una persona fisica”, trovando applicazione, in tale ultima ipotesi, la regola che fissa la residenza nel luogo in cui è localizzata la sua sede di direzione effettiva. La sentenza non illustra gli argomenti che hanno portato i giudici all'immediata applicazione della regola dell'articolo 4, paragrafo 3, ma deve ritenersi che gli stessi abbiano dato per assunto che l'applicabilità al trust della convenzione discendesse dalla sua natura di “persona” diversa dalle persone fisiche ai sensi dell'articolo 1 del trattato(6) con conseguente applicazione – ai fini della definizione della residenza – del criterio previsto per tali soggetti(7). In Italia, la medesima conclusione, già avanzata in dottrina precedentemente agli interventi normativi di cui alla legge 27 dicembre 2006, n. 296(8), discende dall'inserimento dei trust tra i soggetti passivi cui si applica l'imposta sul reddito delle società ed ha trovato l'avallo della stessa amministrazione finanziaria(9).

Il concetto di sede di direzione effettiva (*place of effective management*) trova la sua definizione nel Commentario all'articolo 4 del Modello Ocse che si riferisce al luogo in cui sono assunte “sostanzialmente” e cioè “in concreto” (cfr. “in substance”, nel testo ufficiale inglese) le principali decisioni necessarie per lo svolgimento dell'attività dell'ente(10). Si tratta, pertanto, del luogo dal quale promanano gli impulsi decisionali e volitivi inerenti lo svolgimento della sua attività. Il riferimento alla “effettività”, come esposto anche nella sentenza in commento, richiede di superare le mere risultanze formali (come, ad esempio, la localizzazione della sede legale, la residenza degli amministratori, il luogo in cui gli stessi si riuniscono) e di accertare il luogo in cui – concretamente – sono assunte le decisioni che determinano la

gestione dell'ente. Come specifica il Commentario, l'individuazione della sede di direzione effettiva richiede un'analisi di tutte le circostanze di fatto, e non è possibile fornire in astratto una regola valida per tutte le fattispecie. È probabilmente tale ultima specificazione a spiegare l'alternarsi delle vicende modificative (o delle proposte di modifica) che hanno interessato il passaggio del Commentario.

Note:

(continua nota 5)

And Civil Law Jurisdictions?, Kluwer, 1992, p. 83 s. Nella dottrina italiana, si ricordano: M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 263; C. Sacchetto, *Brevi note sui trusts e le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni sul reddito*, in questa Rivista, 2000, 64; C. Garbarino, *Trust trasparenti ed opachi nell'ambito dei Tax Treaties*, ivi, 2001, 515, a p. 517; G. Marino, *Profili di diritto internazionale tributario del trust: lo stato dell'arte*, Riv. dir. trib., I, 2006, 3; G. Corasaniti, *Il modello OCSE di convenzione bilaterale contro la doppia imposizione e i trusts*, in V. Uckmar (cur.), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002, 445; G. Paladini, *Il trust nelle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni stipulate secondo il modello OCSE*, *Diritto e pratica trib. internaz.*, 2007, 949.

(6) L'articolo 1 del Modello Ocse (nonché il medesimo articolo della Convenzione Regno Unito – Mauritius) stabilisce che il trattato si applica alle “persone che sono residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti”. Il tema della potenziale applicabilità delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni ai trust, ai sensi dell'articolo 1 del Modello Ocse, è stato oggetto di significativa trattazione in dottrina. Si rinvia agli autori citati *supra*, nota 5.

(7) Come, del resto, pare acquisito in dottrina anche nei casi in cui la legislazione domestica non consideri il trust (ma il trustee) il soggetto passivo d'imposta; cfr. J. F. Avery Jones, *The Treatment of Trusts* [*supra*, nota 5], p. 16: “Since under Canadian internal law a trust is deemed to be an individual, a literal reading of the treaty would result in having to determine its residence for treaty purposes according to the rules applicable to individuals [...] it is arguable that because a trustee in its capacity as such does not have a permanent home, a centre of vital interest [...] the tests set out in article 4(2) of the OECD Model are inappropriate and therefore inapplicable. It is this argument prevails, article 4(3) applying the place of effective management to persons other than individuals, would presumably apply”.

(8) M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 5], p. 265.

(9) Si legge nella Circolare del 6 agosto 2007, n. 48/E, in questa Rivista, 2007, 630: “Per individuare la residenza di un trust si potrà fare utile riferimento alle convenzioni per evitare le doppie imposizioni. [...] Un trust, infatti, può realizzare il presupposto impositivo in più Stati, quando, ad esempio, il *trust fund* sia situato in uno Stato diverso da quello di residenza del trustee e da quello di residenza del disponente e dei beneficiari. Annotato, a seguito della modifica dell'art. 73 del TUIR, tra i soggetti passivi d'imposta, ai fini convenzionali il trust deve essere considerato come ‘persona’ (‘una persona diversa da una persona fisica’ di cui all'articolo 4, comma 3, modello OCSE di convenzione per evitare le doppie imposizioni) anche se non espressamente menzionato nelle singole convenzioni”.

(10) La dottrina sul punto è vasta. Si rimanda, in particolare a: E. Burgstaller – K. Haslinger, *Place of Effective Management as a Tie-Breaker-Rule, Concept, Developments and Prospects*, *Intertax*, 2004, 376; D. Ward, *A Resident of a Contracting State for Tax Treaty Purposes: a Case Comment on Crown Forest Industries*, *Canadian Tax Journal*, 1996, 408; J. F. Avery Jones, *Place of Effective Management as a Tie Breaker*, *IBFD Bulletin*, 2005, 20; L. Hinnekens, *Revised OECD-TAG Definition of Place of Effective Management Tie Breaker Rule*, *Intertax*, 2004, 460. Nella dottrina italiana: G. Maisto, *Brevi riflessioni sul concetto di residenza fiscale di società ed enti nel diritto interno e convenzionale*, *Diritto e prat. trib.*, 1988, I, 1358; S. Mayr – G. Fort, *La residenza delle società: necessità di cambiamento*, *Corriere trib.*, 2001, 2086; G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, p. 207; A. Manzitti, *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, *Riv. dir. trib.*, 1998, IV, 185.

Nella sua versione originale (inserita nel Commentario al Modello del 1977) il paragrafo 24, pur riferendosi al concetto di sede di direzione effettiva, non ne prevedeva una definizione sostanziale, che fu inserita (con il contenuto sopra riportato) soltanto nel 2000(11). In tale versione il Commentario precisava, altresì, che, nella maggior parte dei casi, la sede di direzione effettiva coincidesse con il luogo in cui le persone che esercitano le funzioni di rango più elevato prendono le proprie decisioni e sono, quindi, definite le azioni principali dell'ente. Tale ultima indicazione, tuttavia, confermata in alcuni successivi documenti esplicativi(12), è stata eliminata a seguito delle recenti modifiche del luglio 2008(13), in quanto essa attribuiva eccessiva rilevanza al luogo in cui si riuniscono i soggetti formalmente investiti di ruoli dirigenziali (i membri del consiglio di amministrazione) piuttosto che al luogo in cui si formava la volontà di coloro che di fatto gestiscono l'ente(14).

Nella versione attuale, pertanto, la definizione di sede di direzione effettiva contenuta nel Commentario è volutamente sintetica. Si riferisce al luogo, da accertarsi in base a tutte le risultanze fattuali, ove sono assunte le principali decisioni gestionali dell'ente. In altri termini, richiamando un'efficace definizione proposta in dottrina, si tratta del luogo in cui si trovano le persone che dirigono la società o l'ente "nel momento in cui svolgono tale compito"(15).

Muovendo all'applicazione di tali considerazioni alla specifica materia che ci occupa, la decisione della sentenza in commento risulta – sul piano del diritto – del tutto ineccepibile. La residenza formale del trustee non risulta di per sé sufficiente al fine di localizzare nello Stato di residenza di tale soggetto la sede di direzione effettiva del trust, ma occorre accertare – alla luce delle circostanze del caso – quale sia il luogo da cui promanano gli impulsi volitivi concreti e, cioè, dove sono adottate le principali decisioni relative alla gestione del fondo del trust ed al perseguimento del suo scopo. Sul piano concreto, tale assunto dovrebbe portare a due tipi di verifiche parallele: una documentale (o formale) e l'altra fattuale. Con riferimento alla prima, si tratta dell'individuazione dei soggetti (quali ad esempio, il disponente, il guardiano, il consulente finanziario(16), uno o più beneficiari), ai quali l'atto di trust o altri documenti assegnano "poteri" che di fatto comportano una limitazione sostanziale di quelli del trustee, così sbilanciando a favore dei primi l'individuazione dei soggetti che possono adottare "le decisioni chiave sul piano gestorio" cui si riferisce il Commentario. Quanto alla secon-

da indagine, essa richiede la valutazione sul piano probatorio del soggetto che – a prescindere dalle risultanze documentali – esercita l'effettivo controllo "del trust", verifica quest'ultima che potrebbe portare tanto ad una

Note:

(11) Attraverso il report "The 2000 Update to the Model Tax convention" approvato dalla Commissione Affari Fiscali dell'Ocse il 29 aprile 2000.

(12) Si veda, in particolare, il *discussion draft* "The impact of the communications devolution on the application of the place of effective management as a tie breaker rule" del febbraio 2001, contenente una serie di indicazioni relative all'impatto delle telecomunicazioni con riferimento all'analisi volta a definire la localizzazione della sede di direzione effettiva; nonché l'ulteriore *discussion draft* "Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention" del 27 maggio 2003, che conteneva proposte di modifica tra loro alternative al paragrafo 24, l'una volta a rimarcare ulteriormente la prevalenza del luogo ove le decisioni sono prese da un punto di vista sostanziale e non formale, l'altra volta ad inserire – analogamente a quanto accade per la risoluzione dei conflitti di attribuzione della residenza delle persone fisiche – l'adozione di una serie di criteri dirimenti successivi. Sul punto, oltre alla dottrina citata *supra*, nota 10, si rinvia a: N. Saccardo, Recenti sviluppi a livello Ocse, Riv. dir. trib., 2008, V, 20.

(13) "The 2008 Update to the Model Tax Convention" approvato dalla Commissione Affari Fiscali il 17 luglio 2008. Con specifico riferimento al concetto di sede di direzione effettiva, le modifiche, oltre ad eliminare del tutto il riferimento al luogo in cui si riuniscono le persone di rango più elevato, prevedono l'inserimento di un nuovo paragrafo 24.1, che disciplina la possibilità per gli Stati di risolvere i casi di doppia residenza attraverso il ricorso alla procedura amichevole, pur invitando gli Stati che decidano di seguire tale opzione a tener conto di alcuni elementi ritenuti particolarmente sintomatici, tra i quali spicca non solo il luogo in cui sono tenute le riunioni dell'organo direttivo, ma anche la valutazione del se la definizione della residenza dell'ente nell'uno piuttosto che nell'altro degli Stati contraenti possa condurre ad un uso improprio delle Convenzioni. È difficile, ad oggi, definire il ruolo interpretativo di tali criteri nel contesto di una Convenzione che non preveda la soluzione della controversia su base amichevole, ma pare corretto ritenere che, se quei criteri dovrebbero – nel pensiero della Commissione Affari Fiscali – informare le autorità competenti degli Stati nel corso di una procedura amichevole, i medesimi criteri potrebbero essere utilizzati – in genere – al fine di stabilire la localizzazione della sede di direzione effettiva. Conclusione quest'ultima che sarebbe comunque in linea con lo spirito del Modello Ocse di contrastare l'evasione fiscale e di arginare l'uso improprio delle convenzioni.

(14) Tali indicazioni sono fornite nel *discussion draft* "Draft contents of the 2008 update to the Model Tax Convention" del 21 aprile 2008: "Many countries, in particular, considered that the TAG's proposed interpretation gave undue priority to the place where the board of directors of a company would meet over the place where the senior executives of that company would make key management decisions".

(15) Così, letteralmente, A. Manzitti, Considerazioni [*supra* nota 10], a p. 185.

(16) Se si fa eccezione per i trustee di estrazione bancaria, è frequente – ove il fondo di trust sia composto da attività liquide – che i trustee si avvalgano dell'operato di consulenti finanziari che ben potrebbero essere localizzati ed esercitare le proprie funzioni al di fuori del territorio dello Stato in cui è residente il trustee. Al riguardo, in termini generali, pare difficile sostenere un mutamento della sede di direzione effettiva nello Stato in cui tale soggetto si trova, quanto meno nella misura in cui la sua nomina ed il controllo del suo operato siano di fatto riferibili alle decisioni del trustee. Sebbene ciò non emerga espressamente dal testo della sentenza in commento, sembra potersi affermare che nel caso in oggetto non fosse stata la semplice localizzazione nel Regno Unito del consulente finanziario a far propendere i giudici per la decisione assunta, quanto il fatto che lo stesso fosse stato scelto dal disponente (sebbene formalmente nominato dal trustee) e che le decisioni circa la vendita delle partecipazioni (formalmente e idoneamente adottata dal trustee) fossero state oggetto di discussione e – in ultima analisi – di decisione da parte del disponente stesso e dei suoi consulenti.

conferma delle risultanze documentali, quanto ad una conclusione che si discosta dal contenuto formale dell'atto di trust, ove un esame *a posteriori* dimostrasse, ad esempio, che il trustee non ha mai disatteso le indicazioni (verbali o contenute in lettere di desiderio) del disponente o di uno dei beneficiari⁽¹⁷⁾. Le verifiche in oggetto circa il ruolo svolto dai soggetti diversi dal trustee, peraltro, non rappresentano una novità né nei paesi di *common law* né in Italia⁽¹⁸⁾.

L'individuazione in astratto delle fattispecie potenzialmente rilevanti⁽¹⁹⁾, oltre ad essere poco agevole, appare inopportuna, poiché rischia di determinare una pericolosa categorizzazione delle fattispecie che la multiformità dell'istituto suggerisce di evitare. Non solo, ma la valutazione concreta di "tutti i fatti e le circostanze pertinenti" cui si riferisce il Commentario deve essere compiuta con specifico riferimento allo scopo che informa il singolo trust ed agli obiettivi che il disponente intendeva perseguire con la sua istituzione.

Le considerazioni sinora sviluppate con riferimento alla definizione della residenza in ambito convenzionale, inoltre, paiono mutuabili anche in sede di definizione della residenza ai fini della normativa domestica italiana, stante la sostanziale equiparabilità del concetto di sede di amministrazione effettiva con quello di sede dell'amministrazione di cui all'art. 73 TUIR⁽²⁰⁾. In tale contesto, desta quantomeno perplessità la posizione (apparentemente formalistica) assunta dall'amministrazione finanziaria nella Circolare di commento alla nuova normativa sui trust, ove si afferma che – per i trust che non si avvalgono di apposita struttura organizzativa per il perseguimento del proprio scopo⁽²¹⁾ – "la sede dell'amministrazione tenderà a coincidere con il domicilio fiscale del trustee".

Resta, infine, da interrogarsi circa l'impatto, nella questione in oggetto, dell'Osservazione dell'Italia al paragrafo 24 del Commentario⁽²²⁾, secondo cui, al fine della determinazione della sede di direzione effettiva, deve essere preso in considerazione anche il luogo in cui l'attività principale e sostanziale dell'ente è esercitata, così facendo entrare, in ambito convenzionale, il concetto di "oggetto principale di attività" proprio della norma domestica e non sempre di agevole individuazione⁽²³⁾. Con specifico riferimento ai trust, le indicazioni fornite nella Circolare non paiono di grande ausilio. Se si esclude, infatti, il poco condivisibile riferimento alla localizzazione dell'oggetto principale in Italia, ove il trust detenga beni immobili ivi situati⁽²⁴⁾, l'amministrazione finanziaria si limita ad indicare che "l'oggetto dovrà essere identificato con l'ef-

fettiva e concreta attività esercitata". Il riferimento all'oggetto principale, tuttavia, pare difficilmente conciliabile con l'istituto del trust. Se, infatti, esso può essere più agevolmente verificato nel caso di gestione diretta di un'azienda⁽²⁵⁾, nella maggior parte dei casi la ricerca di una attività concretamente svolta rischia di comportare un'indagine fuorviante. Se l'attività del trustee si sostanzia nell'adozione delle scelte riguardanti la gestione dei beni e le distribuzioni ai beneficiari, e se si esclude la possibilità di dare rilievo all'attività più propriamente amministrativa, il concetto di oggetto principale pare sovrapporsi a quello di sede di direzione effettiva⁽²⁶⁾. Anche in tale contesto, pertanto, le considerazioni relative al ruolo dei soggetti diversi dal trustee al fine della determinazione della residenza fiscale del trust devono ritenersi valide.

Note:

(17) Anche con riferimento a tale aspetto, la sentenza in esame è interessante. I giudici riconoscono che sul piano formale l'operato del trustee era stato ineccepibile. Qualsiasi atto dallo stesso compiuto era dovutamente documentato ed oggetto di formale approvazione. Era evidente, tuttavia, che mancasse un'autonoma formazione della sua volontà e che lo stesso si limitava a ratificare passivamente le decisioni assunte dal disponente e dai suoi consulenti.

(18) Underhill – Hayton (curr.), *Law of Trusts and Trustees*, Londra, 1995, p. 45; P. Matthews, *How Many Shams Make Three?*, *Trust and Trustees*, 1998, 12; J. Kessler, *Drafting Trusts and Will Trusts*, Londra, 1998, p. 90, nota 15; A. Penney, *Rights and Powers of Trust Protectors: Rahman Revisited*, *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 1995, 39; P. Matthews, *In the Land of the Blind, the One-Eyed Salesman is King*, *Jersey Law Review*, 1998, 143; P. Matthews, *Letter of Wishes, The Offshore Tax Planning Review*, 1995, 181; D. Hayton, *The Exercise of Distributive Discretions by the Trustees*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, 573. Con riferimento all'Italia, si richiama, in particolare, la Risoluzione dell'Agenzia dell'Entrate, 17 gennaio 2003, n. 8/E.

(19) Quali, ad esempio, il potere di rimuovere il trustee, il *protector*, di aggiungere o rimuovere beneficiari, di apportare modifiche all'atto di trust, di istruire il trustee sulle distribuzioni.

(20) A. Manzitti, *Considerazioni* [supra, nota 10]; Assonime, Circolare 31 ottobre 2007, n. 67. Sul concetto di sede dell'amministrazione nella normativa interna, si rinvia alla dottrina italiana citata supra, nota 10.

(21) Dovendosi verosimilmente intendere il riferimento alla struttura facente capo allo specifico fondo del trust e non del trustee.

(22) Il tema della rilevanza interpretativa delle Osservazioni al Commentario Ocse è stato ampiamente sviluppato da: G. Maisto, *The Observations on the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties*, *IBFD Bulletin*, 2005, 14.

(23) Assonime, Circolare 31 ottobre 2007, n. 67; Agenzia delle Entrate, Circolare 4 agosto 2006, n. 28/E.

(24) A. Manzitti, *Considerazioni* [supra, nota 10]; E. Iascone, *La residenza fiscale delle società: il caso delle holding di partecipazioni estere controllate da società residenti*, in corso di pubblicazione, *Rivista di diritto Tributario*, 2008; Cass., 10 dicembre 1974, n. 4172, inedita.

(25) Ipotesi che, peraltro, pare non frequentemente realizzabile in concreto, posto che – per i palesi problemi legati alla responsabilità – è evidentemente preferibile la gestione di un'azienda all'interno di una società partecipata dal trust.

(26) Tale soluzione è stata proposta in dottrina con riferimento alla localizzazione dell'oggetto principale delle *holding* cosiddette statiche. Si veda, sul punto: E. Iascone, *La residenza fiscale delle società* [supra nota 24].

Un'altra tappa nel percorso della *fiducie* francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008

di Arianna Neri

Il legislatore francese con la legge n. 776 del 4 agosto 2008 ha adottato una serie di misure a sostegno delle piccole e medie imprese. In questo contesto, sono state apportate delle rilevanti modifiche all'istituto della *fiducie*, introdotto nel Code Civil nel 2007. L'aspetto più rilevante della recente normativa è l'abolizione della norma che limitava alle persone giuridiche la facoltà di costituire patrimoni fiduciari. La *fiducia* cessa quindi di essere esclusivamente un meccanismo a favore delle imprese e si avvia a divenire un istituto appartenente al diritto civile. Tuttavia i limiti che il legislatore ancora appone all'utilizzo della *fiducie* non consentono di realizzare pienamente tale obiettivo. Molte sono, infatti, le reticenze nei confronti di un possibile ricorso all'istituto anche fuori dai rapporti commerciali, ove il rischio di abuso e di violazione di norme di ordine pubblico viene considerato più forte.

■ L'apertura del legislatore alle persone fisiche

Il legislatore francese, a poco più di un anno dall'introduzione nell'ordinamento del contratto di *fiducie*(1), con un recente intervento legislativo, ha apportato sostanziali modifiche all'istituto(2). La nozione di *fiducie* rimane la medesima – un'operazione con cui si costituisce un patrimonio separato, trasferendo beni, diritti o garanzie a uno o più fiduciari, che agiranno per il raggiungimento di un determinato scopo, ovvero nell'interesse di uno o più beneficiari – tuttavia le recenti novità ne modificano notevolmente la struttura originaria(3).

Passando in rassegna le norme si rileva anzitutto l'abrogazione dell'art. 2014 Code civil, il quale riservava soltanto alle persone giuridiche soggette all'imposta sulla società la possibilità di trasferire dei beni

ad un fiduciario(4). Una volta abolita questa restrizione, altri mutamenti sono conseguiti, per ragione di coerenza (anche se non è del tutto chiaro il motivo per cui non vi sia un'uniformità di date di entrata in vigore delle differenti disposizioni). Contestualmente all'abrogazione suindicata, è stata, pertanto, disposta quella dell'art. 2031 Code civil, il quale prevedeva che, in caso di liquidazione del disponente, ove gli aventi diritto non fossero delle persone giuridiche sottoposte all'imposta sulle società, il patrimonio fiduciario non avrebbe potuto essere loro attribuito prima del termine del contratto di *fiducie*(5). Detta disposizione risulterebbe, infatti, ormai priva di giustificazione. A partire da febbraio 2009 potranno svolgere il ruolo di fiduciari anche gli avvocati (art. 2015 Code civil); conseguentemente tra le cause di cessazione del contratto di *fiducie* vi è anche l'ipotesi in cui, qualora il fiduciario sia un avvocato, sia soggetto ad una misura di interdizione temporanea ovvero di cancellazione dall'albo.

Arianna Neri - Dottore di ricerca in Diritto privato e garanzie costituzionali e Avvocato

Note:

(1) Si tratta della legge n. 211 del 19 febbraio 2007. Le norme riguardanti la *fiducie* sono collocate nel Code civil, agli articoli 2011 s. Il testo della legge 9 febbraio 2007, n. 2007-211 e la traduzione in italiano possono leggersi in questa Rivista, 2007, 469.

(2) La riforma è stata introdotta dall'art. 18 della legge n. 776 del 4 agosto 2008 (Loi de modernisation de l'économie), che può leggersi *infra*, 688.

(3) Un primo commento della legge è di L. Dargent, *Réforme de la fiducie par la LME*, Recueil Dalloz, 2008, 2133.

(4) Più precisamente, l'art. 2014 così recitava: "Seules peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. Les droits du constituants la fiducie ne sont ni transmissibles à titre gratuit, ni cessibles à titre onéreux à des personnes autres que des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés".

(5) Il testo dell'art. 2031 precisava, inoltre: "Dans cette situation, les droits des ayant droit au titre de la fiducie ne sont pas transmissibles à titre gratuit entre vifs ni cessibles à titres onéreux".

Sempre a partire dal febbraio 2009, coerentemente all'estensione alle persone fisiche della possibilità di disporre dei propri beni in un patrimonio fiduciario, si prevede che la *fiducie* cesserà nel caso di decesso del disponente (art. 2029) e, in tale ipotesi, si precisa che i beni oggetto del patrimonio fiduciario ritorneranno alla successione. Un'ulteriore modifica è stata apportata all'art. 2022, relativo al resoconto che il fiduciario deve fornire al disponente, nonché ai beneficiari. L'innovazione legislativa consiste nel disporre che, qualora il disponente durante l'esecuzione del contratto sia sottoposto ad una misura interdittiva, il fiduciario dovrà rendere conto del proprio operato al tutore o al curatore, dietro richiesta di quest'ultimo, almeno una volta l'anno, salvo che il contratto preveda una periodicità diversa.

La riforma ha, quindi, abbandonato la rigida preclusione prevista dal legislatore del 2007 con riferimento alla possibilità di avvalersi dello strumento fiduciario. La scelta restrittiva allora adottata si allontanava dalla logica del progetto di legge del 2005, riducendo sensibilmente le potenzialità della *fiducie*(6). Nel progetto originario il contratto fiduciario avrebbe dovuto rispondere all'esigenza di introdurre nel sistema un meccanismo dotato di una flessibilità assimilabile a quella del trust nei sistemi di *common law*, per evitare che la Francia potesse essere penalizzata da questa carenza, soprattutto rispetto agli investitori stranieri. Il legislatore del 2007 ha ripreso il progetto, trasformando, tuttavia, la *fiducia* in uno strumento meramente commerciale(7). L'esigenza di poter disporre di un meccanismo fiduciario – si precisava – sarebbe stata manifestata fondamentalmente dalle persone giuridiche e non anche da quelle fisiche, per le quali, peraltro, il rischio di usare il contratto fiduciario a scopo fraudolento potrebbe essere più elevato, soprattutto in materia successoria, o con riferimento al sistema delle garanzie.

Tale impostazione aveva ricevuto delle critiche già in sede di dibattito parlamentare, ove si rilevava che la scelta restrittiva era dettata fondamentalmente da una serie di pregiudizi nei confronti dell'istituto e non tanto da effettivi rischi di violazioni normative(8).

Il nuovo testo di legge, parte di una riforma legislativa più ampia volta ad introdurre meccanismi di modernizzazione al sistema economico, sembra accogliere, almeno parzialmente, le critiche che erano state effettuate(9). Il contesto in cui si inserisce è quello di un potenziamento della figura dell'impre-

ditore individuale, attraverso una serie di misure volte a favorire e proteggere tale *status*(10). La possibilità, quindi, anche per le persone fisiche di disporre dello strumento fiduciario deve essere letta in questa prospettiva(11).

Si tratta di un'apertura rilevante, e non solo per le finalità a cui il legislatore sembra pensare (rafforzamento del ruolo di imprenditore individuale), ma soprattutto perché la *fiducie* parrebbe ora divenire un istituto generale di diritto civile(12) e non una figura appartenente esclusivamente all'ambito commerciale. In questo contesto suscitano, tuttavia, qualche perplessità i limiti che permangono, manifestazioni delle reticenze del legislatore nei confronti dei possibili abusi dello strumento fiduciario. Il riferimento è, ad esempio, al divieto di istituire la *fiducia* con scopo di liberalità(13), all'introduzione dell'art. 408-1 Code civil, per cui i beni o diritti di un minore non potranno es-

Note:

(6) Si trattava di un progetto di legge presentato l'8 febbraio 2005, dal quale poi, con l'introduzione di numerose modifiche, si è arrivati all'approvazione della legge del 2007. Per un commento al progetto del 2005, v. A. Neri, La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla *fiducie*, in questa Rivista, 2006, 69.

(7) Per un commento alla legge in lingua italiana, si v. F. Barrière, La legge che istituisce la *fiducia*: tra equilibrio e incoerenza, in questa Rivista, 2008, 124; A. Neri, La recente legge francese sulla *fiducie*: una *fiducia* con molti limiti, in questa Rivista, 2007, 569.

(8) In particolare, in questo senso, l'intervento del senatore Badinter.

(9) Gli atti preparatori della legge sono consultabili sul sito Internet dell'Assemblea Nazionale e sul sito Internet del Senato, rispettivamente agli indirizzi http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/modernisation_economie.asp e <http://www.senat.fr/dossierleg/pj107-398.html>.

(10) Nel discorso di presentazione generale della legge il ministro dell'Economia, Industria e Impiego Christine Lagarde (consultabile sul sito Internet del Ministero dell'Economia e delle Finanze all'indirizzo http://www.minefe.gouv.fr/discours-presse/discours-communiques_finances.php?type=discours&id=598&rub=500) precisa che tra gli obiettivi della legge vi è quello di potenziare la creazione di piccole imprese. A tal fine si stabilisce lo statuto dell'imprenditore individuale, che avrà una riduzione degli obblighi burocratici rispetto ad una società e una serie di facilitazioni fiscali.

(11) Questa scelta ha anche sollevato delle critiche. Nel rapporto relativo al dibattito al Senato (consultabile sul sito Internet del Senato all'indirizzo <http://www.senat.fr/seances/s200807/s20080701/s20080701019.html#section2646>) la senatrice Odette Terrade contesta anzitutto lo strumento con cui viene adottata la riforma, vale a dire l'intervento governativo anziché parlamentare. Rileva poi che, in realtà, quest'estensione del meccanismo fiduciario andrà a vantaggio fondamentalmente dei gestori di patrimoni, anziché degli imprenditori, i quali comunque per l'esercizio della loro attività preferiranno costituire una società di capitali.

(12) Cfr. L. Dargent, Réforme de la *fiducie* par la LME [*supra*, nota 3], a p. 2133.

(13) Art. 2013 Code civil.

sere trasferiti in un patrimonio fiduciario, e ancora al divieto per il fiduciario nominato con il contratto di *fiducie* di avere anche un incarico di tutore o curatore nei confronti del disponente. Il legislatore, quindi, una volta ammessa l'utilizzazione della fiducia anche da parte delle persone fisiche, ha introdotto una serie di disposizioni a tutela di interessi considerati di ordine pubblico, quali le norme in materia successoria, o la legislazione in materia di minori e di incapaci.

Tuttavia le disposizioni menzionate rischiano di ridimensionare notevolmente l'idea della *fiducie* come istituto di diritto comune. In effetti, nel quadro delle relazioni familiari, ad esempio, tali divieti limitano le possibilità di ricorrere alla fiducia proprio in quelle situazioni ove la stessa potrebbe rivelarsi uno strumento particolarmente utile, più di altri meccanismi privatistici. Si pensi, ad esempio, al caso di un minore disabile, di cui si vogliono gestire i beni; ovvero ai beni di un incapace, rispetto ai quali la riunificazione dei ruoli di fiduciario e tutore e curatore potrebbe costituire un interessante vantaggio per la persona interessata.

Il fatto di inserire gli avvocati tra i soggetti che possono assumere il ruolo di fiduciario si presenta ugualmente come una novità di rilievo e particolarmente utile in una prospettiva di ampliamento dell'ambito di applicazione dello strumento. In effetti, riservare il ruolo di fiduciario esclusivamente a enti *ad hoc* poteva rivelarsi eccessivamente costoso, ove il disponente fosse una persona fisica. Tuttavia, ancora una volta, si tratta di un'apertura soltanto parziale, rimanendo comunque escluse altre figure professionali (ad esempio, notai, commercialisti, ecc.), o addirittura non professionali, che potrebbero esercitare tale ruolo.

■ Le altre novità legislative

Le altre novità introdotte dalla riforma sembrano essere volte ad una correzione o razionalizzazione del sistema previgente.

In questa prospettiva, l'art. 2018 prevede che la durata del trasferimento non possa eccedere 99 anni a far data dalla sottoscrizione del contratto, a differenza dei 33 anni previsti dalla legge precedente, considerati un periodo troppo breve.

Tra le modifiche che hanno un effetto immediato vi è anche quella dell'art. 2027, relativa alle ipotesi in cui il fiduciario venga meno ai suoi obblighi contrattuali; la principale novità risiede nella possibilità concessa alle parti di disciplinare per via contrattua-

le le condizioni per la sostituzione del fiduciario nei casi in cui questi non abbia adempiuto alle proprie obbligazioni, o abbia messo in pericolo gli interessi affidatigli, o ancora sia fatto oggetto di una procedura di liquidazione⁽¹⁴⁾. Le parti dovranno, in tal caso, essere il più precise possibile nell'indicare le ipotesi di inadempimento alle obbligazioni (ad esempio, con riferimento alla tipologia di investimenti da effettuare) al fine di evitare eventuali controversie.

La riforma ha, inoltre, introdotto due nuovi articoli, l'art. 2018-1 e l'art. 2018-2. Nella prima disposizione si precisa che, quando il disponente conservi l'uso o il godimento di un'azienda trasferiti nel patrimonio fiduciario, il relativo contratto non è sottoposto alle regole dei contratti commerciali. La seconda norma prevede che la cessione di crediti realizzata nel quadro di un'operazione di fiducia è opponibile al terzo a far data dalla stipula del contratto di fiducia, ovvero dall'accordo modificativo che la prevede. La cessione è, invece, opponibile al debitore a far data dalla notifica che gli sia stata fatta dal cedente, ovvero dal fiduciario. La prima norma è, quindi, ancora una volta espressione del *favor* legislativo nei confronti dell'imprenditore individuale, il quale potrà conservare il godimento dei beni trasferiti.

La seconda disposizione apporta maggiore chiarezza alla materia della cessione dei crediti. In effetti, la normativa precedente nulla diceva riguardo all'ipotesi in cui nel patrimonio fiduciario fossero trasferiti dei crediti. Il profilo dell'opposizione ai terzi (quali, ad esempio, creditori del cedente ovvero del cessionario) risulta, invece, di particolare rilievo pratico, per evitare eventuali contrasti. Per quanto riguarda l'opponibilità al debitore, il legislatore ha optato per un regime semplificato rispetto al formalismo previsto dall'art. 1690 Code civil. Questa disposizione richiede, infatti, o l'accettazione del debitore con atto autentificato, ovvero la notifica effettuata da ufficiale giudiziario con atto autentificato⁽¹⁵⁾. Il legi-

Note:

(14) Il precedente testo prevedeva, infatti: "Si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'art. 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein dessaisissement du fiduciaire".

(15) Il testo dell'art. 1690 Code civil prevede: "Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique".

slatore ha, pertanto, scelto un regime semplificato, come quello previsto per le cessioni *Dailly*, vale a dire le cessioni di crediti professionali alle banche(16).

■ Considerazioni a margine dell'intervento legislativo

Le norme introdotte dal legislatore francese hanno il vantaggio di correggere almeno alcuni tra i principali difetti che erano stati contestati alla legge sulla *fiducie*. Lo spirito della riforma è, infatti, quello di un abbandono, sia pure parziale, dei rigidi (e ingiustificati) limiti introdotti dal legislatore del 2007. Senza dubbio l'aspetto più rilevante è la possibilità concessa anche alle persone fisiche di concludere contratti fiduciari. Il regime precedente, infatti, era privo di giustificazione, posto che una volta ammessa la possibilità di realizzare delle forme di separazione patrimoniale, quest'ultima non può in sé essere sospettata di illiceità, dovendosi valutare ogni singola operazione in sé, nelle modalità concrete in cui essa è stata realizzata. Conseguentemente la logica di ampliamento che sembra aver motivato il legislatore deve essere accolta con favore.

La filosofia di fondo della riforma rimane, tuttavia, quella della fiducia quale strumento riservato ad un più efficace esercizio dell'attività di impresa, sia pure individuale.

Se, quindi, sicuramente l'intervento è da accogliere positivamente, rimane la sensazione di un'occasione perduta, quella di una regolamentazione di un istituto di diritto comune, senza alcuna preclusione quanto all'ambito di applicazione, che possa, pertanto, rispondere alle esigenze dei privati in diversi settori dell'ordinamento.

Analogamente rimangono irrisolti alcuni tra i nodi principali della legge precedente. Ad esempio, permane non sufficientemente delineata la distinzione tra fiducia-gestione e fiducia-garanzia. Continua, infatti, a non essere menzionata, tra i requisiti del contratto fiduciario, a pena di nullità, l'indicazione del credito di cui la fiducia dovrebbe costituire la garanzia.

Rimane anche l'aspetto relativo all'imperfezione della separazione patrimoniale, per cui l'art. 2025 dispone che il patrimonio fiduciario non possa essere aggredito se non dai titolari di crediti sorti dalla conservazione o gestione di detto patrimonio(17).

Al secondo comma si prevede, tuttavia, che in caso di insufficienza del patrimonio fiduciario, i beni del disponente costituiranno la garanzia comune dei

suddetti creditori, salvo stipulazione contraria nel contratto(18).

Questa norma risulta ancor più di difficile comprensione, ove si consideri la *ratio* della recente normativa, vale a dire il rafforzamento del ruolo di imprenditore individuale. In questo contesto la disposizione suindicata rischia di ridurre notevolmente la portata delle innovazioni. È evidente, infatti, che il principale interesse di disporre di un patrimonio fiduciario, per colui che svolge un'attività di impresa, è quello di creare una massa di beni non sottoposti alle vicende del suo patrimonio personale. Nel momento in cui le vicende relative ai beni trasmessi ad un fiduciario possono avere delle ripercussioni sui beni personali, l'interesse per lo strumento sarà inevitabilmente ridotto.

Per il soggetto che svolge un'attività imprenditoriale, quindi per definizione rischiosa, rimarrà probabilmente più conveniente costituire una società – con cui potrà usufruire di una perfetta separazione patrimoniale – rispetto al ricorso ad un patrimonio fiduciario.

In via generale sembra, quindi, che il complesso *iter* della *fiducie* si scontri ripetutamente con una serie di timori, che rendono la normativa spesso ambigua e contraddittoria. Il progetto del 2005 aveva il pregio di introdurre un nuovo strumento di autonomia privata, senza limiti di carattere soggettivo. L'abbandono di quello ha dato vita ad una legge (quella del 2007) criticabile sotto molti punti di vista, i cui correttivi apportati di recente – pur apprezzabili – non sembrano sufficienti a fornire un quadro chiaro e coerente.

Suscita, infatti, ancora una volta delle perplessità la visione dello strumento fiduciario come istituto esclusivamente utilizzabile nell'esercizio dell'attività di impresa, perdendo di vista le potenzialità di una figura che potrebbe trovare interessanti applicazioni in diversi settori dell'ordinamento.

Note:

(16) Si tratta di una figura introdotta dalla legge del 2 gennaio 1981, detta appunto "legge *Dailly*", le cui disposizioni sono attualmente contenute nel Code Monétaire et financier, all'art. 313-23 s.

(17) La regola non pregiudica comunque i diritti dei creditori del disponente titolari di un diritto di seguito, derivante da una garanzia reale, pubblicata precedentemente al contratto, né si applica nei casi di frode ai diritti di detti creditori.

(18) Il terzo comma precisa che il contratto fiduciario può anche stabilire che solo il patrimonio fiduciario risponderà nei confronti dei creditori di quest'ultimo e questa clausola sarà opponibile solo a quei creditori che l'hanno espressamente accettata.

U.S. Income and Transfer Taxation of Migratory Individuals and of Foreign and Domestic Trusts

di Joshua S. Rubenstein

Il contributo pone in luce le particolarità del sistema tributario statunitense con specifico riferimento al regime fiscale dei trust “esteri”, per i quali recentemente sono state elaborate nuove regole, di ampio favore tributario, nella cui categoria rientrano anche quei trust nei quali disponente e beneficiari sono residenti negli Stati Uniti, i beni vincolati sono siti negli Stati Uniti, ma è rimesso un controllo sulle decisioni più importanti ad un fiduciario straniero e comunque è escluso il controllo giurisdizionale dei giudici statunitensi.

■ Former Foreign Trust Rules

A. “Foreign Trust” Defined: A trust “the income of which, from sources without the United States which is not effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States, is not includible in gross income.”⁽¹⁾ The former definition described the consequences of foreign trust status, but gave no guidance to anyone who was trying to determine whether a particular trust was foreign or domestic for U.S. tax purposes. The nationality of a trust turned upon the subjective determination of whether the trust was more comparable to a resident or to a non-resident alien.

B. Income Tax: A trust was generally treated for U.S. income tax purposes as if it were itself a non-resident alien individual.

C. Grantor Trusts – Background.

1. The Code has for many years contained a set of provisions, known as the grantor trust rules, which prescribe the circumstances under which the income of a trust will be taxed to the grantor of a trust (or some other person), regardless of who in fact receives the income. The assumption behind these rules (which assumption is probably no longer valid, although the

rules remain) is that the grantor of a trust will generally be in a higher income tax bracket than the trust's beneficiaries. Thus, rather than permit a grantor to cause the income from his property to be taxed to one or more other individuals at their respective (presumably lower) income tax brackets, the grantor trust rules are designed to result in the grantor's being taxed on the trust's income if the grantor has retained any of an enumerated series of economic interests in the trust or administrative powers over the trust.

2. For many years, estate planners have been able to use these very rules created to increase revenues for Internal Revenue Service to the taxpayer's advantage where the grantor was a foreign person. Because the grantor trust rules operated regardless of whether or not the grantor was subject to United States income taxation, trust income could be distributed to a United States citizen or resident tax-free, and no one would ever pay United States income taxes on these distributions, if the income were attributed under the grantor trust rules to a person outside of the United State's taxing jurisdiction (since a non-resident alien is not subject to U.S. income tax on portfolio interest and foreign source income). Such distributions were, in effect, tax-free gifts for U.S. purposes. One of the main goals behind the recent changes made with respect to the taxation of foreign trusts (most significantly by the SBJPA⁽²⁾,

Joshua S. Rubenstein - Katten Muchin Rosenman LLP, New York.

The author gratefully acknowledges the invaluable assistance of his partner Kathryn von Matthiessen in the preparation of this paper.

Il testo riproduce parte della relazione, con modificazioni, presentata al Convegno “Estate Planning for International Clients”, organizzato dalla Society of Trust and Estate Practitioners - STEP, svoltosi in Roma il 18 e 19 ottobre 2007.

Note:

(1) IRC § 7701(a)(31) before amended by the Small Business Job Protection Act of 1996 (“SBJPA”).

(2) Small Business Job Protection Act.

which generally became effective on August 20, 1996) was to prevent the application of the grantor trust rules in these situations.

■ New Foreign Trust Rules

A. Recognizing a Foreign Trust. The SBJPA amended §§ 7701(a)(30) and (31) to provide an objective test for determining whether a trust is U.S. or foreign.

1. "Foreign Trust" defined: A foreign trust is any trust other than a domestic trust. A trust is a domestic trust for purposes of U.S. income tax law only if both of the following conditions are satisfied:

a. Court test: A court within the U.S. is able to exercise primary supervision over the administration of the trust, and

b. Control test: One or more U.S. fiduciaries have the authority to control all substantial decisions of the trust.

The terms of the trust instrument and applicable law must be applied to determine whether the court test and the control test are met.

The new provisions create a strong statutory bias in favor of foreigners. Thus, a trust may theoretically be a foreign trust even if it was created by a U.S. person, all of its assets are located in the U.S., and all of its beneficiaries are U.S. persons. All it takes is one foreign person who has control over one substantial type of trust decision. On the other hand, a foreign person can easily use a U.S. trustee without creating a domestic trust.

2. Court test: Requires that a court within the U.S. be able to exercise primary supervision over administration of the trust.

a. "Court" includes any federal, state or local court.

b. "U.S." includes the 50 states and the District of Columbia.

c. "Is able to exercise" means that a court has or would have the authority under applicable law to render orders or judgments resolving issues concerning administration of the trust.

d. "Primary supervision" means that a court has or would have the authority to determine substantially all issues regarding the administration of the trust. Simply having jurisdiction over the trustee, a beneficiary, or trust property is not primary supervision.

e. "Administration" of the trust means the carry-

ing out of the duties imposed on a fiduciary by the terms of the trust instrument and applicable law.

f. Bright-line rule for situations that satisfy the court test, namely, if an authorized fiduciary registers the trust in a court within the U.S. under a State statute that has provisions substantially similar to those contained in Article VII, Trust Administration, of the Uniform Probate Code:

(1) Testamentary trusts: Court test satisfied, if all fiduciaries of the trust have been qualified as trustees of the trust by a court within the U.S.

(2) Inter vivos trusts: Court test satisfied, if the fiduciaries or beneficiaries take steps with a court within the U.S. that cause the administration of the trust to be subject to the primary supervision of the court.

(3) Multiple court supervision: If both a U.S. court and a foreign court are able to exercise primary supervision over the administration of the trust, the trust will be considered to meet the court test.

g. Automatic migration provisions: If the trust instrument provides that a U.S. court's attempt to assert jurisdiction or otherwise supervise the administration of the trust directly or indirectly would cause the trust to migrate from the U.S., then, a court within the U.S. is not considered to have primary jurisdiction over the trust.

h. Safe harbor: A trust is a domestic trust if the trust is in fact administered exclusively in the U.S., U.S. persons control all substantial decisions of the trust, the trust instrument does not direct that the trust be administered outside the U.S. and the trust is not subject to an automatic migration provision.

3. Control test: Requires that U.S. persons (incl. fiduciaries, grantors, beneficiaries) have the authority to control all substantial decisions of the trust.

a. "Substantial decisions" are those decisions that persons are authorized or required to make under the terms of the trust instrument and applicable law and that are not ministerial. The regulations include a non-exclusive list of substantial decisions, including whether and when to distribute income or corpus, the amount of distributions, the selection of a beneficiary, the power to make investment decisions, whether a receipt is allocable to income or principal, whether to terminate the trust, whether to compromise, arbitrate or abandon claims of the trust, whether to sue on behalf of the trust or to defend suits against the trust, whether to remove, add, or replace a trustee and whether to appoint a successor trustee.

b. "Control" means having the power by vote or otherwise to make all of the substantial decisions of the trust, and no foreign fiduciary has the power to veto the substantial decisions of the U.S. fiduciaries.

c. Replacement of a fiduciary: In the event of an inadvertent change in the fiduciaries that would cause a change in the residency of the trust, the trust is allowed twelve months from the date of the change in the fiduciaries to adjust either the fiduciaries or the residence of the fiduciaries so as to avoid a change in the residence of the trust. Inadvertent changes include the death of a fiduciary or the abrupt resignation of a fiduciary. If the adjustment is not made within twelve months, then, the trust residence is deemed changed as of the date of the inadvertent change.

d. Automatic migration clauses: The control test is not met if an attempt by any governmental agency or creditor to collect information from or assert a claim against the trust would cause one or more substantial decisions of the trust to no longer be controlled by U.S. fiduciaries.

B. New Final Regulations

1. Effective Dates: The final new regulations generally apply to trusts for taxable years ending after February 2, 1999.

a. Trusts created after August 19, 1996. They may also be relied on by trusts for taxable years beginning after December 31, 1996. If a trust is created after August 19, 1996 and before April 3, 1999, and the trust satisfies the Control Test as set forth in the proposed regulations(3), but does not satisfy the Control Test as described in the final regulations, the trust was allowed to make the appropriate modifications until December 31, 1999. If this was done, the trust is treated as satisfying the Control Test for all taxable years beginning after December 31, 1996.

b. Election to be treated as Domestic Trust. A trust that was in existence on August 20, 1996, and that was treated as a domestic trust on August 19, 1996 was allowed to elect to continue treatment as a domestic trust after that date without having to comply with the new domestic trust criteria. This election must have been made on the trust's 1998 income tax return, in the manner prescribed in the regulations(4).

Exception: A trust may not make this election if the trust has previously made an election to apply the new trust rules to the first taxable year of the trust ending after August 20, 1996(5). Such an election, if made, is irrevocable.

Note: There is no comparable grandfathering provision to permit a trust that was treated as foreign prior to 1996 to elect to continue its foreign status if it would otherwise not fall within the post-1996 definition of a foreign trust.

c. Unintended Loss of U.S. Status. If a trust is a U.S. trust and, by reason of its U.S. trustee ceasing to be a trustee or ceasing to be a U.S. person, unintentionally loses its status as a U.S. trust, such trust will have twelve months from the date of such trustee's ceasing to act or ceasing to be a U.S. person to give control over all substantial decisions of the trust to a U.S. person. If control is given to a U.S. person within this 12 month period, the trust will be deemed to have maintained its status as a U.S. trust even when all substantial decisions were not controlled by U.S. persons. If control is not given to a U.S. person within this 12 month period, the trust will be considered to have lost its status as a U.S. trust on the date that the U.S. trustee ceased to act or ceased to be a U.S. person(6).

2. Recognition of Gain(7)

a. General Rule: any transfer of property by a U.S. person to a foreign trust, shall be treated as a sale or exchange for an amount equal to the fair market value of the property transferred, and the transferor shall recognize as gain the excess of (1) the fair market value of the property so transferred, over (2) the adjusted basis of such property in the hands of the transferor.

b. Statutory Exception: the general rule does not apply to a transfer by a U.S. person to a trust if any person is treated as the owner of the trust under the grantor trust rules.

c. Outbound Trust Migration: if a domestic trust changes its situs and becomes a foreign trust, the change in situs is treated as the transfer of all trust assets to a foreign trust and requires recognition of gains. Such a change in situs also triggers the information reporting requirements.

3. Reporting Requirements. Expanded informa-

Note:

(3) Prop. Reg. 251703-96, issued June 4, 1997.

(4) Reg. § 301.7701-7(f)(1).

(5) Pursuant to § 1907(a)(3)(B) of the SBJPA of 1996.

(6) Reg. § 301.7701-7(d)(2).

(7) § 684.

tion reporting requirements have been added for grantors and beneficiaries of foreign trusts(8).

4. Loans from Foreign Trusts.

a. The full amount of a loan of cash or marketable securities from a foreign trust to a U.S. grantor or U.S. beneficiary, or to someone related to that grantor or beneficiary, will be treated as distributed to the grantor or beneficiary unless the loan is structured with arm's-length terms(9). This rule does not apply if the loan is made to a tax-exempt entity. The term "cash" includes foreign currencies and cash equivalents.

b. Effective date: applies to loans made after September 19, 1995.

5. Distributions by Certain Foreign Trusts Through Intermediaries. The new final regulations(10) treat any property (including cash) that is transferred to a U.S. person by an intermediary who has received property from a foreign trust as property transferred directly by the foreign trust to the U.S. person if the intermediary received the property from the foreign trust, pursuant to a plan, one of the principal purposes of which was the avoidance of U.S. tax.

a. A transfer of property will be deemed to have been made pursuant to such plan if all of the following factors are present:

(1) the U.S. person is related(11) to a grantor of the foreign trust or has another relationship with a grantor of the foreign trust that establishes a reasonable basis for concluding that the grantor of the foreign trust would make a gratuitous transfer to the U.S. person;

(2) the U.S. person receives from the intermediary, within the period beginning twenty-four months before and ending twenty-four months after the intermediary's receipt of property from the foreign trust, either the property the intermediary received from the foreign trust, proceeds from such property, or property in substitution for such property; and

(3) the U.S. person cannot demonstrate to the satisfaction of the Commissioner that (i) the intermediary has a relationship with the U.S. person that establishes a reasonable basis for concluding that the intermediary would make a gratuitous transfer to the U.S. person, (ii) the intermediary acted independently of the grantor and the trustee, (iii) the intermediary is not an agent of the U.S. person under generally applicable U.S. agency principles, and (iv) the U.S. person timely complied with applicable reporting requirements(12).

(4) Exception where the intermediary is the grantor of the portion of the trust from which the amount is distributed.

Note: the Service may find that a transfer was made pursuant to a plan one of the principal purposes of which was the avoidance of U.S. tax whether or not any of the above specified factors is present.

b. Effect of disregarding the intermediary:

(1) If the intermediary is an agent of the foreign trust, the amount is treated as paid by the foreign trust to the U.S. person in the year the amount is paid by the intermediary to the U.S. person.

(2) If the intermediary is an agent of the U.S. person, the amount is treated as paid to the U.S. person in the year it is paid by the foreign trust to the intermediary.

(3) If the intermediary is not an agent of either, the intermediary generally will be treated as an agent of the foreign trust, and the amount will be treated as paid in the year the amount is paid by the intermediary to the U.S. person.

c. De minimis exception: These provisions do not apply for distributions that do not exceed in the aggregate \$10,000.

6. Recharacterization of Purported Gifts(13).

a. General: If a U.S. donee receives a purported gift or bequest directly or indirectly from a partnership, the purported gift or bequest must be included in the U.S. donee's income as ordinary income. If the donee receives a purported gift or bequest directly or indirectly from a foreign corporation, the purported gift or bequest generally must be included in the donee's gross income as a distribution from the foreign corporation, in which case the donee will not be treated as having basis in the stock of the foreign corporation.

b. Exceptions:

(1) No recharacterization if the U.S. donee can

Note:

(8) See Information Reporting Requirements below.

(9) § 643(i).

(10) Reg. § 1.643(h)-1.

(11) A U.S. person is treated as related to a grantor of a foreign trust if the U.S. person and the grantor are related within the meaning of § 643(i)(2)(B) with certain exceptions.

(12) § 6039F.

(13) Reg. § 1.672(f)-4.

establish that a U.S. citizen or resident alien who directly or indirectly holds an interest in the partnership or foreign corporation treated the purported gift as a distribution from the partnership or foreign corporation and a subsequent gift or bequest to the U.S. donee.

(2) No recharacterization if the U.S. donee can establish that a non-resident alien treated and reported the purported gift for the purposes of the tax laws of his country of residence as a distribution and a subsequent gift to the donee, provided the U.S. donee complied with the U.S. reporting requirements.

(3) No recharacterization if the U.S. donee can demonstrate that all beneficial owners of the partnership are U.S. citizens or residents or domestic corporations.

(4) No recharacterization if the U.S. donee that is a corporation can establish that the transfer was a contribution to capital.

c. Gratuitous transfers to U.S. persons from trusts created by partnerships or foreign corporations:

(1) Can not avoid the purported gift rule by creating a non-grantor trust that makes an immediate nontaxable distribution of trust corpus to a U.S. donee. If the partnership or foreign corporation is not treated under the grantor trust rules as the owner of the portion of the trust from which property is distributed to a U.S. donee, the distribution will be characterized as a distribution if such characterization results in a higher U.S. tax liability.

(2) Exception: De minimis rule for purported gifts or bequests that do not exceed in the aggregate \$10,000.

C. Treatment of Foreign Grantor Trusts

1. General Overview. A foreign trust will be treated as a "grantor trust" for U.S. income tax purposes if there is a U.S. beneficiary of any portion of the trust. The new rules significantly limit the situations in which a foreign person is treated as the owner of a foreign trust and expand the situations in which a U.S. person is treated as the owner of such a trust(14). If a payor remits to a United States person amounts derived directly or indirectly from a foreign trust, such amounts will be deemed to have been directly paid to the United States person by the foreign trust to trusts with non-U.S. grantors(15). In addition, if a transferor treats as a "gift" any transfer directly or indirectly made from a partnership or foreign corporation, the transfer may be recharacterized if its purpose was to

avoid the application of these new rules(16). United States persons must now report all gifts from foreign persons aggregating in excess of \$10,000 in any year (§ 6039(F)), and United States persons who are beneficiaries of foreign trusts must now report the amount of any distributions received each year from such trusts (whether or not taxable)(17). Thus, it should not be possible to avoid these new rules by having a foreign trust make distributions to other foreign persons or entities who in turn make distributions to the United States beneficiary.

Note: a foreign grantor, if he were so inclined and the terms of the trust permitted, could have a trust cease making distributions to any U.S. beneficiary, and he could instead make independent gifts out of his own, separate property to the former U.S. beneficiary. Such gifts, although reportable by the U.S. donee, would not be subject to United States gift nor income tax.

2. Definition of Grantor Revised(18). A grantor includes any individual, corporation or other person to the extent such person (i) creates a trust or (ii) directly or indirectly makes a gratuitous transfer to a trust. If a person creates a trust on behalf of another person, both persons are treated as grantors of the trust. A grantor also includes (i) a person who acquires an interest in a fixed investment trust or (ii) a person who acquires an interest in a liquidating trust or an environmental remediation trust(19).

a. Exceptions: A person who creates a trust but makes no gratuitous transfer to the trust is not treated as grantor of any portion of the trust. Also, a person who funds a trust with an amount that is directly reimbursed to such person within a reasonable period of time and who makes no other gratuitous transfers to the trust, is not treated as grantor of any portion of the trust. These provisions have been included to protect accommodation grantors such as attorneys.

Note:

(14) § 672(f) and § 679.

(15) § 643(h).

(16) § 672(f)(4).

(17) § 6048.

(18) Reg. § 1.671-2.

(19) Reg. § 301.7701-4.

b. A gratuitous transfer is any transfer, other than a transfer for fair market value or a partnership or corporate distribution.

c. If a trust makes a gratuitous transfer to another trust, the grantor of the transferor trust generally will be treated as the grantor of the transferee trust. However, if a person with a general power of appointment over the transferor trust exercises that power in favor of another trust, then such person will be treated as the grantor of the transferee trust, even if the transferor trust is a § 671 grantor trust.

d. The new temporary regulations include a new provision helpfully recognizing that corporations and other business entities may, in certain circumstances, properly be treated as making a gratuitous transfer, and as trust grantors. If a gratuitous transfer by a partnership or corporation to a trust is entered into for a business purpose, the partnership or corporation generally is treated as the grantor of the trust. If the transfer is for a personal purpose, the transfer is treated as a constructive distribution to the partners or shareholders, and they are treated as grantors.

e. Effective date: August 10, 1999 – August 12, 2002.

3. Determination whether a Trust is owned by a Foreign Person: The new final regulations(20) provide that the grantor trust rules other than § 672(f) are applied first to determine whether any portion of the trust would be treated as owned by a person other than a U.S. citizen or resident or domestic corporation. If it is determined under those rules that the trust is owned by a foreign person, such person will be treated as the owner of such portion only if she is a certain foreign corporation or if such portion of the trust qualifies for one of the three exceptions.

a. Certain foreign corporations treated as domestic corporations(21): if the owner of any portion of a trust upon application of the grantor trust rules other than § 672(f) is a controlled foreign corporation (“CFC”)(22), a passive foreign investment company (“PFIC”)(23), or a foreign personal holding company (“FPHC”)(24), the corporation will be treated as a domestic corporation for the purposes of applying the general rule of Reg. § 1.672(f)-1, i.e. the grantor trust rules would apply to the CFC, PFIC or FPHC, as the case may be.

b. Exceptions: there are now only three main types of trusts with non-U.S. grantors that still give rise to the application of the grantor trust rules(25):

(1) a trust under which the power to revest in the

grantor title to the trust property is exercisable solely by the grantor (“certain revocable trusts”);

(2) a trust under which, during the lifetime of the grantor, the only amounts distributable, are distributable to the grantor or his or her spouse (“certain other trusts”); and

(3) compensatory trusts, namely trusts to fund specified deferred compensation plans, distributions from which are taxable as compensation for services rendered.

c. Certain revocable trusts.

(1) Reg. § 1.672(f)-1 does not apply to any portion of a trust if the power to revest in the grantor title to such portion is exercisable solely by the grantor without the approval or consent of any other person (other than a related or subordinate party).

(a) This exception applies only if the power to revest is exercisable for a period or periods aggregating 183 days or more during the taxable year.

(b) This is intended to provide a bright line rule for the benefit of both taxpayers and IRS examiners that addresses potentially abusive situations in which a power to revest is so limited that it is not likely to be exercised.

(2) Grandfather rule for a trust that was treated as owned by the grantor under § 676 on September 19, 1995, except with respect to any portion of the trust attributable to transfers to the trust after such date. A separate accounting is required for amounts transferred to the trust after such date.

d. Certain other trusts.

(1) General rule does not apply to any trust (or portion thereof) if the only amounts distributable, whether income or principal, during the lifetime of the grantor are amounts distributable to the grantor or the grantor’s spouse.

(2) Includes amounts distributable in discharge of a legal obligation of the grantor or the grantor’s spouse. (Thus, it is expected that a reinsurance trust

Note:

(20) Reg. § 1.672(f)-1.

(21) Reg. § 1.672(f)-2.

(22) As defined in § 957.

(23) As defined in § 1297.

(24) As defined in § 552.

(25) Reg. § 1.672(f)-3.

that would have been a grantor trust under prior law generally will continue to be one.)

(3) Legal obligation will not include an obligation to a person related the grantor or the grantor's spouse unless the obligation was entered into for adequate and full consideration in money or money's worth.

(4) Includes amounts distributable to support a family member if: family member is an individual who would be treated as a dependent under §§ 152(a)(1) through (8), without regard to the requirement that half of that individual's support be received from the grantor or the grantor's spouse and is either permanently and totally disabled or, in the case of a child or stepchild, less than 19 years old.

(5) Grandfather rule for a trust that was treated as owned by the grantor under § 677 (other than subsection (a)(3) thereof) on September 19, 1995, except with respect to any portion of the trust attributable to transfers to the trust after such date. A separate accounting is required for amounts transferred to the trust after such date.

e. Compensatory trusts are exempt from general rule to the extent distributions are taxable as compensation for services rendered(26).

4. Special rules where grantor is a foreign person(27).

a. Transfers by U.S. beneficiaries to foreign settlor: If, but for IRC § 672(f)(5), a foreign person would be treated as the owner of any portion of a trust, any U.S. beneficiary of the trust will be treated as the grantor to the extent the U.S. beneficiary directly or indirectly made transfers of property to such foreign person in excess of transfers to the U.S. beneficiary from the foreign person. The U.S. beneficiary need not have been a U.S. person at the time of the transfer. No time period within which a transfer must have been made to trigger this rule.

b. Exception: Rule will not apply to the extent the U.S. beneficiary can demonstrate that the transfer was wholly unrelated to any transaction involving the trust. Does not apply to a nongratis transfer or a gift that would be excluded from taxable gifts under § 2503(b).

c. Entity characterization: Entities generally are characterized under U.S. income tax principles. However, solely for purposes of Reg. § 1.672(f)-4, a transferor that is a wholly owned business entity is treated as a corporation, separate from its single owner.

5. Inbound Foreign Grantor Trusts.

a. Under SBJPA § 1904, a trust, whether foreign or domestic, that has a foreign person as the grantor (including a third party grantor) and U.S. persons as beneficiaries ("Inbound Grantor Trust") will no longer be treated as a grantor trust for U.S. income tax purposes. U.S. grantor trust rules generally do not apply to any portion of a trust that would otherwise be deemed to be owned by a foreign person. Rather the grantor trust rules are generally applied only when the rules result in amounts being taken into account, either directly, or indirectly through an entity, in computing the income of a U.S. citizen or resident or a domestic corporation.

b. Transfer of property by U.S. trust beneficiary to foreign grantor by gift. Any U.S. person transferring property to a foreign grantor of a trust that has a U.S. beneficiary will be treated as the owner of that portion of the trust attributable to the property transferred(28). Thus, a U.S. trust beneficiary is treated as grantor of the trust to the extent the transfer is retained, whether or not the foreign grantor would otherwise be treated as the owner of the trust. The Conference committee report states that the rule treating U.S. beneficiaries as trust grantors does not apply to transfers made by a family member of such beneficiary. The transferor is required to file an annual information return(29).

6. Outbound Foreign Grantor Trusts.

a. SBJPA § 1905 makes modifications to the rule that treats a U.S. person who transferred property to a foreign trust as the owner of such trust property for purposes of any year in which the trust has U.S. beneficiaries ("Outbound Grantor Trust Rule"):

(1) Transfer of property by a U.S. person to a foreign trust with U.S. beneficiaries will not result in the treatment of the grantor as owner of the trust if

Note:

(26) Exclusive list of compensatory trusts in the regulations includes: qualified trusts described in § 401(a), trusts described in § 457(g), non-exempt employees' trusts described in § 402(b), individual retirement account trusts that are either simplified employee pensions described in § 408(k) or simple retirement accounts described in 408(p), IRA trusts to which the only contributions are rollover contributions listed in § 408(a)(1), certain so-called rabbi trusts and trusts that are welfare benefit funds described in § 419(e). IRAs that are excluded from this list are expected to be covered by one of the other exceptions.

(27) Reg. § 1.672(f)-5.

(28) §§ 678(b), 679.

(29) §§ 6048(c), 6677(a).

the trust paid fair market value to the transferor for the property transferred.

(2) Obligations issued by the trust, by any grantor or beneficiary of the trust, or any person related to any grantor or beneficiary are generally not taken into account when applying this exception except as provided in the regulations.

(3) Rule does not apply to transfers to a charitable trust.

(4) A beneficiary is not treated as a U.S. beneficiary for purposes of the rule if the beneficiary first became a U.S. person more than five years after the date of the transfer of property to a foreign trust.

(5) Effective date: applies to transfers of property after February 6, 1995.

7. Treatment of Accumulation Distributions. Interest imposed on the income tax of U.S. beneficiaries who receive distributions of accumulated trust income will now be calculated in the same manner as stated in VI.A.2.b. below.

8. Foreign Grantor who moves to the U.S.

a. Treatment of Trusts settled by a NRA who later becomes a U.S. person⁽³⁰⁾. Any transfer (except sales for full fair market value) to a foreign trust within five years of a grantor's U.S. residency starting date will be treated as having been made on the residency starting date, so that the grantor will be taxed on the trusts' income. A foreign grantor who becomes a U.S. resident within five years of directly or indirectly transferring property to a foreign trust is brought within the purview of the rule. Such person is treated as transferring the property to a foreign trust on the grantor's residency starting date. The amount deemed transferred is the portion of the trust (including non-distributed earnings) attributable to the property previously transferred. Conversely, a U.S. citizen or resident who transfers property to a trust that becomes a foreign trust while the individual is alive is treated as transferring property to a foreign trust on the date the trust became a foreign trust.

b. Avoidance of U.S. Gift Taxes. By transferring non-U.S. situs assets to an irrevocable foreign trust prior to becoming a U.S. resident, a grantor may avoid the U.S. gift tax on the transfer of assets to the trust that would have arisen if the transfer had occurred after he had become a U.S. resident.

D. Treatment of Foreign Non-grantor Trusts

1. General. A foreign trust that is not a U.S. grantor trust will be treated like an individual who is a non-resident alien who is not present in the U.S. at

any time. Thus, in general terms, to the extent the foreign trust is not engaged with trade or business within the U.S., it will be subject to U.S. income tax only on its ordinary income received from sources within the U.S.⁽³¹⁾. Modifications have been made to the rules that apply to foreign non-grantor trusts.

2. Tax Treatment of U.S. Beneficiaries. U.S. taxpayers who are beneficiaries of foreign nongrantor trusts may be subject to U.S. income taxes on distributions of cash or other property received from such trusts. In some cases, loans made to them or to persons related to them from such trusts will be treated as distributions.

The determination of a U.S. beneficiary's U.S. tax liability with respect to distributions and loans depends on a number of factors, including whether the distribution was made during a year in which the foreign nongrantor trust earned income and the relationship between the size of that income and the value of the distributions made in that year to the U.S. beneficiary and to other trust beneficiaries, whether, if the amount of the trust's distributions exceeded the amount of its income for the year of distribution, the trust had undistributed income accumulated from prior years, and whether the trust previously paid U.S. income tax or foreign income tax.

3. Interest on Accumulation Distributions⁽³²⁾. Effective date: applies to distributions after August 20, 1996.

4. Abusive transactions.

a. The Secretary may issue regulations for the purposes of carrying out the rules that apply to estates, trusts and beneficiaries, including rules to prevent abusive transactions.

b. Effective date: August 20, 1996.

■ Domestic vs. Foreign Trusts

A. Advantages and Disadvantages of Foreign Trust Status

1. Advantages: Tax deferral or avoidance. A foreign trust created by a non-resident alien or by a U.S. person who is no longer living, permits the deferral

Note:

(30) § 679(a)(4).

(31) See I.C.2.b.

(32) See VI. A.2.b.

of U.S. income tax. As long as a foreign trust accumulates rather than distributes income, does not receive U.S. source income, and does not invest in foreign personal holding companies or CFCs, neither the trust nor its U.S. beneficiaries will pay U.S. income tax on these accumulations until distributions are actually made to them.

If the trust funds are ultimately distributed to non-resident alien beneficiaries, no U.S. income tax need ever be paid.

2. Disadvantages

a. **Throwback rules.** If the income from a foreign trust is not distributed currently (i.e., if income is accumulated and later distributed), it will be subject to the "throwback rules." The throwback rules are the rules under which the tax on an accumulation distribution is computed. The throwback rules are designed to prevent the accumulation of trust income over a period of years with a distribution to a beneficiary only in low-income years. The rules have the effect of causing any distributions in excess of the trust's DNI for the distribution year to be included in the gross income of the U.S. beneficiary in the same manner as if distributed in the year the income was accumulated by the trust. The SBJPA made changes to the throwback rules, which adversely impact accumulation distributions from foreign trusts. Domestic trusts are now exempt from the throwback rules(33).

b. **Interest on Accumulation Distributions.** An accumulation distribution is the excess of the distributions over DNI (i.e., the amount of income required to be distributed currently). In addition to the beneficiaries' having to pay tax on the previously undistributed income, an accumulation distribution from a foreign trust is subject to an interest charge on that tax and a substantial interest charge is imposed on U.S. beneficiaries of foreign trusts who receive distributions of income accumulated in prior years(34). Under prior law, that charge was simple interest at the rate of 6% per annum. Under the new law, the interest is changed to the rate charged on underpayments of tax(35), with daily compounding(36). Simple interest continues to accrue through 1995. Accordingly, beginning on January 1, 1996, compound interest based on the underpayment rate is imposed on (1) tax amounts determined under the accumulation distribution rules and (2) the total accrued simple interest for pre-1996 periods. In computing the interest charge, the accumulation distribution is allocated proportionately to prior trust

years in which there is undistributed net income (provided the distribution is made to a U.S. citizen or resident beneficiary), rather than to the earliest years that the trust had undistributed net income. Of course, if all income of a foreign trust is distributed currently, it will be taxed currently and will not be subject to the throwback rules.

c. **Capital Gains.** A foreign trust's accumulated capital gain income in the year of realization will transform into ordinary income in the hands of its ultimate U.S. recipients(37).

(1) Capital gain is included in determining DNI of a foreign trust(38). Thus, the interest charge would be payable not only on the tax generated by a distribution of ordinary income, but also on the tax resulting from a distribution of capital gain. That is, accumulated capital gain would be taxed to the beneficiaries as ordinary income and the beneficiaries would not have the advantage of being taxed on capital gain at the lower capital gain tax rates.

(2) If, however, a trust is a U.S. trust, capital gain income would be taxed to the trust, not the beneficiary, and at capital gain, not ordinary income, tax rates. Any ordinary income distributions would be taxed to the beneficiaries as ordinary income and the trust would receive a corresponding distribution deduction in calculating its tax. Any income not distributed would be taxed to the trust as ordinary income on a current basis. While subsequent distributions of accumulated ordinary income would be subject to throwback when distributed, capital gain would not be subject to throwback and there would be no interest charge as there would be in the case of a foreign trust. It follows that, if, for example, the trust fund was invested in non-dividend producing stock, there would be no income and, unless the stock was sold, there would also be no capital gain. Therefore, there would be no tax to be paid at all until such time as a gain was realized. If income (but

Note:

(33) See Taxpayer Relief Act of 1997 §§ 507(a) and (b), amending IRC §§ 665(b), 664, 645 and 706(b)(5) and adding IRC § 665(c).

(34) § 667(b).

(35) § 6621(a)(2).

(36) § 668.

(37) §§ 662(b), 667(a) and (d).

(38) § 643(a)(6)(C).

not capital gain) is accumulated in a U.S. trust, it would also be subject to the throwback rules. However, since the trust would have paid an income tax currently on any undistributed net income and since the trust will be in at least as high a bracket as the U.S. beneficiary (the trust reaches the top bracket at \$7,500 of income), there should be no additional income tax to pay by reason of the operation of the throwback rules.

d. Tax Deferral Period. A new method has been established for calculating the tax deferral period for which interest is charged. Thus, the change in the interest rate and the way in which it is computed will probably result in significantly higher amounts of nondeductible interest being due for beneficiaries of foreign trusts.

B. The Change in Status from a Domestic Trust to a Foreign Trust(39).

1. Consequences. If a domestic trust becomes a foreign trust, such domestic trust is treated as having transferred immediately before becoming a foreign trust, all of its assets to a foreign trust. A transfer of property by a U.S. person to a foreign trust is treated as a sale or exchange for an amount equal to the fair market value of property transferred and requires the transferor to recognize capital gain on the excess of such fair market value over her basis in the transferred property. Although this rule does not apply to the extent that any person (including the transferor) is treated as the owner of such trust under the grantor trust rule (§ 671), recognition of gain may be required at the grantor's death. Until the U.S. person's death, she was the owner of the property for income tax purposes. Her death is treated as a transfer because it terminates the grantor trust status and, in effect, shifts ownership of the property from the deceased transferor to the trust.

A U.S. trust that becomes a foreign trust is required to report its change of status(40). Failure to report may subject a trust to a penalty equal to 35% of the amount transferred(41).

2. Unwanted Grantor Trust Status.

a. Foreign trusts to which U.S. persons make transfers are treated as so-called grantor trusts under § 671 so long as the transferors are alive and so long as the trusts have at least one U.S. beneficiary. Grantor trust status shifts liability for income taxes on trust income from the trust to their transferors during their lifetimes.

b. The new law treats the expatriation of a U.S.

domestic trust that was created by a U.S. person who is still living and that has one or more U.S. beneficiaries as a transfer by the U.S. person of the portion of the trust attributable to his or her transfers to the trust.

3. Loss of eligibility to hold S stock by virtue of being a foreign trust(42).

4. Withholding. Once a U.S. domestic trust becomes a foreign trust, U.S. persons who control the payment to the trust of items of income, such as interest, dividends, annuities or other fixed or determinable annual or periodic gains, profits, and income, may be required to withhold from the payment of such items a tax equal to 30 percent. The lower treaty rates that are applicable in some cases are unlikely to apply to a trust that has been expatriated by the new definition of foreign trust status, since it will not ordinarily be treated as resident, for treaty purposes, in any other jurisdiction.

■ Avoiding Foreign Trust Status

A. How to make a Trust a U.S. Trust. In order to make the trust a U.S. trust, the requirements under U.S. law must be satisfied.

1. A court within the U.S. is able to exercise primary supervision over administration of the trust(43). With respect to the first prong of the test, the statutory language does not provide how the primary jurisdiction is to be determined. The legislative history sheds some light on this. The House Committee report provides that the Committee expects that this test generally will be satisfied by any trust instrument that specifies that it is to be governed by the laws of any State. If allowed by the terms of the trust agreement, the designation by the trustees of the U.S. as the trust residence should satisfy this first prong of the test.

2. One or more U.S. fiduciaries have the authority to control all substantial decisions of the trust(44). With respect to the second prong of the test, the House Committee Report provides that the Com-

Note:

(39) § 684.

(40) § 6048(a).

(41) § 6677(a).

(42) § 361(c)(2)(A).

(43) See V.A.2.

mittee expects that this test will be satisfied in any case where fiduciaries that are U.S. persons hold a majority of the fiduciary power (whether by vote or otherwise) and where no foreign fiduciary, such as a "trust protector" or other trust advisor, has the power to veto important decisions of the U.S. fiduciaries. Thus, if the terms of the trust agreement permit, potential solutions are:

a. The existing trustees would have to appoint a sufficient number of U.S. trustees to put the foreign trustees in the minority; or

b. The existing trustees can appoint a U.S. trustee or trustees and then for all or some of the existing trustees to resign so that the U.S. trustees constitute a majority.

3. Grantor's power to revoke. If the grantor has the power to revoke, the new rules denying grantor trust status to a foreign trust will not apply. Even if a trust is presently irrevocable, it may be possible by the terms of the agreement for the trustees to appoint capital or income to other, new trusts, which give the grantor some form of power of revocation.

a. In order to prevent the application of the new rules (i.e., to continue the application of the former grantor trust rules), the grantor's power to revoke must be exercisable either alone or "with the consent of a related or subordinate party who is subservient to the grantor."⁽⁴⁵⁾ A "related or subordinate party" means any non-adverse party (i.e., a person who does not have a substantial interest in the trust which would be adversely affected by the exercise or non-exercise of the power which he possesses), who is any one of the following:

- (1) the grantor's spouse, if living with the grantor;
- (2) the grantor's father, mother, issue, brother or sister;
- (3) the grantor's employee;
- (4) a corporation or any employee of a corporation in which the stock holdings of the grantor and the trust are significant from the viewpoint of voting control; and
- (5) a subordinate employee of a corporation in which the grantor is an executive.

b. For these purposes, a "related or subordinate party" shall be presumed to be "subservient" unless shown to the contrary by a preponderance of the evidence⁽⁴⁶⁾.

c. Thus, if the trusts could be resettled in such a fashion that the grantor had a power to revoke exercisable only with the consent of any one of the above

enumerated individuals, and if such a restriction upon the power of revocation would prevent the grantor from incurring untoward foreign tax exposure, it preliminarily appears that distributions could continue to be made to a U.S. beneficiary on a tax-free basis for the balance of the grantor's life.

B. Other Considerations in Changing Trust Residence and/or Modifying Terms of Trust.

1. Choice of State. Consideration must also be given to the choice of State within the U.S. in which the trust or grantor or beneficiary is to be resident. Some States, for example, impose no income tax⁽⁴⁷⁾. State level income tax could therefore be avoided on accumulations of income taxed to the trust. In addition, some States are community property States⁽⁴⁸⁾. Some States have different applicable rules against perpetuities⁽⁴⁹⁾ and creditor protection statutes⁽⁵⁰⁾. One State has forced heirship⁽⁵¹⁾. Finally, the laws governing investments by trustees (and executors, administrators and guardians) vary from State to State⁽⁵²⁾.

Note:

(44) See V.A.3.

(45) § 672(f)(2)(A)(ii).

(46) § 672(c).

(47) Eight States have no income tax: Alaska, Florida, Nevada, New Hampshire (income tax limited to interest and dividends), South Dakota, Texas, Washington, Wyoming. See footnotes 7 and 8 for a review of State transfer taxes.

(48) There are nine community property States: Alaska, Arizona, California, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas and Washington. In addition, Wisconsin has a partial statutory community property scheme. Alaska's statutory community property scheme is elective.

(49) With limited exception, Alaska, Arizona, Colorado, Delaware, Florida, Idaho, Illinois, Maine, Maryland, Missouri, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, Ohio, Rhode Island, South Dakota, Utah, Virginia, Wisconsin and Wyoming allow trusts to last in perpetuity (or in near perpetuity). Nearly all other States follow either the common law rule against perpetuities or the Uniform Statutory Rule Against Perpetuities.

(50) The new Alaska Trust Act (Chapter No. 6, SLA 1997, effective April 2, 1997) now enables a grantor, under certain circumstances, to create a so-called "asset protection trust" of which he or she is a discretionary beneficiary but the grantor's creditors cannot reach the trust assets. The Delaware Trust Act also provides for the creation of this same type of self-settled "asset protection" trust in the "Qualified Dispositions in Trust Act," 71 Del. Laws, C. 159, § 18, effective July 1, 1997. Other States that have passed similar asset protection trust legislation include Missouri, Nevada, Rhode Island, Utah, Oklahoma, and South Dakota.

(51) Louisiana.

(52) Nearly every State now follows the Prudent Investor Rule, which measures a fiduciary's performance by the overall performance of the

(segue)

2. Generation Skipping Transfer Tax (“GSTT”) and Modification of Trusts.

a. Effective date and transition rules relating to GSTT. These rules “grandfather” certain transfers from GSTT. The effective date rule protects transfers from a trust that was irrevocable on September 25, 1985. In general the transition rules protect transfers under a will or revocable trust executed before October 22, 1986 if the decedent died before January 1, 1987.

b. Meaning of “Irrevocable:” The terms of the trust cannot be changed by the grantor. Any trust in existence on September 25, 1985 will be considered an irrevocable trust subject to the following exceptions(53).

(1) A QTIP Trust is considered an irrevocable trust and therefore is not subject to GSTT if it was in existence on September 25, 1985.

(2) A trust will not be considered irrevocable to the extent that the settlor held a power with respect to the trust that would have caused its value to be included in the grantor’s gross estate under § 2038.

(3) Note that an irrevocable trust may be included in the gross estate of a decedent-grantor under estate tax provisions other than § 2038. §§ 2035-2037, 2039 or 2042 may be applicable. Inclusion under these sections will not, standing alone, cause the trust property to lose grandfather protection.

c. Additions to trusts of grandfathered property. Any addition to a trust made from a trust grandfathered under the effective date rule “is not treated as an addition for purposes of this section.”(54). Thus distributing property from one protected trust to another such trust does not cause loss of the protection. If, however, an addition is made from a protected trust to an unprotected trust, the protection is lost as to the added amount regardless of the dispositive provisions of the receiving trust.

d. Reformation of trust and grandfather protection.

(1) The IRS position is now that reformation of a trust will result in a loss of grandfather protection where at the time of the reformation the “quality, value or timing” of any interest would be changed.

(2) Three exceptions:

(a) A change that resolves a construction issue.

(b) A change in an administrative provision, including the appointment of an additional trustee.

(c) A change which is made pursuant to a power contained in the trust.

■ Information Reporting Requirements

A. Reporting Requirements with regard to Foreign Trusts(55). Reporting requirements have been expanded where there is a U.S. grantor of a foreign trust or a distribution from the foreign trust to a U.S. person. Additionally, “responsible parties” must file information reports with the IRS upon the occurrence of certain events on or before the 90th day after any such reportable event. Not complying with these requirements results in harsh penalties.

1. Notice of Certain Events(56)

a. Responsible parties

(1) Grantor, in the case of the creation of an inter vivos trust.

(2) Transferor, in the case of a money or property transfer (other than by reason of death).

(3) Executor of the decedent’s estate, in the case of a transfer by reason of death.

b. Reportable events

(1) The creation of a foreign trust by a U.S. person.

(2) The gratuitous transfer of money or property (either directly or indirectly) to a foreign trust by a U.S. person, including a transfer by reason of death.

(3) The death of a U.S. citizen or resident if the decedent was treated as the owner of any portion of a foreign trust under the grantor trust rules or a portion of the foreign trust was includible in the decedent’s gross estate.

(4) The change in residence of a trust from domestic to foreign.

Note:

(continua nota 52)

portfolio, as opposed to and obligates the fiduciary to diversify investments unless he or she determines that it is not in the interest of the beneficiaries to do so. Most States (as well as the U.S. Virgin Islands and the District of Columbia) have adopted this Prudent Investor Rule by enacting the Uniform Prudent Investor Act or substantially similar legislation: Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin, and Wyoming.

(53) Reg. 26.2601-1(b)(1)(ii)(A).

(54) Reg. § 26.2601-1(b)(5)(i).

(55) § 6048.

(56) § 6048(a). See Notice 97-34 and Form 3520 for further guidance.

c. Exceptions. Excluded from the definition of reportable transfers are fair market value sales to a foreign trust and transfers involving deferred compensation and charitable trusts.

2. Grantor Trust Reporting(57). A U.S. person who is treated as the owner of any portion of a foreign trust under the grantor trust rules is responsible for ensuring that the trust:

a. Files a return(58) containing a full and complete accounting of trust activities, the name of the U.S. agent for the trust, and any other information the Secretary prescribes, and

b. Furnishes other information that the Secretary may prescribe to each U.S. person who is treated as owner of the trust or who receives a distribution from the trust.

3. Reporting by U.S. Beneficiaries of Foreign Trusts(59).

a. U.S. persons who receive, either directly or indirectly, distributions from a foreign trust must report on Form 3520 the name of the trust, the aggregate amount of the distribution received for the tax year and any other information prescribed by the Secretary.

b. If the records provided to the Secretary are not adequate to determine the proper treatment of the distribution, it will be treated as an accumulation distribution, unless the foreign trust elects to maintain a U.S. agent for the limited purpose of accepting service of process.

4. Special Rules. The grantor trust rules are disregarded for purposes of determining whether a U.S. person received a distribution from a foreign trust.

5. Penalties for Failure to file Foreign Trust Information(60).

a. If the information required by § 6048 is not timely filed or is incomplete or incorrect, a penalty of 35% of the gross reportable amount is imposed. If the failure continues for more than 90 days after the Secretary mails the notice of the failure, an additional penalty of \$10,000 for each 30 day period (or portion thereof) is imposed. The 35% penalty provision also applies to a failure to provide information required for transfers by a U.S. person or a domestic trust to a foreign trust. In the case of a failure by a U.S. grantor to ensure compliance of reporting requirements by a foreign trust, the penalty is five percent of the gross reportable amount.

b. A reasonable cause exception from the penalty applies where the failure is shown to be due to rea-

sonable cause and not willful neglect. For any failure, the penalty cannot exceed the gross reportable amount.

B. Reporting of Gifts from Foreign Persons: If the aggregate (per donee, not donor) of foreign gifts received exceeds \$11,000 during any taxable year, a U.S. person must furnish the information required by the IRS(61). The term "foreign gift" does not include qualified transfers for medical or educational expenses of the donee.

(omissis)

■ Offshore Trusts

A. General: The use of an offshore trust is appropriate in a variety of situations, but the two reasons expressed by clients most often are asset protection and meaningful economic diversification.

Because the offshore trust makes it substantially easier for a client to expatriate, it can also serve to "keep options open" for forward-looking clients. An offshore trust will establish a new set of financial and legal relationships and will expedite further movement of a client's wealth to a new base in the event the client makes the decision to expatriate.

B. United States Citizens and Residents

1. United States Taxation. The first determination which needs to be made is whether the offshore trust is going to be a foreign or a domestic trust (s. Sec. V. A. 1. for definitions). If the settlor is not a beneficiary of the trust and has no concerns about future creditors, a domestic situs would be a foregone conclusion for a U.S. settlor. Typically, in the case of an offshore trust, the nature of the settlor's interest in the trust and the reach of any future creditors that the settlor may have are important considerations. Even though Alaska and Delaware have sought to create a favorable asset protection environment, they cannot avoid the consequences of being part of the U.S. with its fraudulent conveyance rules.

Note:

(57) § 6048(b).

(58) Form 3520-A.

(59) § 6048(c).

(60) § 6677.

(61) § 6039F and Notice 97-34 for guidance.

Therefore a domestic trust would be a poor choice since the applicability of domestic law should be avoided.

Transfers by a U.S. taxpayer to a foreign offshore trust will trigger a variety of U.S. tax effects. The important tax issues include the following:

- a possible excise tax on the transfer of appreciated property to the irrevocable foreign trust;
- grantor trust treatment of the offshore trust income for U.S. income tax purposes;
- an interest charge on distributions to U.S. beneficiaries from a non-grantor trust;
- possible inclusion of the trust assets for federal estate tax purposes in the estate of the U.S. trust grantor; and
- various U.S. tax reporting requirements.

The offshore trust is usually structured so that transfers to it will constitute incomplete transfers for gift tax purposes. If, for example, the settlor retains a power of appointment, he has not fully parted with dominion and control over the property and no gift tax is due upon the transfer of the assets to the trust.

For U.S. citizens and long-term residents, the advantages of an offshore trust lie for the most part in the non-tax area.

2. **Creditor Protection.** Because it is jurisdictionally severed from the U.S., an offshore trust is less likely than a domestic trust to be targeted as a source for satisfying a future judgement or claim. The difficulty in accessing the trust, both physically and legally, might influence a potential claimant's decision to pursue action. With varying limitations and risks in different jurisdictions, it is possible for a settlor to create a spendthrift trust or trust-like entity and yet remain a beneficiary, typically a discretionary beneficiary.

3. **Selecting an Appropriate Jurisdiction.** While a particular jurisdiction may be appropriate for one client's offshore trust it may be less appropriate for another.

a. **Legal factors.** In choosing a foreign jurisdiction the provisions of the respective laws as to trusts, tax, comity, fraudulent conveyances, statutes of limitations and bankruptcy need to be analyzed as well as the general maturity of the legal system in trust matters. Examples of common-law based jurisdictions with favorable trust legislation in place include: The Bahamas, Belize, Cayman Islands, Cook Islands, Cyprus, Gibraltar, Isle of Man and the Turks and Caicos Islands.

b. **Non-legal factors.** Other factors to be considered by the planner include the political, economic and social stability of the jurisdiction, potential language barriers, compatibility of time zones, availability of modern telecommunication facilities and whether the jurisdiction offers adequate legal, accounting and financial services.

c. Great care should be taken in choosing an offshore jurisdiction for an estate-planning vehicle. Traditional "tax haven" jurisdictions are subject to increased scrutiny by the U.S. and other developed countries. These jurisdictions are rapidly entering into information exchange agreements with concerned countries and organizations, and the secrecy and confidentiality associated with these tax havens is slowly being whittled away⁽⁶²⁾.

4. **Regulatory Environment for Investments.** Due to the Securities and Exchange Commission's regulations, certain foreign mutual funds, hedge funds, and other investment vehicles are not available to a U.S. investor, but are available to foreign trusts or corporations, even if owned by, controlled by, or benefiting a U.S. investor.

5. **Anti-Money Laundering Legislation.** An added concern for foreign trusts is the ever-increasing amount of due diligence required of foreign trust companies to combat money-laundering. On May 22, 2002, the U.S. Treasury Department issued a proposed regulation to implement Section 312 of the USA PATRIOT Act, which is the statutory provision

Nota:

(62) The OECD has reached transparency and information exchange agreements with the following jurisdictions: Anguilla, Antigua and Barbuda, Aruba, Bahamas, Bahrain, Bermuda, Belize, British Virgin Islands, Cayman Islands, Cook Islands, Cyprus, Dominica, Gibraltar, Grenada, Guernsey, Isle of Man, Jersey, Liberia, Malta, Marshall Islands, Mauritius, Montserrat, Netherlands Antilles, Niue, Panama, Samoa, San Marino, Seychelles, St. Lucia, St. Kitts and Nevis, St. Vincent and the Grenadines, Turks and Caicos, U.S. Virgin Islands and Vanuatu.

The United States has recently entered into information exchange pacts with Antigua, the Bahamas, Barbuda, the British Virgin Islands, the Cayman Islands and the Netherlands Antilles.

The U.S. Senate Finance Committee ("SFC") is currently reviewing various techniques whereby U.S. persons are using offshore entities to avoid paying US income taxes. The SFC is specifically scrutinizing the use of offshore charitable trusts in jurisdictions that do not define or regulate charities; insurance products in which the insured is the owner of the insurance company and also its only client; offshore trusts using insurance policies as the beneficiaries; and offshore corporations and partnerships that are "controlled" in the United States. One of the outside advisors to the IRS and the SFC is quoted as saying that he is stunned by the level of tax avoidance accomplished through offshore hedge funds and "fake insurance annuities." The SFC is marking up a legislative response to these perceived abuses, to be called the "Reversing the Expatriation of Profits Offshore Act".

requiring due diligence programs for certain correspondent and private banking accounts held by “covered financial institutions”. The proposed regulations are expansive, and indicate that the Treasury Department is likely to regulate the wide range of entities covered by the Bank Secrecy Act in the future. When the due diligence required by the regulation can not be performed, the program required of the “covered financial institutions” must include appropriate procedures, including refusing to open an account, suspending transaction activity, filing a suspicious activity report and closing an account(63).

C. Nonresident Aliens

1. Goals of an Offshore Trust for NRA's. The offshore trust may be a useful tool for a foreign person who has assets with U.S. situs and wishes to protect those from a range of possible events: expropriation in home country, freezing or vesting of assets by the U.S., effect of bankruptcy in home country on U.S. assets, ecc.

2. United States Taxation. A NRA generally is subject to U.S. estate and gift tax only with respect to certain property situated in the U.S. The contribution of U.S. situs assets to an APT created by a NRA underlies U.S. transfer tax. However, through careful legal and tax planning, gifts to spouses, use of exclusions and credits, and attention to treaty provisions, it may be possible for a NRA to avoid all U.S. estate and gift tax even with respect to property located in the U.S.

D. Foreign Corporations and Offshore Trusts

Often, offshore trusts own assets through foreign corporations. There are special issues to consider when these trusts have U.S. beneficiaries.

1. Passive Foreign Investment Companies (“PFICs”).

a. A PFIC is any foreign corporation if (1) 75% or more of such corporation's gross income for the taxable year is passive income or (2) the average percentage of assets (by value) held by such corporation for the production of passive income is at least 50%(64). Passive income generally means income which would be foreign personal holding company income (“FPHCI”) under Subpart F(65).

b. A U.S. person who owns any interest in a PFIC generally will be subject to ordinary income tax on gain from disposing of PFIC stock and also will be subject to an interest charge on the income tax imposed on such gain and on distributions from the PFIC(66). A disposition of shares in a PFIC by a for-

foreign non-grantor trust may be treated as a disposition of PFIC stock by the trust's U.S. beneficiaries, and a distribution of property from a PFIC to the foreign non-grantor trust may be treated as a distribution to its U.S. beneficiaries(67).

c. The specific tax consequences to a U.S. shareholder depend on whether or not he or she makes a “qualified electing fund” (“QEF”) election(68). A QEF election requires the PFIC shareholder to include in her income her pro rata share of the earnings of the PFIC(69). Dispositions of PFIC stock remain subject to interest charge rules unless a QEF election is in place for each of the PFIC's post-1986 taxable years for which the PFIC was a PFIC during the shareholder's holding period. This continuing PFIC issue can be resolved if the shareholder makes a “mark-to-market” election to recognize gain under the interest charge and other non-qualified fund rules when the shareholder makes the QEF election(70).

d. Stock in a PFIC owned by a foreign non-grantor trust will be considered as owned proportionately by its beneficiaries(71). The law is unclear as to what “proportionate ownership” means in the context of a discretionary trust. If a foreign trust is discretionary, there is an argument that the foreign cor-

Note:

(63) One of the most important aspects of this proposed regulation is that it broadly defines the range of “covered financial institutions” to be depository institutions, registered broker-dealers and foreign branches of U.S. depository institutions, futures commission merchants, mutual funds, money services businesses and credit card operators.

(64) § 1297(a). If a corporation already is a controlled foreign corporation (“CFC”, as described below), the PFIC asset test is made on basis, instead of value. § 1297(f).

(65) FPHCI is that portion of the corporation's gross income which includes dividends, interest and gains from the sale or exchange of stock or securities. Rents are also generally included, unless derived from the active conduct of a trade or business and received from unrelated persons. §§ 954(c), 1297(b).

(66) The interest charge is the same as the interest charge under the throwback rules, pursuant to § 1291(c)(3).

(67) § 1298(b)(5)(A).

(68) §§ 1293-1295.

(69) § 1297, 1293, 1294. Certain QEF shareholders can elect to defer the current payment of tax, and incur an interest charge, on their QEF income inclusions.

(70) §§ 1297, 1291(d)(2)(A), 1298(b)(1).

(71) § 1298(a)(3).

poration does not have U.S. shareholders, but if there is a significant pattern of distributions from a trust to its beneficiaries, then the IRS will most likely look through such trust to its beneficiaries.

e. In a private letter ruling involving personal holding companies, the IRS described relevant facts and circumstances to be taken into account in determining a beneficiary's interest in a discretionary trust. These facts included the pattern of past distributions, the trustee's fiduciary duties, and the relationships of the trustee and the beneficiaries. If there was a pattern of past distributions, each beneficiary receiving distributions under this pattern would be deemed to own an income interest in the trust in the same proportion that the amount distributed to the beneficiary bore to the total amount distributed to all trust beneficiaries(72). Proposed regulations support the facts and circumstances test regarding the interest of a trust beneficiary in a PFIC(73).

2. Controlled Foreign Corporations ("CFCs").

a. A foreign corporation is a CFC if more than 50% of the combined voting power of all classes of its stock or more than 50% of the value of its stock is owned directly or indirectly by a "U.S. Shareholder". A U.S. Shareholder is a U.S. person who owns either directly or indirectly, or through constructive ownership rules, 10% or more of the total combined voting power of all classes of stock in the CFC(74). The assets of a foreign non-grantor trust are considered as being owned proportionately by its beneficiaries(75).

b. A U.S. Shareholder must include in her own income her pro rata share of certain income of the CFC. This income includes insurance income, foreign base company income ("FBCI"), international boycott income and foreign bribe-produced income(76). FBCI includes, among other types of income, dividends, interest, royalties, rent and gains from the sale or exchange of certain types of property(77). A U.S. Shareholder's proportionate share of the CFC's income, however, is not determined by the constructive ownership rules, but only by the amount of stock held either directly or indirectly. If a trust is discretionary with respect to distributions of income and principal, it also is unclear how much of the CFC each trust beneficiary owns, if any, and how much of the CFC's income each beneficiary would have to take into his or her own income. Treas. Reg. § 1.958-1(c)(2), one of the CFC regulations, supports the facts and circumstances analysis of proportionate

ownership by a trust beneficiary contained in Private Letter Ruling 9024076, discussed above(78).

c. Normally, the CFC rules trump the PFIC rules(79). If a foreign corporation is a PFIC with respect to a shareholder before it is a CFC, however, then it will be both a PFIC and a CFC with respect to such shareholder.

Note:

(72) Private Letter Ruling 9024076.

(73) Prop. Reg. § 1.1291-1(b)(8)(i).

(74) §§ 957(a), 951.

(75) § 958(a)(2).

(76) § 952(a).

(77) § 954(a).

(78) Treas. Reg. § 1.958-1(c)(2) states that a person's proportionate interest in a foreign trust will be made on the basis of all of the facts and circumstances.

(79) § 1297(e).

Improving your form: Serious Oversights in Asset Protection Trusts and How to Avoid Them

di Alexander A. Bove, Jr.

La pratica dei trust *off-shore* si è sviluppata soprattutto in un'ottica di protezione del patrimonio del disponente mediante i c.d. *asset protection trust*. È noto l'impiego, in questo settore dei trust, come in numerosi altri, di formulari prestampati e di modelli consigliati da grandi studi legali o da trustee professionali: peraltro, in molti di essi sono contenute clausole insoddisfacenti o inefficaci ai fini dell'attuazione dei desideri dello stesso disponente. Il contributo si propone di porre in luce alcuni casi in cui ciò si verifica e di proporre soluzioni pratiche.

Few would question the surge in popularity of the offshore trust over the past decade, "offshore" in this sense meaning a trust settled in a jurisdiction other than that of the settlor. Offshore trusts may be established for a number of reasons, but by far the most common is to protect the assets of the settlor, simultaneously allowing the settlor to enjoy the benefits of such assets. While lawyers worldwide have been glad to accommodate such peripatetic settlors, they have, perhaps unknowingly, been doing so almost universally with faulty documents.

As a general rule, lawyers love forms, especially someone else's forms. They save time, trouble, hours of research, and they make money. When we are given the opportunity to use "recommended" forms from another law firm or from a corporate trustee, we tend to accept them (and use them) at face value, and this has unquestionably been the case with offshore asset protection trusts. Unfortunately, some of the most important provisions in the commonly used forms for such trusts simply don't work or won't accomplish the intended result. This discussion will identify what the author believes are the most important of those provisions and offer some practical solutions.

■ Protector Provisions

An asset protection trust without a protector is like a ball game without a referee. Who would question the value of having a protector in a trust? Here we have an "outside" party who may be empowered to do anything from vetoing trust distributions to adding or deleting beneficiaries to amending or terminating the trust, all without the need for court intervention. Where we have irrevocable trusts holding large chunks of a client's assets managed by strangers in a jurisdiction thousands of miles away, the presence of a protector, viewed as a supervisor or overseer, can provide a significant degree of comfort to the settlor.

But despite the importance of the position, we seem to be inclined to blindly follow the conclusions and suggested provisions of someone else's forms. For instance, until recently, many advisors and even a few commentators maintained that the protector is not a fiduciary, and in any event, they maintain that if there was a question about it, the protector's fiduciary responsibility could simply be drafted away and virtually all the commonly used forms reflect this position. A knowledgeable practitioner who carefully considers the duties and role of an independent protector has to conclude just the opposite and should draft accordingly to avoid needless questions, delays, and legal expense. (See *Steele v Paz, Ltd*, Manx LR 102 426 (High Court, Isle of Man 1993-95). Of course, it is possible to give the protector personal powers, but then the role is not really one of

Alexander A. Bove, Jr. - Avvocato in Boston, Law Firm of Bove & Langa, P.C.

Questo articolo è stato originariamente pubblicato in *Offshore Investment* - May 2007 (Issue 176), 17: ringraziamo l'Autore e l'Editore per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

Offshore Investment, Lombard House, 10-20 Lombard Street, Belfast BT1 1BW, United Kingdom; mail: editorial@offshoreinvestment.com; Tel: +44 (0)28 9032 8777; Fax: +44 (0)28 9032 8555; web site: <http://www.offshoreinvestment.com>.

trust protector, rather, it is to protect the protector's own interests. (See, e.g., *Rawson Trust v Perlman*, Bahamas Supreme Court 25 April 1990).

Where the trust itself raises the question as to whether the protector is a fiduciary, the questions that necessarily follow often centre around administrative issues, including whether the protector has the right to compensation, to reimbursement, to hire agents, etc. In the typical case, where the role of the protector is to protect the integrity and purposes of the trust, it is irresponsible, if not negligent to leave such questions unanswered. Thus, the well-drafted and well thought-out protector provisions will address these questions in clear terms.

Perhaps one of the riskiest and most vulnerable situations occurs when the protector is given broad powers and is a "local" person (or organization) subject to jurisdiction of courts in the settlor's jurisdiction. For asset protection purposes, this could be disastrous, since a local court could treat the protector as the debtor/settlor's agent and order the protector to act, subjecting the protector to contempt proceedings if he refuses to comply with the order. Some advisors argue that under the usual anti-duress provision the offshore trustee would simply refuse to follow the protector's direction pursuant to the court order, and while this may be so, it would at the same time render totally useless the very purpose of having the protector in the first place. This could be a serious loss, for example, in cases where the protector has the power to change the trust situs or to delete beneficiaries, powers that trustees are reluctant to exercise without court approval.

Other advisors deal with this exposure by restricting the local protector's powers to negative powers (e.g., the power to veto proposed trust distributions), but once again, this basically emasculates the protector and misses the opportunity to build flexibility into the trust through the protector. All of this points strongly to the conclusion that the protector should not be a local person, and the trust provisions should limit the eligible appointees accordingly.

■ Solutions

Where a protector is included in the trust, do not waste time and expense by declaring that the protector is not a fiduciary, unless he truly is not, which would only occur where the protector's powers are personal, or where the power is a non-fiduciary

power of appointment. Otherwise, be sure to address the issues of compensation, etc., as noted above.

For those drafters who, for some reason, do not wish to have a protector, local or otherwise, at the time the trust is drafted, it makes good planning sense to allow for the possibility that one may be needed or desired in the future. Rather than amending the trust to accomplish this, the author recommends a provision allowing for a "springing" protector, one who is not a local person or entity. Such a provision would give the trustee (or some other person) the power to appoint a protector for the trust where none existed previously, thus creating the position. The provision could allow for the appointment of a protector for a specified period of time or permanently, or give the trustee the power to revoke the appointment or suspend the position indefinitely. Such a provision should include all the necessary clauses for protector powers, compensation, removal and/or replacement, etc. Attention to all of these issues will enhance the flexibility, integrity, and asset protection qualities of the offshore trust.

■ Flee (Re-Settlement) Clause

The "flee" or "flight" clause is another provision one finds in virtually every asset protection trust and is one of those provisions that impresses just about everyone when they first hear about it. The basic concept suggests that if and when a creditor gets serious and attacks or threatens to attack the offshore trust at its home base, the flee clause can be neatly and quickly exercised (before the creditor's suit hits the fan), and the whole banana "immediately" moves to a different foreign jurisdiction, thus frustrating the creditor's attack. This has to be one of the biggest myths in the offshore trust world. The fact of the matter is that the typical flee clause is cumbersome and extremely time consuming to effectuate. It should be called the molasses clause. By the time the flee clause gets even close to fruition, the creditor has likely obtained a "Mareva" injunction in the original jurisdiction, freezing the trust's assets and rendering the flee clause a flop. See *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA*, (1975) 2 Lloyd's Rep 509. And see 515 S. *Orange Grove Owners Ass'n v Orange Grove Partners*, Plaintiff No. 208/94 (High Ct. Rarotonga, Civil Div., Nov. 6, 1995); *FTC v Affordable Media, LLC*, 179 F.3d 1228 (9th cir. 1999), and *Grupo Torras S.A. et al v Sheikh Fahad Moham-*

mad AL Sabah, Supreme Court of the Bahamas C.L. 72 of 1994).

To illustrate, let's take a quick walk through the operation of a flee clause to see why what we see is not what we get. First, before the clause can be implemented, a new jurisdiction with appropriate protective laws must be selected, along with a trustee in that jurisdiction. Note that in virtually all asset protection jurisdictions a corporate trustee, meeting all local registration requirements, will be required. Next, the proposed new trustee, before accepting the trust, will want to review the trust and all previous trust accountings. It will want to see the assents to the accounts as well as the existing trustee's due diligence reports. In addition, the new trustee will want to conduct its own due diligence to satisfy all legal and fiduciary duties, as well as clearance of all money laundering issues. And then, because of the oncoming litigation (which must be disclosed to the new trustee), the new trustee may or may not accept the trust.

On the "other side" of the transfer, the existing trustee will want releases from all ascertainable beneficiaries or their representatives (and in some cases the unascertainable beneficiaries must be represented) and the trustee will undoubtedly want an indemnification agreement from the key parties, as well as the new trustee, in case the existing (existing) trustee incurs expenses or legal fees in defending an action against it relating to the trust or to the exercise of the flee clause.

There is also the possibility that the trustee might request court approval of the change, causing additional fees and delays.

After these numerous and time consuming tasks are accomplished, the transfer of assets from the existing trustee to the new trustee must then be carried out. Presumably, the trustee of the existing trust holds securities, and if they are to be transferred in kind, even more time is required. Although it would be faster if the securities could be liquidated and the proceeds transferred, the existing trustee may be very reluctant to do so without further indemnification if the liquidation would result either in taxable gains or losses. It may take just as long to draft and approve the necessary additional indemnification agreement between the parties as it would to transfer the securities.

In short, the creditor could just about row to the offshore jurisdiction then walk to the court to ask for

his Mareva injunction before the flee clause did its intended job. So, is there something else that would work better?

■ Solution

The author proposes what he calls a "Resettlement" clause to replace the flee clause. Typically the flee clause is implemented by the trustee, whose fiduciary duties and exposure to liability severely limit quick movement, as illustrated above. Instead, we can give a third party, which could include the protector, the independent power to appoint any part or all of the trust property to another trust, in one or more other jurisdictions, with substantially the same provisions as the existing trust. Remember, with a flee clause, we must continue to deal with the existing trust until every last element of the move is completed, and until that occurs, we will be subject to the courts of the jurisdiction from which we are trying to flee. The exercise of a power, on the other hand, when compared to the flee clause, can be virtually instantaneous. This is not to say it would happen overnight, but more like a week or so, instead of three months or much more, as with the flee clause.

Furthermore, with the exercise of a power neither the existing nor the new trustee would have to be involved in extensive agreements, obtain releases, etc., etc. They would merely have to satisfy themselves that the power was exercised in accordance with its terms. It would also be extremely important to include language that indemnifies and holds harmless both the old and the new trustees on implementation and acceptance of the exercise.

■ Co-Trustee Escape Clause

Some advisors feel that the problem with the slow flee clause can be circumvented by having a co-trustee in another jurisdiction from the outset of the trust, giving the cotrustee the power to act alone, or to have a controlling vote when it saw fit to exercise control. According to this theory, when a creditor threatens an attack, the co-trustee would simply act on its own to transfer the trust assets to its (new) jurisdiction and out of the hands of the targeted trustee. Since the targeted trustee would not be the one making the transfer, it is thought there should be no obstacle in doing so, and since the trust gives the co-trustee the power to act alone, the targeted

trustee should have no liability on its part. Further, it is likely (and perhaps necessary) that the trust would contain language exculpating the targeted trustee for complying with the transfer to the extent necessary.

There are many potential problems with this arrangement. Whether the targeted trustee, as a matter of practice, would stand by and allow the transfer to take place may depend upon the circumstances. If the creditor has managed to obtain a Mareva injunction (freezing the trust assets), it is unclear whether the targeted trustee then may be exposed to liability if it does nothing to prevent the transfer by the co-trustee, and it is also unclear (if not highly unlikely) that the co-trustee would even attempt to make the transfer in violation of the court's order. Further, it is even more unlikely that the targeted trustee would agree to be left with no funds to continue its own defense. And if they did work together to move the funds in anticipation of an imminent order, would this arrangement suggest some complicity between the two trustees to circumvent the court order? It would seem that similar questions would apply where the co-trustee was given the power to remove the targeted trustee, and did so, frustrating the court order.

While it is possible that the co-trustee arrangement could work, it is not without some additional complications, and, like the typical flee clause, it seems to look a lot better on paper than in practice. For instance, since the co-trustee must be appointed at the outset or at least long before any creditor issues arise, the trust document must be reviewed and approved by both trustees in both jurisdictions, adding some expense. Next, it would seem appropriate for the co-trustee to charge some annual fee, even though perhaps not a full one, just for holding the position and standing by, an additional annual expense, even though the co-trustee may never take over. Then, it is unclear whether the co-trustee has the responsibility to monitor the other trustee on a regular basis, or review accounts, or whether the targeted trustee has a duty to periodically report or account to the co-trustee. In many asset protection jurisdictions, the local trustee must register the trust in order to gain protection. In the case in question, would the inactive co-trustee have to register a trust from another jurisdiction? And if it did not register the trust, what would we have? If the co-trustee gets no reports or accounts, never monitors the other trustee or the activities of the trust, does not register

the trust locally, and does literally nothing until some unpredictable time when some alarm goes off and the trustee is called upon to come to life, couldn't it be argued that as to that trustee, there is no trust? Nevertheless, as noted, the co-trustee escape manoeuvre is considered by some to be a workable alternative to the standard flee clause, although for the numerous reasons stated herein, it is never used by the author's firm.

■ The "Jones" Clause

What the devil, you might ask, is a "Jones" clause? Good question. Although the author could find no one who knew where the name comes from nor any meaningful resource on the subject, in the vernacular of the offshore asset protection clan, a Jones clause, sometimes also called a "contingent payment" clause, is a provision in an asset protection trust that allows the trustee to pay certain claims against the settlor, despite the protective nature of the trust. While this might at first glance appear to be an oxymoron, in some cases the offshore trustee may require it, while in other cases advisors themselves insist on it in the hopes that it would avoid exposure to penalties, disciplinary action, or court sanctions for fraudulent transfers.

It is not unusual that a client rushes in to his advisor to arrange to protect his assets just after an incident has occurred or even after a formal claim has been made. The prudent and experienced advisor will discover this in the due diligence process and report it to the offshore trustee in response to the trustee's due diligence process. In most cases, the advisor and/or the trustee will want evidence that the settlor has retained adequate funds to cover the outstanding claim or will require the client to consider including in the trust a provision to the effect that if the claim results in a judgment (and all appeals or opportunities therefore have been exhausted), then the trustee may pay the claim from the trust assets – i.e., a Jones clause.

As noted earlier, there are no resources or studies on "Jones" clauses nor any reported cases the author has been able to find. Despite this, there are a variety of very different "model" provisions used and shared by various firms, and a careful examination of these provisions reveals serious oversights.

The intention of the typical contingent payment (Jones) clause is to permit payment from the trust for

money judgments obtained by specified creditors or creditors of specified claims in existence at the time of the trust settlement, provided the judgment is final and no further appeals are available. But that does not mean that the judgment creditor merely phones it in to the offshore trustee and gets a cheque in the mail. Presumably, the creditor would be required to appear in the foreign jurisdiction (of the trust) with certifiable and admissible evidence of his judgment, as well as clear evidence that the judgment is the result of the same claim contemplated in the contingent payment clause contained in the trust. Then he would be paid, I think.

Unfortunately, many, if not most drafters seem to overlook entirely the fact that unless the clause is drafted so that the trustee of the offshore trust has no discretion as to payment but rather is compelled to pay under the terms of the applicable clause, the clause would be useless. This is because statutes in virtually all of the offshore jurisdictions in effect provide that payments may not be made to a creditor of the settlor (they are typically "excluded beneficiaries"), and then there is the conflict that the creditor's claim is being made outside the limitations period for such claims. Further, most such jurisdictions do not recognize foreign judgments. In addition, many offshore trusts by their terms expressly prohibit payments to creditors of the settlor, which would directly conflict with the contingent payment clause. Accordingly, from a practical if not a legal standpoint a trustee could virtually never make a payment under a contingent payment clause unless it was absolutely mandatory, and acknowledged (and superceded) any conflicts, and the trustee is absolutely exculpated for making any such payment.

■ Solution

In drafting contingent payment clauses, avoid needlessly complex and irrelevant details which only serve to confuse the implementation of the clause, thus making it necessary for the trustee to exercise discretion in interpreting the clause, in turn placing the trustee in a position where it is likely to refuse payment for fear of exposure to the other beneficiaries for making a payment to a creditor whose claim might otherwise have been unenforceable against the trust. The clause should be clear and precise, identify the specific claim, if appropriate, provide for mandatory payment on satisfaction of the stated

requirements, exculpate the trustee, and say absolutely no more than it has to. And even then, we are not really sure of the outcome as there appear to be no precedents on which we can rely.

■ Conclusion

With the increasing popularity of offshore asset protection trusts and the accompanying rush in a number of jurisdictions to pass accommodating laws, many if not most advisors have been perhaps involuntarily led to adopt forms of trusts and trust provisions that are unlikely to work as intended. A careful analysis of the problematic provisions in light of the objectives, however, shows that the reasonable changes suggested in this discussion can produce the desired results.

Formalismi e rilevanza della parola data: *resulting trust* e *pactum fiduciae* a confronto

di **Alberto Maria Benedetti - Mauro Grondona**

Nell'ordinamento italiano c'è sfiducia ... verso la fiducia? Sì, secondo gli Autori, e la prova si ricava (anche) da un troppo rigido orientamento giurisprudenziale in tema di prova del *pactum fiduciae*.

■ Il caso, le questioni(1)

Mr. Key – agente immobiliare –, per aiutare Mr. Trattmann ad ottenere la cittadinanza statunitense, negozia l'acquisto di un bene immobile in proprietà di un terzo, che esegue il trasferimento a favore di Mr. Trattmann; Mr. Key fornisce a Mr. Trattmann il denaro necessario all'acquisto; Mr. Key e Mr. Trattmann convengono che tutti i costi accessori all'acquisto, così come i costi di gestione del bene, gravino sul primo; Mr. Key apporta alcune migliorie all'immobile; Mr. Trattmann assume l'impegno verbale di trasferire il bene a Mr. Key dietro sua richiesta; Mr. Trattmann, al momento di tale richiesta, rifiuta il trasferimento.

Di qui il giudizio: Mr. Key, attore e poi appellante, chiede, in via principale, la condanna di Mr. Trattmann all'adempimento di quanto promesso (il rimedio invocato è quello della *specific performance*); in via subordinata, chiede che il giudice dichiari la sussistenza di un *resulting trust* avente come oggetto il bene immobile.

In primo grado, il giudice qualifica tali domande come improponibili: sotto il profilo sostanziale, la domanda di Mr. Key è respinta perché nessun atto scritto attestava l'esistenza di un *resulting trust*; sotto il profilo processuale, a causa del tempo trascorso dal momento del trasferimento del bene dal terzo a Mr. Trattmann (1998) al momento dell'azione giudiziale (2003).

La Corte d'appello della Florida accoglie il ricorso, rilevando, tra l'altro, come un *resulting trust* possa originare dalla presunta intenzione delle parti(2), per cui quella che fornirà il danaro sarà titolare del bene

fiducial interest, mentre l'altra sarà titolare formale del bene, al fine del conseguimento di un determinato vantaggio o scopo (nel nostro caso, l'acquisto della cittadinanza): la regola applicata dalla Corte, dunque, è che un *resulting trust* può sorgere in favore del soggetto che fornisce il danaro necessario all'acquisto del bene che sarà intestato in nome altrui.

Nel caso di specie, questa regola è sorretta dalla prova del fatto che Mr. Key e Mr. Trattmann si erano accordati nel senso che Key forniva il danaro e Trattmann intestava a sé, temporaneamente, il bene, ma nell'interesse economico esclusivo di Key, posto che l'unica ragione sostanziale della intestazione del bene in capo a Trattmann atteneva all'ottenimento della cittadinanza statunitense.

■ Rapporti fiduciari e diritto italiano: la forma del *pactum fiduciae*

Rifiutando di ritrasferire il bene a sé intestato, Mr.

Alberto Maria Benedetti - Professore associato di diritto privato nell'Università di Genova

Mauro Grondona - Professore a contratto di diritto privato nell'Università di Genova

Note:

(1) *Garrison Key v Dieter Trattmann*, *infra*, 662.

(2) M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 118: "Quando un soggetto impieghi una somma di danaro per l'acquisto di un qualsiasi bene o diritto, ma il contratto sia stipulato al nome di un terzo [...], si presume fino a prova contraria che il bene o il diritto siano oggetto di un *resulting trust* e che l'intestatario ne sia trustee in favore di colui che ha corrisposto il prezzo di acquisto"; Id., *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, p. 359 ss.; Id., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, p. 215; M. L. Morris, *Rediscovering the Resulting Trust: Modern Maneuvers for a Dated Doctrine?*, 17 *Akron L. Rev.*, 1983-1984, 43, a p. 45 s.: "[A]n intention to actually create a resulting trust is not necessary for its existence. Instead of a positive intention to create a trust (as if found in the express trust setting), the resulting trust depends on the demonstration of absence of an intention to vest beneficial enjoyment in the titleholder". V., pure, A. Gallarati, *La galassia del trust in common law - Una questione di (ottimale) path dependence*, *Riv. dir. civ.*, 2008, Supplemento annuale di studi e ricerche, 173, a p. 186.

Trattmann agisce in contrasto con il proprio dovere fiduciario. Il civilista italiano che voglia qualificare la fattispecie in esame non esiterà a richiamare la categoria del negozio fiduciario: alla base dell'operazione che ha originato la causa, infatti, sta l'accordo tra il fiduciante Key ed il fiduciario Trattmann, in forza del quale il primo (che dà la provvista per l'acquisto) accetta che il secondo diventi titolare di un diritto reale immobiliare per uno scopo ulteriore rispetto a quello immediatamente risultante dal negozio.

In Italia, ancor oggi i giuristi discutono di negozio fiduciario.

Non c'è accordo sulla sua causa, non c'è accordo neppure sulla stessa esistenza di un "negozio fiduciario" come categoria autonoma: il problema, infatti, è quasi sempre quello di individuare i criteri in forza dei quali si possa distinguere la fiducia da figure affini (simulazione, interposizione reale e fittizia, mandato), che sembrano attrarla sotto la propria sfera applicativa(3).

L'assenza di una disciplina legislativa, poi, fa il resto, ed impone all'interprete la ricerca – o la costruzione – delle regole che governano la fiducia, riposino esse su di un diritto vivente scaturigine dei noti e più o meno gloriosi "grandi orientamenti" giurisprudenziali, oppure sulle teoriche dottrinali, nonostante, negli ultimi anni, il tema si sia rivelato meno attraente che in passato.

La filosofia del "caso per caso" sembra dominare questa materia.

Tant'è vero che, per isolare la fiducia da quegli altri strumenti concettuali e tecnici ad essa affini – conosciuti e disciplinati dall'ordinamento –, l'interprete avrebbe una sola via: ricostruire, appunto "caso per caso", ciò che le parti hanno davvero "voluto" fare, concludendo un determinato negozio, fingendo di concluderlo, concludendo altri contratti insieme ad esso, e così via.

In base a questa ricostruzione del "voluto", si individua la giusta casella nella quale inquadrare l'operazione realizzata dalle parti, individuando, altresì, per deduzione, le regole che ne governano gli eventuali conflitti.

Una ricostruzione essenzialmente "volontaristica", che, tuttavia, non può che muovere dall'unico dato a disposizione dell'interprete: ciò che le parti (non hanno voluto ma) hanno fatto in concreto. Perché – dirlo è banale, ma non inutile – è da ciò che è accertabile oggettivamente (le clausole, i documenti, etc.) che si può tentare un'operazione rico-

struttiva volta a qualificare, successivamente, l'attività delle parti attraverso il ricorso ad uno degli schemi noti al diritto scritto o al diritto vivente.

Non è facile, allora, dimostrare che ciò che è stato fatto è diverso da ciò che si voleva fare, o, comunque, che il contratto concluso non voleva perseguire tutti i suoi tipici effetti, ma altri e differenti.

Le armi a disposizione del fiduciante che voglia far valere, davanti ad un giudice, l'esistenza del patto fiduciario sono poche e scarsamente efficaci.

Non si deve avere timore nel riconoscere che, nell'ordinamento italiano, può registrarsi una diffusa sfiducia nella fiducia, probabilmente figlia di quella diffidenza verso tutti quegli strumenti, pure a disposizione dell'autonomia dei privati, attraverso i quali: o si vuole qualcosa di diverso da ciò che risulta espressamente dalla volontà manifestata, o si vuole qualcosa che corrisponde agli effetti di un atto diverso da quello che si è effettivamente concluso(4).

La fiducia c.d. statica è la categoria cui si potrebbe ricondurre il caso affrontato dalla Corte della Florida.

Tale fattispecie è integrata quando, tra l'altro, il fiduciario acquista un determinato bene da un terzo, ma con denari del fiduciante, cui, successivamente, si impegna a ritrasferire il bene.

Due i problemi che, solitamente, sorgono per questa come per tutte le altre figure di fiducia: la forma e il contenuto del *pactum fiduciae*, i mezzi di tutela offerti al fiduciante vittima di un inadempimento da parte del fiduciario, ove questi non intenda più rispettare l'impegno assunto col fiduciante. Il secondo problema sfugge dai confini di questa nota; il primo, invece, è strettamente legato alla *ratio decidendi* del caso da cui abbiamo preso le mosse, e solo di esso qui ci occupiamo.

La Corte della Florida sceglie una via decisamente antiformalistica, ammettendo che una mera volontà presunta possa essere sufficiente a dimostrare il *resulting trust* (e dunque, come accennato *supra*, nota 2, richiamando la questione della presunzione di vo-

Note:

(3) Per un quadro completo ed organico del dibattito, è sufficiente rinviare a F. Anelli, *Simulazione e interposizioni*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, III, Milano, 2006, 621.

(4) Osserva V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 685: "E' invero, nel modo in cui il contratto fiduciario organizza i propri effetti giuridici, si percepisce qualcosa di strano o anomalo o tortuoso, rispetto alla normalità delle operazioni di autonomia privata".

lontà, non solo non si tratta di un *dictum* rivoluzionario, ma, quanto alla sua portata applicativa, soprattutto esso va a tutelare la *ratio* economica dell'affare, piuttosto che il suo *vestmentum* formale(5)).

Mera volontà presunta, allora, ma non slegata dal mondo dei fatti, poggia essa la propria esistenza su due circostanze: la fornitura del denaro necessario all'acquisto dell'immobile; la constatazione che l'intestazione in capo al fiduciario serviva solo a fargli conseguire la cittadinanza americana.

La contestuale valutazione di queste due circostanze porta alla prova della presunta volontà delle parti, rilevante ai fini della sussistenza di un *resulting trust*.

In Italia, una ricostruzione del *pactum fiduciae* secondo schemi analoghi sarebbe impossibile, e il caso si sarebbe concluso, con tutta probabilità, con la sconfitta processuale di Mr. Key.

La ragione, a ben vedere, non nasce da una logica interna alla fiducia stessa; nasce, piuttosto, da quella regola secondo la quale tutti i negozi aventi ad oggetto, direttamente o indirettamente, beni immobili debbono essere conclusi per iscritto, a pena di nullità(6).

Su quel "direttamente o indirettamente" bisognerà tornare: per ora dobbiamo evidenziare che, in dottrina, nessuno dubita che il *pactum fiduciae* debba rivestire la forma scritta tutte le volte in cui il diritto acquistato dal fiduciario abbia ad oggetto un bene immobile(7), mentre la forma è libera in tutti gli altri casi. Una forma che deve investire, appunto, il patto, cioè l'accordo fiduciario, non bastando a tale scopo mere dichiarazioni ricognitive dell'altrui diritto provenienti dal fiduciario(8).

Seguono la medesima via le scarse decisioni reperibili sul punto(9), che, salvo un'eccezione, non sembrano volersi discostare dall'approccio formalista.

L'argomentazione tradizionale circa la necessità che il *pactum fiduciae* rivesta la forma scritta è in particolare incentrata – come bene emerge da una decisione resa dal Tribunale di Napoli(10) – sul rilievo che, "opinando diversamente, verrebbe violato non solo il principio desumibile dall'art. 1350 c.c. in base al quale la forma solenne è richiesta in relazione al contenuto degli effetti tipici del contratto, ma anche la lettera di quella norma laddove, al n. 1, essa richiede la forma scritta per i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili".

La forma scritta non può essere sostituita neppure dalla dichiarazione confessoria di una delle parti, non

potendo tale dichiarazione essere utilizzata come prova del *pactum fiduciae*, quando esso, appunto, abbia ad oggetto un negozio su beni immobili(11).

Solo in un'occasione(12) si può registrare un'attenuazione del rigore formalistico, ben lontana, tuttavia, dal rappresentare un autentico *revirement*: la Corte di merito, secondo i giudici di legittimità, avrebbe dovuto ammettere le prove orali richieste da chi intendeva provare il patto di fiducia (che, nel caso, legava un marito ed una moglie; il primo fiduciante, la seconda fiduciaria incaricata di acquistare beni immobili con il denaro del primo), perché, si è osservato, "ai fini della prova dell'esistenza del *pactum* [...] non possono ostare le preclusioni di cui agli artt. 2721 e segg. c.c.". La decisione, peraltro, appare quantomeno approssimativa: i giudici non spendono una parola nell'analisi degli orientamenti consolidati sulla forma del patto di fiducia, limitandosi a qualche minimo rilievo circa i margini di operatività della prova testimoniale avente ad oggetto contratti stipulati per iscritto. Dunque, nessuna sorpresa se questa decisione è stata ignorata, sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza.

L'atteggiamento rigorista a proposito della prova del patto fiduciario ha, forse, alcune buone ragioni ispiratrici: esso protegge, essenzialmente, la sicurezza delle contrattazioni immobiliari, rendendo più difficile dimostrare che il contratto di alienazione era causalmente legato ad un patto fiduciario, che ne alterava gli effetti tipici.

Note:

(5) Sul problema, e per vari ed ulteriori spunti e riflessioni, v. soprattutto l'indagine di And. D'Angelo, *Promessa e ragioni del vincolo*, I, Profilo storico e comparativo, Torino, 1992, *passim*, ma, specialmente, p. 165 s.

(6) V. infatti, in giurisprudenza, la seguente massima, espressione di un principio considerato generale: "Il mandato, con o senza rappresentanza, a vendere beni immobili deve essere stipulato in forma scritta sotto pena di nullità" (Cass., 24 gennaio 2003, n. 1137, *Corriere giur.*, 2003, 1064 (nota D. Maffei)).

(7) Per tutti, G. Vettori, *La prova del "pactum fiduciae"*, *Foro it.*, 1991, I, 2496, in particolare a p. 2502 s.

(8) Sul punto, v. ancora F. Anelli, *Simulazione* [*supra*, nota 3], a p. 635.

(9) V., ad esempio, App. Bologna, 14 giugno 1991, *Foro pad.*, 1992, I, 407 (nota P. Mari); Cass., 13 aprile 2001, n. 5565, *Mass. Giur. it.*, 2001, 689; Trib. Genova, 13 ottobre 2005, *Obbl. e contr.*, 2006, 3, 266.

(10) Trib. Napoli, 18 novembre 1992, *Foro it.*, 1993, I, 3403.

(11) Cass., 13 aprile 2001, n. 5565 [*supra*, nota 9].

(12) Cass., 21 novembre 1988, n. 6263, *Foro it.*, 1991, I, 2495 (nota G. Vettori).

Ma l'argomento tecnico quasi sempre utilizzato per sostenere questa regola non è privo di elementi di debolezza, che meritano di essere evidenziati.

Il punto è: in che senso il patto di fiducia può essere accostato a tutti quei negozi che hanno indirettamente oggetto beni immobili? E, se sì, è certo che qualunque negozio che abbia ad oggetto anche solo indirettamente immobili debba per quest'unica ragione essere stipulato per iscritto a pena di nullità?

■ Forma del *pactum fiduciae*, forma del contratto: per il superamento di una regola troppo rigida

La questione, all'evidenza, si sposta nel territorio della forma del contratto.

Non si tratta, tanto, di rievocare la *vexata quaestio* dell'esistenza o della non esistenza del principio di libertà delle forme⁽¹³⁾, quanto di capire perché, relativamente alla forma del *pactum fiduciae*, non si nutrano quegli stessi dubbi che emergono, invece, a proposito della forma del mandato ad acquistare beni immobili, di cui pure si evidenzia la parentela molto stretta con la fiducia statica⁽¹⁴⁾.

Per il mandato ad acquistare, infatti, molti sono coloro che dubitano della necessità della forma scritta⁽¹⁵⁾, invocando, appunto, la non praticabilità di un'interpretazione che conduca ad una estensione analogica di una norma restrittiva della libertà delle parti, che, come tale, non dovrebbe tollerare applicazioni oltre ai casi espressamente considerati.

La sensazione è che, sostanzialmente, anche qui valga la regola del "caso per caso".

Ci sono situazioni in cui la forma scritta, anche se non espressamente prevista dal legislatore, appare giustificata da ragioni varie: si pensi alla tutela dell'affidamento dei terzi, ed anche alla esperibilità di azioni esecutive in forma specifica.

Ci sono situazioni in cui, invece, la forma scritta appare eccessiva, e, appunto nel silenzio della legge, parrebbe sufficiente che la volontà dei contraenti fosse manifestata (anche) attraverso dichiarazioni o comportamenti concludenti, la cui prova ben potrebbe essere affidata all'oralità.

Sul *pactum fiduciae* e sulla sua prova opera un meccanismo simile: per ovviare alle difficoltà create da un accordo che incide sugli effetti tipici del contratto cui accede, si rende artificiosamente più difficile provarne l'esistenza. Una disincentivazione attuata attraverso una modalità che, aggravando il pro-

cedimento formativo dell'accordo fiduciario, complica la vita degli affari e dei traffici, ma garantisce, complessivamente, l'inderogabilità delle regole legislative sugli effetti del contratto, che si vuole sottrarre alla disponibilità delle parti: il sistema dell'ordine giuridico statale, dunque, prevale imperativamente sul sottosistema dell'ordine giuridico delle parti.

Il punto, più specificamente, è che, forse, la forma scritta del patto di fiducia tradisce la sua stessa causa, ed è in conflitto con essa.

Il novero di rapporti umani e sociali su cui si può innestare un negozio fiduciario rifugge, infatti, dagli eccessi di formalizzazione: ed è forse per questo che la Suprema Corte, nella richiamata decisione che si allontana dall'orientamento tradizionale, ha voluto imporre ai giudici di merito di riconsiderare il rifiuto di ammettere le prove testimoniali invocate dal fiduciante per dimostrare la sussistenza del patto fiduciario.

In quel caso, a ben guardare, sembrò forse strano, ed anche eccessivo, pensare che un marito, all'atto di consegnare alla moglie il denaro necessario all'acquisto degli immobili, si procurasse una prova scritta del patto fiduciario.

La prova della fiducia può allora ricercarsi in una serie di situazioni oggettivamente riscontrabili (le note situazioni affidanti⁽¹⁶⁾, come i rapporti personali, familiari, affettivi esistenti tra le persone), da cui inferire, presuntivamente, l'esistenza di un patto fiduciario: lungo questa apprezzabile linea si è mossa la Corte della Florida, che ha posto al centro del proprio ragionamento l'affidamento di Mr. Key che l'immobile gli sarebbe stato spontaneamente ritrasferito in quanto tutta l'operazione economico-giuridica era sorretta da ragioni morali (l'aiutare una persona a conseguire la cittadinanza statunitense).

Il nostro ordinamento, lo si è accennato sopra, non pare aprioristicamente rifiutare una soluzione analoga, se solo si abbandonassero approcci che sembrano più che altro fondati su di un apparente rigore

Note:

(13) Per tutti, N. Irti, Studi sul formalismo negoziale, Padova, 1997.

(14) Per tutti, U. Morello, Fiducia e negozio fiduciario: dalla "riservatezza" alla "trasparenza", in I. Beneventi (cur.), I trusts in Italia oggi, Milano, 1996, 81, a p. 83.

(15) Assai approfondita e convincente, la recente analisi di U. Breccia, La forma, in Trattato del contratto [supra, nota 3], 663, a pp. 663-664.

(16) Cfr. ancora M. Lupoi, Istituzioni [supra, nota 2], p. 202.

concettuale e dogmatico, che, però, come spesso accade, in realtà fotografa non già la cristallina linearità di un sistema giuridico immaginato e sperato quale motore immobile, quanto piuttosto un serio ostacolo al pensare per problemi.

La legge non impone espressamente il ricorso ad alcuna forma solenne, perché sulla fiducia tace, e non sembra corretto assimilare il *pactum fiduciae* ai negozi aventi ad oggetto, pur se mediato, beni immobili(17).

E d'altra parte, di recente, si è giustamente evidenziato che “nella fiducia vera e propria la realizzazione dell'interesse del fiduciante [...] rimane affidata alla lealtà del fiduciario”, e che “la fiducia sembra perciò svolgere una funzione tanto più penetrante nella vita di relazione quanto più distante dal diritto è la situazione da essa caratterizzata”(18). Le situazioni affidanti in genere, infatti, appartengono naturalmente al regno del pregiuridico(19): con la conseguenza, sulla quale la riflessione è certo attratta e che, anzi, merita i doverosi approfondimenti, che la predominanza dell'elemento personalistico-soggetti-

vo, nel campo della fiducia, richiede e financo impone che la soluzione predisposta dal sistema giuridico non cancelli o reprima il cuore stesso dei rapporti fiduciari: appunto la loro lontananza dal (ma non estraneità al) giuridico(20).

Note:

(17) Cass., 30 gennaio 1985, n. 560, Dir. giur., 1987, 268 (nota A. Miola), ha significativamente affermato (pur non approfondendo la questione) che la tesi per cui non solo il negozio traslativo di beni immobili dal fiduciario al fiduciante in esecuzione del *pactum fiduciae*, ma anche il detto patto deve avere forma scritta *ad substantiam*, va rigettata non trovando riscontro nella costruzione dogmatica del negozio fiduciario (a p. 279); e ciò, ci pare, esattamente nel senso di riconoscere una propria specificità al negozio fiduciario, in tanto in quanto veste giuridica di un rapporto tipicamente personale, al centro del quale sta l'affidamento reciproco, fondato innanzitutto sulla parola data.

(18) Sono parole di A. Luminoso, Il mandato, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, vol. XII, tomo IV**, Torino, 2007, 363, a p. 382.

(19) Così, M. Lupoi, Istituzioni [*supra*, nota 2], p. 202.

(20) In senso più generale, ma appropriato ai fini del nostro discorso, v. le osservazioni di M. Lupoi, Metafore giuridiche e finzioni: la “parola data”, Riv. dir. civ., 2002, I, 577, in particolare a p. 584.

Italia – Corte Suprema di Cassazione

Interposizione reale di persona e retro-trasferimento di quote sociali

Quote sociali - intestazione fiduciaria - interposizione reale - retro-trasferimento al fiduciante - patto di prelazione societaria - violazione - insussistenza

Si ha interposizione reale di persona quando per mezzo di un negozio fiduciario venga trasferita la proprietà c.d. esterna e ufficiale di quote sociali, risultando quindi il fiduciario legittimato all'esercizio dei diritti da esse derivanti nei confronti dei terzi, sebbene nei rapporti interni tra le parti venga mantenuta la titolarità effettiva. Il retro-trasferimento di quote sociali dal fiduciario al fiduciante non costituisce, quindi, violazione della clausola di prelazione contenuta nello statuto della società le cui quote sono oggetto di retro-trasferimento in quanto non si verifica, dal punto di vista sostanziale, alcun mutamento della compagine sociale, posto che il primo trasferimento, pur reale, era avvenuto *fiduciae causa* e che, conseguentemente, il titolare delle quote era tenuto ad operare nell'interesse e secondo le istruzioni del fiduciante. Conseguentemente, il fiduciario che sia anche titolare in proprio di quote della medesima società non può invocare il diritto di prelazione su quelle quote che abbia dovuto retro-trasferire al fiduciante.

■ **Suprema Corte di Cassazione, Sez. I Civile, G. Losavio, Pres., L. Panzani, Est., 2 maggio 2007, n. 10121 [G. S. c. M. I.]**

TESTO DELLA SENTENZA

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 10.2.1998 M.I. conveniva in giudizio S.G., esponendo che il 30 marzo 1990 con rogito notaio Cirri veniva costituita la F. s.r.l. con un capitale sociale di L. 25.000.000, avente ad oggetto la trasformazione di nastri adesivi e la commercializzazione di prodotti per imballaggio, nella quale egli aveva deciso di reinvestire le risorse e l'esperienza investite nella P., società entrata in crisi dopo un iniziale periodo di prosperità; che, non intendendo figurare direttamente, aveva intestato la propria quota del 90% a persona di sua fiducia, tale B.G., mentre nel (*omissis*) faceva ingresso nella società, dapprima come traduttrice e quindi come amministratrice, la G.; che dopo l'ingresso di nuovi soci, tra cui la moglie di esso M., la G. e tali D. e C. erano subentrati come interposte persone, prestanomi delle sue quote; che il risultato era stato ottenuto con tre scritture private di vendita che servivano ad elidere l'acquisto delle quote effettuato dai prestanome, tra cui, in particolare, quello con la G. che, formalmente intestataria del 30% della quota sociale, ne cedeva il 27%, restando proprietaria del 3% della parteci-

pazione sociale; che la G. aveva cominciato a comportarsi come titolare effettiva della quota societaria fiduciarmente intestata, eludendo l'invito rivoltole nel giugno 1994 a presentarsi davanti al notaio per ufficializzare la reale situazione proprietaria delle quote. Chiedeva quindi accertarsi essere egli proprietario del 27% della quota sociale della F. s.r.l. intestata alla convenuta nonché la condanna generica di quest'ultima al risarcimento danni.

La G. chiedeva il rigetto delle domande attrici, assumendo che il M. non aveva mai posseduto alcuna quota della F. s.r.l. Alla causa veniva riunita quella proposta dalla G. per ottenere la declaratoria di nullità del contratto di cessione della propria quota del 27% al M. per violazione dell'art. 2479 c.c., comma 4, in relazione agli artt. 1350 e 1418 c.c. per essere il contratto stesso, oltre che privo di data certa, privo del requisito della redazione per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Il Tribunale di Firenze con sentenza del 11.8.2001, individuato il "thema decidendum" nella esistenza di un patto fra le parti in causa avente ad oggetto l'intestazione fiduciaria reale in capo alla G. del 27% delle quote della soc. F. in

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza dal suo originale.

realtà appartenenti al M. e rilevato che la prova dell'intestazione fiduciaria non è soggetta a requisiti di forma e che la scrittura privata con sottoscrizione autenticata è richiesta solo per l'opponibilità del trasferimento alla società, ma non anche per il trasferimento delle quote sociali che è un atto negoziale a forma libera, riteneva che dal complesso delle risultanze processuali - prove documentali, per testi e per presunzioni - emergesse l'intestazione fiduciaria in capo alla G.. Di conseguenza: a) accertava la proprietà in capo al M. del 27% delle quote della F. s.r.l.; b) in accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c. ordinava alla G. il trasferimento al M. delle quote a lei fiduciarmente intestate; c) rigettava la domanda di accertamento avanzata dalla convenuta, nonché la domanda risarcitoria avanzata dal M. perché non provata. La Corte d'appello di Firenze con sentenza 23.6.2003 respingeva l'appello della G. osservando che sussisteva la prova dell'intestazione fiduciaria delle quote, avuto riguardo al fatto che l'appellante non aveva disconosciuto la sottoscrizione dell'atto di retrovendita, di cui aveva eccepito la nullità per vizi di forma, all'esistenza di analoghi atti posti in essere dagli altri prestanome ed al tenore delle prove testimoniali esperite. Ad avviso della Corte di merito la cessione delle quote nei rapporti tra le parti non era soggetta ad alcun requisito di forma richiesto soltanto per renderla opponibile alla società; la mancanza della data sulla scrittura non era causa di nullità; la prova dell'interposizione poteva essere data con ogni mezzo e quindi anche con testimoni. Era vero che il M. aveva adottato difese contrastanti perché da un lato aveva dedotto che nella specie sussisteva interposizione reale e non fittizia, dall'altro in primo grado aveva parlato di simulazione dell'atto di compravendita, dall'altro ancora aveva proposto domanda ex art. 2932 c.c. perché fosse ordinato alla G., quale proprietaria delle quote, di trasferirle in suo favore. Tuttavia tali contraddizioni non impedivano al giudice di procedere alla corretta qualificazione giuridica dei fatti ed era acclarato che nella specie intercorreva interposizione reale, perché nessuna delle parti aveva posto in discussione la circostanza. Nel negozio fiduciario veniva trasferita la proprietà c.d. esterna ed ufficiale, con attribuzione al fiduciario della legittimazione all'esercizio dei diritti incorporati nelle quote nei confronti della società e dei terzi, ma con mantenimento della titolarità interna nei rapporti tra le parti.

La Corte d'appello, pertanto, in parziale accoglimento dell'appello incidentale, limitava la pronuncia all'accertamento della proprietà del 27% delle quote in capo al M. e condannava la G. al risarcimento dei danni, da determinarsi in separato giudizio. Avverso la sentenza ricorre per cassazione la G., articolando cinque motivi. Il M. non ha svolto attività difensiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce violazione dell'art. 112, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4. La Corte d'appello non avrebbe pronunciato sul motivo d'appello con cui essa aveva chiesto la declaratoria d'illegittimità dell'ordinanza 8.2.2000, ammissiva delle prove per testi.

Con il secondo motivo la ricorrente lamenta violazione degli artt. 1414, 2700, 2722, 2729 c.c. in riferimento all'art. 360 c.p.c., n. 4.

Contesta che la prova testimoniale fosse ammissibile sia perché era questione di interposizione fittizia di persona, che costituisce una simulazione in senso soggettivo sia perché in ogni caso non poteva darsi prova per testi in contrasto con il tenore di un documento, nella specie l'atto pubblico di vendita. Del pari non poteva trovare ingresso la prova per presunzioni, quale era l'annotazione a libro soci del trasferimento dal B. alla G., non fornendo tale annotazione prova diretta del diritto azionato dal M.

Con il terzo motivo la ricorrente deduce l'errata interpretazione delle risultanze istruttorie ai sensi dell'art. 116 c.p.c., comma 1, e difetto di motivazione sul punto.

Avuto riguardo alle dichiarazioni rese dai testi C. e B. non sarebbe stato possibile dedurre che la G. era soltanto una fiduciaria del M.. Ancora la Corte non avrebbe tenuto conto delle dichiarazioni dei testi D.C. e Me. di non sapere nulla dei fatti di causa.

Con il quarto motivo la ricorrente deduce violazione degli artt. 1418 e 1421 c.c. perché la Corte non avrebbe considerato la nullità della retrovendita perché effettuata in violazione del diritto di prelazione in favore degli altri soci risultante dall'art. 6 dello statuto sociale. Non sarebbe fondato quanto affermato dalla Corte d'appello in ordine al fatto che la G., quale parte della scrittura, sarebbe stata priva di legittimazione a far valere la nullità, posto che l'art. 1421 c.c. attribuisce la legittimazione a chiunque vi abbia interesse. Ancora sarebbe errata l'ulteriore argomentazione della Corte di merito secondo la quale non vi sarebbe stata violazione del diritto di prelazione perché il M. era socio di maggioranza, perché in primo luogo ciò non era vero ed in secondo luogo la clausola statutaria attribuiva il diritto di prelazione a tutti i soci, in proporzione alle quote possedute.

Con il quinto motivo la ricorrente lamenta ancora violazione dell'art. 1418 c.c. dolendosi che la Corte d'appello non abbia accolto tale eccezione fondata sul difetto di data della scrittura di retrovendita. Nella specie la nullità non sarebbe derivata dalla mancanza di data in se, ma dal fatto che in tal modo al M. era attribuito il diritto di determinare a suo arbitrio la data dell'atto, in quanto "in bianco" in uno dei suoi elementi fondamentali, l'atto sarebbe stato nullo per indeterminatezza e difetto di volontà contrattuale.

2. Il primo motivo non è fondato.

La Corte d'appello, contrariamente all'assunto della ricorrente, ha pronunciato sull'eccezione d'inammissibilità della prova testimoniale, oggetto di uno dei motivi di gravame, osservando che la prova dell'intestazione fiduciaria delle quote sociali non è soggetta a requisiti di forma e può essere data con ogni mezzo, ivi compresa la prova testimoniale.

Con il secondo motivo la ricorrente contesta appunto la conclusione cui è pervenuta la Corte, ma il motivo è in parte inammissibile, perché sostiene che nella specie fosse questione di interposizione fittizia senza peraltro muovere censure alla motivazione con cui la Corte di merito ha ritenuto che si trattasse di interposizione reale, in parte infondato. Trattandosi di interposizione reale, infatti, non trovano applicazione i limiti di prova della simulazione tra le parti previsti dall'art. 1417 c.c. L'interposizione reale si configura quando un soggetto interposto, d'intesa con altro soggetto (interponente), contra in nome proprio ed acquista effettivamente i diritti nascenti dal contratto dall'interponente o da un terzo con l'obbligo derivante dal rapporto interno con l'interponente di trasmettere o ritrasmettere a quest'ultimo i diritti così acquistati (cfr. Cass. 14.5.1990, n. 4118). In questo caso la prova dell'interposizione incontra soltanto i limiti propri del negozio posto in essere tra interponente ed interposto, in virtù del quale l'interposto deve ritrasferire i diritti acquistati all'interponente.

Nel caso della cessione di quote di s.r.l., come nel caso di specie, l'art. 2479 c.c. vigente all'epoca dei fatti, come oggi l'art. 2470, regola la forma del trasferimento perché lo stesso sia opponibile alla società, ma nei rapporti tra le parti è pacifico, in dottrina e giurisprudenza, che in virtù del principio generale di libertà delle forme, la cessione è valida ed efficace in virtù del semplice consenso da esse manifestato (Cass. 10.11.1998, n. 11296; Cass. 11.3.2003, n. 3556).

Ne deriva che correttamente la Corte d'appello ha considerato la scrittura privata senza data di cessione delle quote, intervenuta tra la G. ed il M., ritenendo dimostrata l'interposizione reale alla luce del comportamento processuale delle parti, che sostanzialmente non avevano contestato l'esistenza dell'interposizione, deducendo la G. soltanto vizi formali, e dell'esito delle prove testimoniali. Va sottolineato a questo proposito che esattamente la Corte di merito ha ritenuto che il difetto di data della scrittura contenente la retrovendita non determinasse la nullità del contratto, non comminata da nessuna norma di legge. Con il quinto motivo la ricorrente sostiene che in tal modo l'acquirente M. acquistava il diritto potestativo di inficiare il trasferimento delle quote in capo alla G., e che ciò avrebbe comportato la nullità del negozio per indeterminazione e per difetto della volontà negoziale. In proposito è sufficiente osservare che l'eccezione di nullità del negozio viene for-

mulata in questi termini per la prima volta in sede di legittimità, si che il motivo è inammissibile.

Con il terzo motivo la ricorrente contesta le conclusioni cui la Corte d'appello è pervenuta nell'esame delle risultanze della prova testimoniale, deducendo violazione dell'art. 116 c.p.c., e vizio di motivazione, ma è palese che in realtà essa non svolge alcuna censura sulla motivazione della sentenza impugnata e pretende soltanto di proporre un'interpretazione della prova diversa da quella cui è pervenuto il giudice di merito, come tale inammissibile in sede di legittimità.

Infine con il quarto motivo la ricorrente lamenta la nullità della scrittura di retrovendita perché stipulata in violazione del diritto di prelazione riconosciuto in proporzione alla quota posseduta a tutti i soci dall'art. 6 dello statuto sociale. Sul punto la Corte territoriale ha sottolineato che la G., quale parte del contratto, aveva dato causa alla nullità e pertanto non poteva eccepire ed ha aggiunto che in ogni caso, essendo il M. socio di maggioranza, non vi era stata violazione del diritto di prelazione.

Il motivo non è fondato, anche se la motivazione adottata dal giudice di merito deve essere corretta.

La Corte d'appello ha affermato che la ricorrente non poteva eccepire la nullità avendovi dato causa, ma tale principio, affermato dall'art. 157 c.p.c. in materia processuale, non può essere invocato per quanto attiene alle nullità di carattere sostanziale, ove occorre soltanto guardare alla sussistenza dell'interesse di chi deduce la nullità del negozio ex art. 1421 c.c..

È da ritenere che nel caso di specie la violazione del patto di prelazione non possa essere invocata. La Corte di merito ha accertato che il trasferimento, pur reale, delle quote era avvenuto fiduciae causa, si che la G. era tenuta ad operare nell'interesse del mandante M.. La clausola di prelazione è dettata nell'interesse dei soci che intendono in questo modo garantirsi contro il rischio di mutamento della compagine sociale. Ma è evidente che nel caso dell'intestazione fiduciaria non vi è, dal punto di vista sostanziale, alcun mutamento nelle persone dei soci, posto che il fiduciante è tenuto ad operare nell'interesse e seguendo le istruzioni del mandante, rispondendo altrimenti dei danni.

Deve dunque escludersi che il trasferimento delle quote dalla G. al M., effettuato con la scrittura privata intervenuta tra le parti priva di data, possa essere impugnato dalla ricorrente per violazione del diritto di prelazione dei soci, essendo esso parte integrante del pactum fiduciae. Il mancato svolgimento di attività difensiva da parte dell'intimato esime dalla pronuncia sulle spese.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Italia – Tribunale di Padova

Estromissione di beni dal fondo patrimoniale e vincolo in trust

Fondo patrimoniale - estromissione di beni - trust - vincolo - autorizzazione all'estromissione - concessa

Può essere autorizzata l'estromissione di beni dal fondo patrimoniale costituito da entrambi i coniugi per le esigenze della famiglia al fine di vincolare i medesimi beni in un trust istituito da uno dei coniugi stessi a beneficio proprio, dell'altro coniuge e dei figli.

■ **Tribunale di Padova, Sez. I Civile, A. Rasi Caldugno, Pres., P. Di Francesco, Giudice Rel., L. Micochero, 2 settembre 2008 [X. e Y.]**

TESTO DEL RICORSO E DEL DECRETO

Il sottoscritto Mario Caracciolo, notaio in Padova iscritto nel ruolo dei Notai del Collegio Notarile di Padova, incaricato della stipula dell'atto di cui appresso dai coniugi signori

..., nato a ... il ..., residente in Padova, via ..., codice fiscale ...

..., nata a ..., il ..., residente in Padova, via ..., codice fiscale ...

legittimato al presente ricorso ai sensi dell'art. 1 della legge 16 febbraio 1913 n. 89,

espone quanto segue

i signori ... e ...

- in data 02.06.1988, in Padova, hanno contratto matrimonio con rito concordatario; hanno due figli: ... (nato a ..., l'...) e ... (nato a ... il ...);

- in data 15.11.2005, con atto a mio rogito: Rep. n. ... registrato a Padova il 21.11.2005 al n. ... Atti Pubblici e trascritto presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari di Padova il 22.11.2005 ai n. ri .../..., hanno convenuto di costituire un fondo patrimoniale vincolando a fare fronte ai bisogni della famiglia, i seguenti beni in Padova, ...: (*omissis*)

- in data 18 aprile 2008 con atto da me notaio autentico rep. n. ... registrato presso l'Agenzia delle Entrate di Padova in data 29.04.2008 al n. ..., il signor ... in qualità di Disponente, ha istituito un Trust regolato dalla Trusts (Jersey) Law 1984 (as amended 2006), denominato "... trust" per meglio garantire al Patrimonio di Famiglia, nel corso del tempo, continuità storica di valore ed unitarietà di gestione e ciò, altresì, per:

- meglio assicurare ai propri discendenti, anche nelle mutevoli e non prevedibili contingenze di vita, la migliore e più efficace garanzia di protezione e tutela patrimoniale, cosicché non risentano di alcuna vicenda, personale o economica che, negli anni a venire, possa riguardare il Disponente;

- ed ancora, prevenire per il futuro possibili dissensi fra i discendenti medesimi o qualunque loro atto di disposizione patrimoniale prima di aver raggiunto un'età consapevole.

Esigenze tutte che, sotto il profilo pratico, il fondo patrimoniale a causa della sua fisiologica rigidità, non riesce a soddisfare (rivelando altrettanti punti di debolezza).

Il trust, infatti, offre una soluzione competitiva in termini di vantaggio, avuto riguardo alla situazione contingente di vita, al desiderio del Disponente stesso e del proprio coniuge di riuscire a conciliare gli obiettivi della sfera affettiva familiare con quelli della sfera lavorativa e patrimoniale, obiettivi che spesso portano entrambi a viaggiare insieme all'estero per lungo tempo.

E precisamente, il trust consentirebbe una:

a) tutela continua nel tempo dei familiari-beneficiari (individuandone di volta in volta le contingenti neces-

Riproduciamo il testo del ricorso e del decreto emesso dal Tribunale dal loro originale.

In materia di prosecuzione degli effetti del fondo patrimoniale dopo la cessazione del vincolo matrimoniale si v. Tribunale di Milano, 7 giugno 2006, in questa Rivista, 2006, 575. Il Tribunale di Firenze, 23 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 406, aveva rifiutato l'autorizzazione a sostituire un fondo patrimoniale con un trust, non ravvisando in quest'ultimo le stesse garanzie offerte dal primo.

sità) in particolare dei figli e, ciò, sia dopo la maggiore età, sia dopo la morte o sopravvenuta incapacità anche di uno solo dei genitori;

b) seria e puntuale programmazione delle risorse patrimoniali familiari (comprendente anche di denaro e ogni altro bene mobile, quote sociali non azionarie, strumenti finanziari non riconducibili alla categoria dei titoli di credito "vincolati" se resi nominativi) al termine finale di durata del trust attraverso la devoluzione dei beni ai beneficiari prevenendo possibili futuri dissensi fra gli stessi, assicurando altresì, nel corso della durata del trust, mediante regole precise, un'ordinata attribuzione dei benefici economici. Queste le ragioni morali ed etiche che hanno accompagnato il Disponente nel percorso necessario per addivenire alla decisione di istituire il trust, ragioni sempre almeno tanto importanti quanto le considerazioni giuridiche che ne discendono. Anche con il trust, infatti, così come con il fondo patrimoniale si vincolano determinati beni per la realizzazione di specifici scopi: "l'effetto di qualsiasi trust è quello di segregare una posizione soggettiva e destinarla a una specifica finalità". Tuttavia è proprio solo del trust il secondo imprescindibile carattere: l'affidamento. La posizione soggettiva segregata è una posizione che il disponente trasferisce al trustee per una legittima finalità alla cui realizzazione il trustee è preposto quale affidatario della posizione medesima: la posizione soggettiva che il disponente gli ha trasferito appartiene oramai al trustee, sia pure nella sfera segregata; egli ne diviene responsabile rimanendo "obbligato" verso i beneficiari, gli unici che hanno azione contro il trustee inadempiente. La segregazione conseguente al trust (diversamente da quella del fondo patrimoniale volta solo a rendere "inattuabili" i beni dagli ordinari creditori) è null'altro che la manifestazione giuridica della priorità dell'interesse dei beneficiari del trust: il trustee riceve beni dal disponente, quei beni sono certamente "suoi", ma la legge attribuisce priorità ad un interesse diverso (l'aggettivo "suo" riferito al trustee, concerne il *titulus*, non il *commodum*: i beni diventano "suoi" ma egli non può trarne alcun profitto – alcun *commodum* – in attesa di trasferirli al beneficiario della fiducia). La stessa Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 all'art. 11 dispone che i creditori personali del trustee non possono rivalersi sui beni in trust e che questi non formano oggetto della successione ereditaria del trustee né sono inclusi nel suo fallimento (Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in T&AF, 2003, 409, Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in T&AF, 2003). Dunque la prima sostanziale differenza del trust con l'istituto del fondo patrimoniale che poi è alla base di tutte le altre diversità, è la fiduciarità delle obbligazioni del trustee al quale è affidato il "compito" e i mezzi (dotazione

iniziale e ulteriori apporti) per realizzarlo. Sono obbligazioni in senso tecnico, pertanto, pacificamente azionabili davanti all'autorità giudiziaria ordinaria (Tribunale di Milano, 20 ottobre 2002, Trusts, 2003, 265 e App. Milano, 20 luglio 2004, *ivi*, 2005, 87). In forza dell'atto istitutivo il disponente enuncia al trustee la finalità dell'affidamento e le regole di base: la durata, i poteri del trustee, i beneficiari. Viceversa il fondo patrimoniale:

a. non prevede "beneficiari" in senso tecnico: i figli non possono agire contro i genitori che destinino i frutti a finalità estranee ai bisogni della famiglia;

b. i coniugi non sono considerati "fiduciari": essi possono confondere la posizione gestoria con quella dominicale, decidendo discrezionalmente circa l'amministrazione e la disposizione dei beni del fondo (il fondo diviene "vulnerabile" da parte degli stessi coniugi).

Messe in correlazione le caratteristiche (programmatiche) del trust ed i limiti del fondo patrimoniale, a fronte della Finalità [di cui supra, punti sub a) e b)] comunque rispondente ad un interesse meritevole di tutela, non altrimenti realizzabile mediante negozi di diritto italiano (e in specie, mediante il fondo patrimoniale) è evidente, nell'interesse dei figli minori, l'utilità e l'opportunità di sottrarre parte dei beni del fondo patrimoniale (proprio quelli adibiti a residenza familiare e in calce meglio descritti) all'amministrazione della comunione legale, affidandone temporaneamente la proprietà e la gestione imparziale ad un Trustee.

A tal fine, l'atto istitutivo del "... trust" dispone che: *"il Disponente o terzi potranno altresì incrementare il fondo in trust con ulteriori apporti, anche di beni già vincolati, mediante le forme di segregazione patrimoniale previste dall'ordinamento giuridico italiano, qualora tali forme di segregazione non consentano di realizzare interessi meritevoli di tutela utilmente perseguibili solo a mezzo di un trust interno"*.

Il Trustee inoltre (ex Art. 16 dell'atto Istitutivo di trust - Limitazioni ai poteri gestionali del Trustee -)

"A. ... non può, senza averne ottenuto il previo consenso del Guardiano (che ne controlla la legalità dell'operato) relativamente ai beni inclusi nel Fondo in Trust

1. alienarli
2. costituire garanzie reali sugli stessi
3. contrarre mutui anche ipotecari
4. rilasciare fidejussioni o altre garanzie personali
5. vincolarli in genere
6. consentirne il godimento a soggetti diversi
 - a. dal Disponente
 - b. o, in mancanza, dal suo coniuge
 - c. o, in mancanza, dai Beneficiari Attuali.

B. Il Guardiano e, in mancanza del Guardiano, qualsiasi Beneficiario Attuale ha diritto di agire per l'annulla-

mento dei contratti stipulati in violazione delle disposizioni che precedono”.

Tale operazione consentirebbe, a fronte di qualunque vicenda personale ed economica del Disponente stesso e del coniuge, di preservare sempre e in ogni caso, i beni destinati ad abitazione familiare anche da eventuali, possibili irregolarità nell'amministrazione da parte dei genitori, assicurando ai figli quel valore aggiunto che solo il trust offre e, quindi, ogni tutela, protezione, soddisfacimento dei propri bisogni ed interessi secondo le regole precise dell'atto istitutivo, anche in caso di sopravvenuta incapacità o morte dei genitori.

Tanto esposto, il ricorrente nella qualità suddetta

chiede

che codesto Ill.mo Tribunale,

- esaminato il su esteso ricorso

- letti gli art. 737 e ss. c.p.c. e svolti gli incombenti di

rito

- sentiti il Giudice Tutelare e il Pubblico Ministero

- ritenuta ex art. 169 c.c., anche a fronte della situazione contingente suesposta, l'evidente utilità e opportunità dell'operazione prospettata nell'interesse dei figli minori

voglia

autorizzare la richiesta “riduzione” del fondo patrimoniale e dunque l'estromissione dei beni immobili (in calce meglio descritti) applicando in via analogica le disposizioni in materia di vendita, trattandosi di atto volto non a far cessare il fondo patrimoniale ma, esclusivamente, a sottrarre parte dei beni al vincolo imposto ex art. 167 c.c. al fine di dotare degli stessi, con atto a mio rogitto, il Fondo dell'istituto “... trust”.

Stante l'urgenza si richiede che il presente decreto sia munito di efficacia immediata ai sensi e per gli effetti dell'art. 741 comma II c.p.c.

Ai sensi del d.p.r. 115/02, trattandosi di riduzione di fondo patrimoniale, opera l'esenzione dal pagamento del contributo unificato.

Descrizione catastale dei beni immobili da estromettere:

(omissis)

Il G.T.

pur considerato che la nuova forma di protezione giuridica per la tutela dei bisogni della famiglia che i ricorrenti intendono adottare (trust) non è istituto regolato dall'ordinamento italiano, sicché il trasferimento dal fondo patrimoniale al trust di alcuni beni già compresi nel primo non realizza una sicura tutela delle esigenze della famiglia e, quindi, dei beni dei minori figli dei ricorrenti;

considerato che l'art. 169 c.c. consente, però, l'aliena-

zione di beni dal fondo patrimoniale e ritenuto che il conferimento di alcuni beni nel trust è atto di disposizione meno incidente di un'alienazione;

considerato che la dotazione del fondo patrimoniale con i beni che i ricorrenti [...] pretendono ora svincolare dal fondo e vincolare nel trust è stata pur sempre fatta dagli stessi ricorrenti,

esprime parere favorevole alla descritta operazione.

(omissis)

Il P.M.

Visto, esprime parere favorevole

(omissis)

IL TRIBUNALE DI PADOVA

Sezione I Civile

riunito in camera di consiglio nelle persone dei magistrati

1) dott. Alberto Rasi Caldogno Presidente

2) dott. Paola Di Francesco Giudice Relatore

3) dott. Lisa Micochero Giudice

nel procedimento n. ... V.G. ha pronunciato il seguente

DECRETO

Letto il ricorso depositato il 12 giugno 2008 da ... nonché la documentazione integrativa depositata il 5 agosto 2008;

visto il parere favorevole del Pubblico Ministero in data 16 luglio 2008;

visto il parere favorevole del Giudice Tutelare in data 3 luglio 2008;

sentito il Relatore;

ritenuta l'evidente utilità e ravvisata l'urgenza;

visti gli artt. 169 c.c. e 737 ss. c.p.c.

P.Q.M.

autorizza ... a ridurre il fondo patrimoniale costituito in data 15 novembre 2005 con atto rep. n. ... notaio Mario Caracciolo, estromettendo dal medesimo i beni immobili analiticamente indicati nel ricorso depositato in data 12 giugno 2008, al solo fine di dotare degli immobili in questione il Fondo dell'istituto “... trust”, costituito il 18 aprile 2008 con atto notaio Mario Caracciolo rep. n. ...

Dispone l'immediata efficacia del presente decreto ai sensi dell'art. 741 c.p.c.

Italia – Tribunale di Bologna

Concessione all'amministratore di sostegno dell'autorizzazione all'istituzione di un trust

Amministratore di sostegno - istituzione di un trust - istanza congiunta dell'amministratore e del soggetto debole - autorizzazione - concessa

Può essere autorizzata l'istituzione di un trust avente ad oggetto i beni di una persona sottoposta ad amministrazione di sostegno, su istanza congiunta dell'amministratore di sostegno e del beneficiario della misura tutelare, in quanto il trust si presenta come uno strumento che consente di soddisfare le esigenze di vita, le aspirazioni personali e le legittime istanze dell'amministrato ancor più e meglio delle previsioni degli artt. 410 ss. cod. civ.

■ **Tribunale di Bologna, Sez. I Civile, M. Betti, Giudice Tutelare, 23 settembre 2008 [M. e M.]**

TESTO DEL DECRETO

Il Giudice Tutelare,

letto il ricorso per l'autorizzazione all'istituzione del "Trust per Mauro ..." depositato il 16/5/08 da Maurizio ..., quale amministratore di sostegno di Mauro ... nominato con decreto GT Bologna 8/11/05, e dallo stesso beneficiario personalmente assistito dal suo difensore, osserva quanto segue.

Va premessa la piena ammissibilità nel nostro ordinamento della costituzione di trust istituito con il suo patrimonio in favore del beneficiario di amministrazione di sostegno, a seguito dell'introduzione della L. 364 del 16/10/89 - vigente dal 1992 - di ratifica della Convenzione dell'Aja 1/7/85: l'istituto di common law così introdotto nel nostro ordinamento ha poi trovato puntuale conferma quanto alla disciplina dei suoi effetti nella recente disposizione dell'art. 2645 ter cc (introdotta con l'art. 39 novies dl 273/05 convertito con modificazioni nella L. 51 del 23/2/06) che espressamente prevede la trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela per soggetti disabili.

Lo strumento del trust è stato scelto dall'amministratore di sostegno e condiviso dal beneficiario per garantire ed assicurare al ... che il suo patrimonio sia destinato a suo esclusivo beneficio e per soddisfare le sue esigenze di vita, le sue aspirazioni e le sue legittime istanze per tutta la du-

rata della sua vita. Il vincolo di destinazione impresso sui beni in questo modo appare ancora più forte delle previsioni degli artt. 410 c.c. e ss. a tutela del beneficiario. Infatti l'amministratore di sostegno deve "tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario", ma la norma non esclude che avendone tenuto conto egli possa valutare diversamente da lui il suo migliore interesse. Inoltre, in caso di contrasto fra l'amministratore ed il beneficiario il Giudice Tutelare deve valutare in contraddittorio con quest'ultimo i provvedimenti più opportuni da prendere nel suo interesse, ma è in capo al Giudice la decisione finale sulla questione su cui è insorto il conflitto. Con l'istituzione del trust qui proposto, espressivo delle richieste e delle aspirazioni del beneficiario, i beni istituiti in trust potranno essere destinati esclusivamente alle finalità dichiarate nel trust corrispondenti alle legittime istanze espresse dal beneficiario, con riferimento ad esempio all'utilizzo dell'abitazione scelta personalmente dal beneficiario (art. 14A e 15A dell'atto istitutivo di trust), consentendo al beneficiario - una volta che il trust sia stato autorizzato dal G.T. - di predeterminare in maniera vincolate sia per

.....
Riproduciamo il testo del decreto dal suo originale.

In materia di autorizzazione dell'amministratore di sostegno a procedere all'istituzione di un trust in favore del soggetto debole si v. le pronunce del Tribunale di Modena, 11 agosto 2005, in questa Rivista, 2005, 581 e del Tribunale di Genova, 14 marzo 2006, in questa Rivista, 2006, 415.

l'amministratore che per il G.T. gli scopi a cui dovrà essere destinato il suo patrimonio. Oltre che pienamente ammissibile, quindi, il trust si qualifica come strumento che rafforza le autonomie del beneficiario, nello spirito del nuovo titolo XII del I libro del codice civile, come disciplinato dalla L. n. 6 del 9/7/04.

L'atto istitutivo di trust qui proposto appare strutturato a realizzare convenientemente gli interessi del beneficiario, sotto diversi profili. Si propone come trustee una trust company esperta nel settore coperta da polizza assicurativa per la propria attività. Viene proposto come guardiano un professionista, commercialista impiegato nel settore della disabilità. I costi di istituzione e di gestione del trust, con le modalità indicate in ricorso, appaiono contenuti. Vengono salvaguardate somme e beni non conferiti al trust ma mantenuti nella personale e diretta responsabilità del beneficiario (i gioielli di famiglia ed una somma mensile proveniente dai suoi redditi da lavoro e dalle rendite), al fine di garantire un'area di importante autonomia del beneficiario nella gestione della sua vita quotidiana. È mantenuta la sorveglianza e la possibilità di intervento del Giudice Tutelare, in caso sia necessario, sulla attività del trust.

Al riguardo, va precisato che il trustee alla fine di ogni anno solare ed entro il mese di febbraio dell'anno successivo dovrà consegnare all'amministratore di sostegno il bilancio annuale della sua gestione dei beni del Trust per Mauro ..., al fine di consentire all'amministratore di depositarlo al giudice tutelare insieme alla sua relazione annuale per consentire il necessario controllo dell'autorità giudiziaria.

L'istituzione del trust, con le modalità previste nel ricorso, prevede una iniziale dotazione patrimoniale di 1.000, a cui seguirà successivamente il trasferimento degli altri beni mobili e immobili elencati in ricorso, con le modalità ivi previste e previe le necessarie autorizzazioni ai sensi dell'art. 747 cpc per i beni di provenienza ereditaria.

Sulla concorde richiesta delle parti, ritenuto l'atto richiesto pienamente risponde agli interessi del beneficiario e letto l'art. 411 c.c.

Autorizza

Maurizio ..., quale amministratore di sostegno di Mauro ...:

1) all'istituzione del Trust per Mauro ... di cui all'atto istitutivo allegato al ricorso, con iniziale dotazione di 1.000 e con obbligo per il trustee di consegnare annualmente all'amministratore di sostegno rendiconto della gestione relativo all'anno solare precedente;

2) al successivo trasferimento al trust dei beni elencati in ricorso, previe le debite autorizzazioni ex art. 747 cpc;

3) a nominare la srl ... quale trustee ed il dr. Alberto ... quale guardiano del trust, coi compensi indicati in ricorso.

Si comunichi all'amministratore di sostegno ed al beneficiario.

Provvedimento immediatamente esecutivo ai sensi dell'art. 741 cpc.

Inghilterra e Galles – Supreme Court of Judicature

Rilevanza dell'influenza del disponente sui poteri del trustee e sui beni in trust

Trust discrezionale - disponente - potere di controllo - potere direttivo - trustee - lettere di desiderio - obbligatorietà - separazione dei coniugi - Matrimonial Causes Act 1973 - rilevanza del trust

Ai fini del Matrimonial Causes Act 1973 inglese devono ritenersi facenti parte del patrimonio personale del disponente i beni di un trust discrezionale per i discendenti che egli abbia istituito in coesistenza di matrimonio, su sostanze proprie, quando risulti che egli abbia mantenuto un forte controllo e un potere direttivo nei confronti del trustee, il quale si senta obbligato a seguire le istruzioni che il disponente gli impartisca anche solo attraverso lettere di desiderio, sebbene formulate come semplici richieste, e quando il disponente abbia sempre inteso e avuto la concreta possibilità di un accesso pieno e libero al capitale e al reddito del trust, considerandosi e richiedendo al trustee di essere considerato quale beneficiario principale del trust stesso.

■ **Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division), Potter, Thorpe, Wilson, L.J.J., 24 maggio 2007 [Charman v Charman]**

NOTE

Le vicende della famiglia Charman non sono nuove né alle cronache giudiziarie, né alle pagine di questa Rivista. La questione oggetto di indagine riguarda una problematica molto diffusa, legata ad un uso distorto dello strumento del trust in sede di matrimonio, ciò che accade allorché uno dei coniugi istituisce un trust del quale è beneficiario (o un terzo istituisce in favore di uno dei coniugi un trust), prevedendo interessi successivi a vantaggio dell'altro coniuge e dei discendenti, seppur riservandosi, in maniera più o meno esplicita, un forte controllo sui beni vincolati e un potere di direttiva nei confronti del trustee. Sovente, in tale contesto, qualora intervenga il divorzio diviene essenziale determinare se il fondo in trust possa considerarsi effettivamente come tale, e quindi sottratto alla disponibilità del disponente, oppure, viceversa, se il disponente, avendo mantenuto un certo controllo e potere su di esso, ne debba essere considerato effettivo titolare, con l'ulteriore conseguenza che di tali sostanze si dovrà tenere conto nel giudizio che dispone la suddivisione delle ricchezze della famiglia tra i coniugi (ai sensi del Matrimonial Causes Act 1973, sect. 25)(1).

La sentenza della Corte d'Appello inglese del 20 dicembre 2005, pubblicata sul n. 1 del 2007, a p. 61, ha preso in considerazione aspetti preliminari e sostanzialmente processuali del divorzio dei Sig. Charman, già peraltro addivenendo ad una prima conclusione: un trustee non viola i propri doveri fiduciari, né può ritenersi che il disponente abbia mantenuto l'effettivo controllo dei beni in trust, nel caso in cui il trustee, avendo considerato tutte le circostanze del caso concreto e agendo in buona fede, decida di accogliere la richiesta del disponente di esercitare il *power of advancement* di cui dispone in favore del disponente medesimo o anche di un terzo.

Peraltro, nel corso del procedimento principale,

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza dal suo originale.

Nota:

(1) In realtà, la Signora Charman avrebbe potuto agire diversamente, richiedendo la dichiarazione di nullità del trust adducendone la natura "sham": peraltro, una tale posizione avrebbe reso molto più difficile il soddisfacimento delle sue pretese economiche, con un ben più gravoso onere probatorio e con un profilo problematico di non secondario rilievo legato alla circostanza che, essendo il trust residente in Bermuda, dell'eventuale sentenza inglese che ne avesse dichiarato la nullità avrebbe comunque dovuto esserne richiesto il riconoscimento in Bermuda.

avuto riguardo alla fattispecie concreta, il principio esposto ha lasciato il campo ad una conclusione del caso specifico di senso opposto, condivisa anche in secondo grado.

La sentenza che viene ora pubblicata, della Corte d'Appello, conferma infatti il giudizio di primo grado di condanna del marito al pagamento in favore della moglie della somma record di quarantotto milioni di sterline, accogliendo l'assunto della Signora Charman in base al quale il patrimonio complessivo del coniuge doveva essere calcolato tenendo conto anche del fondo del c.d. "Dragon Trust".

Sebbene il trust fosse stato creato come trust pienamente discrezionale, in favore del disponente, della moglie e dei comuni discendenti, con l'espresso potere del trustee di beneficiare l'uno o l'altro a propria discrezione, sia mediante attribuzioni reddituali, sia mediante attribuzioni di capitale, con l'unica condizione che mediante tali elargizioni alcun interesse ("prior life" o "vested") di altro beneficiario risultasse pregiudicato, viene accertato che, attraverso lettere di desiderio fatte pervenire al trustee, il disponente aveva mantenuto un forte controllo sull'operato del trustee. In effetti, pur essendo formulate come mere richieste non vincolanti, il contenuto di tali lettere era stato percepito come obbligatorio da quest'ultimo, che, tra l'altro, aveva affermato di considerare il primo quale unico beneficiario del reddito del fondo in trust.

Il quesito che si pone dunque la Corte d'Appello, nel riconsiderare il giudizio di primo grado, è se, effettivamente, il disponente abbia mantenuto o meno il controllo sui beni in trust al punto tale da veder esercitare dal trustee in suo favore il potere di anticipazione dell'intero capitale del trust a seguito di una sua semplice richiesta in tal senso. Qualora, avuto riguardo alla struttura del trust, ai rapporti tra disponente e trustee e alla situazione concreta, ciò sia anche solo in linea teorica possibile, tale complesso di beni dovrà essere considerato parte del patrimonio personale del coniuge e quindi sarà soggetto alle disposizioni del Matrimonial Causes Act 1973. Ed in effetti, considerati i seguenti elementi: a) che il marito è il disponente del trust; b) che la ricchezza del trust è il frutto di investimenti del trustee richiesti dal disponente in società che, grazie al suo talento, hanno avuto grande crescita; c) che prima della crisi del matrimonio, la concreta operatività delle lettere di desiderio al trustee era nel senso che il disponente

avesse pieno e libero accesso al capitale e al reddito del trust; e d) che ancora allo stato attuale è desidero del disponente essere trattato dal trustee come beneficiario principale, deve quindi concludersi nel senso che l'intero complesso di tutti i beni in trust deve essere considerato facente parte del patrimonio del Sig. Charman e, quindi, di esso si deve tener conto in occasione della determinazione delle spettanze economiche della Sig. Charman nel corso del giudizio di divorzio. Correttamente, dunque, il giudice di primo grado ha disposto il versamento in favore della signora di una somma che tenesse conto non soltanto dei beni formalmente di proprietà del marito, ma anche di quelli dei quali egli ha una proprietà sostanziale.

(E. B.)

TESTO DELLA SENTENZA

Sir Mark Potter, P.

1. This is the judgment of the court.

SECTION A: INTRODUCTION

2. Mr Charman, whom it will be convenient to describe as "the husband" notwithstanding pronouncement of a decree absolute of divorce, appeals against an order made on 27 July 2006 by Coleridge J. in the Family Division of the High Court upon an application for ancillary relief brought in the divorce proceedings by Mrs Charman, whom it will be convenient to describe as "the wife". The judge found that the parties' assets amounted to £131 million, of which, upon the agreed basis that the husband would transfer to her his interest in the matrimonial home, the wife held £8 million and the husband held £123 million. The judge's order was that in full settlement of all her claims the husband should pay to the wife a lump sum of £40 million, thereby providing her with assets amounting to £48 million (or 36.5% of the parties' assets) and providing him with assets amounting to £83 million (or 63.5% of them). Of the lump sum which he was ordered to pay, the husband has paid £12 million but pending determination of this appeal he has not been required to pay the balance. His contention is that the judge was wrong to award the wife a lump sum of as much as £40 million and in particular that the methodology which he deployed in arriving at such an award was flawed. The husband contends that the judge should have awarded the wife either a lump sum of £12 million, name-

ly the sum which he has already paid and by which her assets have been increased to £20 million, or, at most, a lump sum of £20 million, in which case he would be required to pay her a further £8 million so as to increase her assets to £28 million. The wife defends the judge's order and does not cross-appeal.

3. The judge, however, made a further order, which he described as being for a reverse contingent lump sum, namely that, if the husband was required to make specified payments to Her Majesty's Revenue and Customs, estimated by the husband at £11 million, the wife should contribute thereto by way of repayment to him of – in simple terms – 36% of all such payments or £3.5 million, whichever was the lower. In his computation of the parties' assets the judge made no allowance for these tax liabilities, which the husband had drawn to his attention very late; but, were they to be required to be paid, it is unlikely in view of the terms of this further order that any significant alteration would fall to be made to the percentages (as opposed to the figures) set out above.

4. Although higher lump sum orders have been made by consent, the judge's order is believed to be the highest award ever made on determination of a contested application for ancillary relief in divorce proceedings in England and Wales.

5. While contending that she had made an important contribution to the welfare of the family to which the judge should have regard under s.25(2)(f) of the Matrimonial Causes Act 1973 ("the Act"), the wife in effect conceded below that the husband's contribution had been of such significance as to justify his departure from the marriage with a greater proportion of the assets than should be awarded to her. We will follow the convention of describing such a contribution as "a special contribution". By reference thereto the wife suggested a division of 55% - 45% in the husband's favour. The wife's concession was that the husband's special contribution lay in the generation by his skill and effort during the marriage of the entire fortune of £131 million for the welfare of the family. The judge endorsed the wife's concession of a special contribution but in the end, following review of numerous factors, he favoured the result which represented a division of 63.5% - 36.5% in the husband's favour. It is clear that he favoured such disparity by reference principally to the husband's special contribution, but also to what he considered to be the greater risks inherent in the assets remaining with the husband than those inherent in the assets awarded to the wife.

6. The husband's first main ground of appeal is that by his order the judge made insufficient allowance for his spe-

cial contribution; and that he made insufficient allowance for it because he approached it in the wrong way. It will be seen, therefore, that the appeal primarily raises questions not as to the circumstances in which a spouse's contribution should be regarded as special but as to the manner in which, by his reasoning, a judge should make allowance for such a contribution. In this regard Mr Singleton QC, on behalf of the husband, contends first that the judge began with a hypothesis of equal division and then factored the husband's special contribution into the equation by way of a discount; and second that he was wrong to do so. Mr Singleton further contends that the proper approach should have been for the judge to allow for the husband's special contribution in the course of the exercise mandated by s.25(2) of the Act and that, had he done so, then, after conducting the necessary cross-check against the yardstick of equality (subject, however, to the agreed conclusion that the yardstick was at any rate to some extent inapt to the case), the awards would have been of £20 million or at most £28 million to the wife, inclusive of her existing assets, and (subject to the second main ground of appeal) of £111 million or £103 million to the husband. Mr Singleton's contentions require us to consider and interpret some of the guidance to the quantification of awards of ancillary relief, especially where the assets are large, given by the House of Lords in *White v White* [2001] 1 AC 596 and, in particular, in *Miller v Miller, McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24, [2006] 2 AC 618. The latter decision was given only two months prior to delivery of the judgment of Coleridge J.

7. The husband's second main ground of appeal is that the judge erred in computing the total assets at £131 million, within which the judge included £68 million held within an off-shore discretionary trust known as The Dragon Holdings Trust ("Dragon"). The husband had set up Dragon in 1987 upon an expression of wish to the trustee that during his lifetime he should be its primary beneficiary. Although it is a subsidiary contention of the husband that the assets of Dragon should have been computed at less than £68 million, the second main ground of appeal is that the judge fell into error in regarding the assets of Dragon, whatever their size, as "financial resources" of the husband for the purpose of s.25(2) (a) of the Act and thus as fit for inclusion at all in the computation of the parties' assets. Mr Boyle QC, who in this appeal appears together with Mr Singleton on behalf of the husband but did not do so below, submits that in this regard the judge failed to ask himself the necessary question, namely whether, if the husband were to request it to advance to him the whole (or part) of the assets of Drag-

on, its trustee would be likely to do so. Mr Boyle further submits that, had he asked himself that question, the judge could reasonably have answered it only in the negative. Put another way, his submission is that, if the judge asked himself that question and answered it in the affirmative, it was not open to him to do so. Mr Boyle therefore primarily contends that no part of the assets of Dragon should have been included in the computation of the parties' assets. He makes, however, three fall-back suggestions, to which we will refer in paragraph 56 below.

8. Mr Nugee QC, who in this appeal appears together with Mr Pointer QC on behalf of the wife but who again did not do so below, accepts that it was necessary for the judge to ask himself the question identified by Mr Boyle. That being so, our task is to discern, in the light of the nature of the submissions below and the resulting form of the judgment, whether he did so; if he did so, whether he did so affirmatively; and, if he did so affirmatively, whether it was open to him to do so. In particular we need to place the judge's treatment of the issues in relation to Dragon in the context of the nature of the arguments put before him, particularly by Mr Singleton. Mr Nugee contends that the thrust of the husband's case as presented in this appeal is entirely different from that of his case as put before the judge; that some of Mr Boyle's arguments in this area were never articulated before the judge at all; that it is improper, or at least unsatisfactory, that they should first be raised in this court; and indeed that some are included in a proposed amendment to the grounds of appeal filed only days prior to the hearing of the appeal, for which permission has not yet been granted and should be refused.

9. There are in effect three further, subsidiary grounds of appeal. But they are of less general interest and we can address them shortly without the need for introduction here.

(omissis)

SECTION E: DRAGON

(i) The background facts

29. In an application for ancillary relief the court's computation of the parties' assets logically precedes its consideration of their fair distribution. We therefore turn first to the husband's second main ground of appeal, namely that the judge erred in regarding the assets of Dragon as part of his resources.

30. Dragon was set up by a Deed of Trust dated 16 November 1987. The husband was the settlor. A trustee company in Jersey was the trustee; and the proper law of the trust was that of Jersey. The beneficiaries were defined as the husband, the wife (who was named), their two sons, any future children and remoter issue of the husband, such charities as the trustees might identify and such other persons as the trustees might add. In effect the trust is entirely discretionary; and the trustees have a wide power to advance capital instead of, or in addition to, income to a beneficiary, save that they cannot do so if it would "prejudice any person entitled to any prior life or other vested interest in the Trust fund or any part [...] thereof".

31. By two provisions of the Deed, the husband went out of his way to empower the trustees to benefit one beneficiary at the expense of the others. By clause 5(e) he provided that, in exercising their powers in favour of one beneficiary, the trustees could "ignore entirely the interests or expectations" of any of the others; and, repetitiously, by clause 12(a), he provided that the trustees could exercise their powers for the benefit of one beneficiary "without being obliged to consider the interests of the [...] others".

32. By clause 15(e) power was conferred on the husband to replace the trustees. The purpose behind the inclusion of this power is explained in a letter to the husband dated 13 October 1987 written by Mrs Rees, his solicitor in London, who was orchestrating the creation of the trust and corresponding with solicitors in Jersey to that end. She wrote:

"I put to [the solicitors in Jersey] the question of making certain of the powers exercisable only with your consent and of giving you the power to appoint new trustees. Their response was to suggest your appointment as 'protector' of the settlement who would in effect have to bless all the trustees' decisions before they could be implemented. Neither I nor [your accountants] really like this as it could be argued that the protector was in effect a trustee and prejudice the off-shore status of the trusts. [Your accountants] are confident that the letter of wishes will not be ignored and, correctly drafted, would afford adequate protection. As a letter of wishes is morally binding only and [the proposed corporate trustee] an unknown entity, I would suggest that, at the very least, you should have power to appoint and remove the trustees and will so provide."

33. The husband's letter of wishes to the trustee, there foreshadowed by Mrs Rees, was signed and dated 18 November 1987 and was expressed as follows:

"THE DRAGON HOLDINGS TRUST Dated 16th November 1987 You may find it helpful to know my wish-

es regarding the exercise of your powers and discretions over the funds of the above Settlement. I realise of course that these wishes cannot be binding on you. My real intentions in establishing the Settlement are to protect and conserve certain assets for the benefit of myself and my Family. During my lifetime it is my wish that you consult me with regard to all matters relating to the investment or administration of the Fund and thereafter you should consult my wife in like manner. If my wife survives me, it is my wish that the fund should be administered primarily for her benefit and that she should have access to capital, if necessary. If both of us are dead, my children are to be treated as the primary beneficiaries and I hope you will consult my executors and their guardians. Should anything happen to the entire family, then the funds subject to the Settlement should follow my estate. Insofar as is consistent with the terms of the Settlement I wish to have the fullest possible access to the capital and income of the Settlement including the possibility of investing the entire Fund in business ventures undertaken by me. If circumstances should change in any way I will write you a further letter."

34. Although the Deed records that the initial sum placed by the husband into Dragon was £10,000, the real purpose behind setting up the trust and indeed the Children's Settlement was that, using the cash thus placed into them, the respective trustees should subscribe for some of the shares in Charman for which the husband would otherwise have been entitled to subscribe and which he correctly anticipated might become very valuable. Of his potential entitlement, 25% was placed in his own name, 25% was placed in the Children's Settlement and 50% was placed in Dragon. In her letter dated 13 October 1987 Mrs Rees had written to the husband in relation to Dragon:

"I think [your accountants] feel that the long term inheritance tax effects of a discretionary settlement [...] can be ignored because it was understood at their first meeting with you that decisions would be taken about the ultimate destination of the fund before the expiration of the first ten year period. This does not entirely accord with my understanding in our subsequent discussions when I gathered that you might well wish to leave the settlement in place until such time as the Charman shares are sold [...] It seems to emerge clearly in our discussion that a discretionary settlement is appropriate to preserve flexibility as to the ultimate disposal of the assets of that trust and that you should reserve a right to retain part of the funds; capital gains tax protection may be its only advantage but, on balance, I suggest we go ahead [...]"

The capital gains tax protection of which Mrs Rees there spoke was the deferment of liability beyond the trustee's disposal of an asset for capital gain until it made a capital payment to a beneficiary.

35. In that Charman paid a substantial dividend on its shares even in 1988, its first year of operation, Dragon at once began to receive income; and since 1993, reflective of the changes into Tarquin, thence into Ace and finally into Axis, that income has been very substantial. Between 1988 and 1998 Dragon's initial corporate trustee and its successor, another Jersey trust company which replaced it in 1992, made four distributions of income to the husband totalling £800,000. At any rate the first such distribution, made in 1988 itself, was made pursuant to the husband's express written request. All four distributions seem to have been made for fiscal purposes. But even income which the successive trustees did not distribute to the husband was assigned to him, apparently without his knowledge; and they accumulated it for him in a bespoke account. In 2004, after it had been replaced by Codan, the second Jersey trust company wrote: "throughout the whole of our trusteeship of the Trust, we held the income of the Trust for [the husband] absolutely and regarded the Trust as an interest-in-possession trust."

Apart from the four payments of income to the husband, there has been no distribution out of Dragon to any of the beneficiaries. Irrespective of the trustee's partial distribution and residual accumulation of the income to and for him, the husband, as a U.K. resident settlor retaining a potential interest under the trust, was liable to pay U.K. tax referable to its worldwide income. Until 1998, and irrespective of the precise fiscal purposes behind them, the distributions appear in effect to have indemnified him in that regard.

36. It was agreed before the judge that the wealth of Dragon had been built by its investment, in accordance with the husband's requests, in his successive business ventures. It was therefore his requests which led the trustee to subscribe for the shares in Charman; to exchange the shares in Charman for shares in Tarquin and cash; to exchange the shares in Tarquin for shares in Ace; to buy shares and warrants in Axis with heavy borrowings; to sell its shares in Ace for £37 million in eight tranches during the nine months in 2003 which immediately followed his cessation of residence in the U.K.; and to use the investment management services of the Bank of New York. In 1990 the trustee had also acceded to his request to put up the assets of the trust as security for a bank guarantee necessary for his membership as a Name at Lloyd's.

37. By 2002 the husband had resolved to move Drag-

on, as well as the Children's Settlement, to Bermuda. In December 2002 he approached Conyers Dill and Pearman, the well-known firm of barristers and attorneys in Bermuda, who offered him the services of their trust company, namely Codan. The husband thus caused the second Jersey trust company to resign as trustee of Dragon in favour of Codan with effect from 4 April 2003; and Codan thereupon exercised its power to change the proper law of the trust from that of Jersey to that of Bermuda.

38. Meanwhile Mr Clay had sought to advise the husband to take steps to ensure that the move of Dragon to Bermuda did not lead to any loss of control over Dragon on his part. At a meeting between them on 7 March 2003, in the words of a memorandum of it made by Mr Clay, "[Mr Clay] raised his concerns at the possible central control that may be exercised by the new Bermudan Trustees and that it was firstly critical for [the husband] to draft a Letter of Wishes as soon as the transfer from Jersey to Bermuda had taken place. Secondly, in the event of [the husband's] death, [Mr Clay] raised concerns that too much control would be in the hands of the Bermudan Trustees and that [the husband] needed to reflect on whether further protection should be arranged to ensure that his wishes were actually carried out. [The husband] [...] had met recently with [Mr] Anderson to review the management arrangements for the two trusts and he was quite comfortable with [Mr] Anderson's approach. However, it was agreed that [Mr Clay] should remind [the husband] to draft a Letter of Wishes for each Trust."

At that time Mr Clay seems to have been under the impression that the husband's non-residence in the U.K. might not endure beyond the requisite five years. At a further meeting with the husband on 25 March 2003 Mr Clay, according to the latter's memorandum, suggested that Dragon should be "collapsed" while the husband was non-resident; and in a memorandum dated June 2003, which he prepared for the use of Codan, Mr Clay suggested that it "should consider whether it is appropriate 'to bust'[Dragon] prior to [the husband's] returning to the U.K."

39. On 19 April 2004 Codan passed a written resolution in respect of Dragon. After noting that its predecessor had held its income on behalf of the husband and, albeit informally, had regarded it as an interest-in-possession trust, Codan formally resolved to regard it likewise and confirmed that it was exercising its power to appoint the income of the trust to the husband for life with effect from 4 April 2003 and so would accumulate it for him and periodically distribute it to him.

40. By letter addressed to Codan dated 13 May 2004, i.e. after the breakdown of the marriage but prior to the

issue of divorce proceedings, the husband wrote a fresh letter of wishes in relation to Dragon. The main change was that he excised the request made in 1987 that, following his death, the trust should be administered primarily for the benefit of the wife. He wrote: "During my lifetime, I would like you to treat me as the primary beneficiary, although I expect that you will consider the interests of the other immediate family beneficiaries as appropriate from time to time. I acknowledge that you have appointed the annual income to myself as a life interest disposition, as had the previous trustees. After my death, and if they survive me, I would wish you to treat my children as primary equal beneficiaries per stirpes. I would like my children to receive income only up to the age of 30, unless otherwise agreed by the Trustee. I would like you to consider making half the capital of the presumptive share of each of my children available to them at the age of 30. At the age of 40, I would like you to consider making the whole of the capital of their share available to them."

41. On a date ostensibly in June 2004 the husband wrote to Codan in connection with its recent appointment to him of the income of Dragon. Subject to a direction for defrayment out of the income of an apparently small recurring expense referable to the management of his personal investment company, the husband instructed Codan to add back into Dragon all the accumulated income held for him and, subject to any contrary instruction, all future income otherwise to be held for him. The accumulated fund which the husband thereby – after the end of the marriage – chose to resettle into Dragon was £4 million and, as can be seen in paragraph 27 above, the judge notionally deducted it from the assets of Dragon and restored it into the list of the husband's personal assets. A subsidiary ground of appeal is that the judge was wrong to conduct that notional exercise. In the event however that, upon the second main ground of appeal, we were to determine that the judge was entitled to regard the assets of Dragon as part of the husband's resources, we would not address this ground because the precise place in the list for inclusion of the £4 million would be irrelevant.

42. On 27 August 2004, being the day after he had filed his petition in Bermuda, the husband, by his English solicitors, made a proposal to settle the wife's financial claims; and, in order that her solicitors could advise her upon it, his solicitors sent to them what in their covering letter they described as "a summary schedule of his worldwide resources". The schedule was itself headed "Schedule of Matrimonial Assets" and on four pages it set out first the husband's assets totalling £27 million, then jointly owned assets totalling £4 million and finally trust assets,

being the assets of Dragon, totalling £52 million, i.e. together totalling £83 million. A note was appended that the summary did not include the Children's Settlement because neither party had a financial interest in it. The schedule had been prepared by Mr Clay; and the husband did not see it prior to his solicitors' despatch of it to the wife's solicitors. He asserts that it was an entirely inappropriate, confused and unauthorised treatment of the assets of Dragon as part of the "matrimonial assets" and of "his worldwide resources" on the part of Mr Clay and his solicitors.

(omissis)

(iii) The argument before us

47. Mr Singleton tells us that, notwithstanding what he acknowledges to be great difficulty in his way, he aspires to persuade us to set aside the judge's finding that Dragon is not a dynastic trust. The point is not clearly raised in the grounds of appeal even as now proposed to be amended. Mr Singleton's only point is that, had he reminded himself of the absence of distributions out of Codan since 1998, the judge would have been compelled to make the contrary finding. But since then the husband has had no need for distributions and has not asked for them; indeed until 2003 distributions of capital were, from a fiscal perspective, firmly to be avoided. We consider that the judge's rejection of the husband's dynastic argument was inevitable. The obvious fiscal purpose behind Dragon; indeed its status, in Mr Singleton's own words in this appeal, as a "key component in [the husband's] overall financial and tax planning"; the husband's unusual inclusion of himself in the Deed as a named beneficiary; the terms of the letter of Mrs Rees dated 13 October 1987; the content of each of his letters of wishes; Mr Clay's suggestion in 2003 that the husband should collapse the trust; the first presentation of Dragon on the husband's behalf in the proceedings as being part of his resources; the absence of any documentary evidence to support his argument; the inference to be drawn from his attempts to prevent the wife's access to documents on Codan's file; and her own convincing, contrary evidence. All these in effect compelled the judge's conclusion.

48. The primary argument now put before us on behalf of the husband is that the judge failed to resolve the "secondary issue" which Mr Pointer on behalf of the wife had purported to identify for him, namely the issue as to the likelihood of advancement. On any view the argument

lacks forensic integrity because it was never separately identified on behalf of the husband. Strictly, there was no separate "issue" for the judge to resolve. Nevertheless we agree with both counsel that, before he attributed all the assets of Dragon to the husband, the judge had to be satisfied that, if so requested by the husband, Codan would be likely to advance them to him: in the judgments in this court on the husband's appeal against the order for issue of the letter of request, in particular at [12], such had been confirmed as the central question generally arising in such cases.

49. The first question is therefore whether the judge made a finding that, if requested, Codan would be likely to advance all the assets of Dragon to the husband. Mr Boyle submits that the judge never even addressed that question. The second question, which arises if, contrary to Mr Boyle's submission, the judge made such a finding, is whether it was open to him to do so.

50. The answer to the first question is to be found in the paragraphs of the judge's judgment set out at paragraph 46 above. We analyse them as follows:

(a) The judge asked himself whether the assets in Dragon were a "resource". Mr Boyle's submission that such was not the test is misconceived: it is the overarching test because the word "resources" is the portmanteau word used in s.25(2)(a) of the Act.

(b) Then the judge turned to consider the matter in the context of discretionary trusts. First he referred to the decision of the Royal Court of Jersey in *Re the Esteem Settlement* [2004] WTLR 1(2) as containing a very helpful descriptive analysis of such a trust. Part of that court's analysis is as follows, at [166]:

"[...] one would expect to find that in the majority of trusts, there had not been a refusal by the trustees of a request by a settlor. This would no doubt be because, in the majority of cases, a settlor would be acting reasonably in the interests of himself and his family. This would particularly be so where there was a small close-knit family and where the settlor could be expected to be fully aware of what was in the interests of his family."

Then the judge referred to the observation of Lloyd LJ in the course of argument upon the husband's previous appeal to this court that the assets in Dragon "could be available to [the husband] on demand without being his money".

Nota:

(2) Il testo della sentenza può leggersi in questa Rivista, 2004, 414 [n.d.r.].

(c) Ultimately the judge declared himself persuaded by Mr Pointer's arguments, to which he had earlier referred albeit in part only by cross-reference to Mr Pointer's written submissions, and concluded that all the assets in Dragon should be attributed to the husband. Mr Pointer had articulated one additional argument, which we consider in paragraph 55 below, specifically in relation to the likelihood of advancement. But, just as Mr Singleton's argument in relation to the likelihood of advancement was rolled up as part of his argument in relation to the dynastic issue, so were all Mr Pointer's arguments in response save for that one addition: they related to features of the evidence which, because, according to Mr Pointer, they suggested that its capital would be likely to be advanced to the husband, demonstrated that Dragon was not dynastic. In accepting those arguments the judge accepted their premises as well as their conclusions.

(d) Indeed the judge indicated that, had it been necessary, he would have considered going further than Mr Pointer had asked him to go. For he observed that, even had he found that Dragon was dynastic, it was doubtful whether he would have declined to attribute its assets to the husband. It was only an aside: but the construction which we place upon it is that the judge considered that, whatever the husband's historical intentions in relation to Dragon, it would be likely that, in the changed circumstances of his need to discharge obligations following divorce, its trustee would advance its capital to him.

51. The judge would certainly have obviated energetic argument upon this appeal if he had expressly found that Codan would be likely to advance all the capital of Dragon to the husband upon request. But for the reasons set out at paragraph 50 above it is obvious that the need to address such a question was in the forefront of his mind. We are quite clear that he effectively made such a finding; nor, in the light of the way in which Mr Singleton had presented his case, do we significantly criticise the judge for omitting to spell it out.

52. We turn to the second question, namely whether it was open to the judge to find a likelihood of advancement. Mr Boyle's brief in this regard has proved scarcely arguable. He describes as his "keynote" point the absence of a track record of advancement; but we have explained in paragraph 47 above why we do not regard such absence as significant. Mr Boyle needs to confront in particular the following facts:

- (a) the husband was the settlor of Dragon;
- (b) its wealth represents the fruits of investment at his request in companies which, substantially as a result of his talents, became very successful;

(c) until after the breakdown of the marriage the operative letter of wishes was that he should "have the fullest possible access to the capital and income of the Settlement"; and

(d) even today, following despatch of the fresh letter, his expressed wish is to be treated as the primary beneficiary.

53. Mr Boyle's response to his difficulties is in part disarmingly frank. He accepts that the judge was required to look at the reality of the situation and that trustees of such trusts can generally be expected to respond favourably to reasonable requests made of them by settlors and to comply with any expression of wishes on their part. Mr Boyle even concedes that, if disaster struck the husband's business and he fell into real financial difficulty, Codan could properly make available to him a large sum of capital. But, so Mr Boyle contends, such a hypothesis is inapt because the husband has had no "need" for any capital out of Dragon. Our reaction to that contention is two-fold. First, it is in law a perfectly adequate foundation for the aggregation of trust assets with a party's personal assets for the purposes of s.25(2)(a) of the Act that they should be likely to be advanced to him or her in the event only of "need". Second, the contention is inconsistent with another area of the husband's argument, which is to the effect that, although his personal assets computed by the judge at £55 million exceed the lump sum award of £40 million, the judge must have expected him to have recourse, directly or indirectly, to the assets of Dragon, particularly its cash and investments other than in Axis, for the purposes of satisfying the order and that indeed the order can only reasonably be satisfied in that way. If so, why then does the husband not have a "need" for capital out of Dragon in order to assist him to discharge his legal obligations? Mr Boyle is driven to respond with the suggestion that, because the moment at which the judge considered whether to attribute the assets of Dragon to him was prior to the making of any order against the husband, the husband had had no need for them at that critical moment. This is chop-logic of the most specious kind, as all those who have discharged their liabilities to ex-spouses without court orders will readily understand.

54. His back to the wall, Mr Boyle seeks to raise questions as to how Codan would respond to a request by the husband for advancement and suggests that they remain unanswered. In circumstances in which the judge made a finding, unchallenged in this appeal, that the husband had put up "a Herculean struggle" in order to prevent Codan from giving evidence in the proceedings, it was inevitable that there would be no express presentation to the court

of its likely response. At first, for example, Mr Boyle submitted that in the event of such a request Codan would be “bound” to consider the interests of the other beneficiaries. As he now accepts, the submission is incorrect: see the provisions of the Deed referred to in paragraph 31 above. That Codan would however wish to consider the interests of the other beneficiaries, albeit probably only briefly, we have no doubt. Mr Boyle also refers to the prohibition in the Deed of Trust against any such exercise of the power of advancement as would prejudice any person entitled to a prior life interest in the fund. He refers to the resolution in 2004 by which the husband’s life interest was formally confirmed and suggests, in our view casuistically, that an advancement of capital to him would prejudice him qua life tenant. More broadly Mr Boyle argues that, faced with a request for advancement, Codan would be likely to apply for directions to the Bermudian court or seek the advice of Bermudian counsel; and the argument is prelude to a long presentation on his part, including references for example to Bermudian statute and to cases determined in the Royal Court of Jersey, of the terms in which the Bermudian court might respond to any such application or counsel might advise. In the light of the strength of the wife’s case on the likelihood of advancement to the husband of the assets in Dragon for the reasons mainly set out in paragraph 52 above, as well as of Mr Boyle’s own concessions in that regard set out in paragraph 53 above, it would be difficult for the husband at any stage of the proceedings convincingly to have raised a spectre that, even if approached, the Bermudian court or Bermudian counsel would find reason to frustrate a proposed advancement to him. But there is another reason why we should draw a line across this argument: it was never raised before the judge; the evidence of foreign law was never placed before him; he made no reference to the argument; it does not figure in the pleaded grounds upon which the husband has secured permission to appeal nor even in the skeleton argument in support of them; and it was first raised in a supplementary skeleton argument dated eleven working days prior to the hearing of the appeal. In short the argument is brought too late in any event.

55. (a) We advert briefly to Mr Pointer’s additional argument to the judge in favour of the likelihood of advancement, to which we referred in paragraph 50(c) above. The argument was that, given the husband’s express power to replace the trustees of Dragon, he could replace a trustee who declined to accede to a request for advancement with one who would accede to it. This was not one of the arguments of Mr Pointer which the judge expressly articulated and accepted. But it was one of the

arguments which, in paragraph 82 of his judgment (set out in paragraph 46 above), the judge accepted by reference.

(b) It was hardly surprising that Mr Pointer should argue – and that the judge should accept – that the husband’s power to replace the trustees was indicative of the likelihood of advancement. The power had been inserted at the suggestion of Mrs Rees expressly in order to make it even more likely that the trust would be administered in accordance with the husband’s letters of wishes.

(c) The submission of Mr Boyle, however, is that, as established in *In re Skeats’ Settlement* (1889) 42 Ch. 522, the power to replace trustees is fiduciary and that therefore the husband cannot lawfully exercise it by way of response to a refusal by a trustee to accede to his request for advancement. Mr Nugee, for his part, accepts that it was held in *Skeats’ Settlement* that the power is fiduciary and, for the purposes of this appeal, he accepts that we should treat the case as having been correctly decided.

(d) Again, Mr Boyle’s point was never made to the judge; and thus *Skeats’ Settlement* was not drawn to his attention. Indeed the point was introduced into the argument on this appeal only on the first day of the hearing. Had it been made to the judge, he might well have elected not to adopt Mr Pointer’s additional argument even by reference. There is a wealth of other material which justifies the judge’s finding as to the likelihood of advancement. But the judge might alternatively have held, as Mr Nugee has in passing invited us to hold, that it may be simplistic to conclude that, just because it is fiduciary, the power is irrelevant to the likelihood of advancement.

(e) In this respect Mr Nugee invites us to be realistic; and it is an invitation which, in exercising its jurisdiction in relation to ancillary relief, it is in principle particularly appropriate for the court to accept. Mr Nugee submits that, realistically, a settlor with a power to replace trustees will be unlikely to allow a point to be reached at which his exercise of it would become unlawful as being in breach of his duty to act in good faith. In proposing inclusion of the power as an extra safeguard for the husband Mrs Rees, for example, would not have been contemplating its unlawful exercise. It is well settled that lack of harmony between a beneficiary and a trustee can be a lawful ground for the latter’s replacement: see *Letterstedt v Broers* (1884) 9 App. Cas. 371 at 386, cited in *Re the Esteem Settlement*, at [165]. A settlor with a power to replace trustees, says Mr Nugee, will be wise to ask himself from time to time, and well in advance of any actual request for advancement, whether, in the light of his continuing dealings with the trustee, he is or remains – to adopt the word used in the memorandum of the husband’s meeting with Mr Clay on 7 March

2003 – “comfortable” with the trustee. If the two of them do not see eye to eye, then it is likely to be in the interests of the beneficiaries of the trust of which he is the settlor, and therefore to be lawful, for him to replace the trustee by virtue of the principle in *Letterstedt*.

(f) There is no need for us to decide this peripheral issue. It has arisen very late and has not been fully argued on either side. We consider that exploration of the difficult interface between the likely exercise of powers in the real world and what must for the court be the dominant requirements of the law is better left to another occasion.

56. From the foot of his argument that it was not open to the judge to make a finding as to the likelihood of advancement to the husband of all Dragon’s assets, Mr Boyle has proceeded to suggest how the judge should properly have treated its assets. Although in the event this section of his argument is academic, it is nonetheless helpful for us to notice it. Without prejudice to the husband’s basic contention that none of the assets of Dragon should have been attributed to him, Mr Boyle makes three alternative fall-back suggestions:

(a) The court should have attributed to the husband the capitalised value of the interest in the future income of the trust which in 2004 Codan formally appointed to him for life. No doubt if it had been inappropriate to attribute all the trust assets to him, it would have been appropriate to conduct that exercise and also somehow to weigh the value of Codan’s power to advance capital to him. Before the judge, as part of a fall-back position of his own, Mr Pointer sought to conduct just such an exercise and produced capitalised figures of £15 million or £34 million. At that time, however, the unqualified response of Mr Singleton was that the exercise was inappropriate; and in the event the judge had no need to address the issue. We consider that Mr Boyle’s commendation of the exercise, first articulated eleven days prior to the hearing of this appeal, is another example of the husband’s cynical deployment at different stages of these proceedings of contradictory arguments, dictated only by whether they seem to suit his book at that stage. Even if it had been open to him to present his current argument to this court at so late a stage, the husband must realise that contradictory arguments cannot both be valid and that a litigant who advances them forfeits a degree of forensic credibility.

(b) Alternatively such component of the court’s award to the wife as was referable to the assets in Dragon should have been the capitalised value of the life interest which (so the argument runs) would probably have been granted to her in some of those assets in the event that she had applied to the English court for an order for variation in

her favour of Dragon as a post-nuptial settlement. This argument is specifically set out in the late proposed amendment to the grounds of appeal for which the husband seeks our permission; and for six reasons we find the argument extraordinary. First, there is a fundamental conceptual confusion in linking the court’s duty in every application for ancillary relief to enquire into the extent of a party’s resources with its power to redistribute assets which are not the resources of only one party but are susceptible to redistribution because they are held in a settlement which is nuptial. Second, although Mr Boyle now argues that, in cases in which there is no track record of distributions of capital out of a settlement, an application to vary it should be strongly encouraged, it was the husband’s principal argument on his application for a stay of the English suit that the doubts about the enforceability in Bermuda of an English order for variation of settlement were such that the wife could not sensibly apply for it in England. Third, because the husband never asked the judge to assess the outcome of a hypothetical application to vary, he never did so. Fourth, it is impossible to discern the size of the fund which would have been taken out of Dragon for the wife by way of variation, interrelated, as it would be, with the outcome of a second hypothetical exercise, namely assessment of the size of the award to the wife out of the husband’s personal assets by way of a lump sum. Fifth, we see no reason to accept that, just because after the breakdown of the marriage Codan formally assigned to the husband a life interest in Dragon, the result of an application to vary it would have been provision for the wife only of a life interest, albeit presumably subject to a power in her trustees to advance capital to her; our instinct, on the contrary, is that on the facts of this case outright provision would have been more likely. Sixth, this argument, too, was first raised eleven days before the hearing of the appeal. In all these circumstances we refuse permission to amend the grounds of appeal so as to include it. [We have already considered the other, more general, proposed amendments, including the suggestion, which we regard as inherent in the issue as to the likelihood of advancement upon request, that the judge’s order placed undue pressure on Codan; the convenient course is to grant permission to amend in these other respects.]

(c) Alternatively the court should attribute one third of the assets of Dragon to the husband. Mr Boyle first raised this argument on the second day of the hearing and at the conclusion of his oral submissions. The one third fraction is, so Mr Boyle suggests, a fair but necessarily conservative reflection of all the features relative to the nexus between the husband and Dragon. We can discern no log-

ical path to the fraction; and the argument would have found no favour with us at all.

57. For reasons of policy we are pleased to find ourselves able to uphold the judge's attribution to the husband of all the assets in *Dragon*. Although the list of matters to which, upon an application for ancillary relief, the court must have regard pursuant to s.25(2) of the Act presently remains unchanged, the decision in *White* alters the necessary extent of the focus upon some of those matters in cases of substantial wealth. The needs of the parties remain to be considered, but in many cases focus upon them has waned as a result of an early conclusion that they will on any view be met as part of the outcome of other aspects of the requisite exercise. As a result of the advent of reference to proportions, the focus has largely shifted to computation of resources. Prior to the decision in *White*, the elaborate enquiry in the present case as to the attributability of the assets in a trust to a party as part of his or her resources would probably have been unnecessary. But, whenever it is necessary to conduct such an enquiry, it is essential for the court to bring to it a judicious mixture of worldly realism and of respect for the legal effects of trusts, the legal duties of trustees and, in the case of off-shore trusts, the jurisdictions of off-shore courts. In the circumstances of the present case it would have been a shameful emasculation of the court's duty to be fair if the assets which the husband built up in *Dragon* during the marriage had not been attributed to him.

58. Mr Boyle submits that, if this court were to dismiss the part of the appeal referable to *Dragon*, it would send a message to the off-shore world that, in family cases, trusts do not matter. It will by now be clear that we send no such message. He draws our attention to the decision of the Royal Court of Jersey in *In re Fountain Trust* [2005] JLR 359, in which it observed, at [18], that an assumption of jurisdiction by a judge of the Family Division in England to declare a Jersey trust to be a "sham", such as had there occurred, would generally be exorbitant. We agree with the Royal Court's observation. Mr Boyle also draws our attention to the decision of the same court in *In the matter of the B Trust*, as yet unreported, [2006] JRC 185(3). There, at [32], an important suggestion was made, namely that, when a party applied to it for variation of an off-shore settlement, the English court should give serious consideration to declining to exercise its jurisdiction on the basis that, after conducting the substantive enquiry, it should instead invite the off-shore court, provided of course that the latter is invested with the appropriate jurisdiction, to act as an auxiliary to it in regard to any proposed variation. But the wife in the pres-

ent case has been, relatively speaking, in a fortunate position. She cannot and does not allege that *Dragon* is a sham. She does not, and does not need to, apply for variation of *Dragon*. For she has the evidence with which to identify the assets of *Dragon* as part of the husband's resources. Nor do we read the decision of Mr Justice Bell in Bermuda on 22 December 2005 as any indication that the courts of Bermuda will not be disposed to help to ensure, within the parameters of its laws, that whatever may ultimately be awarded to the wife in these proceedings will be duly paid.

(omissis)

(ii) The statutory exercise expounded in *Miller*

63. The best way for us to address Mr Singleton's attack on the judge's treatment of the husband's special contribution is to do so by reference to our interpretation of what is now the proper approach to a case of alleged special contribution, first considering the general nature of the statutory exercise. Two objectives will govern what we say. The first is to be loyal to what we understand to be the spirit as well as the letter of such guidance on the topic as has been given by the House of Lords in *White* and *Miller*, whether or not it is part of the reasoning behind those actual decisions. We say so because there is no doubt that, under that guidance, the House has left much for the courts to develop. The second is to express ourselves as clearly and simply as the subject allows.

64. "The yardstick of equality of division", first identified by Lord Nicholls in *White* at p. 605G, filled the vacuum which resulted from the abandonment in that decision of the criterion of "reasonable requirements". The origins of the yardstick lay in s.25(2) of the Act, specifically in s.25(2)(f), which refers to the parties' contributions: see the preceding argument of Lord Nicholls at p. 605D-E. The yardstick reflected a modern, non-discriminatory conclusion that the proper evaluation under s.25(2)(f) of the parties' different contributions to the welfare of the family should generally lead to an equal division of their property unless there was good reason for the division to be unequal. It also tallied with the overarching objective: a fair result.

Nota:

(3) Il testo della sentenza può leggersi in questa Rivista, 2007, 436 [n.d.r.].

65. Although in *White* the majority of the House agreed with the speech of Lord Nicholls and thus with his description of equality as a “yardstick” against which tentative views should be “checked”, Lord Cooke, at p. 615D, doubted whether use of the words “yardstick” or “check” would produce a result different from that of the words “guideline” or “starting point”. In *Miller* the House clearly moved towards the position of Lord Cooke. Thus Lord Nicholls, at [20] and [29], referred to the “equal sharing principle” and to the “sharing entitlement”; those phrases describe more than a yardstick for use as a check. Baroness Hale put the matter beyond doubt when, referring to remarks by Lord Nicholls at [29], she said, at [144], “I agree that there cannot be a hard and fast rule about whether one starts with equal sharing and departs if need or compensation supply a reason to do so, or whether one starts with need and compensation and shares the balance.” It is clear that the court’s consideration of the sharing principle is no longer required to be postponed until the end of the statutory exercise. We should add that, since we take the “the sharing principle” to mean that property should be shared in equal proportions unless there is good reason to depart from such proportions, departure is not from the principle but takes place within the principle.

66. To what property does the sharing principle apply? The answer might well have been that it applies only to matrimonial property, namely the property of the parties generated during the marriage otherwise than by external donation; and the consequence would have been that non-matrimonial property would have fallen for redistribution by reference only to one of the two other principles of need and compensation to which we refer in paragraph 68 below. Such an answer might better have reflected the origins of the principle in the parties’ contributions to the welfare of the family; and it would have been more consonant with the references of Baroness Hale in *Miller* at [141] and [143] to “sharing [...] the fruits of the matrimonial partnership” and to “the approach of roughly equal sharing of partnership assets”. We consider, however, the answer to be that, subject to the exceptions identified in *Miller* to which we turn in paragraphs 83 to 86 below, the principle applies to all the parties’ property but, to the extent that their property is non-matrimonial, there is likely to be better reason for departure from equality. It is clear that both in *White* at p.605 F-G and in *Miller* at [24] and [26] Lord Nicholls approached the matter in that way; and there was no express suggestion in *Miller*, even on the part of Baroness Hale, that in *White* the House had set too widely the general application of what was then a yardstick.

67. Even if, however, a court elects to adopt the sharing principle as its “starting point”, it is important to put that phrase in context. For it cannot, strictly, be its starting point at all. As Coleridge J. himself stated in the passage cited in paragraph 59 above, the starting point of every enquiry in an application of ancillary relief is the financial position of the parties. The enquiry is always in two stages, namely computation and distribution; logically the former precedes the latter. Although it may well be convenient for the court to consider some of the matters set out in s.25(2) other than in the order there set out, a court should first consider, with whatever degree of detail is apt to the case, the matters set out in s.25(2)(a), namely the property, income (including earning capacity) and other financial resources which the parties have and are likely to have in the foreseeable future. Irrespective of whether the assets are substantial, likely future income must always be appraised for, even in a clean break case, such appraisal may well be relevant to the division of property which best achieves the fair overall outcome. We appreciate that remarks of Baroness Hale in *Miller*, at [154], are also said to permit argument that a party’s earning capacity is itself an asset to which the other has contributed and which might to some extent be subject to the sharing principle; this seems to us an area of complexity and potential confusion which in this case it is unnecessary for us to visit.

68. In *Miller* the House unanimously identified three main principles which together inform the second stage of the enquiry, namely that of distribution: “need (generously interpreted), compensation, and sharing”, per Baroness Hale at [144]; and see, similarly, Lord Nicholls at [10] to [16]. The three principles must be applied in the light of the size and nature of all the computed resources, which are usually heavily circumscribing factors.

69. It is worthy of note that, although two of them are not expressly mentioned, each of the three distributive principles can be collected from s.25(2), or at any rate from s.25(1) and (2), of the Act and that each of the matters set out in (b) to (h) of s.25(2) can conveniently be assigned to one or another of the three of them.

70. Thus the principle of need requires consideration of the financial needs, obligations and responsibilities of the parties (s.25(2)(b)); of the standard of living enjoyed by the family before the breakdown of the marriage (s.25(2)(c)); of the age of each party (half of s.25(2)(d)); and of any physical or mental disability of either of them (s.25(2)(e)).

71. The principle of compensation relates to prospective financial disadvantage which upon divorce some par-

ties face as a result of decisions which they took for the benefit of the family during the marriage, for example in sacrificing or not pursuing a career: per Lord Nicholls in *Miller* at [13], Lord Hope at [117] and Baroness Hale at [140]. But the principle goes wider than that. As long ago as 1976 this court decided that, where the marriage was short, it was relevant to consider whether a party had suffered financial disadvantage arising out of entry into it: see *S v S* [1977] Fam 127 at 134C, albeit that the consideration was there directed to restriction rather than augmentation of the award. Equally, in respect of disadvantage arising out of exit from the marriage, s.25(2)(h) requires the court to consider any loss of possible pension rights consequent upon its dissolution. Even disadvantage of the type to which reference was made in the speeches in *Miller*, i.e. that stemming from decisions taken during the marriage, had been held in this court to be relevant before it became the driver for a principle of compensation: per Hale J (as she then was) in *SRJ v DWJ* (Financial Provision) [1999] 2 FLR 176 at 182E and per Thorpe LJ in *Lambert v Lambert* [2003] Fam 103 at 122G. In cases in which it arises, application of the principle of compensation is an appropriate contribution to the fair result.

72. The enquiry required by the principle of sharing is, as we have shown, dictated by reference to the contributions of each party to the welfare of the family (s.25(2)(f)); and, as we make clear in paragraph 85 below, the duration of the marriage (the other half of s.25(2)(d)) here falls to be considered. Also conveniently assigned to the sharing principle, no doubt dictating departure from equality, is the conduct of a party in the exceptional case in which it would be inequitable to disregard it (s.25(2)(g)). Mr Singleton argued to the judge that the husband's generation of substantial wealth was not only a special contribution on his part to the welfare of the family but conduct which it would be inequitable to disregard. We think, however, that it is as unnecessarily confusing to present a case of contribution as a positive type of conduct as it is to present a case of conduct as a negative or nil type of contribution: see *W v W* (2001) 31 Family Law 656.

73. Then arises a difficult question: how does the court resolve any irreconcilable conflict between the result suggested by one principle and that suggested by another? Often conflict can be reconciled by recourse to an order for periodical payments: as for example in *McFarlane*, per Baroness Hale at [154]. Ultimately, however, in cases in which it is irreconcilable, the criterion of fairness must supply the answer. It is clear that, when the result suggested by the needs principle is an award of property greater than the result suggested by the sharing principle, the for-

mer result should in principle prevail: per Baroness Hale in *Miller* at [142] and [144]. At least in applying the needs principle the court will have focussed upon the needs of both parties; analogous focus on the respondent is not present in the compensation principle and we leave for another occasion the proper treatment of irreconcilable conflict between that principle and one of the others. It is also clear that, when the result suggested by the needs principle is an award of property less than the result suggested by the sharing principle, the latter result should in principle prevail: per Lord Nicholls in *Miller* at [28] and [29] and Baroness Hale at [139].

(iii) Criticisms of the judge's approach to the exercise.

74. As we have seen, Mr Singleton suggested to the judge that his approach to identification of the award to the wife should be "incremental"; and before us his general complaint is that the judgment is flawed because its approach was not "incremental". Instead of progressively building up the total award by reference to the factors in s.25(2), the judge, says Mr Singleton, wrongly used a "top-down" approach, took equality as his starting-point and sought to identify the discount appropriate to the husband's special contribution.

75. In oral argument Mr Singleton has been constrained to concede that the word "incremental" is inapt. In context it implies that the court adds to the proposed award by reference to the different factors in s.25(2); such is an unhelpful, indeed unworkable, mischaracterisation of the statutory exercise. We understand Mr Singleton's real complaint to be that the judge's approach was not what one might call "serial": namely that the judge failed to work through s.25(2) line by line; to arrive, by reference in particular to the husband's special contribution, at a provisional quantified award to the wife; and then to cross-check it against the yardstick of equality.

76. There are three answers to Mr Singleton's general complaint.

(a) In our view the judge adopted the very approach which Mr Singleton complains that he failed to adopt. After observing that s.25 "rules the day", the judge serially considered all the factors there set out insofar as they were relevant, including in particular the husband's special contribution; concluded that the wife's assets should be increased to £48 million; noted that such amounted to just under 37% of the total assets; and concluded that such departure from equality was justified.

(b) Such was indeed a valid approach for the judge to adopt. But in *Miller* sharing became a principle: see para-

graph 65 above. The judge would have been entitled to consider percentages other than at the tail-end of his reasoning. There are cases in which, whatever the effect to be given in a rare case to a special contribution, the result of applying the sharing principle will subsume the result of applying the principles of need and (if engaged) of compensation. In cases of very substantial matrimonial property such a result may be as immediately apparent as it is from here in these courts that the dome of St Paul's rises higher than the steeple of St Bride's. In such circumstances, of which this case is an example, a judge might well first consider distribution by reference to the sharing principle and then shortly refer to the other principles. In *Miller* Lord Nicholls suggested, at [29], that, in cases in which the assets were substantial, it would be "generally a convenient course" to consider sharing before needs in that the latter would be likely to be subsumed in the former. Even prior to *Miller* it often became difficult in substantial cases for the court sensibly to maintain that it should not consider percentages until it had provisionally quantified an award by reference to other processes of reasoning.

For it seemed pointless to undertake an elaborate process of provisional quantification if such then had to be abandoned by reference to percentages. But, to the extent that the yardstick constrained it to approach the matter in that way, *Miller* has released the court from the constraint.

(c) We do not accept Mr Singleton's argument that consideration of a "discount" from equality should play no part in the distributive exercise. Both when it was a yardstick and now that it is a principle, the concept was and is that property should be shared equally in the absence of good reason for departure from equality. A discount is nothing other than a departure from it.

77. (a) Mr Singleton levels an alternative complaint about the methodology of the judge's judgment. The judge, he says, should have proceeded as follows:

- (i) calculate the wife's needs, say at £20 million;
- (ii) calculate the husband's needs, say at £29 million;
- (iii) deduct the joint needs of say £49 million from the total assets (wrongly) computed by the judge at £131 million and reach a surplus of £82 million;
- (iv) distribute the surplus fairly between the parties, say 10%, or £8 million, to the wife and the balance to the husband; and
- (v) thus award the wife £28 million (inclusive of her existing assets).

(b) Mr Singleton justifies this approach, which in this court he has to establish as being the only approach properly open to the judge, by reference largely to the judg-

ment of Mance LJ in this court in *Cowan v Cowan* [2002] Fam 97. Mance LJ there concurred in allowing a wife's appeal by increasing her award to £4.4 million inclusive of her existing assets. In the view of two of the members of the court the proper approach was to survey the factors in s.25(2), to cross-check the result against the yardstick of equality, to note that the result instead represented a division of 38% to 62% and to conclude that in the unusual circumstances such was a proper departure from equality. Mance LJ, however, observed, at [169], that the wife's needs had been assessed at £3 million; that, if allowance for the husband's needs was made in an equivalent sum, there was a surplus of £5 million; that the proposed award gave the wife 25% of the surplus; and that such seemed fair. We note that, in his speech in *Miller*, Lord Mance did not refer to this approach.

(c) With respect to Lord Mance, we do not agree with the suggested approach. Although there are isolated references in *Miller* to sharing "the residue" (per Lord Nicholls at [29]) and "the balance" (per Baroness Hale at [144]), we consider that, had it wished to endorse the approach suggested by Mance LJ in *Cowan*, the House would have made its view very much clearer. On the contrary the thrust of the decisions in *White* and certainly in *Miller* itself is that the court should apply the sharing principle not just to part but to all of the property; and thus that in these large cases it is probable that the sharing, whether equal or occasionally unequal, will cater automatically for needs. But we also have a grave practical objection: from the point of view of the proportionate despatch of these large cases, whether by negotiation or adjudication, a system which invited not only, as now, expensive concentration upon the value of assets but also elaborate presentations of needs – the height of one budget no doubt being said to be entirely reasonable and the height of the other entirely unreasonable – would be the worst of both worlds.

(omissis)

Crown Copyright ©

Inghilterra e Galles – Special Commissioners

Il luogo della residenza del trust nel trattato contro le doppie imposizioni sottoscritto da Regno Unito e Mauritius

Trust - potere direttivo del disponente - trustee acquiescente - “capital gain” - tassazione - trattato contro le doppie imposizioni sottoscritto da Regno Unito e Mauritius - “place of effective management” - rilevanza del luogo di residenza del disponente

Ai sensi dell'art. 4, par. 3, della Convenzione per evitare le doppie imposizioni conclusa tra Regno Unito e Mauritius, che attribuisce rilevanza al *place of effective management*, deve ritenersi fiscalmente residente in Inghilterra il trust che, sebbene formalmente residente in Mauritius, in quanto ivi è residente il trustee, sia sottoposto ad un forte controllo da parte del disponente e dei suoi consulenti, residenti in Inghilterra, i quali dirigono e condizionano l'attività di un trustee acquiescente, e ciò in quanto è da ritenersi che il *place of effective management* sia sito in Inghilterra.

- **Special Commissioners, A. N. Brice, J. F. Avery Jones CBE, 19 febbraio 2008 - [T. Smallwood and M. C. Smallwood Trustees of The Trevor Smallwood Trust v The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs]**

TESTO DELLA SENTENZA

THE APPEALS

1. In 1989 Mr Trevor Smallwood (Mr Smallwood) settled property on trust for the benefit of himself and his family. Mr Smallwood and his wife, Mrs Mary Caroline Smallwood, (the Trustees) are the present trustees of the Trevor Smallwood Trust (the Trust). On 10 January 2001 the then trustees sold shares in FirstGroup plc (FirstGroup) giving rise to chargeable gains. On 26 January 2001 the then trustees sold shares in Billiton plc (Billiton) giving rise to chargeable gains. The Trustees claimed that they were entitled to double taxation relief because, at the dates of the disposals, the Trust was resident in Mauritius.

2. The Trustees appeal against a closure notice issued by the Commissioners of Her Majesty's Revenue and Customs (the Revenue) on 31 January 2005. The closure notice amended the Trust's tax return for the year ending on 5 April 2001 to include the full amount of a gain of £6,801,011 arising on the disposal of shares in FirstGroup, and of a gain of £17,378 arising on the disposal of shares

in Billiton, and disallowed the claim for double taxation relief. The closure notice stated that, under the provisions of section 77(1) of the Taxation of Chargeable Gains Act 1992 (the 1992 Act), the Trustees were not chargeable on these gains and so the amendment would not result in any amendment to the tax payable by the Trustees for the year ending on 5 April 2001.

3. Mr Smallwood, as settlor, appeals against a closure notice issued by the Revenue on 31 January 2005. The closure notice amended Mr Smallwood's return so as to show an amount of £6,818,390 as chargeable gains and tax of £2,727,356 as due.

(omissis)

A SUMMARY OF THE ISSUE

7. The appeal relates to a tax avoidance scheme that is intended to work in the following way. A non-resident

.....
Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale. Manca il Sommario perché i fatti sono narrati nel corso del commento di A. Bavila, supra, 590.

trust which has a gain on its assets appoints Mauritian trustees for part of a tax year and realises the gains during the period that the trust is resident in Mauritius. United Kingdom resident trustees are appointed before the end of the tax year. The provisions of section 77 of the 1992 Act potentially apply because the trustees are resident in the United Kingdom for part of the year within the meaning of section 77(7). Conversely section 86, which attributes gains of non-resident settlements to beneficiaries, does not apply if the trustees are United Kingdom resident for any part of the year. The Trustees argue that the Treaty prevents the United Kingdom from taxing the gains. There is a parallel appeal by Mr Smallwood because, as settlor, any gains will be chargeable on him under section 77(1)(c) if the Trustee's argument does not succeed.

8. In this appeal a corporate trustee who was tax resident in Mauritius was appointed in December 2000. The corporate trustee disposed of shares in January 2001 and realised gains. In March 2001 Mr and Mrs Smallwood, who are resident in the United Kingdom, were appointed as Trustees. It was accepted that the Trustees were resident in the United Kingdom for part of the year of assessment ending on 5 April 2001 and so a liability for capital gains tax arose under section 77(7) of the 1992 Act. However, the Trustees argued that they were entitled to double taxation relief under section 277 of the 1992 Act and Article 13(4) of the Treaty.

9. The issue in the appeal was whether the Trustees were entitled to double taxation relief. As argued that issue raised two questions which were:

(1) Was the trustee resident for the purpose of the Treaty solely in Mauritius when the gains were made and, if so, does Article 13(4) of the Treaty prevent the United Kingdom from taxing the gains?

(2) If the trustee was resident for the purpose of the Treaty in both the United Kingdom and Mauritius when the gains were made, was the place of effective management (POEM) of the Trust under Article 4(3) of the Treaty situated in Mauritius (as argued by the Appellants) or in the United Kingdom (as argued by the Revenue)?

(omissis)

THE TREATY

77. Articles 1, 2, 4, 13 and 24 of the Treaty are relevant in these appeals and they provided:

“Article 1 Personal scope

This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States.

Article 2 Taxes covered

(1) The existing taxes to which this Convention shall apply are:

(a) in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland:

- (i) the income tax;
 - (ii) the corporation tax; and
 - (iii) the capital gains tax;
- (hereinafter referred to as “United Kingdom tax”);

(b) in Mauritius:

- (i) the income tax;
 - (ii) the capital gains tax (morcellement);
- (hereinafter referred to as “Mauritius tax”) [...]

Article 4 Residence

(1) For the purposes of this Convention, the term “resident of a Contracting State” means, subject to the provisions of paragraphs (2) and (3) of this Article, any person who, under the law of that State, is liable to taxation therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature. The terms “resident of the UK” and “resident of Mauritius” shall be construed accordingly. [...]

(3) Where by reason of the provisions of paragraph (1) of this Article a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident of the Contracting State in which its place of effective management is situated.

Article 13 Capital gains

(1) Capital gains from the alienation of immovable property, as defined in paragraph (2) of Article 6, may be taxed in the Contracting State in which such property is situated.

(2) Capital gains from the alienation of movable property forming part of the business property of a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State or of movable property pertaining to a fixed base available to a resident of a Contracting State in the other Contracting State for the purpose of performing independent personal services, including such gains from the alienation of such a permanent establishment (alone or together with the whole enterprise) or of such a fixed base, may be taxed in that other State.

(3) Notwithstanding the provisions of paragraph (2) of this Article, capital gains from the alienation of ships and aircraft operated in international traffic and movable property pertaining to the operation of such ships and aircraft shall be taxable only in the Contracting State in

which the place of effective management of the enterprise is situated.

(4) Capital gains from the alienation of any property other than that mentioned in paragraphs (1), (2) and (3) of this Article shall be taxable only in the Contracting State of which the alienator is a resident.

(5) The provisions of paragraph (4) of this Article shall not affect the right of a Contracting State to levy according to its law a tax on capital gains from the alienation of any property derived by an individual who is a resident of the other Contracting State and has been a resident of the first-mentioned Contracting State at any time during the five years immediately preceding the alienation of the property.

[Paragraph (5) was amended with effect from 2003, which was after the events with which this appeal is concerned, so as to apply to persons other than individuals and during the fiscal year of the alienation or the six preceding fiscal years.]

Article 24 Elimination of double taxation

(1) Subject to the provisions of the law of the United Kingdom regarding the allowances as a credit against the United Kingdom tax of tax payable in a territory outside the United Kingdom (which shall not affect the general principle hereof):

(a) Mauritius tax payable under the laws of Mauritius and in accordance with this Convention, whether directly or by deduction, on profits, income or chargeable gains from sources within Mauritius shall be allowed as a credit against any United Kingdom tax computed by reference to the same profits, income or chargeable gains by reference to which the Mauritius tax is computed. [...]

(3) Subject to the provisions of the law of Mauritius regarding the allowance as a credit against Mauritius tax of tax payable in a territory outside Mauritius (which shall not affect the general principle hereof):

(a) United Kingdom tax payable under the laws of the United Kingdom and in accordance with this Convention, whether directly or by deduction, on profits, income or chargeable gains from sources within the United Kingdom shall be allowed as a credit against any Mauritius tax computed by reference to the same profits, income or chargeable gains by reference to which the United Kingdom tax is computed. [...]

(4) For the purposes of paragraphs (1) and (3) of this Article profits, income and capital gains owned by a resident of a Contracting State which may be taxed in the other Contracting State in accordance with this Convention shall be deemed to arise from sources in that other Contracting State.”

THE ARGUMENTS

78. We can summarise the relevant changes of residence of the trustee during the tax year and the consequence for chargeability of the gains in the United Kingdom in tabular form.

(*omissis*)

79. By section 2 of the 1992 Act, since the trustees (as a single body of persons - see section 69) are resident in the United Kingdom for part of the year 2000-01 (namely the UK Period) they are chargeable to capital gains tax on all the gains made in the year. (It should be mentioned that, by concession, chargeability is often limited to the period of residence but no concession applies in the case of trustees.) There was no evidence about whether the residence of the trustee under Mauritian law ceased on 2 March 2001 or applied for the whole of the year from 1 July 2000 to 30 June 2001.

80. The relevant part of section 73 of the Mauritian Income Tax Act 16 of 1995 provides:

“73 Definition of residence

For the purposes of this Act, “resident”, in respect of an income year, when applied to - [...]

(d) a trust, means a trust—

(i) where the trust is administered in Mauritius and a majority of the trustees are resident in Mauritius; [...]”

81. Section 2 of the Mauritian Income Tax Act 16 of 1995 is the interpretation section and provides that the definitions of “income year” and “year” are:

““income year”, in relation to the income of any person, means the year in which that income is derived by him [...]

“year” means a period of twelve months commencing on 1 July”.

82. Although this seems to make the trustees resident for the whole period from 1 July 2000 to 30 June 2001 the evidence was that the trustees paid tax only for the period 19 December 2000 to 2 March 2001. We shall make the assumption that residence was limited to this period. In case this is wrong we shall also consider later the effect of our decision on POEM.

83. The issue is what is the effect on the Treaty of domestic law residence for part of the year coupled with chargeability for the whole year. Is it possible to apply the Treaty to residence for part of the year? Both parties contend that one can do so, though with different consequences.

84. We have found it easier to make a flow chart of the

contentions of the parties rather than set them out separately since they interact.

85. In words, both parties' primary contentions are based on the left-hand side of the flow chart, namely that one can look separately at the trustee's residence in the Mauritius Period and the UK Period. Mr Prosser for the Appellants contends that one should look only at residence at the moment of alienation, or in the alternative (which is also Mr Brennan's contention for the Revenue) the whole of the Mauritius Period. They both contend that the consequence is that, during the Mauritius Period, the trustee is a resident only of Mauritius for the purpose of the Treaty (which we shall call Treaty Residence). The consequences of this diverge when they come to apply Article 13(4). Mr Prosser says that the consequence is that gains are taxable only in Mauritius. Mr Brennan contends that Article 13(4) says nothing about the effect of chargeability to United Kingdom tax during the Mauritius Period, and if there were any Mauritian tax (which in fact there is not) that is a matter for credit under Article 24.

86. If they do not succeed on this contention, both parties agree, moving to the right-hand side of the flow chart, that there is dual residence to be dealt with by applying the tie-breaker in Article 4(3) to determine the state in which the place of effective management of the trust is situated (or, as Mr Prosser prefers to say, of the trustee qua trustee). We suspect that it is the fear of the unknown consequence of this that has driven both parties to make as their primary contentions a way of avoiding the consequences. It is common ground that one should apply the tie-breaker separately to each period. If Mauritius wins the tie-breaker we are returned to the same difference of view about the effect of Article 13(4). If the United Kingdom wins it is common ground that the United Kingdom can tax the gains.

87. We can enlarge upon these contentions under their three separate strands: first, the interaction of residence and chargeability; secondly, the effect of Article 13(4); and thirdly, the tie-breaker.

(1) The interaction of residence and chargeability

88. The chargeability of the trustee for the whole year 2000-01 as a result of residence for part of the year (the UK Period) opens the possibility of contending for successive periods of residence when applying the Treaty. When applying Article 4(1) of the Treaty to determine Treaty Residence, both parties contend that during the Mauritius Period the trustee was not "liable to taxation

therein [in the United Kingdom] by reason of residence" (which in the context must mean the fact of residing) because at that time the trustee has not resided in the United Kingdom and one cannot use hindsight to say that residing in the United Kingdom in the UK Period means that the trustees are liable to tax in the Mauritius Period by reason of residence. Mr Prosser put this in two ways: first that one should look only at the time of the alienation to determine chargeability (and also the effect of Article 13(4)), and secondly, (which is also Mr Brennan's contention) that one should look at the whole of the Mauritius Period for both purposes. The Tribunal put forward a third possibility to the parties that liability to tax is equated to Treaty Residence in Article 4(1) and in looking at the whole tax year one must necessarily use hindsight to say that by virtue of residing in the United Kingdom in the UK period the trustees are liable to tax in the tax year.

89. The following example in paragraph 10 of the Commentary to Article 4 of the OECD Model (this part was added in 2000; we consider below the status of Commentaries adopted after the Treaty was made), to which the Tribunal drew the attention of the parties, seems to be relevant to the issue of whether one can use hindsight:

"The facts to which the special rules [ie the tie-breaker in article 4(2) applicable to individuals] will apply are those existing during the period when the residence of the taxpayer affects tax liability, which may be less than an entire taxable period. For example, in one calendar year an individual is a resident of State A under that State's tax laws from 1 January to 31 March, then moves to State B. Because the individual resides in State B for more than 183 days, the individual is treated by the tax laws of State B as a State B resident for the entire year. Applying the special rules to the period 1 January to 31 March, the individual was a resident of State A. Therefore, both State A and State B should treat the individual as a State A resident for that period, and as a State B resident from 1 April to 31 December."

90. This implies that residing in a later period leading to residence in the earlier period does cause dual residence in the earlier period and therefore the tie-breaker is engaged. But both parties can, and do, contend that it is not directly applicable because it can still be argued that the example implies that subsequent residing causes residence throughout the tax year, which is not the case here since the subsequent residing causes residence in the subsequent period only, and merely chargeability in the earlier period. Mr Prosser also notes that this Commentary was added later.

(2) The effect of Article 13(4)

91. So far as Article 13(4) is concerned, Mr Brennan contends that this is concerned only with relief from tax in the source state and says nothing about preventing chargeability to tax in a subsequent residence period within the same tax year. It will be seen that this depends upon the first strand, that chargeability and residence are different, and so even though there is concurrent chargeability, residence in Mauritius and the United Kingdom is sequential. Mr Brennan contends that this is not a question of dual residence and that the Treaty deals with the double chargeability by credit under article 24. Mr Prosser contends that article 13(4) should be applied at the time of alienation, for which he relies on article 13(5) referring to an individual who “has been a resident of the first-mentioned Contracting State at any time during the five years immediately preceding the alienation of the property” as indicating that the rest of article 13 should be applied by reference to the time of alienation. He contends that residence in article 13(4) means Treaty Residence at the time of alienation and, if that is in Mauritius, the gains are taxable only in Mauritius; the United Kingdom is prevented from taxing them, whatever is the basis for that charge. Alternatively he contends that the same result applies if one looks at the Mauritius Period.

(3) The tie-breaker – place of effective management

92. Both parties contend in the alternative that the route in the right hand side of the flow chart applies and the tie-breaker is engaged. On this basis if Mauritius wins this brings both parties back to their article 13(4) contentions. For such contention they no longer seek to separate successive periods of residence and they treat United Kingdom residence for the purpose of article 4(1), by equating liability to tax with residence, as being for the whole year 2000-01, and the Mauritian Period as the period of residence in Mauritius also for the purpose of article 4(1). It is common ground that the tie-breaker must necessarily be applied separately to the Mauritius Period (and if the Mauritian residence continued, which we have assumed that it did not, to the UK Period). The example in the Commentary quoted above supports this approach.

REASONS FOR DECISION

93. We consider the three strands of argument separately but we start by considering the correct approach to interpreting a treaty, which was not controversial.

THE APPROACH TO INTERPRETING A TREATY

94. In *IRC v Commerzbank* [1990] STC 285, 297-8, in a passage approved by the Court of Appeal in *Memec v IRC* [1998] STC 754, 766g, Mummery J summarised the approach to treaty interpretation laid down by the House of Lords in *Fothergill v Monarch Airlines Ltd* [1981] AC 251 in the following way:

“(1) It is necessary to look first for a clear meaning of the words used in the relevant article of the convention, bearing in mind that ‘consideration of the purpose of an enactment is always a legitimate part of the process of interpretation’: per Lord Wilberforce (at 272) and Lord Scarman (at 294). A strictly literal approach to interpretation is not appropriate in construing legislation which gives effect to or incorporates an international treaty: per Lord Fraser (at 285) and Lord Scarman (at 290). A literal interpretation may be obviously inconsistent with the purposes of the particular article or of the treaty as a whole. If the provisions of a particular article are ambiguous, it may be possible to resolve that ambiguity by giving a purposive construction to the convention looking at it as a whole by reference to its language as set out in the relevant United Kingdom legislative instrument: per Lord Diplock (at 279).

(2) The process of interpretation should take account of the fact that:

‘The language of an international convention has not been chosen by an English parliamentary draftsman. It is neither couched in the conventional English legislative idiom nor designed to be construed exclusively by English judges. It is addressed to a much wider and more varied judicial audience than is an Act of Parliament which deals with purely domestic law. It should be interpreted, as Lord Wilberforce put it in *James Buchanan & Co. Ltd v Babco Forwarding & Shipping (UK) Limited*, [1987] AC 141 at 152, “unconstrained by technical rules of English law, or by English legal precedent, but on broad principles of general acceptance”: per Lord Diplock (at 281-282) and Lord Scarman (at 293).’.

(3) Among those principles is the general principle of international law, now embodied in article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, that ‘a treaty should be interpreted in good faith and in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose’. A similar principle is expressed in slightly different terms in McNair’s *The Law of Treaties* (1961) p 365, where it is stated that the task of applying or construing or interpreting a treaty is ‘the duty of giving effect to the

expressed intention of the parties, that is, their intention as expressed in the words used by them in the light of the surrounding circumstances'. It is also stated in that work (p 366) that references to the primary necessity of giving effect to 'the plain terms' of a treaty or construing words according to their 'general and ordinary meaning' or their 'natural signification' are to be a starting point or *prima facie* guide and 'cannot be allowed to obstruct the essential quest in the application of treaties, namely the search for the real intention of the contracting parties in using the language employed by them'.

(4) If the adoption of this approach to the article leaves the meaning of the relevant provision unclear or ambiguous or leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable recourse may be had to 'supplementary means of interpretation' including *travaux préparatoires*: per Lord Diplock (at 282) referring to article 32 of the Vienna Convention, which came into force after the conclusion of this double taxation convention, but codified an already existing principle of public international law. See also Lord Fraser (at 287) and Lord Scarman (at 294).

(5) Subsequent commentaries on a convention or treaty have persuasive value only, depending on the cogency of their reasoning. Similarly, decisions of foreign courts on the interpretation of a convention or treaty text depend for their authority on the reputation and status of the court in question: per Lord Diplock (at 283–284) and per Lord Scarman (at 295).

(6) Aids to the interpretation of a treaty such as *travaux préparatoires*, international case law and the writings of jurists are not a substitute for study of the terms of the convention. Their use is discretionary, not mandatory, depending, for example, on the relevance of such material and the weight to be attached to it: per Lord Scarman (at 294)."

95. Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties referred to in this quotation provides as follows:

"1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;

Any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account together with the context:

- any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

- any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

- any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended."

96. Mr Brennan also contended that we should apply a commonsense approach to tax treaties following Lord Walker in *Pirelli Cable Holding NV v IRC* [2006] STC 548 at [150] where he said:

"[105] In his printed case Mr Aaronson QC (for the respondent Pirelli companies) acknowledged (para 38) that if commonsense or plain justice required it, the Revenue might be able to justify what he has called a selective reading of ss 231 and 247. The requirements of justice are not easy to discern in the world of cross-border taxation of multinationals, but I think that commonsense does point in favour of the Revenue's appeal. The evident purpose of s 788(3)(d) and of article 10 of the DTAs is to give a tax credit (of a certain sort) to a non-resident shareholder who receives a dividend from a United Kingdom company. It is central to the concept of the United Kingdom granting a tax credit to the shareholder in respect of a dividend that some United Kingdom tax should have been paid (or at least payable) in respect of that dividend. It would be an abuse of language, and contrary to commonsense, to speak of granting a tax credit when no such tax has been paid."

97. While it is no doubt never wrong to apply commonsense we believe that Lord Walker was dealing here more with domestic law, which was Mr Aaronson's point, than tax treaties, although in that particular case the two were closely linked. But even if we were to apply commonsense we do not consider that it would favour Mr Brennan's interpretation.

98. The Treaty is based on the OECD Model Tax Convention of 1977. The OECD Model has a Commentary explaining the terms of the Model which is accordingly an important means of interpretation of the Model and treaties following the Model. Although not the subject of argument in this appeal, we are aware that there is academic literature discussing how the Commentary fits into articles 31 and 32 of the Vienna Convention. Our view is that the negotiators on both sides could be expected to

have the Commentary in front of them and can be expected to have intended that the meaning in the Commentary should be applied in interpreting the Treaty when it contains the identical wording. This is as much true of the United Kingdom which is a member of the OECD as it is of Mauritius, which is not. The difference is that the United Kingdom had the opportunity of stating that it disagreed with any part of the Commentary by making an Observation, while Mauritius did not, although the Commentary does now contain Observations by a number of non-OECD member countries, but not including Mauritius. The main treaty interpretation issue here is over the meaning of “place of effective management” in article 4(3). If the Commentary contains a clear explanation of the meaning the term it seems clear that the parties to the Treaty intended that such explanation should be more important than the ordinary meaning to be given to the terms of that phrase. This is either on the basis that the existence of the Model and Commentaries demonstrate that the parties intended it as a special meaning within article 31(4) of the Vienna Convention, or that the Vienna Convention does not purport to be a comprehensive statement of the method of treaty interpretation. Its own commentary states that “Accordingly the [International Law] Commission confined itself to trying to isolate and codify the comparatively few general principles which appear to constitute general rules for the interpretation of treaties” (Introduction paragraph (5)). The Commentary has been referred to in a number of decisions by the United Kingdom courts.

99. The relevance of Commentaries adopted later than the Treaty is more problematic because the parties cannot have intended the new Commentary to apply at the time of making the Treaty. However, to ignore them means that one would be shutting one’s eyes to advances in international tax thinking, such as how to apply the treaty to payments for software that had not been considered when the Treaty was made. The safer option is to read the later Commentary and then decide in the light of its content what weight should be given to it.

(1) The interaction of residence and chargeability

100. With that introduction to the approach to be taken, we turn to the residence and chargeability issue. We consider that the domestic law distinction between residence and chargeability, so that if one is resident for part of a year one is chargeable for the whole of the year, is too subtle a distinction to be made when interpreting the Treaty. Article 4(1) equates the two by defining Treaty

Residence in terms of liability to tax (which is the same as chargeability):

“For the purposes of this Convention, the term “resident of a Contracting State” means [...] any person who, under the law of that State, is liable to taxation therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature.”

101. So long as the liability to tax is by reason of one of the listed items, of which the relevant is residence, meaning in the context the act of residing, then there is no distinction between Treaty Residence under article 4(1) and liability to tax. If liability to tax were caused by something not in the list, such as (hypothetically) that trustees are resident if a United Kingdom resident has at any time put assets into the trust, it would seem to follow that such residence was not by reason of one of the listed items and so that was not Treaty Residence for article 4(1) even though there was chargeability.

102. On whether hindsight can be used, we do not consider that “by reason of [...] residence” means solely past or current residing. If residing in a subsequent period causes residence for the whole year, then liability is by reason of residence, meaning residing. The Commentary’s example set out above implies this. In it the individual moves from state A to state B on 31 March and is treated by state B as resident for the whole of the calendar year (assumed to be the tax year). The example states that the tie-breaker is to be applied to the period 1 January to 31 March, under which state A wins because at that time there are no connections with state B. Since we equate residence for article 4(1) with liability to tax the Commentary’s example is equally applicable to chargeability to capital gains tax for the whole tax year under section 2 of the 1992 Act. If one cannot use hindsight to determine residence (or liability to tax) it would matter in what order a person spend the requisite days in a state in order to become a resident. Suppose an individual is resident in state X if he is present for 183 days, if the alienation occurred before any of them, and one cannot use hindsight, it could be argued that at the time of alienation he is not a resident of State X by reason of residing because he has not so far resided in state X. But if he was present for one day before the alienation and 182 days after it, why should the result be any different?

(2) The effect of Article 13(4)

103. So far as the interpretation of article 13(4) is concerned we agree with Mr Brennan that article 13 in general deals with a conflict between taxation on the basis of

source and on the basis of residence. Certainly articles 13(1) to (3) depend on source: immovable property in either state, movable property of a permanent establishment in the state other than the Treaty Residence state, and ships or aircraft owned by an enterprise with its place of effective management in one of the states. But article 13(4), relating to gains on all other property (including therefore property in a third state), is more general and does not contain any reference to source. It states that if the alienator is Treaty Resident in one state the gains are taxable only in that state. Any dual residence, which we have equated with chargeability, should have been solved by the tie-breaker determining the Treaty Residence before one arrives at article 13. The result would be that if the state other than that of Treaty Residence taxed by its domestic law on any basis other than Treaty Residence the Treaty would prevent it. There would be no scope for any basis of taxation in the non-Treaty Residence state to continue. The plain words “taxable only” in the Treaty Residence state mean what they say.

104. Mr Brennan states that if (contrary to the facts here) Mauritius had taxed the gain the trustees would be entitled to credit under article 24 of the Treaty. He is able to say this because credit does not depend on Treaty Residence in the UK in the Mauritius Period, as it would do under article 23B of the OECD Model (assuming for the moment that one can be Treaty Resident for part of a year), because article 24 operates by sending one to domestic law: “Subject to the provisions of the law of the United Kingdom regarding the allowances as a credit against the United Kingdom tax of tax payable in a territory outside the United Kingdom (which shall not affect the general principle hereof) [...]”. He did not elaborate this but section 794(1) of the Taxes Act 1988 provides that:

Subject to subsection (2) below, credit shall not be allowed under any arrangements against any of the United Kingdom taxes for any chargeable period unless the person in respect of whose income or chargeable gains the United Kingdom tax is chargeable is resident in the United Kingdom for that period.

105. This requires residence (with some exceptions in subs (2) which are not applicable here), in domestic law for the chargeable period, which for trustees is defined in section 832(1) to mean the year of assessment. Mr Brennan’s submission implies that he accepts that residence for part of a year is residence for the year for this purpose, which seems reasonable since the purpose of credit is to relieve double taxation. He is therefore contending that both according to section 2 of the 1992

Act and the Treaty the trustee is not resident in the United Kingdom during the Mauritius Period, while at the same time contending that it is so resident for section 794, which is not impossible but makes us doubt that this result was intended.

106. If Mr Brennan is right about credit, both states would have to give credit for each other’s tax because the gain would have a source (for double taxation relief purposes only) in both states under article 24(4). This not a fatal objection since it is possible to work out the credit in a straightforward manner if the foreign tax is before any credit for United Kingdom tax, or by iteration if it is after such credit, which is unusual but not unique as we believe this can also arise in inheritance tax. But we consider that the unusual results relating to credit reinforce our view that Mr Brennan’s interpretation is not correct.

107. Our interpretation of the Treaty is the simplistic one that domestic law chargeability for the whole tax year (when by reason of a basis set out in article 4(1), such as residence ie residing) results in Treaty Residence throughout the tax year regardless of whether that chargeability was caused by residing in a later part of the tax year. This means that during the Mauritius Period there is dual residence that has to be solved by the tie-breaker. As a result of our decision on the interpretation of article 13(4) this means that if Mauritius wins, the United Kingdom cannot tax the gains; and if the United Kingdom wins it can.

(3) The tie-breaker – place of effective management

108. We therefore turn to the tie-breaker in article 4(3). The issue is what is the meaning of “place of effective management” (“POEM”).

109. Mr Prosser QC and Miss Wilson contend that at the time of the Treaty the commentary to the OECD Model recorded the United Kingdom’s view that central management and control (“CMC”) meant the same as POEM. It is legitimate to apply the current Commentary that POEM is where the key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity’s business are in substance made, which will normally be where the most senior persons eg the board of directors make their decisions. Although the statements of Chadwick LJ in *Wood v Holden* [2006] STC 443, that it is not clear that the place of CMC is different from POEM, and that in the context of a single transaction case it is very difficult to see how the two tests could lead to different answers, are not binding the same view should be adopted. The two tests are for practical purposes the same. The directors cannot be regarded as a rubberstamp or puppet if

they apply their minds to the decision-making process. A distinction must be drawn between directors being dictated to by an outsider, and directors taking the decision pursuant to a tax scheme devised by an outsider who gives advice to and influences the board, *Wood v Holden* at [27].

110. Mr Brennan QC and Mr Nwabatt contend that one should follow the words of the current Commentary to the OECD Model “The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity’s business are in substance made”. It is not the correct approach to ask where the CMC is situated and to say that POEM must be in the same place on the basis of Chadwick LJ’s statement in *Wood v Holden*. Effective management implies realistic positive management, see *Wensleydale’s Settlement Trustees v IRC* [1996] STC (SCD) 241.

111. There was thus some debate about whether, or to what extent, POEM differed from CMC. We consider that this misses the point; the two concepts serve entirely different purposes. CMC determines whether a company is resident in the United Kingdom or not; POEM is a tie-breaker the purpose of which is to resolve cases of dual residence by determining in which of two states it is to be found. CMC is essentially a one-country test; the purpose is not to decide where residence is situated, but whether or not it is situated in the United Kingdom, even though courts do sometimes express their decisions in terms of a company being resident in a particular foreign jurisdiction, as was the case in *Wood v Holden*. There is nothing impossible in finding CMC in two countries, in spite of the word “central.” Suppose South Africa had an income tax in 1900-01 and applied CMC as its residence rule, would a court there have decided that the CMC of de Beers was in South Africa? Taking the facts from 5 TC 198, the head office according to the articles was in South Africa; the chairman (Cecil Rhodes) and nine of the 16 ordinary directors were there and two more travelled between London and South Africa; the technical management of the operations at the mines were decided by the directors at Kimberley who met weekly (but who were to consult the London directors on matters of exceptional importance); and the Kimberley directors could incur other expenditure up to £25,000 [we calculate that this is equivalent to £1.8m today according to the retail price index], plus another £50,000 with Cecil Rhodes’ personal approval in special circumstances. We consider that CMC would also have been found in South Africa. But these facts which were before the House of Lords did not prevent its CMC being in the United Kingdom. Even if we are wrong about its also having a CMC in *South Africa*,

Union Corporation Ltd v IRC (1953) 34 TC 207 is a case in which the Court of Appeal decided (obiter) that a company in a not dissimilar situation to de Beers was, for the purposes of a profits tax provision, both ordinarily (ordinarily being agreed to make no difference) resident in the United Kingdom and South Africa. And *Swedish Central Railway Co v Thompson* 9 TC 342 is a decision of the House of Lords that was later in *Bullock v Unit Construction* 38 TC 712 regarded as an example of a case where the facts did not enable a finding to be made that CMC was exercised in any one country.

112. POEM, on the other hand, must be concerned with what happens in both states since its purpose is to resolve residence under domestic law in both states, caused for whatever reason, which could include incorporation in one state and management in the other, or different meanings of management applied in each state, or different interpretations of the same meaning of management applied in each state, or divided management. One must necessarily weigh up what happens in both states and according to the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context (to quote article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties) decide in which state the place of effective management is found. Effective is used elsewhere in the OECD model and the Treaty in “effectively connected” in articles 10, 11 and 12 which is an odd use of English. We believe “effective” should be understood in the sense of the French effective (*siège de direction effective*) which connotes real, French being the other official version of the Model, though not of the Treaty. In our hypothetical example of de Beers being a dual resident, it then becomes material to what level of management the effective management refers, and only then is it relevant to discuss whether the level of effective management is similar to the level of CMC. Fortunately matters of that sort do not arise in this appeal. Accordingly, having regard to the ordinary meaning of the words in their context and in the light of their object and purpose we approach the issue of POEM as considering in which state the real management of the trustee qua trustee is found.

PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT - THE AUTHORITIES

113. We turn to guidance from United Kingdom cases where the issue of POEM has arisen. First in time is *Wensleydale’s Settlement Trustees* in which Special Commissioner David Shirley said of POEM in the ordinary meaning of language at 250j:

“I emphasise the adjective ‘effective’. In my opinion it is not sufficient that some sort of management was carried on in the Republic of Ireland such as operating a bank account in the name of the trustees. ‘Effective’ implies realistic, positive management. The place of effective management is where the shots are called, to adopt a vivid transatlantic colloquialism.”

114. Mr Prosser warned about adopting alternative paraphrases such as “calling the shots” because in a way shareholders called the shots but this was not a relevant type of control. However, we adopt his reference to “realistic, positive management.”

115. The issue of POEM arose only in the light of the Special Commissioners’ decision in *Wood v Holden* (at that stage under its anonymised name *R v Holden* [2004] STC (SCD) 416). Having decided that at [145] “[...] the Appellants have failed to satisfy us that the central control and management of EBV was not in London [...]” they considered only counsel for the Revenue’s contention that CMC and POEM were the same and came to the same conclusion (at [146]) on the basis that there was no indication that any effective management decisions were taken in the Netherlands, although the company was resident in the Netherlands under Dutch law being incorporated there. Their decision was reversed by Park J and by the Court of Appeal who decided that the company was resident in the Netherlands. We would respectfully say that it is normally no part of United Kingdom tax law to decide where a company is resident if that is not the United Kingdom. Where such a concept is needed, as in the CFC legislation, the statute has to deal with it. On the basis of their decision the issue of POEM did not arise although Chadwick LJ said at [44] that he found it very difficult to see how, in the circumstances of that case, the two tests could lead to different answers. The circumstances of that case were that the company was incorporated in the Netherlands and the only two decisions it had to make, a purchase and sale of certain shares, were taken in the Netherlands. Presumably he had in mind that if instead the company has been resident in the United Kingdom because of its incorporation, both CMC and POEM would have been in the Netherlands, the latter overriding United Kingdom residence on the basis of incorporation.

116. An interesting difference of judicial opinion arose in *Indofood International Finance Ltd v JP Morgan Chase Bank NA* [2006] STC 1195 in which the issue was whether a Mauritian issuer company and its Indonesian parent company would have taken “reasonable measures” if they had interposed a Dutch company between the

issuer and the parent company when termination of the Indonesia-Mauritius tax treaty meant that the rate of withholding tax increased and the noteholders were entitled to redeem their notes. The trust deed for the issue was governed by English law and the court had to deal with the somewhat unsatisfactory question of (inter alia) what an Indonesian court would have decided was the POEM of a non-existent hypothetical Dutch company. The Chancellor took one view and at [57] he said:

“As counsel for the issuer pointed out the test, as elaborated by the OECD commentary, refers to the place where ‘key’ decisions are taken. The provisions of the trust deed and, more particularly, of the note conditions show clearly that they must be taken by the parent guarantor. Whilst I do not doubt that the board of directors of Newco would be permitted to determine what to do with the handling charges and equity capital and would be responsible for complying with the requirements of Dutch law, those are hardly the ‘key’ decisions. Let it be assumed that the issuer and Newco are otherwise resident in Holland and the question arose whether to interpose Newco it is, in my view, plain beyond doubt that such a decision and the terms of any interposition would not be left to the issuer or Newco but would be decided by the board of the parent guarantor. In particular it would not be left to the board of the issuer or of Newco to decide whether to assign or to accept the benefit of the loan agreement between the parent guarantor and the issuer and if so on what terms. Questions in relation to any subsequent migration, substitution or interposition of another company between the parent guarantor and Newco or between Newco and the issuer would be decided by the board of the parent guarantor. In my view it is plain that the place of effective management of the issuer is Indonesia and that the place of effective management of Newco, if interposed between the parent guarantor and the issuer, would be Indonesia too”.

117. Chadwick LJ was inclined to take the opposite view and at [75] he said:

“It is unnecessary to decide whether the Indonesian court would hold, also, that Newco was not resident in the Netherlands—on the ground that its ‘effective management’ (in the context of article 4.4 of the Dutch DTA) was situated in Indonesia. On that point my provisional conclusion differs from that reached by the Chancellor; but I do not think that any useful purpose would be served by a detailed analysis. I prefer not to decide the point in the present case. I should add, however, that had I reached the conclusion that on the balance of probabilities the Indonesian Tax Court would hold that Newco was resi-

dent in the Netherlands, I would have had no doubt that the point was so finely balanced that it would not be reasonable to expect a commercial organisation to enter into arrangements which would lead, inevitably, to the need to test that point in litigation. ”

118. Sir Peter Gibson expressed no view on this point. We would merely comment that the court was facing an impossible task of determining as a factual issue what view an Indonesian court might take of POEM in hypothetical circumstances. We do not therefore obtain much assistance from these authorities apart from the “realistic, positive management” principle from *Wensleydale*.

PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT - THE OECD COMMENTARY

119. We also consider the guidance from the OECD Commentary, which was the 1977 Commentary at the time of the Treaty. Paragraph 23 reads:

“23. The formulation of the preference criterion in the case of persons other than individuals was considered in particular in connection with the taxation of income from shipping, inland waterways transport and air transport. A number of conventions for the avoidance of double taxation on such income accord the taxing power to the State in which the ‘place of management’ of the enterprise is situated; other conventions attach importance to its ‘place of effective management’, others again to the ‘fiscal domicile of the operator’. Concerning conventions concluded by the United Kingdom which provide that a company shall be regarded as resident in the State in which ‘its business is managed and controlled’, it has been made clear, on the United Kingdom side, that this expression means the ‘effective management’ of the enterprise.”.

120. The formula referred to in the last sentence was in fact used in the former treaty with Mauritius (1947), which provided:

“The terms ‘resident of the UK’ and ‘resident of the Colony’ [defined as the Colony of Mauritius and its Dependencies] mean respectively any person who is resident in the United Kingdom for the purposes of UK tax and not resident in the Colony for the purposes of Colonial tax and any person who is resident in the Colony for the purposes of Colonial tax and not resident in the United Kingdom for the purposes of UK tax; and a company shall be regarded as resident in the United Kingdom if its business is managed and controlled in the United Kingdom and as resident in the Colony if its business is managed and controlled in the Colony.”.

121. The Commentary at the time of the treaty was

therefore saying that POEM was a concept already used in treaties in connection with shipping and air transport, or in some countries as the domestic law and treaty definition of residence, and was the same as where the business was managed and controlled, the expression then used in United Kingdom treaties. Such treaties have nothing to do with the meaning of POEM in a tie-breaker. The former Mauritian treaty contained the opposite of a tie-breaker. The first part of the sentence quoted specifically says that the treaty applies only to a person resident in one and not the other party. The second part of the sentence explains the first and in doing so assumes that management and control can be in only one of the parties. The most one can read into this passage is that if dual residence was caused by different levels of management in each country then POEM looked at the same level of management as the United Kingdom’s managed and controlled, or CMC.

122. The last sentence of the Commentary quoted above was deleted in 1992. Our recollection is that when the CFC legislation was being consulted upon there was a parallel proposal to redefine management and control to mean day-to-day management, in the course of which the Revenue said that they considered CMC to be different from POEM. Commentators pointed to the above passage in the Commentary. In the end the proposal to redefine company residence did not go ahead but Statement of Practice SP6/83 was issued containing the statement now in SP1/90 that the Revenue had revised their view that the two expressions were the same. Naturally, they were obliged to ask the OECD to remove the passage saying that they were the same.

123. Currently the Commentary, in an amendment made in 2000, says:

“24 As a result of these considerations, the ‘place of effective management’ has been adopted as the preference criterion for persons other than individuals. The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity’s business are in substance made. The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given and all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time.”

124. We see no reason why this approach should not be adopted even though it is in the Commentary issued after the Treaty. It is not significantly different from the earlier Commentary saying that POEM was the same as the reference to management and control in old United Kingdom treaties, which meant CMC, or the top level of management. But it is really aimed at a different situation, that of different levels of corporate management, which is not relevant here.

125. For the sake of completeness we should mention that in February 2001, the Technical Advisory Group on Monitoring the Application of Existing Treaty Norms for the Taxation of Business Profits ("TAG") of the OECD publicly released for comments its discussion draft entitled "The impact of the Communications Revolution on the Application of 'Place of Effective Management' as a Tie Breaker Rule". (It is understood that the TAG consisted of OECD Government officials, non-OECD government officials and individuals from business and academics, but do not represent OECD proposals.)

126. Part of the discussion draft was included in Mr Brennan's skeleton but we have attached as an appendix a longer extract, fully appreciating that this does not represent the official views of the OECD, and does not have the status of evidence, but because we found the views of informed commentators useful as background information, particularly on the use of the expression in domestic law in several countries. The TAG followed this up with a public discussion draft on 23 May 2003 which proposed changes to the OECD Commentary, on which comments were requested by 1 September 2003 (we should also mention that this was coupled with an alternative proposal that if place of effective management could not be determined (or was in neither state) a hierarchy, similar to that for the tie-breaker for individuals in article 4(2) might apply including such factors as the state with which its economic relations are closer; the state in which its business activities are primarily carried on; the state in which its senior executive decisions are primarily taken; followed by state in which it derives its legal status; and finally to be determined by mutual agreement.) We emphasise again that we appreciate that this has no official OECD status and it is as it states merely a recommendation to Working Party 1 which has responsibility for the Model. In the absence of any further statement by the OECD since 2003, and in the light of the fact that in the meantime an update making amendments to the Commentary was issued in July 2005, we deduce that the matter is not free of controversy within the OECD.

127. The changes to the Commentary proposed by the TAG were:

"Replace paragraph 24 of the Commentary on Article 4 by the following (proposed additions to the existing Commentary appear in bold italics; deletions appear as strikethrough):

"24. As a result of these considerations, the "place of effective management" has been adopted as the preference criterion for persons other than individuals. [the rest of the existing paragraph has been incorporated in modified form in the following paragraphs]

[Note. We have not shown the deleted part here]

24.1 An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time. [this corresponds to the last sentence of existing paragraph 24]

24.2 The place of effective management is the place where the key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business are in substance made. The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given., i.e. the place where the actions to be taken by the entity as a whole are, in fact, determined and all. All the relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. [this corresponds to the second and third sentences of existing paragraph 24].

24.3 The place of effective management will is ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, [this corresponds to the third sentence of existing paragraph 24] which normally corresponds to where it meets. There are cases, however, where the key management and commercial decisions necessary for the conduct of the entity's business are in substance made in one place somewhere by a person or group of persons but are formally finalized somewhere else by it or by another person or group of persons. In such cases, it will be necessary to consider other factors. Depending on the circumstances, these other factors could include:

- Where a board of directors formally finalizes key management and commercial decisions necessary for the conduct of the entity's business at meetings held in one State but these decisions are in substance made in another State, the place of effective management will be in the latter State.

- If there is a person such as a controlling interest holder (e.g. a parent company or associated enterprise) that effectively makes the key management and commercial

decisions that are necessary for the conduct of the entity's business, the place of effective management will be where that person makes these key decisions. For that to be the case, however, the key decisions made by that person must go beyond decisions related to the normal management and policy formulation of a group's activities (e.g. the type of decisions that a parent company of a multinational group would be expected to take as regards the direction, co-ordination and supervision of the activities of each part of the group).

- Where a board of directors routinely approves the commercial and strategic decisions made by the executive officers, the place where the executive officers perform their functions would be important in determining the place of effective management of the entity. In distinguishing between a place where a decision is made as opposed to where it is merely approved, one should consider the place where advice on recommendations or options relating to the decisions were considered and where the decisions were ultimately developed."

128. We consider that this should be treated with considerably more caution because it has not been adopted by the OECD. But, as with the 2000 Commentary, it is mostly aimed at the problem of comparing different levels of corporate management, which is not relevant here.

129. The Commentary is mainly dealing with the level of management that is relevant to the place of effective management, which is of no assistance here.

130. Accordingly, there is nothing in this additional material that changes our initial view that, having regard to the ordinary meaning of the words in their context and in the light of their object and purpose, we should approach the issue of POEM as considering in which state the real top level management (or the realistic, positive management) of the trustee qua trustee is found.

PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT - APPLICATION TO THE FACTS.

131. We now turn to apply that principle to the facts we have found and ask in which state the real top level management, or the realistic, positive management of the Trust, was found between 19 December 2000 and 2 March 2001.

132. We first find that there was no doubt that all the actions of PMIL in Mauritius were carried out correctly and were well documented. The appropriate meetings were held; the appropriate resolutions were taken, the Trust was registered in the Register of Offshore Trusts, a bank account was opened, a tax residency certificate was

obtained, and income tax was accounted for and paid. All the administrative matters were well attended to.

133. Nevertheless during the Mauritius period the influence of Mr Smallwood, who was the settlor and who alone had the power to appoint new trustees, and the guiding hands of Mr Gadd and Mr Turbervill of KPMG Bristol, were evident throughout. We first consider the evidence about the role of KPMG Bristol.

THE ROLE OF KPMG BRISTOL

134. Mr Gadd's evidence was that KPMG Bristol were purely acting in the capacity of tax advisers and they were not able to tell the trustees what to do. Initially they had been engaged by Lutea as tax advisers to the Trust and Mr Gadd saw an ongoing role as UK tax advisers to the Mauritius trustees as well although there was no formal engagement letter with PMIL. At the time, as both KPMG Bristol and KPMG Mauritius were "under the KPMG umbrella" it was not strictly necessary to have a formal engagement letter. However, that procedure had now changed and engagement letters would now be in place. KPMG Bristol were providing tax advice throughout the tax planning exercise. Any contact that KPMG Bristol had with Mauritius was to make sure that what was going on fitted within the tax planning exercise. The purpose of the exercise was to sell the shares without paying capital gains tax and there were particular aspects of the exercise that he needed to ensure happened in the right order so as to fit in with the plan.

135. Mr Turbervill's evidence was that his role was to give UK tax advice to the trustees which he did but what the trustees did with the advice was a matter for them. Once the Mauritius trustee had been appointed on 19 December 2000 his [Mr Turbervill's] only role was to maintain a watching brief in the background. There was an expectation that the tax planning scheme would be followed through but it was no more than an expectation, albeit a confident expectation. The Mauritius trustees could have decided not to sell the shares and there would have been nothing that he or anyone could have done to make them sell them. Mr Turbervill accepted that on occasion he prompted the Mauritius trustees to take certain actions but these were primarily of an administrative nature.

136. We accept the evidence of Ms Taher that there was no formal appointment by PMIL as trustee of the Trust for KPMG Bristol to advise PMIL "but then they were all part of the KPMG network, and they had introduced the [Trust] client to us, so it was normal practice for

us to deal with another KPMG office; it was normal practice for us to take some advice from the other KPMG offices who were dealing with the particular company or trust". Mr Jingree told us that it was normal practice within his firm to get in touch with the person who had introduced a client and to keep the introducer briefed about progress.

137. In the light of this evidence we find that KPMG Bristol saw themselves as tax advisers to the trustees of the Trust, being first Lutea and then PMIL. There was no formal appointment by PMIL but that was not regarded as necessary as both KPMG Bristol and KPMG Mauritius were "under the KPMG umbrella". With that conclusion in mind we turn to examine the facts relevant to the place of effective management.

THE RELEVANT FACTS

138. The tax planning scheme was devised by KPMG Bristol as tax advisers to Lutea, the previous trustee of the Trust. Mr Smallwood had retired as Chairman of FirstGroup and any restrictions on the sale of the FirstGroup shares had been lifted. A tax efficient way of diversifying the portfolio of investments held for the Trust was needed. The appointment of trustees in Mauritius had been the idea of Mr Turbervill and the details were described to Mr Smallwood as early as August 2000. Mr Smallwood had the power to appoint new trustees. It was Mr Turbervill who approached PMIL and told them about the tax planning proposals and set out the basis of their appointment in the email of 24 November 2000. That made it clear that the confident expectation was that the shares would be sold before 5 April 2001.

139. We accept the evidence of Ms Taher that she did not understand "the basis" referred to in the email of 24 November 2000 as to mean that the sale of the shares was a condition for PMIL to accept the appointment as trustee; her evidence was that the trustees would wish to receive appropriate advice and recommendations. However, she accepted that eventually as part of the tax planning exercise the shares would be sold at some time. We accept the evidence of Mr Jingree that there was no agreement that PMIL would behave in a certain way or make certain decisions as a quid pro quo for the introduction of the Trust. PMIL's duties as trustee were laid down in legislation and in the trust deed and PMIL would only act within the context of what it was allowed to do. We also accept the evidence of Mr Jingree that the whole point of the tax planning exercise was to sell the shares and to realise the gain and to avoid tax on the gain.

140. The facts surrounding the appointment of PMIL lead us to the view that the real top level management, or the realistic, positive management of the Trust, remained in the United Kingdom. We accept that the administration of the Trust moved to Mauritius but in our view the "key" decisions were made in the United Kingdom.

141. This view is confirmed by subsequent events. The sale of the FirstGroup shares was not an isolated decision taken by PMIL on 10 January 2001. It had been carefully arranged beforehand by the transfer of the shares to Quilter to be held in their nominee account. Further, Mr Bazzone of Quilter had been told of the tax planning exercise and that Quilter would be asked to dispose of the holding of FirstGroup shares after PMIL had been appointed. It was when Mr Bazzone of Quilter told Mr Gadd on 4 January 2001 that he needed instructions from the new trustees that Mr Turbervill prompted PMIL to get on with what they should be doing. At no time did Mr Bazzone recommend the sale of all the shares but the sale of all the shares fitted in with the tax planning scheme. When Mr Bazzone wrote on 6 January to PMIL about the sale of the shares Mr Jingree was away from the office and Mr Shah asked Mr Turbervill for advice. There was then a delay in PMIL receiving the deed of indemnity and Mr Turbervill sent his email of 8 January to PMIL, Lutea and Mr Bazzone that no instructions to sell the shares should be given until the deed had been received. PMIL also asked Mr Turbervill to help with the opening of the account with Quilter and Mr Turbervill suggested an investment objective of capital growth with medium risk. Even on the date of the decision to sell Mr Bazzone had to remind PMIL how many FirstGroup shares were to be sold. Mr James Baxter of Merchant took the initiative in obtaining a set of account opening forms for Merchant.

142. We accept the evidence of Mr Jingree that the sale of the shares was motivated by United Kingdom tax planning reasons. The purpose of selling all the shares was to ensure that the tax planning which had been put in place worked to the best advantage of the Trust and it was vital that all of the shares were sold prior to the end of March in order to achieve this. The decision to sell all the shares was made in the hope that all the shares could be sold before the end of March. However, if it had not been in the interests of the beneficiaries and the Trust, the trustees would not have sold the shares; "if the funds which had been realised had to go away in taxes then it would not have been in the best interests of the beneficiaries". Also, if the share price dropped dramatically, and if the fund manager had advised against a sale, then the trustees would not have decided to sell. We also accept the

evidence of Ms Taher that the decision to sell all the shares was based upon tax planning and the need for the shares to be sold by a particular date. The fact that the share price had gone up was not the “driver” for the sale of the shares.

143. We fully accept that the decision to sell the shares that day was taken by the directors of PMIL at the telephone meeting on 10 January 2001. We also accept that if, for example, the price of the shares had fallen to a level that meant that no gain would be realised on their disposal, the shares would not have been sold but would have been retained and perhaps sold later. Nevertheless, in our view this was a lower level management decision as there was no doubt that the shares would be sold; the real top level management decisions, or the realistic, positive management decisions of the Trust, to dispose of all the shares in a tax efficient way, had already been, and continued to be, taken in the United Kingdom. The “key” decisions were made in the United Kingdom.

144. Finally the events after the sale of the shares confirm our view. The tax planning exercise was completed by the appointment of United Kingdom trustees. We remark that PMIL's fee note was approved by Mr Turbervill.

145. We conclude that the state in which the real top level management, or the realistic, positive management of the Trust, or the place where key management and

commercial decisions that were necessary for the conduct of the Trust's business were in substance made, and the place where the actions to be taken by the entity as a whole were, in fact, determined between 19 December 2000 and 2 March 2001 was the United Kingdom .

146. That means that the appeal is dismissed.

(omissis)

DECISION

149. Our decisions on the questions raised by the arguments of the parties are:

(1) that the trustee was not resident for the purpose of the Treaty solely in Mauritius when the gain was made but if it had been Article 13(4) of the Treaty would have prevented the United Kingdom from taxing the gain; and

(2) that the place of effective management (POEM) of the Trust under Article 4(3) of the Treaty was situated in the United Kingdom.

150. That means that the Treaty does not prevent the United Kingdom from taxing the gain and the appeal must be dismissed.

(omissis)

© Crown Copyright 2008

Florida – Court of Appeal

Intestazione fiduciaria di immobile e *resulting trust*

Acquisto di immobile - intestazione a prestanome - proprietà nell'interesse economico altrui - "resulting trust"

Costituisce oggetto di un *resulting trust* l'immobile che sia stato acquistato con i capitali forniti da un soggetto, che provveda anche a far fronte alle spese di manutenzione e riparazione del medesimo, accollandosi all'uopo un mutuo, e che ne percepisca i canoni d'affitto, quando l'immobile sia formalmente intestato ad una persona che, grazie a questa intestazione, può prestare il proprio nome al fine di consentire al primo l'acquisto della cittadinanza statunitense, vertendosi in tale situazione in un'ipotesi di proprietà nell'interesse economico altrui.

■ Court of Appeal of Florida, Benton, Lewis, JJ., Browning, C.J., 25 maggio 2007 [Garrison Key v Dieter Trattmann]

TESTO DELLA SENTENZA

Garrison Key sued for real property titled in Dieter Trattmann's name, property that Mr. Key alleged he paid for, and now appeals final summary judgment entered in favor of Mr. Trattmann. We reverse and remand for further proceedings.

The complaint alleges that Mr. Key supplied all funds used to acquire certain real property in Tallahassee (the property) from a third party, and seeks specific performance of an alleged, oral agreement under which Mr. Trattmann, who took title, was obligated to convey the property to Mr. Key on demand; or, in the alternative, a decree declaring the property subject to a resulting trust. Mr. Trattmann's answer denies that Mr. Key paid for the property, and sets up both the statute of limitations and the statute of frauds as affirmative defenses.

I.

"A summary judgment should not be granted unless the facts are so crystallized that nothing remains but questions of law." *Moore v Morris*, 475 So. 2d 666, 668 (Fla. 1985). The parties do not dispute that, on July 22, 1994, a third party executed a warranty deed conveying title to the property to Mr. Trattmann; that Mr. Trattmann and Mr. Key both lived in California at the time; that Mr. Key was a real estate broker whose company, Key Properties,

operated in Tallahassee; that an employee of Key Properties was responsible for managing the property; and that Key Properties applied rents from the property to management fees and maintenance expenses.

The movant for summary judgment bears the burden of showing, by competent evidence, the nonexistence of any question of material fact. The movant's proof must be conclusive, such that all reasonable inferences which may be drawn in favor of the opposing party are overcome. "[I]f the record raises even the slightest doubt that an issue might exist, summary judgment is improper." *Jackson v H.L. Bouton Co.*, 630 So. 2d 1173, 1175 (Fla. 1st DCA 1994) (quoting *Holland v Verheul*, 583 So. 2d 788, 789 (Fla. 2d DCA 1991)) (citations omitted). See also *Martin County v Edenfield*, 609 So. 2d 27, 29 (Fla. 1992) ("A defense is not a sufficient basis for granting a motion for summary judgment unless the evidence supporting that defense is so compelling as to establish that no issue of material fact actually exists."). Summary judgment is appropriate only when no genuine issue of material fact remains. See *Clark v Gochenaur*, 623 So. 2d 561, 562 (Fla. 1st DCA 1993). We review summary judgments de novo. See, e.g., *The Fla. Bar v Rapoport*, 845 So. 2d 874, 877

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza da 32 Fla. L. Weekly D 1370. Manca il Sommario perché i fatti sono narrati nel corso del commento di A.M. Benedetti e M. Grondona, supra, 620.

(Fla. 2003). "In determining whether issues of fact precluding summary judgment remain, the facts must be taken 'in the light most favorable to the non-moving party.'" *Carnes v Fender*, 936 So. 2d 11, 14 (Fla. 4th DCA 2006) (quoting *Turner v PCR, Inc.*, 754 So. 2d 683, 684 (Fla. 2000)). On this basis, we take as true that, in order to help Mr. Trattmann obtain United States' citizenship, Mr. Key negotiated and secured the purchase of the property from a third party, who executed a deed in favor of Mr. Trattmann—who had never set foot in Tallahassee at that point; that Mr. Key provided all of the funds Mr. Trattmann used to purchase the property, including but not limited to a \$ 1000 deposit and cash at closing in the amount of \$ 9,887.30; that Mr. Trattmann and Mr. Key agreed Mr. Key would pay taxes, mortgage expenses, and expenses for maintenance of the property; and that Mr. Key, in fact, made all of the agreed payments, continuously managed and maintained the property, and made substantial improvements to the property, including the installation of new flooring and appliances, all in reliance on Mr. Trattmann's promise to convey the property on demand, that Mr. Trattmann made no payments toward the purchase, maintenance or repair of the property; and that, when Mr. Key demanded that Mr. Trattmann convey the property to him, Mr. Trattmann refused to do so. (While we assume the truth of the foregoing for purposes of decision, these facts were all disputed below.)

II.

The trial court granted the motion for summary judgment and entered the Summary Final Judgment for Defendant, ruling that the defenses of the statute of frauds and the statute of limitations were established and that no issue of material fact existed as to either of them. On the limitations question(1), the court ruled:

"While it is not clear from the complaint precisely when the cause of action accrued, it was surely more than four years ago. If the defendant has made "no payments toward the purchase, maintenance or repair of the [p]roperty," then the cause of action accrued no later than 1998. This action was filed in 2003, more than four years after the cause of action accrued. Thus it is barred."

The trial court rejected, albeit without analysis, Mr. Key's argument that a resulting trust arose, and went on to rule that any action was barred by the statute of frauds because no writing documented the trust, as well as by the statute of limitations, seemingly on account of the passage of time since the third party originally conveyed the property.

III.

A resulting trust arises where an express trust fails, in whole or in part; where the purposes of an express trust are fully accomplished, without exhausting the trust estate; or, of particular pertinence here, "where a person furnishes money to purchase property in the name of another, with both parties intending at the time that the legal title be held by the named grantee for the benefit of the unnamed purchaser of the property." *Steigman v Danese*, 502 So. 2d 463, 467 (Fla. 1st DCA 1987) (quoting *Steinhardt v Steinhardt*, 445 So. 2d 352, 357-58 (Fla. 3d DCA 1984)), disapproved of on other grounds by *Spohr v Berryman*, 589 So. 2d 225, 228-29 (Fla. 1991), and order vacated by *In re Estate of Danese*, 601 So. 2d 570, 571 (Fla. 1st DCA 1992). See also *F.J. Holmes Equip., Inc. v Babcock Bldg. Supply, Inc.*, 553 So. 2d 748, 749 (Fla. 5th DCA 1989) ("A resulting trust may arise in favor of one who furnishes money used to purchase property the legal title to which is taken in the name of another."). A resulting trust can, indeed, be "founded on the presumed intention of the parties that the one furnishing the money should have the beneficial interest, while the other held the title for convenience or for a collateral purpose." *Frank v Eeles*, 152 Fla. 869, 13 So. 2d 216, 218 (Fla. 1943) (internal quotation marks and citation omitted). See also Restatement (Third) of Trusts § 7 cmt. c (2003).

While disputed, the facts alleged are sufficient, if proven, to give rise to a resulting trust: Mr. Key alleged and the record does not disprove that he and Mr. Trattmann agreed and intended that Mr. Trattmann would hold title temporarily for Mr. Key's benefit; that Mr. Key supplied all moneys for the purchase, mortgage

Nota:

(1) Although Mr. Trattmann raised the affirmative defense of laches in his answer to the complaint, this defense was not ruled on separately by the trial court. Some courts have held that the statute of limitations does not apply to resulting trusts, since "the enforcement of a resulting trust in equity is governed by the doctrine of laches and not by the statute of limitations." *Fisher v Creamer*, 332 So. 2d 50, 52 (Fla. 3d DCA 1976), superseded by statute on other grounds as explained by *Velzy v Estate of Miller*, 502 So. 2d 1297, 1299-1301 (Fla. 2d DCA 1987). See also *Trustman v Gelfman*, 724 So. 2d 1266, 1266 (Fla. 3d DCA 1999) (holding summary judgment proper in a probate action seeking to impose a resulting trust where the action was barred by laches). Some courts have, however, applied the statute of limitations to resulting trusts. See, e.g., *Steigman v Danese*, 502 So. 2d 463, 470 (Fla. 1st DCA 1987), disapproved of on other grounds by *Spohr v Berryman*, 589 So. 2d 225, 228-29 (Fla. 1991), and order vacated by *In re Estate of Danese*, 601 So. 2d 570, 571 (Fla. 1st DCA 1992) (holding that, if the action seeking a resulting or constructive trust was based on alleged fraud of the other party, the four-year statute of limitations applied). There has been no allegation of fraud here, and we need not decide how the statute of limitations interacts with the doctrine of laches at this point in the proceedings.

loan repayment, and maintenance (including repairs) of the property, and was entitled to and did receive the rental income. Mr. Key alleged and the record does not disprove that Mr. Trattmann was holding title to the property for the economic benefit of Mr. Key, and that the only reason the property was put in Mr. Trattmann's name was to help him gain citizenship. See, e.g., *Willard Homes, Inc. v Sanders*, 127 So. 2d 696, 697 (Fla. 2d DCA 1961) ("It is a settled principle of law [...] that where the purchase money of land is paid by one person and title is taken in the name of another a resulting trust arises and the party taking the title is presumed to hold it in trust for him who pays the purchase price."). Facts that would give rise to a resulting trust have not been disproven here(2). In these circumstances, entry of summary judgment was error.

The decision in *Harnish v Peele*, 386 So. 2d 8, 10 (Fla. 5th DCA 1980), is distinguishable. There Peele signed a contract to purchase a building for use as a chiropractor's office, and made a \$ 300 deposit. He had difficulty getting financing, so his sister and her husband, the Harnishes, agreed to acquire the building. They assumed his position under the contract, executed a mortgage, and purchased the building, by paying \$ 8,100 in cash at closing. They took title in their own names, partly to protect themselves from any claims by Peele's ex-wife. Before closing, Peele and the Harnishes agreed that anytime Peele repaid them the money they were out, the Harnishes would deed the property to him. See *id.* at 9. Thereafter Peele made monthly payments to his sister and brother-in-law in amounts equal to the monthly mortgage payments plus payments due on another loan the Harnishes took out so that Peele could remodel the building.

Subsequently, Peele demanded a deed to the building from the sister and brother-in-law. The trial court found a resulting trust and ordered the Harnishes to convey title to Peele upon his payment of \$ 9,047 plus interest from the time of closing. See *id.* at 9-10. But the Fifth District reversed, because the Harnishes had only agreed that, if Peele paid them, they would convey the property to him. There was no understanding that the property actually belonged to him. His sister and brother-in-law had paid for the building and obtained legal title. See *id.* at 10.

There were no terms of repayment. Peele had no binding obligation to pay the Harnishes. He could either pay or not pay the money paid by the Harnishes at his option. Consequently, [...] the agreement between Peele and the Harnishes is too indefinite upon which to bottom a trust.

Peele had the option-under an oral lease-purchase agreement-of determining if, and when, he would pur-

chase the building by paying his sister and brother-in-law the money they had expended to acquire it. Only if he exercised the option would they be obligated to convey the property to him. The Fifth District explained:

"There is an additional element required to create a resulting trust which has received little attention in Florida case law [...]. 'A resulting trust must arise, if at all, at the instant the deed is taken and legal title vests in grantee. The complaining party must have paid his share of the purchase price, or bound himself to the grantor by an absolute obligation to pay it.'" *Id.* (quoting *Womack v Madison Drug Co.*, 155 Fla. 335, 20 So. 2d 256, 257 (Fla. 1944)) (emphasis omitted). "There must be more than a privilege reserved in the person claiming the trust relationship to pay or not to pay at his election. There must be a debt which the grantee can enforce." *Id.* In the present case, Mr. Key has adequately alleged the requisite "additional element" of an absolute obligation dating to the time of purchase in alleging that he supplied all funds for purchase of the property, and that Mr. Trattmann's connection to the property was nothing more than bare legal title.

IV.

The trial court also erred in determining that Mr. Key's purchase-money resulting trust claim-in contradistinction to his claim based on an oral contract for the purchase of land-was barred by the statute of frauds. Section 725.01, Florida Statutes (2003), provides: No action shall be brought [...] upon any contract for the sale of lands [...] or of any uncertain interest in or concerning them, [...] or upon any agreement that is not to be performed within the space of 1 year from the making thereof, [...] unless the agreement or promise upon which such action shall be brought, or some note or memorandum thereof shall be in writing and signed by the party to be charged therewith or by some other person by her or him thereunto lawfully authorized.

Nota:

(2) Mr. Trattmann did not set up illegality as a defense. The Restatement of Trusts (Third) provides, with an exception not pertinent here that where a transfer of property is made to one person and the purchase price is paid by another, a resulting trust arises in favor of the person by whom the purchase price is paid unless [...] (b) the transfer is made to accomplish an unlawful purpose, in which case a resulting trust does not arise if the policy against unjust enrichment of the transferee is outweighed by the policy against giving relief to a person who has entered into an illegal transaction. Restatement (Third) of Trusts § 9(1)(b) (2003). Even if illegality had been pleaded, this record would not justify summary judgment on that basis.

See also § 689.01, Fla. Stat. (2003)(3). The purpose of the statute of frauds is “to intercept the frequency and success of actions based on nothing more than loose verbal statements or mere innuendos,” *Tanenbaum v Biscayne Osteopathic Hosp., Inc.*, 190 So. 2d 777, 779 (Fla. 1966) (quoting *Yates v Ball*, 132 Fla. 132, 181 So. 341, 344 (Fla. 1937)), and applies here to preclude Mr. Key’s oral contract for the sale of land claim.

The statute of frauds does not apply to resulting trusts, however. Because a resulting trust arises not *ex contractu* but by operation of law, the statute of frauds does not pertain. See, e.g., *Williams v Grogan*, 100 So. 2d 407, 410 (Fla. 1958) (“A trust which is created by operation of law is not within the statute of frauds and may be proved by parol evidence.”); *Stonely v Moore*, 851 So. 2d 905, 906 (Fla. 3d DCA 2003) (reversing summary judgment entered on a claim seeking to establish a resulting or constructive trust where the trial court relied on the statute of frauds, because “resulting trusts involving real estate can be based on parol evidence”) (quoting *Zanakis v Zanakis*, 629 So. 2d 181, 183 (Fla. 4th DCA 1993)).

Although a statute provides that all declarations or creations of trusts of land shall be manifested and proved by some writing signed by the party who is by law enabled to create such a trust, no writing is required for the creation of a resulting trust. These statutory provisions (and their occasional counterparts applicable to personal property) apply to express trusts but not to either resulting or constructive trusts. These exceptions were expressly stated in § 8 of the original English Statute of Frauds, 29 Car. II, ch. 3 (1677).

Restatement (Third) of Trusts § 7 cmt. g (2003). A resulting trust “does not spring from a contract but arises by implication of law.” Frank, 13 So. 2d at 217-18 (internal quotation marks and citation omitted). See *Varnes v Dawkins*, 624 So. 2d 349, 351 (Fla. 1st DCA 1993) (“[A]n oral agreement to reconvey property is enforceable because the statute of frauds does not apply to trusts arising by operation of law.”). The trial court erred in finding that the statute of frauds barred Mr. Key’s efforts to enforce a purchase-money resulting trust, because the statute of frauds does not apply to resulting trusts.

V.

Mr. Trattmann had the burden of proof on each affirmative defense. As regards the limitations defense, it was incumbent on him to establish when the statute began running and, since he sought summary judgment, to demonstrate the absence of any dispute about the timing

of the breach of the fiduciary duty alleged. But, even though the record does not reveal when Mr. Trattmann initially refused to convey the property (or otherwise acted inconsistently with his putative fiduciary obligations), the trial court ruled that the action was barred by the statute of limitations, finding four years to be the limitations period applicable to an action to enforce a resulting trust(4).

Applying a statute of limitations to a resulting trust(5), the Fifth District held that the “beneficiary of a resulting trust is not bound to act until the trustee repudiates the trust or begins to hold the property adversely with knowledge on the part of the beneficiary.” *Bradbury v Fuller*, 385 So. 2d 7, 8 (Fla. 5th DCA 1980). See also *Grable v Nunez*, 64 So. 2d 154, 160 (Fla. 1953) (“The statutes of limitations do not operate against a resulting trust until the trustee has disclaimed the trust and begins to hold adversely to the beneficial interest.”). Thus, assuming the statute of limitations applies, it would not have begun running until Mr. Trattmann refused to convey the property to Mr. Key.

When the action accrued is not apparent on this record. The facts surrounding the issue have yet to be

Note:

(3) Section 689.01, Florida Statutes (2003), provides:

No estate or interest of freehold, or for a term of more than 1 year, or any uncertain interest of, in or out of any messuages, lands, tenements or hereditaments shall be created, made, granted, transferred or released in any other manner than by instrument in writing, signed in the presence of two subscribing witnesses by the party creating, making, granting, conveying, transferring or releasing such estate, interest, or term of more than 1 year, [...]; and no estate or interest, either of freehold, or of term of more than 1 year, or any uncertain interest of, in, to or out of any messuages, lands, tenements or hereditaments, shall be assigned or surrendered unless it be by instrument signed in the presence of two subscribing witnesses by the party so assigning or surrendering [...].

(4) Section 95.11, Florida Statutes (2003), provides:

Actions other than for recovery of real property shall be commenced as follows: [...] (3) Within four years.—[...] (k) A legal or equitable action on a contract, obligation, or liability not founded on a written instrument, including an action for the sale and delivery of goods, wares, and merchandise, and on store accounts. [...] (6) Laches.—Laches shall bar any action unless it is commenced within the time provided for legal actions concerning the same subject matter regardless of lack of knowledge by the person sought to be held liable that the person alleging liability would assert his or her rights and whether the person sought to be held liable is injured or prejudiced by the delay. This subsection shall not affect application of laches at an earlier time in accordance with law. (Typos altered).

(5) The rights of beneficiaries of resulting trusts to enforce their rights against the trustee or third persons are subject to the same rules regarding the doctrine of laches and statutes of limitations as apply in the case of express trusts. See § 98, and also compare §§ 96 and 97. The so-called doctrine of merger, which applies to express trusts (see § 69), also applies to resulting trusts. Restatement (Third) of Trusts § 7 cmt. h (2003). See also supra note 1.

developed. The trial court acknowledged that the date the action accrued was not clear, but peremptorily announced that "it was surely more than four years ago." No evidence in the record explains this pronouncement, which seems to rest on the unsupported notion that the cause of action arose at or about the time of the original purchase. The trial court ignored cash flows from the property and evinced misapprehension of the nature of the cause of action in ruling that, if "the defendant [Trattmann, the putative trustee] has made 'no payments toward the purchase [or] maintenance of the [...] property,' then the cause of action accrued no later than 1998." A trustee is

ordinarily under no obligation to augment the trust corpus.

VI.

In sum, the trial court erred in granting summary judgment in favor of Mr. Trattmann because of disputed issues of material fact both on the purchase-money resulting trust claim and on the only possibly viable affirmative defense raised.

The judgment is reversed, and the case is remanded for further proceedings.

Spagna – Tribunal Supremo

Impossibilità per il diritto spagnolo di riconoscere la validità di un trust straniero

Trust - applicazione della legge del domicilio del disponente - Arizona - prova del diritto applicabile - mancanza - validità del trust per il diritto spagnolo - esclusione

Il trust, istituto giuridico anglosassone, è sconosciuto al diritto spagnolo, tanto sostanziale quanto internazionale privato, non essendo la Spagna tra i Paesi che hanno ratificato la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985. Conseguentemente, nel caso di un trust istituito da un cittadino residente negli Stati Uniti su beni siti in Spagna, risultando chiara l'assenza di una specifica norma di conflitto che consenta di individuare la legge regolatrice del trust, dovrà trovare applicazione il principio di cui all'art. 9.8 del codice civile con conseguente necessità di fare riferimento alla legge dello stato di residenza del *de cuius* (Arizona). Pertanto, in tale contesto, deve essere dichiarata l'invalidità di un sifatto trust qualora, come nel caso di specie, non sia data prova del contenuto, dell'esistenza, della vigenza e dell'interpretazione del diritto straniero invocato, e non potendosi, in ogni caso, procedere all'applicazione del diritto interno ad un istituto giuridico straniero.

■ **Tribunal Supremo Sala de lo Civil, J. A. Xiol Ríos, X. O'Callaghan Muñoz, A. Salas Carceller, 30 aprile 2008, n. 338/2008**

TESTO DELLA SENTENZA

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de menor cuantía n° 229/93, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n° 1 de San Lorenzo de El Escorial; cuyo recurso fue interpuesto por doña Judith A.G., representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Fuencisla M.M. y defendida por el Letrado don Pedro M.B.; siendo parte recurrida doña Ana María P.N., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Rocío S.M.. Autos en los que también ha sido parte doña Catherine Eleanor O.B. que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovi-

dos a instancia de doña Judith A.G. contra doña Catherine Eleanor O.B. y doña Ana María P.N.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se "... dicte en su día sentencia en la que acogiendo nuestras pretensiones se declare: 1°.- Que la Escritura de adjudicación de herencia otorgada ante el Notario de Madrid don José Luis A.A. el 6 de Junio de 1991 por don Edward Francis ER. en nombre y representación de doña Catherine Eleanor O.B. es nula e ineficaz por tanto la adjudicación de la mitad indivisa del chalet sito en Colmenarejo propiedad indivisa de dicha señora y de su marido difundo don George Michael O.B. debiendo considerarse como propiedad indivisa de la señora enajenante y de los herederos de su difunto esposo, hasta tanto se proceda a su división o adjudicación a una de las partes con la conformidad de la

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza dal suo originale. Manca il Sommario perché i fatti saranno illustrati da S. Martín Santisteban nel commento che sarà pubblicato sul prossimo numero della Rivista.

otra.- Que se declare nula e ineficaz la Escritura de compraventa otorgada por la representación de la Sra. O.B. ante el Notario de Madrid citado don José Luis A.A. con fecha 7 de Febrero de 1991 procediéndose a reintegrar a los titulares registrales, según la inscripción segunda, de sus derechos inscritos.- 3º.- Declarar la nulidad y ordenar al Registro de la Propiedad número 2 de San Lorenzo de El Escorial proceda a la cancelación de las inscripciones tercera y cuarta de 10 de Octubre de 1991 y 23 de Enero de 1992 respectivamente relativas a la finca señalada en dicho Registro con el número 1265 inscripciones que figuran en el tomo 943, libro 20, folio 243 y siguientes.- 4º.- Declarar la vigencia del contrato de arrendamiento celebrado por don George Michael O.B. y don Gustavo Adolfo G.P. en 1 de Julio de 1972 obligando al ocupante a permitir la posesión arrendaticia del arrendatario.- 5º.- Condenar al pago de las costas causadas en este proceso a las dos demandadas doña Catherine Eleanor O.B. y doña Ana María P.N. solidariamente...”.

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Ana P.N. contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, “.. dicte Sentencia por la que se rechace en su totalidad los pedimentos de la demanda, con imposición de las costas a la demandante y alternativamente se declare válida y eficaz la escritura de compraventa de fecha 7 de febrero de 1.991 en cuanto a la mitad indivisa de la que la transmitente era titular registral en el momento de la transmisión, declarando igualmente válida la inscripción registral en cuanto a la transmisión de esa misma mitad, por ser todo ello de Justicia...”.

La representación procesal de doña Catherine Eleanor O.B. contestó asimismo la demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando la Juzgado “... dicte sentencia por la que estime las excepciones dilatorias propuestas o subsidiariamente desestime totalmente la demanda, con toda clase de pronunciamientos favorables a esta parte y condenando a la demandante a estar y pasar por estas declaraciones, con expresa imposición de las costas del juicio.”.

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fué declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 30 de julio de 1997, cuya parte dispositiva es como sigue: “FALLO: QUE DESESTIMO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de Da. JUDITH A.G., por la que DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a Dª CATHERINE ELEANOR O.B. Y DO-

ÑA MARIA ANA P.N. de las pretensiones de la demanda. Al desestimar las pretensiones de la parte actora, por imperativo legal, se le condena en costas.”

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación doña Judith A.G., y sustanciada la alzada, la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 23 de noviembre de 2000, cuyo Fallo es como sigue: “Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña María Fuencisla M.M., en nombre y representación de Doña Judith A.G., contra la sentencia dictada con fecha 30 de julio de 1.997, por la Iltrma. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia Número 1 de los de San Lorenzo de El Escorial, en los autos de juicio de menor cuantía núm. 229/93 de que dimana el presente Rollo, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, con expresa imposición de las costas de esa alzada a la antes citada parte apelante.”.

TERCERO.- La procuradora doña María Fuencisla M.M., en nombre y representación de doña Judith A.G., formalizó recurso de casación, que funda en nueve motivos, que son los siguientes:

I.- Al amparo del artículo 1.692-4º de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 6.3 y 9.8 en relación con el artículo 12.2 y 12, último párrafo, del Código Civil.

II y III.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española, y al amparo del nº 3º del artículo 1.692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 372.3 de la propia Ley ritual y los artículos 238.3, 240.1 y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

IV.- Al amparo del artículo 1.692-4º de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 675 y 1.256 en relación con los artículos 1.281 y siguientes, todos ellos del Código Civil.

Al amparo del artículo 1.692-4º de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, en concepto de inaplicación, del artículo 79.3 de la Ley Hipotecaria.

VI.- Al amparo del artículo 1.692-4º de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 399, 1.068, 1.257, 1.258 y 1.300, todos ellos del Código Civil.

VII.- Al amparo del artículo 1.692-4º de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, por considerar infringidos los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 399, 1.068, 1.257, 1.258, 1.261 y 1.300, todos ellos del Código Civil.

VIII.- Al amparo del artículo 1.692-4º de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, en concepto

de inaplicación, del artículo 79.3 de la Ley Hipotecaria, y IX.- Al amparo del artículo 1.692-4º de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1.254, 1.255 y 1.261, en relación con los artículos 1.543 y 1.556, todos del Código Civil.

CUARTO.- Admitido el recurso, se dio traslado del mismo a la única demandada comparecida, doña Ana María P.N., que se opuso por escrito a su estimación y, no habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el pasado día 21 de abril en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. ANTONIO SALAS CARCELLER,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, hoy recurrida, contiene en su fundamento de derecho segundo los hechos básicos de los que nacen las cuestiones que se suscitan en el presente proceso, que son los siguientes: a) Los esposos Don George Michael O.B. y doña Catherine Eleanor O.B., de nacionalidad norteamericana, adquirieron por compra al Ayuntamiento de Colmenarejo (Madrid), en escritura otorgada en Collado Villalba el 31 de Agosto de 1971 ante el Notario Don Carlos Prieto de Arozamena, por mitad y proindiviso, la finca urbana "parcela de terreno en término de Colmenarejo, al sitio llamado Chaparral del Alcornoque, conocido también por Colonia de Santiago, señalada con los números 134 y 137"; b) Sobre dicha parcela los adquirentes construyeron, a sus expensas y por mitad e iguales partes, un chalet de dos plantas, otorgando escritura de declaración de obra nueva ante el mismo Notario el 1 de septiembre de 1973 (Finca núm. 1265, inscripciones primera y segunda, del Registro de la Propiedad Núm. 2 de San Lorenzo de El Escorial); c) Don George Michael O.B. falleció en Yuma (Arizona) el 16 de noviembre de 1985, en estado de casado con Doña Catherine Eleanor O.B. y bajo testamento firmado, publicado y declarado el 13 de septiembre de 1977 ante dos testigos con conformidad con la legislación del Estado de Arizona, por el que legó todos los bienes inmuebles por él usados como lugar o lugares de residencia que le pertenecieran al tiempo de su muerte, juntamente con sus accesorios, derechos y gastos anticipados para la propiedad, a su esposa, si le sobreviviese por un período de cuatro meses; d) A la fecha de fallecimiento de Don George M. O.B. se encontraba también en vigor la Declaración de "Trust" formulada en fecha 13 de septiembre de 1977 por él mismo y por su esposa Doña Catherine E. O.B. en calidad de "Trustors". En dicha Declaración acuerdan

que ambos esposos son los "Trustees" y que en caso de fallecimiento de cualquiera de ellos el superviviente continuará siéndolo, y constituyen el "Trust" sobre determinadas pólizas de seguros de vida, a las que, según manifiestan los otorgantes, podían incorporarse otras propiedades. En el artículo III del documento se dan disposiciones para la formación, administración y destino de los bienes de cada uno de los siguientes Trusts: a) trust del esposo sobreviviente (Apartado C); b) trust del difunto (apartado D), en que se contiene la indicación literal de que "En el caso de que yo tenga cualquier interés en bienes raíces o inmuebles en España al tiempo de mi fallecimiento, dispongo que dicho interés se atribuya en su totalidad al "trust" del que es beneficiaria Judith A.G."); c) "trust" separados para cada hijo (apartado E); d) "trust" separados para la descendencia de los hijos fallecidos (apartado F)).

En ejecución del referido testamento, la esposa del causante doña Catherine Eleanor se adjudicó la mitad indivisa del chalet en cuestión que - pertenecía su esposo, el cual vendió a doña Ana María P.N.

SEGUNDO.- La actora doña Judith A.G., hija de don George Michael O.B. y esposa de don Gustavo Adolfo G.P., interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía frente a su madre doña Catherine Eleanor O.B. y frente a doña María P.N., interesando que se dictara sentencia por la que se declare: 1.- La Nulidad de la escritura de adjudicación de herencia otorgada el 6 de junio de 1991 por don Edward Francis F.R., en nombre y representación de doña Catherine Eleanor O.B., así como la ineficacia de la adjudicación a ésta de la mitad indivisa del chalet sito en Colmenarejo, propiedad de doña Catherine y de su difunto marido don George Michael O.B., debiendo considerarse como propiedad indivisa de la Sra. O.B. y de los herederos de su difunto esposo, hasta tanto se proceda a su división o adjudicación a una de las partes con la conformidad de la otra; 2.- La nulidad e ineficacia de la escritura de compraventa otorgada por la representación de la Sra. O.B., con fecha 7 de febrero de 1991, procediéndose a reintegrar a los titulares registrales, según la inscripción segunda, sus derechos inscritos; 3.- La nulidad y subsiguiente cancelación de las inscripciones tercera (adjudicación) y cuarta (venta) relativas a la finca señalada en el Registro de la Propiedad de San Lorenzo del Escorial con el número 1.265; 4.- La vigencia del contrato de arrendamiento celebrado por don George Michael O.B. y don Gustavo Adolfo G.P. el 1 de julio de 1972 y el reintegro de la posesión arrendaticia a los titulares del mismo.

Las demandadas se opusieron a la demanda por separado y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de San Lorenzo del Escorial dictó sen-

tencia por la que desestimó la demanda, con imposición de costas a la parte demandante. Ésta última recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2V) dictó nueva sentencia por la que desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia con imposición de las costas de la alzada a la parte recurrente, que ha formulado el presente recurso de casación.

TERCERO.- El primero de los motivos del recurso, con amparo en el n° 4° del artículo 1.692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la vulneración de los artículos 6.3 y 9.8 en relación con el artículo 12.2 y 12, párrafo último, del Código Civil y jurisprudencia, al aplicar la sentencia recurrida el derecho español a las cuestiones sucesorias objeto de debate, en vez de aplicar el derecho norteamericano, que era el propio de la nacionalidad del causante.

Olvida la parte recurrente que la sentencia impugnada reconoce que el derecho aplicable a la sucesión del Sr. O.B. es el propio de su nacionalidad, y concretamente el vigente en el estado de Arizona por aplicación de lo dispuesto en la norma de conflicto contenida en el artículo 9.8 del Código Civil en relación con el 12.1 del mismo código, aun cuando la sentencia no llegue a aplicar la normativa de dicho estado por afirmar que la parte actora no ha cumplido con la carga probatoria que le incumbe en orden a acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española (artículo 12.4 Código Civil).

A este respecto ha de recordarse lo razonado por la sentencia de esta Sala de 27 diciembre 2006 que, reiterada por la de 4 julio 2007, se pronuncia en los siguientes términos: «[...] el derecho extranjero es una cuestión de hecho, y es necesario acreditar y probar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, pues de otro modo, cuando no le sea posible al Tribunal español fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar y fallar según el Derecho patrio, de acuerdo con el artículo 12.6 II del Código civil (texto entonces vigente), cuyo inciso final y la interpretación en base a jurisprudencia consolidada (sic). Lo que no puede ser confundido con la aplicación de oficio de la norma de conflicto, además de que la jurisprudencia ha declarado que quien invoca el Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso, y la facultad que se concede al juez en el artículo 12.6.II, inciso final (texto hoy derogado por la Ley 1/2000 de 7 de enero) no constituye una obligación.». Esto es en definitiva lo resuelto por la sentencia impugnada que, en consecuencia, no ha infringido ninguno de los citados pre-

ceptos al aplicar correctamente al caso la norma de conflicto y, posteriormente, lo previsto en el derecho español ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero, extremos que el juzgador no estaba obligado a investigar de oficio.

CUARTO.- Los motivos segundo y tercero coinciden en denunciar, bajo el amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española, y al amparo del n° 3° del artículo 1.692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, la vulneración del artículo 372.3 de la propia Ley ritual y los artículos 238.3, 240.1 y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La denuncia se refiere en ambos casos a la falta de motivación de la sentencia impugnada en cuanto a la admisión de la plena validez de la escritura de adjudicación de herencia, otorgada por doña Catherine E. O.B. ante el Notario de Madrid Sr. A.A. el 6 de junio de 1991 (motivo segundo) y a la falta de consideración sobre el contenido del trust del causante, admitido como prueba por el tribunal de instancia (motivo tercero).

Ambos motivos han de ser rechazados pues, como ya se ha adelantado, la Audiencia, al confirmar la solución desestimatoria dada por el Juzgado, ha partido de la consideración de que efectivamente el derecho aplicable a la sucesión del Sr. O.B. era el propio del estado de Arizona por aplicación de la norma española de conflicto (artículo 9.8) pero, al no haber sido acreditado el contenido y alcance de la normativa material aplicable en relación con el caso presente, se imponía la aplicación del derecho español, pues necesariamente había de resolverse la cuestión planteada como exige el artículo 1.7 del Código Civil; siendo así que en tal sentido habían de aplicarse las disposiciones contenidas en el testamento del Sr. O.B. y no las del trust, instituido por el mismo en la misma fecha, al tratarse en el caso de un negocio sucesorio no previsto en el derecho español.

El trust constituye una figura por la que se establece una relación fiduciaria en la que una persona es el titular del derecho de propiedad sujeto a una obligación de equidad de mantener o usar la propiedad en beneficio de otra. Se puede constituir el trust tanto por acto "inter vivos" como "mortis causa". Se trata de un negocio jurídico ampliamente utilizado en los países del Common Law con diversas finalidades; pero resulta desconocida en derecho español, tanto material como internacional privado. De su importancia e implantación da muestra la existencia del Convenio de La Haya de 1 julio; 1985 sobre ley aplicable al trust y su reconocimiento, que pretende hacer frente a los problemas derivados del desconocimiento de la institución en muchos ordenamientos jurídicos. El Convenio en-

tró en vigor el 1 de enero de 1992 y ha obtenido hasta ahora escasa ratificación, sin que haya sido suscrito por España. El artículo 2 del Convenio define los elementos que han de concurrir en una institución para poder ser calificada como trust a efectos de su aplicación y así reza lo siguiente: «A los efectos del presente Convenio, el término “trust” se refiere a las relaciones jurídicas creadas -por actos inter vivos o mortis causa - por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un “trustee” en interés de un beneficiario o con un fin determinado. El “trust” posee las características siguientes: a) Los bienes del “trust” constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del “trustee”; b) El título sobre los bienes del “trust” se establece en nombre del “trustee” o de otra persona por cuenta del “trustee”; c) El “trustee” tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del “trust” y las obligaciones particulares que la ley le imponga».

Partiendo de que en el caso se trataba de un trust constituido “mortis causa”, resulta claro que la inexistencia de norma específica de conflicto en derecho español determinante de cuál sería el derecho material aplicable a la figura ha de suplirse acudiendo a la norma de conflicto propia de la sucesión “mortis causa” que, contenida en el artículo 9.8 del Código Civil, remite al derecho representado por la ley nacional del causante; en este caso, la propia del estado de Arizona.

Sentado lo anterior, no puede prosperar ninguno de los anteriores motivos ya que, falto de prueba el contenido del derecho extranjero aplicable, ha de rechazarse la validez del “trust”, desconocido en el derecho español, y, aplicándose éste, dar validez al legado testamentario del causante en cuya virtud la mitad indivisa del chalet sito en Colmenarejo, que pertenecía en vida al Sr. O.B., pasaba en propiedad a su esposa, la demandada doña Catherine Eleanor, que consolidaba así el dominio sobre la totalidad del bien y, en consecuencia, podía disponer del mismo como efectivamente hizo mediante la venta efectuada a la code mandada doña María P.N.. Todo lo anterior aparece en el contenido de la sentencia impugnada a la que, por ello no puede imputarse falta de motivación.

QUINTO.- Igualmente se ha de rechazar el motivo cuarto, que se formula por infracción de los artículos 675 y 1.256 en relación con los artículos 1.281 y siguientes, todos ellos del Código Civil, y atribuye a la sentencia recurrida una interpretación arbitraria y errónea de las disposiciones testamentarias de don George Michael O.B., que habrán de dar lugar a la nulidad de la escritura de adjudicación de herencia otorgada en España, pues se ha proce-

dido -según razona la parte recurrente- a interpretar las disposiciones testamentarias del causante olvidando que existe, como parte integrante de las mismas, un trust irrevocable y aceptado por todos los herederos.

Hay que reiterar la necesidad en que se encuentra el juez español de aplicar al caso su propio ordenamiento jurídico a falta de prueba adecuada sobre el derecho extranjero, que resultaría aplicable según la norma de conflicto; por lo que, no siendo reconocida la figura jurídica del trust ni compatible con nuestras normas de derecho sucesorio, se ha de limitar a aplicar las disposiciones del causante contenidas en su testamento en cuanto resultan válidas y conformes con nuestro derecho, a partir de las cuales resulta correcta la adjudicación de la mitad indivisa del chalet a que se ha hecho referencia.

SEXTO.- De lo hasta ahora razonado se desprende como necesaria consecuencia la desestimación de los siguientes motivos quinto al octavo, ya que si, como se ha dicho, resulta válida la adjudicación del chalet a favor de doña Catherine Eleonor, también ha de serlo la venta efectuada por la misma a la codemandada doña Ana María P.N. mediante escritura pública de fecha 7 de febrero de 1991, aunque la misma se produjera incluso antes de la escritura de adjudicación de 6 de junio de 1991, ya que se trataba de un legado referido a la totalidad de los bienes inmuebles de determinada clase - los; usados como lugar o lugares de residencia - de modo que sobre los mismos no se constituía una comunidad entre los coherederos que hubiera de conducir a - la posterior partición y, en consecuencia, no era necesario el concurso de persona distinta del legatario para disponer de los mismos. De ahí que deba rechazarse el motivo sexto, que denuncia por ello la infracción de los artículos 399, 1.068, 1.257, 1.258 y 1.300 del Código Civil, así como el quinto que se refiere a la infracción del artículo 79.3 de la Ley Hipotecaria por no haber acordado la cancelación de la inscripción 3a de la referida finca registral nº 1.265, que el recurrente considera consecuencia de un negocio nulo cuando, por el contrario, tal nulidad no ha sido declarada.

Del mismo modo habrá de decaer el motivo séptimo, formulado a partir de la afirmación de la parte recurrente de que la demandada doña Ana María P.N. no podría ser considerada como “tercero hipotecario” ya que, en el momento de su adquisición, su causante no era aún titular registral y únicamente lo fue con posterioridad, denunciando así la vulneración de los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 399, 1.068, 1.257, 1.258, 1.261 y 1.300, todos del Código Civil. Con independencia de otras consideraciones acerca de si en el caso podía sostenerse o no la condición de “tercero hipoteca-

rio" en la adquirente, lo cierto es que no puede achacarse a la sentencia impugnada vulneración alguna en tal sentido ya que, expresamente, negó tal condición a la compradora, si bien es claro que ninguna influencia habría de tener ello en el resultado del litigio cuando no se ha anulado ni resuelto el derecho de su transmitente. E igualmente resulta rechazable el motivo octavo en cuanto vuelve a incidir en denunciar la infracción del artículo 79.3 de la Ley Hipotecaria por no haber sido decretada la cancelación de la inscripción cuarta de la finca, que reflejaba la venta efectuada por doña Catherine a doña Ana María, la cual finalmente se ha considerado válida.

SÉPTIMO.- El último motivo, noveno, afirma la infracción de los artículos 1.254, 1.255 y 1.261, en relación con los artículos 1.543 y 1.556, todos del Código Civil, al considerar la recurrente que debió declararse la validez y plena vigencia del contrato de arrendamiento de fecha 1 de julio de 1972 sobre el chalet litigioso, celebrado entre don George M. O.B. y don Gustavo Adolfo G.P., esposo de la demandante.

En primer lugar, se ha de hacer constar que la legitimación para solicitar la-declaración de validez y cumplimiento de un contrato corresponde a los contratantes y a sus causahabientes y en el caso presente no es el arrendatario el que demanda, sino su esposa. Además, al denunciar la infracción de los artículos de que se trata, se hace supuesto de la cuestión ya que la sentencia impugnada declara, tras el examen de la prueba practicada -testifical y por presunciones extraídas de determinados datos fácticos- que la finalidad de la suscripción del contrato fue meramente formal o, lo que es lo mismo, que se trató de un supuesto de simulación absoluta del negocio por falta de causa, sin que correlativamente la parte impugnante combata la valoración de la prueba que ha llevado a la Audiencia a obtener tal conclusión. Es por ello que también este motivo ha de ser desestimado.

OCTAVO.- Desestimada la totalidad de los motivos que integran el recurso, procede su rechazo con imposición de costas a la recurrente y pérdida del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Judith A.G. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21 a) con fecha 23 de noviembre de 2000 en autos de juicio declarativo de menor cuantía número 229/93,

seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n° 1 de San Lorenzo del Escorial a instancia de la hoy recurrente contra doña Catherine Eleanor O.B. y doña María P.N., la que confirmamos con imposición de costas a la parte recurrente-y pérdida del depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Spagna – Audencia Nacional

Regime fiscale dei redditi percepiti dall'erede di confidenza

Erede di confidenza - redditi derivati dai beni oggetto di confidenza - imposta sul reddito delle persone fisiche - applicabilità

L'eredità di confidenza si sostanzia nel conferimento di un incarico, dal testatore all'erede, affinché questi provveda ad attribuire, secondo tempi e modalità indicate, i beni dell'eredità ad un altro soggetto, segreto, vero successore del *de cuius*.

Tale complesso di beni costituisce un patrimonio separato, privo di personalità giuridica, suscettibile di imposta sul reddito delle persone fisiche sia in quanto parte del patrimonio personale dell'erede, sia in quanto, intervenuta l'accettazione della confidenza, non si è in presenza di alcun complesso di beni in condizioni di giacenza. Peraltro, del maggior esborso tributario che l'erede di confidenza abbia a subire questi può chiedere risarcimento al vero successore, mediante prelievo dal patrimonio ereditario, dovendosi considerare detti oneri una spesa sostenuta nell'esecuzione di un incarico.

L'erede di confidenza, per tutta la durata della confidenza (che può essere indeterminata), è considerato dall'ordinamento giuridico come un erede o un legatario, di tal che egli può disporre dei beni ricevuti, sebbene nei limiti della confidenza, risarcirsi delle spese e dei costi sostenuti in esecuzione dell'incarico e percepire, a tempo debito, la relativa remunerazione.

■ Audencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 2), 9 giugno 2005

TESTO DELLA SENTENZA

Madrid, a nueve de junio de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 1107/2002, se tramita a instancia de D^a Bárbara Y D^a Lucía Y D^a María Rosario representadas por la Procuradora D^a. Gloria Messa Teichman, contra resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 19-7-2002, sobre IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS, ejercicio 1991, en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 75.303,69 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte indicada interpuso en fecha 27-9-2002 este recurso respecto de los actos antes aludidos. Admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara

la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

«Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo; tener por formulada la demanda en el recurso contencioso administrativo señalado con el número de identificación único NUM000, en el procedimiento ordinario 1107/2002; por devuelto el expediente administrativo y, previos los trámites legales, anular el fallo del TEAC del que se ha hecho mérito; el fallo del TEAR de Cataluña que aquél confirmó; la liquidación de la que trae causa y el acta de disconformidad origen de la misma, todo ello por los motivos invocados y con condena al pago de gastos de aval y expresa imposición de costas a la Administración».

SEGUNDO. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administra-

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza da Westlaw.es.

Manca il Sommario perché della sentenza ha trattato S. Martín Santisteban, La giurisprudenza spagnola ed i trust, in questa Rivista, 2008, 488.

ción demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

«Que tenga por contestada la demanda deducida en este litigio, dictando, previos los trámites legales, sentencia por la que se desestime el presente recurso, y confirmando la Resolución impugnada por ser conforme a Derecho».

TERCERO. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, fue acordada por Auto de fecha 29-4-2004. Siendo el siguiente trámite el de conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones. Por providencia de fecha 17-5-2005 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 2-6-2005, en que efectivamente se deliberó y votó.

CUARTO. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que Regula la Jurisdicción. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. ESPERANZA CÓRDOBA CASTROVERDE, Magistrada de esta Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Dña. Bárbara y Dña. Lucía, hijas y herederas de D. Héctor, y de Dña. María Rosario se impugna la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC), de fecha 19 de julio de 2.002, por la que desestima el recurso de alzada interpuesto contra resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña de 10 de marzo de 1999, a su vez, desestimatoria de la reclamación económica-administrativa interpuesta contra el Acuerdo de liquidación derivado del Acta de Disconformidad incoada en fecha 9 de septiembre de 1994, relativa al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1991 y cuantía de 75.303,69 euros (12.529.479 ptas.).

SEGUNDO. La adecuada resolución del recurso exige partir de los datos fácticos que, a renglón seguido, se relacionan y que resultan del expediente remitido a la Sala.

En fecha 9 de septiembre de 1994, la Inspección de Tributos de la Delegación en Barcelona de la A.E.A.T. incoó a D. Héctor, hoy fallecido, Acta de Disconformidad, modelo A02, núm. NUM001, en relación con el concepto y ejercicio referidos, en la que se hacía constar que el contribuyente es heredero de confianza, junto a D. Gregorio y D. Cosme, de Don Alfredo; que la Herencia de Confianza –institución de Derecho Catalán– carece de personalidad jurídica y encuentra su ubicación fiscal en el art.

33 de la Ley General Tributaria; que dicha entidad obtuvo durante el ejercicio unos rendimientos del capital mobiliario por la cuantía que se especifica y que, según el art. 12.1 de la Ley 44/78, procede atribuir a los socios, herederos etc. las rentas correspondientes a las entidades que dicho precepto establece (herencias yacentes, comunidades de bienes etc.).

Se proponía regularizar la situación tributaria del interesado agregando a la base imponible declarada la tercera parte de los citados rendimientos, de lo que resultaba una liquidación comprensiva de cuota e intereses de demora, sin sanción, por importe de 12.529.479 ptas (75.303, 69 euros).

El acta se calificaba de previa, conforme al art. 50.2.b) del RGIT haciéndose constar que:

-“La Administración únicamente ha comprobado los rendimientos de capital mobiliario obtenidos por la herencia de confianza de D. Alfredo y no otros posibles rendimientos que haya podido obtener”.

- “Se ha regularizado la situación tributaria de D. Héctor agregando las cantidades procedentes de la herencia de confianza, sin que hayan sido objeto de comprobación otros elementos del hecho imponible”.

Emitido por el actuario, en la misma fecha, el preceptivo informe ampliatorio, en los términos que consta en el expediente, y presentado escrito de alegaciones, el Inspector Jefe dictó Acuerdo de liquidación en fecha 22 de febrero de 1995, confirmando la propuesta contenida en el acta, sin que conste en el expediente la fecha de la notificación.

Contra dicha liquidación D. Héctor y Dña. María Rosario interpusieron reclamación económica administrativa ante el Tribunal Regional de Cataluña, registrada con el núm. 4.494/95, que, en resolución de fecha 10 de marzo de 1.999, acordó “desestimar la reclamación interpuesta y confirmar el acto impugnado por su adecuación al ordenamiento jurídico”.

Interpuesto recurso de alzada ante el Tribunal Económico Administrativo Central dicta, en fecha 19 de julio de 2.002, la resolución, ahora combatida, por la que desestima el recurso.

TERCERO. Frente a la resolución del TEAC combatida aduce la parte recurrente los siguientes motivos de impugnación:

-El heredero de confianza es un simple mandatario, no un copropietario. Aplicación indebida del art. 12.1 de la Ley 44/1978 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

-Exigencia del tributo a quien no posee la correlativa capacidad económica. Vulneración del art. 31.1 de la Constitución.

-Injustificada actuación administrativa parcial en perjuicio del derecho constitucional a la seguridad jurídica. Vulneración del artículo 9.3 de la Constitución.

-Nulidad de la liquidación por carecer el acta de la que trae causa de los elementos esenciales del hecho imponible y su atribución al sujeto pasivo. Vulneración de los artículos 145.1.b) de la Ley General Tributaria y 56.3 del Reglamento General de la Inspección.

-Nulidad de la liquidación por irregular inicio de las actuaciones inspectoras. Vulneración del art. 29.a) y b) del Reglamento General de la Inspección.

CUARTO. Un orden lógico en el examen de los motivos de impugnación aducidos exige iniciar su estudio por los motivos formales que la parte invoca y que, a su juicio, darían lugar a la declaración de nulidad de la liquidación tributaria impugnada.

Ahora bien, con carácter previo a cualquier otra consideración, no resulta ocioso efectuar una consideración general, extensible a todos los defectos formales, así como a la fuerza invalidatoria que éstos pueden producir en los actos dictados para decidir finalmente los procedimientos en el seno de los cuales se habrían manifestado aquéllos. Cabe señalar, en primer término, que aun de haberse producido algún defecto formal de tramitación, lo que únicamente se acepta a efectos dialécticos, en ningún caso se habría causado indefensión a la parte recurrente, que ha tenido oportunidades más que sobradas para conocer exactamente el contenido de todas las decisiones recaídas, para impugnarlas y para desplegar, en esas impugnaciones, todos los medios alegatorios y probatorios que ha tenido por conveniente en la defensa de sus derechos e intereses, debiendo tener presente tanto lo establecido en el art. 63.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre como el criterio mantenido en numerosas sentencias del Tribunal Supremo en sentencia de 20 de julio de 1992, entre otras varias, al afirmar que:

“La teoría de la nulidad de los actos administrativos ha de aplicarse con parsimonia, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias distintas que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declararon nulas y, por supuesto, de la retroacción de éstas para que se subsanen las irregularidades detectadas... En el caso de autos, tratándose, como la Sala sentenciadora razonó, no de que se hubiera prescindido totalmente del procedimiento establecido al efecto, sino tan sólo del trámite de audiencia del interesado, exclusivamente se incidiría en la de simple anulabilidad del art. 48.2, y ello sólo en el supuesto de que de la omisión se siguiera indefensión para el administrado, condición esta

que comporta la necesidad de comprobar si la indefensión se produjo; pero siempre, en función de un elemental principio de economía procesal implícitamente, al menos, potenciado por el art. 24 CE, prohibitivo de que en el proceso judicial se produzcan dilaciones indebidas, adverando si, retrotrayendo el procedimiento al momento en que el defecto se produjo a fin de reproducir adecuadamente el trámite omitido o irregularmente efectuado, el resultado de ello no sería distinto del que se produjo cuando en la causa de anulabilidad del acto la Administración creadora de este había incurrido”.

“Por lo demás, la invocada nulidad de la resolución que en este proceso se impugna es traída a colación de manera desacertada para el éxito de su pretensión de nulidad, al no concretarse cuáles son las razones por las cuales se habría ocasionado una irreparable indefensión del recurrente. El artículo 63 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sobre el Procedimiento Administrativo Común, establece que “1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. 2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”.

“Se ha dicho que no hay derecho menos formalista que el Derecho Administrativo y esta afirmación es plenamente cierta. Al vicio de forma o de procedimiento no se le reconoce siquiera con carácter general virtud anulatoria de segundo grado, anulabilidad, salvo aquellos casos excepcionales en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, se dicte fuera de plazo previsto, cuando éste tenga carácter esencial o se produzca una situación de indefensión”.

“El procedimiento administrativo y la vía del recurso ofrecen al administrado oportunidades continuas de defenderse y hacer valer sus puntos de vista, lo cual contribuye a reducir progresivamente la inicial trascendencia de un vicio de forma o una infracción procedimental. Así, por ejemplo, si el interesado no fue oído en el expediente primitivo, esa falta puede eventualmente remediarse con la interposición del correspondiente recurso cuya propia tramitación, incluye un nuevo período de audiencia y vista del expediente. En otros casos, la omisión inicial del trámite de audiencia puede entenderse, salvo en algún caso, subsanada y se hace intrascendente, no pudiendo dar lugar en buena lógica a la nulidad del acto y en este sentido se pronuncian numerosas sentencias del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Por otra parte, la interposición de un recurso permite a la Administración poner en juego los poderes de convalidación que le reconoce

la Ley, y subsanar los defectos iniciales una vez advertida su existencia, así como permite al administrado la constancia de todos los elementos de hecho y de Derecho que sirvieron de base al acto administrativo impugnado, así como formular las alegaciones y ofrecer las pruebas necesarias para desvirtuarlos”.

“Para formular un pronunciamiento sobre la trascendencia que el vicio procedimental haya podido ocasionar a la esencia misma del acto administrativo habrá que tener en cuenta la relación existente entre el defecto de forma y la decisión de fondo adoptada por el acto recurrido y ponderar, sobre todo, lo que habría podido variar el acto administrativo origen del recurso, en caso de observarse el trámite omitido. Las hipótesis por tanto pueden ser varias. En lo que al recurso que examinamos interesa, cabe apelar a las dos siguientes: 1º) que aunque no hubiera existido la infracción formal, la decisión de fondo hubiera sido la misma. En tal caso no tiene sentido anular el acto recurrido por vicios formales y tramitar otra vez un procedimiento cuyos resultados últimos ya se conocen. La actuación administrativa se desarrollará con arreglo a normas de economía, celeridad, y eficacia, según el art. 103 de la Constitución y 3 de la Ley 30/92, y es contrario al principio de economía procesal que este precepto consagra repetir inútilmente la tramitación de un expediente; 2º) Que el vicio de forma haya influido realmente en la decisión de fondo, siendo presumible que ésta hubiera podido variar de no haberse cometido el vicio procedimental, en cuyo caso interesa distinguir el supuesto en que la decisión de fondo es correcta a pesar de todo. Lo que procede entonces es declararlo así y confirmar el acto impugnado. El principio de economía procesal obliga a ello”.

Esto es, las cuestiones referidas al carácter previa del Acta, a su motivación o al motivo del inicio de las actuaciones inspectoras, caso de concurrir, en modo alguno habrían conducido a la parte recurrente a una situación de indefensión, puesto que la argumentación de la demanda ha versado extensamente sobre el fondo del asunto, es decir, sobre la improcedencia de la regularización tributaria efectuada por la Inspección dada su condición de heredero de confianza y, como tal, a juicio de la parte, un simple mandatario y no un copropietario.

En definitiva, la nulidad de la liquidación recurrida, tal y como pretende la recurrente, por los supuestos vicios de forma padecidos, supondría imponer al sujeto pasivo unas consecuencias sumamente gravosas y contrarias al principio de economía procesal, trasunto del reconocido constitucionalmente que en el artículo 24 de la Constitución garantiza un proceso sin dilaciones indebidas, lo que sucedería si accediéramos a lo que verdaderamente es conse-

cuencia natural de lo que se pide, esto es, tener que reproducir nuevamente, ante la Inspección y en la vía económico-administrativa sus argumentos de fondo, que han sido expuestos ampliamente ya ante el TEAC y ante esta Sala, y repetir el camino que ha conducido hasta esta instancia judicial, lo que llevaría con toda probabilidad a un nuevo proceso con pérdida sustancial de tiempo y de dinero, sin beneficio de nadie.

Existiendo, por tanto, elementos de juicio suficientes en el proceso, según han sido aportados por las partes, y no apreciándose que se haya causado indefensión a la parte recurrente, en modo alguno, lo procedente es entrar a conocer del fondo del asunto, que es, por lo demás, lo que se pide en la demanda cuando se postula la anulación de la resolución del TEAC recurrida y de la liquidación de que trae causa.

QUINTO. En cualquier caso, procede examinar los vicios formales esgrimidos en la demanda, consistentes, en primer término, en la improcedencia del carácter previa del acta.

Aduce, pues, la recurrente la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica con fundamento en la “injustificada actuación administrativa parcial”, justificándose su necesidad por el actuario en la desagregación del hecho imponible.

Respecto de la referida cuestión, se ha de partir de que el acta levantada tuvo el carácter de “previa”, conforme al art. 50.2.b) del RGIT, como la Inspección hizo constar, con fundamento en que “la Administración únicamente ha comprobado los rendimientos de capital mobiliario obtenidos por la herencia de confianza de D. Alfredo y no otros posibles rendimientos que haya podido obtener” y que “se ha regularizado la situación tributaria de D. Héctor agregando las cantidades procedentes de la herencia de confianza, sin que hayan sido objeto de comprobación otros elementos del hecho imponible”.

En este sentido, hay que partir de que el art. 144 de la Ley General Tributaria de 1963 dispone que “Las actuaciones de la Inspección de los Tributos, en cuanto hayan de tener alguna transcendencia económica para los sujetos pasivos, se documentarán en diligencias, comunicaciones y actas previas o definitivas”. En este precepto no se establece un criterio diferenciador entre ambas actas.

La Orden Ministerial de 10 de abril de 1975, que desarrolla el Decreto 2062/1974, sobre funcionamiento y competencia de la Inspección de Aduanas, en el núm.4, establecía: “las actas previas se utilizarán para documentar las actuaciones de coordinación territorial o funcional y, en general, para las actuaciones que tengan por finalidad la toma o comprobación de datos para la emisión de infor-

mes o para facilitar posteriores actuaciones da las que pueda deducirse alguna repercusión económica para los interesados”, frente a las definitivas que, “son las que contienen la totalidad de los requisitos enumerados en el artículo 145 de la Ley General Tributaria”.

Con el Real Decreto 2077/1984, de 31 de octubre, sobre régimen de determinadas actuaciones de la Inspección de los Tributos y de las liquidaciones tributarias derivadas de las mismas, (que sustituyó al R.D. 412/1982, de 12 de febrero, sobre régimen de las liquidaciones tributarias, que fue declarado nulo por sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1984), se introdujo un criterio diferenciador residual, al suprimir uno de los supuestos contemplados con anterioridad, cual era el referente al acta previa sin liquidación incorporada, (“Acta de simple constancia de hecho”), a la que se le daba un carácter excepcional.

Es el Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos, la norma que, por primera vez, define el “acta previa”. En su art. 50.1 dispone: “Son actas previas las que dan lugar a liquidaciones de carácter provisional, a cuenta de las definitivas que posteriormente se puedan practicar”. Del texto de este precepto, se desprende que el carácter de una u otra acta se hace depender del carácter de la “liquidación” practicada, si definitiva, si provisional.

En este sentido, el mismo artículo, apartado 2.a), segundo párrafo, establece que: “La liquidación derivada del acta previa tendrá el carácter de a cuenta de la que como complementaria o definitiva se derive del acta de disconformidad que simultáneamente se incoe”.

Otra de las notas características de las “actas previas” es la de la posibilidad de dejar parte de los hechos impositivos inspeccionados, pero no comprobados o sin investigar, permitiéndose su posterior estudio, (“Cuando la Inspección no haya podido ultimar la comprobación o investigación de los hechos o bases impositivos y sea necesario suspender las actuaciones, siendo posible la liquidación provisional”).

Dada la naturaleza de estas actas y sus efectos, el art. 50.4, del Reglamento General de la Inspección, exige que: “Cuando la Inspección extienda un acta con el carácter de previa deberá hacerlo constar expresamente, señalando las circunstancias determinantes de su incoación con tal carácter y los elementos del hecho imponible o de su valoración a que se haya extendido ya la comprobación inspectora”.

Como tal, las actas previas han de considerarse excepcionales frente a las definitivas ante el hecho de que como regla general las actas de la Inspección de tributos deben contener una propuesta de regularización total de la situa-

ción tributaria del contribuyente por el concepto impositivo y periodo objeto de comprobación y no en vano el propio TEAC reconoce (resolución de 27 de Abril de 1994) que el principio de seguridad jurídica exige que una vez iniciadas las actuaciones inspectoras, el sujeto pasivo tiene derecho a que se defina totalmente su situación tributaria, no pudiendo la Administración volver a comprobar e investigar el ejercicio e impuesto inspeccionado salvo excepcionísimos casos en los que se pueden extender actas previas. De ahí que sólo puedan incoarse en los supuestos regulados en el art. 50-2 del RGIT, dotándose del carácter de previas a las actas que se enumeran, de forma cerrada, en el art. 50-3 del RGIT, así como, los especiales requisitos de motivación que impone el art. 50-4 del RGIT.

Si trasladamos las consideraciones anteriores al caso enjuiciado vemos, que el motivo expuesto para avalar la calificación de previa se concreta en la referencia al art. 50.2.b) del RD 939/1986, con indicación de que la Administración “únicamente ha comprobado los rendimientos de capital mobiliario obtenidos por la herencia de confianza de D. Alfredo y no otros posibles rendimientos que haya podido obtener” y que “se ha regularizado la situación tributaria de D. Héctor agregando las cantidades procedentes de la herencia de confianza, sin que hayan sido objeto de comprobación otros elementos del hecho imponible”. Conforme a ello y toda vez que el artículo 50.2.b) del Reglamento General de la Inspección de los Tributos prevé como uno de los supuestos habilitantes de la formalización de actas previas aquél en que el hecho imponible pueda ser desagregado a efectos de las correspondientes actuaciones de comprobación o investigación, como ocurre en este caso en el que, y también el acta es lo suficientemente explícita al respecto, se fundamenta la limitación del ámbito de la comprobación a “los rendimientos de capital mobiliario obtenidos por la herencia de confianza de D. Alfredo y no otros posibles rendimientos que haya podido obtener” añadiendo que “se ha regularizado la situación tributaria de D. Héctor agregando las cantidades procedentes de la herencia de confianza, sin que hayan sido objeto de comprobación otros elementos del hecho imponible”, lo que unido a que el hecho imponible, tratándose del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, es susceptible de desagregación en sus diferentes elementos y componentes, es lo que, en definitiva, ha de llevar también a la Sala a entender suficientemente justificado el carácter del acta discutida y, por tanto, a desestimar el motivo de nulidad predicado de su contenido.

SEXTO. Sostiene la parte, seguidamente, la nulidad de la liquidación tributaria “por carecer el acta de la que

trae causa de los elementos esenciales del hecho imponible y su atribución al sujeto pasivo”, con vulneración de los artículos 145.1.b) de la Ley General Tributaria y 56.3 del Reglamento General de la Inspección.

Procede, pues, analizar la falta de motivación denunciada que, caso de concurrir, sería originadora de indefensión.

Ya se ha expuesto que el artículo 144 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (LGT) señala que “las actuaciones de la Inspección de Tributos, en cuanto hayan de tener alguna trascendencia económica para los sujetos pasivos, se documentarán en diligencias, comunicaciones y actas previas o definitivas”; elementos a los que el artículo 44 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril (RGIT), añade los informes.

Por su parte el artículo 49.1 RGIT dispone que “son actas aquellos documentos que extiende la Inspección de los Tributos con el fin de recoger los resultados de sus actuaciones de comprobación e investigación, proponiendo, en todo caso, la regularización que estime procedente de la situación tributaria del sujeto o retenedor o bien declarando correcta la misma”; la naturaleza de las actas es concretada en el mismo precepto reglamentario al señalar que “son documentos directamente preparatorios de las liquidaciones tributarias derivadas de las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación, incorporando una propuesta de tales liquidaciones”.

La jurisprudencia las ha calificado de “soporte de las liquidaciones impugnadas” (STS 27 noviembre 1999), y, como tales actas, en sí mismas consideradas, “no son recurribles, como actos de mero trámite que son, ni administrativa ni jurisdiccionalmente” (STS 3 Octubre 1988, 5 Septiembre 1991, 22 Enero 1993, etc.). En consecuencia, el Acta no es un acto administrativo definitivo, sino un acto de trámite en el que se contiene la propuesta de regularización de la situación tributaria del sujeto pasivo, según lo dispuesto en el art. 49.1 RGIT, y conforme establece el art. 145 LGT.

En relación con el contenido de las Actas tanto la LGT como el RGIT coinciden, entre otros aspectos, en una circunstancia esencial consistente en la consignación, en las mismas, de “los elementos esenciales del hecho imponible y de su atribución al sujeto pasivo o retenedor” (145.b LGT), expresión a la que el 49.2.d) RGIT añade “... con expresión de los hechos y circunstancias con trascendencia tributaria que hayan resultado de las actuaciones inspectoras o referencia a las diligencias donde se hayan hecho constar”. La concurrencia de éste imprescindible y esencial elemento en las Actas —aspecto en el que

luego se insistirá— es una cuestión puramente de derecho y, por lo mismo, susceptible de ser revisada aunque el Acta sea de conformidad.

En la medida que tales normas hablan de “elementos esenciales”, están contemplando, también, la posible existencia de “elementos naturales” y de “elementos accidentales”. De esta forma, elementos esenciales serán aquellos sin los que el hecho imponible no puede darse; naturales, los que cada hecho imponible lleva normalmente consigo, salvo que específicamente hayan sido excluidos, y accidentales los que solo existen cuando expresamente sean agregados al hecho imponible.

En concreto, en cuanto a las liquidaciones que derivan de las Actas, la LGT de 1963 también exige en su artículo 124 la expresión concreta de los elementos esenciales de las citadas liquidaciones, añadiendo que “cuando —las liquidaciones— supongan un aumento de la base imponible respecto de la declarada por el interesado, la notificación deberá expresar de forma concreta los hechos y elementos que la motivan”.

En tal sentido la STS de 27 abril 1998 señaló que “en cuanto a los requisitos fijados en el art. 145 de la Ley General Tributaria, que han de constar en las Actas de la Inspección que documenten el resultado de sus actuaciones, concretamente los establecidos en los apartados b) y c) del núm. 1, referidos a los elementos esenciales del hecho imponible y de su atribución al sujeto pasivo y a la regularización procedente, confirmando el criterio de la Sala de instancia, no pueden entenderse cumplidos ... con la mera expresión genérica de que no existe coincidencia entre la base declarada y la comprobada, con fijación de una cifra resultante y la propuesta de liquidación ... pero sin indicación alguna, por sucinta que fuera, del origen y causas de esa diferencia y por lo tanto del incremento de base. Es precisamente la existencia en el Acta de esa motivación justificadora de la no aceptación del resultado presentado en la declaración del contribuyente y su sustitución por otra base mayor, como mínima, pero suficiente explicación de los datos y documentos en que se funde, la que permite al inspeccionado decidir libremente si lo acepta y presta su conformidad, o lo rechaza, mostrándose en disconformidad con lo pretendido por la Inspección Tributaria”.

En relación con la falta de motivación alegada debe recordarse que la STS de 14 de marzo de 1995, advierte que la falta de explicación objetiva que permita formular, en su caso, oposición con cabal conocimiento de sus posibilidades impugnatorias, constituye una práctica indefensión susceptible de acarrear la nulidad del Acta; doctrina ésta corroborada por la también STS de 15 de abril de 2000. La

exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), así como también en el art. 13.2 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

En este sentido, se ha venido destacando tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, la estrecha conexión entre el requisito de la motivación y el derecho de defensa del obligado tributario. Pero la exigencia de motivación no se reduce a esa conexión. La obligación de motivar no está prevista sólo como garantía del derecho a la defensa de los contribuyentes, sino que tiende también a asegurar la imparcialidad de la actuación de la Administración tributaria así como de la observancia de las reglas que disciplinan el ejercicio de las potestades que le han sido atribuidas.

De ahí, que el Tribunal Supremo haya venido exigiendo reiteradamente el cumplimiento de los requisitos de motivación de las liquidaciones tributarias, de acuerdo con la exigencia recogida en el art. 124 de la Ley General Tributaria con todo el rigor inherente a toda garantía del administrado (SSTS de 14 de noviembre de 1988, de 30 de enero de 1989, 16 de noviembre de 1993 y 15 de noviembre de 1995).

En el supuesto a que se contrae el presente recurso, el adecuado examen del acta de disconformidad extendida, junto con el informe ampliatorio y la liquidación tributaria, demuestra que cumple los requisitos esenciales a que alude el art. 145.1 de la LGT, pues se expresan los hechos y circunstancias que conducen a la regularización propues-

ta, siendo así que su contenido, junto con el informe ampliatorio emitido, permite al interesado conocer los elementos que componen el hecho imponible, pudiendo efectuar la oportuna impugnación, y ello con independencia de que se pueda haber sufrido algún error meramente material.

Lo expuesto comporta que las alegaciones de la parte, relativas a la falta de motivación aducida, carezcan de fundamento alguno, como se demuestra, además, por el hecho de que ni en su escrito de alegaciones al acta, ni en su reclamación económico administrativa interpuesta ante el Tribunal Regional de Cataluña, ni en su recurso de alzada ante el Tribunal Económico Administrativo Central, se hiciera mención alguna a la supuesta falta de motivación ahora denunciada, limitándose a discutir el fondo de la liquidación practicada.

En consecuencia, tanto el acta como el acuerdo de liquidación cumplen los requisitos exigidos por la norma tributaria, al poner en conocimiento del obligado tributario el hecho imponible y las operaciones realizadas por la Inspección, siendo cuestión diferente la discrepancia del interesado con los criterios aplicados por la Inspección que concluyen en la liquidación practicada.

SÉPTIMO. Respecto de los motivos formales de impugnación aducidos, resta por examinar la cuestión relativa al inicio de las actuaciones inspectoras.

Aduce la recurrente la nulidad de las actuaciones inspectoras y de la liquidación de ellas derivada, por falta de comunicación del motivo por el que se iniciaron; esto es, no se dice que la inspección estuviera motivada por su inclusión en el correspondiente plan, ni que existiera orden motivada del Inspector Jefe en tal sentido, ni que el inicio obedeciera a la existencia de una denuncia pública.

Subyace en la alegación de la parte que esta causa de nulidad se funda en entender la recurrente que el inicio de las actuaciones inspectoras no obedece a ninguna de las causas o "modos de iniciación" que los preceptos recogen -artículo 29 RGIT-, es decir, ni a iniciativa de la Inspección como consecuencia de los planes determinados, ni por orden superior escrita, ni a denuncia pública.

En este sentido, debe recordarse que el artículo 19 del Reglamento General de la Inspección se refiere al Plan Nacional de Inspección y a los parciales en que se desarrolla aquél, que siempre tienen carácter anual. Así, el citado precepto responde a la necesidad de una actuación ordenada de la Inspección que, al propio tiempo, sea garantía de los contribuyentes frente a posibles acciones discriminatorias; se trata del "programa" de actividades que se propone realizar la Inspección durante un año o ejercicio económico. Pues bien, dispone el artículo 19.6 que "Los

planes de los órganos que han de desarrollar las actuaciones inspectoras tienen carácter reservado y no serán objeto de publicidad”, de modo y manera que dicho carácter reservado, reconocido por la S.T.S. Sala 3ª, de 22 de enero de 1993, hace innecesaria notificación alguna al contribuyente de la resolución que acuerda su inclusión en un concreto Plan de Inspección, sin que tal circunstancia genere indefensión alguna al mismo, quien tendrá la posibilidad de participar en el procedimiento o actuaciones inspectoras en los términos recogidos en los artículos 29 y siguientes del Reglamento General de la Inspección de Tributos, a partir de la notificación al mismo del inicio de tales actuaciones.

En definitiva, todo obligado tributario puede ser objeto de un procedimiento de comprobación e investigación tributaria encaminada a verificar el exacto cumplimiento de sus obligaciones legalmente establecidas y deberes para con la Hacienda Pública (artículo 109 de la L.G.T., en relación con el artículo 10 del R.G.I.T.), y no se puede descartar, por el simple hecho de que no obre unido al expediente el acuerdo de inclusión en el plan (es de destacar que ninguna prueba se haya pedido al respecto), que la fórmula elegida por la Administración Tributaria en el caso que nos ocupa, entre las posibles, para dirigir y coordinar aquellas actuaciones de comprobación e investigación tributaria ha sido los Planes de Inspección, a que se refiere el artículo 19 R.G.I.T., que tiene por objeto delimitar las actuaciones a realizar durante un determinado periodo de tiempo y seleccionar los obligados tributarios objeto de los mismos y que entre ellos se hallara la parte hoy demandante.

Es de señalar, igualmente, en relación con la nulidad de las actuaciones inspectoras al no responder al Plan de Inspección, al amparo de lo establecido en el art. 29 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, que, además, el acta incoada a la parte recurrente tuvo igualmente origen en la facultad de comprobación de la que goza la Administración, al amparo del art. 109, en relación con el art. 121, ambos, de la Ley General Tributaria (redacción anterior a la Ley 25/95), apreciando la procedencia de incrementar la base imponible declarada por el concepto que en dicha acta se recoge. No se trata, pues, de una actuación administrativa dirigida a un colectivo determinado de contribuyentes, sino de una específica actuación de comprobación de una declaración correspondiente a un ejercicio cuyo resultado es la regularización efectuada.

Conforme a lo expuesto, no puede entenderse infringido precepto tributario alguno al constituir la actuación de la Administración continuación del procedimiento desen-

cadenado por la presentación de la declaración del sujeto pasivo, excluyéndose inicio arbitrario de las actuaciones inspectoras.

OCTAVO. La cuestión nodular a que se contrae el presente recurso se centra en determinar el tratamiento tributario del heredero de confianza en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Tal y como señala la resolución objeto de revisión en este recurso, la posibilidad de que el testador encargue a una persona de su confianza determinadas actuaciones encaminadas a llevar a cabo su voluntad ha sido reconocida por la costumbre o por las leyes desde antiguo. Una de estas posibilidades se encuentra en la figura del fideicomiso y consiste en encargar a alguien que entregue al heredero o legatario aquello que el testador quiere transmitirle. Mientras el Código Civil en su artículo 785.1 -“No surtirán efecto: 1º. Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles ese nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero”- prohíbe las herencias de confianza, que se basan en el fideicomiso secreto, éstas resultan admitidas en algunos regímenes forales, como en el Derecho Civil Catalán que regula expresamente la herencia de confianza en el Libro segundo, Título II, Capítulo III de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio.

En efecto, el adecuado análisis de dicha cuestión exige partir de la regulación de la herencia de confianza contenida en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, Capítulo III, que lleva por rúbrica “De los herederos y legatarios de confianza”, artículos 118 a 122.

Dispone el artículo 118 que:

“El testador podrá instituir o designar herederos o legatarios de confianza a personas individuales para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente de palabra o por escrito.

Dichas personas podrán ser facultadas por el testador para que, caso de fallecer alguna de ellas antes de la total revelación o cumplimiento de la confianza, elijan a quien les sustituya, sin que ello implique nueva institución o designación, sino mera subrogación en el cargo.

Salvo disposición testamentaria en contrario los herederos o legatarios de confianza actuarán por mayoría, pero, de quedar uno sólo, éste podrá actuar por sí”.

Artículo 119:

“Los herederos de confianza deberán tomar inventario de la herencia dentro de un año a contar de la delación de la herencia o legado, bajo pérdida de la remuneración correspondiente.

Tanto los herederos como los legatarios de confianza tendrán derecho a resarcirse de los gastos y desembolsos a que dé lugar el cumplimiento de su cometido y a percibir la remuneración que les hubiese asignado el testador, o, en su defecto entre todos, la del 10 por 100 del valor de la herencia o legado objeto de la confianza y de los frutos o rentas líquidos, mientras dure su administración. No se imputarán en pago de dicha remuneración los legados a favor de los herederos y legatarios de confianza, salvo que ordene otra cosa el testador.

Artículo 120:

“El testador que ordene herencia o legado de confianza, podrá prohibir su revelación. En defecto de prohibición los herederos o legatarios podrán mantener reservada la confianza, o bien revelarla en escritura pública o protocolizando las instrucciones escritas de propia mano del testador. En todo caso prevalecerán éstas; de no haberlas se estará a lo que advere la mayoría”.

La confianza revelada se considerará que forma parte del testamento y no podrá revocarse ni alterarse, pero sí ser objeto de aclaración”.

Disponiendo, por último, el Artículo 121 que:

“Los herederos y legatarios de confianza, mientras no la revelen o cumplan tendrán la consideración de herederos o legatarios, con facultades dispositivas por actos entre vivos, salvo las limitaciones que a ellos imponga el testamento, pero no podrán hacer definitivamente suyos los bienes de la herencia o legado ni sus subrogados, que quedarán enteramente separados de sus propios bienes.

Revelada la confianza, y salvo que otra cosa disponga el testador, los herederos y legatarios de confianza tendrán, respectivamente, la consideración de albaceas universales o particulares”.

Del contenido de los preceptos expuestos se desprende que la herencia de confianza se configura como un encargo confidencial hecho por el testador sobre el destino que se ha de dar a su patrimonio, de forma que el verdadero sucesor del testador no es el heredero o herederos de confianza sino un tercero que resta oculto, al cual se habrán de entregar los bienes hereditarios. Ahora bien, de la normativa expuesta también resulta que la Compilación atribuye al heredero de confianza la consideración de heredero “mientras no la revele o cumpla”, momento a partir del cual con carácter general tendrá la consideración de albacea universal. Así pues, durante ese lapso temporal intermedio que, como se expone en la resolución del TEAR de Cataluña puede ser indefinido, el heredero o legatario de confianza tiene la consideración de heredero o legatario con facultad dispositiva para efectuar actos inter vivos con las limitaciones que se le hubieren impuesto en el testa-

mento y a poder resarcirse de los gastos y desembolsos a que de lugar el cumplimiento de su cometido, así como a percibir, en su momento, la pertinente remuneración. De este carácter derivan las consecuencias, tanto de orden civil, como tributario que tal condición comporta.

NOVENO. Partiendo de las referidas premisas, se ha de decidir si las rentas, en este caso rendimientos de capital mobiliario obtenidos por la herencia de confianza instituida por D. Alfredo, de la que D. Héctor era uno de los tres herederos de confianza, se encuentran sometidos a imposición en nuestro sistema tributario.

A este respecto se ha partir, en línea con lo expuesto por la Inspección, que el conjunto de activos que constituye la herencia de confianza forma una unidad económica o un patrimonio separado que no tiene personalidad jurídica, pero que es susceptible de imposición conforme al artículo 33 de la Ley General Tributaria, a cuyo tenor “Tendrán la consideración de sujetos pasivos, en las Leyes tributarias en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás Entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición”. En efecto, los bienes integrantes de la herencia de confianza conforman un todo aparte de los bienes que componen el patrimonio personal de los herederos de confianza, constituyendo un patrimonio separado susceptible de imposición conforme al art. 33 de la Ley ya referido, dado que, de un lado, no tiene personalidad jurídica; de otro, aún tratándose de un patrimonio hereditario no se halla en situación de yacencia pues el cargo fue aceptado por el heredero de confianza que, como se ha expuesto, es el heredero formal hasta que se conozca la persona del verdadero sucesor; y, por último, no es estrictamente una comunidad de bienes y, sin embargo, obtiene rentas que, como se expone en la resolución del TEAR de Cataluña, no pueden quedar al margen del sistema impositivo.

Partiendo, pues, de la referida premisa, consistente en que el conjunto de activos que forman la herencia de confianza constituyen una unidad económica o patrimonio separado, procede acudir al artículo 12 de la Ley 44/1978, en la redacción dada por la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que señala que “las rentas correspondientes a las Sociedades civiles, herencias yacentes, comunidades de bienes, sean públicos o no sus pactos, y demás entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria, se atribuirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes, respectivamente según las normas o pactos aplicable sen cada caso y si éstos no constaran a la Administración de forma fehaciente, se atribuirán por partes iguales”. Este

precepto, junto con el artículo 27 del Reglamento del Impuesto, regulaba el llamado régimen de atribución de rentas, que se caracterizaba porque las rentas netas de estas entidades se sometían a tributación mediante imputación a los miembros que forman parte de ellas y las rentas así obtenidas integraban la base imponible de éstos, teniendo estas rentas la misma naturaleza que la fuente de la que proceden (profesionales en el caso de sociedades profesionales).

Es, pues, uno de los supuestos de atribución de rentas previstos en la referida Ley 44/1978, lo que comporta en el supuesto examinado que, siendo tres los herederos de confianza que aceptaron en su momento el cargo, y disponiendo la Compilación de Derecho Civil de Cataluña que desde ese momento, aceptación del cargo, hasta que se revele o cumpla tendrán la consideración de heredero, resulta patente que deberá imputarse a cada uno de los herederos de confianza en su renta personal la tercera parte de las rentas obtenidas en el periodo por los bienes que conforman la herencia, en este caso, dada su procedencia, como rendimientos del capital mobiliario.

Es cierto, tal y como expuso la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña, que la tributación de la herencia de confianza no se aborda por la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, si bien ello no nos puede conducir a que tales rentas puedan quedar al margen del sistema impositivo sin menoscabo del artículo 31 de la Constitución; siendo un dato revelador de la pertinencia de la conclusión alcanzada -imputación al heredero de confianza en su renta personal de la parte de las rentas obtenidas en el periodo por los bienes que conforman la herencia de confianza- el hecho de que en el Impuesto sobre Sucesiones sí se señala al heredero de confianza como sujeto pasivo del tributo.

Conforme a cuanto antecede procede declarar la conformidad a Derecho de la resolución recurrida, ratificando las consideraciones expuestas, atinentes a que la solución que deriva de las anteriores consideraciones -además de hacer tributar unas rentas que no pueden quedar al margen del sistema impositivo sin menoscabar los principios establecidos en el artículo 33 de la Constitución- es la que se estima más acertada a la vista de la normativa vigente, pues, de un lado, determinadas rentas realmente obtenidas quedan sometidas a tributación y, por otro, los herederos de confianza aún cuando deben integrar aquéllas en su base imponible, pueden resarcirse del coste que supone dicha carga "pues el aumento en su tributación personal respecto a la situación que tendrían de no haber aceptado el cargo no puede sino calificarse de un gasto o desembolso realizado en el cumplimiento de su cometido, estando por

tanto facultado para resarcirse del mismo con cargo al patrimonio hereditario, según autoriza el artículo 119 de la Compilación".

DÉCIMO. En virtud de lo expuesto, procede la desestimación del recurso y consiguiente confirmación de la resolución combatida.

De conformidad con el art. 139.1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998 no se aprecian circunstancias de mala fe o temeridad que determinen expresa imposición de las costas causadas en este proceso.

FALLO

En atención a lo expuesto y en nombre de Su Majestad El Rey, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D^{ña}. Bárbara y D^{ña}. Lucía, en su condición de hijas y herederas de D. Héctor, y D^{ña}. María Rosario contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 19 de julio de 2002, a que las presentes actuaciones se contraen, y CONFIRMAR la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Spagna – Tribunal Superior de Justicia

Fiducia successoria aragonesa e ruolo del fiduciario

Aragona - fiducia successoria - fiduciario - funzione - diritti patrimoniali - delazione successoria - vocazione ereditaria - assenza - esercizio della fiducia in favore dei possibili beneficiari

Nella fiducia successoria aragonesa, istituto tutt'ora molto diffuso nella prassi in quanto trattasi di strumento idoneo a rispondere a particolari esigenze socio-economiche, fino a quando il fiduciario - che non acquisisce in quanto tale nessun diritto di contenuto patrimoniale sull'eredità, avendo solamente la funzione di soddisfare l'ultima volontà del *de cuius* - non sceglie l'erede o non compie la specifica assegnazione di beni della massa ereditaria, non si può affermare che esista una delazione successoria, così come non si è nemmeno in presenza di una vocazione ereditaria. Conseguentemente, nessuno dei possibili beneficiari della fiducia può dirsi vantare un diritto effettivo sull'eredità fino al momento in cui il fiduciario stesso non faccia uso delle sue facoltà.

■ **Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, 21 aprile 2003, n. 411**

TESTO DELLA SENTENZA

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (Sección 2ª), el recurso contencioso-administrativo número 808 de 1999, seguido entre partes; como demandantes DON Sergio, DOÑA María Antonieta Y DOÑA Alejandra, representados por el Procurador de los Tribunales D. Isaac Giménez Navarro y asistidos por el letrado D. José Mario Ferreira Iberní; y como Administración demandada la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado y la DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN, representada y asistida por el letrado de la Comunidad Autónoma. Son objeto de impugnación las resoluciones (tres) de la Sala Primera del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Aragón de 22 de septiembre de 1999, por las que se desestiman las reclamaciones números 550/291/99, 50/292/99 y 50/293/99 contra liquidaciones del Impuesto sobre sucesiones y donaciones.

(omissis)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

La parte actora en el presente recurso, por escrito que

tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en fecha 16 de diciembre de 1999, interpuso recurso contencioso administrativo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento de esta resolución.

SEGUNDO

Prevía la admisión a trámite del recurso, publicación de su interposición y recepción del expediente administrativo, se dedujo la correspondiente demanda, en la que tras relacionar el recurrente los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables concluía con el suplico de que se dictara sentencia por la que, con estimación del recurso se revoquen las resoluciones recurridas declarando no haber lugar a las liquidaciones practicadas a cargo de los actores, como consecuencia del fallecimiento de su padre D. Sergio por no haberse producido el hecho imponible descrito por la norma ni ser, en consecuencia, sujetos pasivos del tributo, ordenando la devolución de las cantidades ingresadas como consecuencia de dichas liquidacio-

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza da Westlaw.es.

Manca il Sommario perché della sentenza ha trattato S. Martín Santisteban, La giurisprudenza spagnola ed i trust, in questa Rivista, 2008, 488.

nes, más los intereses legales regulados en el artículo 58.2.c) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre (RCL 1963, 2490), con costas.

TERCERO

Las Administraciones demandada y codemandada, en sus respectivos escritos de contestación a la demanda, solicitaron, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que, por su parte, estimaron aplicables, que se dictara sentencia por la que se desestimase el recurso interpuesto.

CUARTO

Sin haber lugar al recibimiento del juicio a prueba, y tras evacuarse por las partes el trámite de conclusiones, se celebró la votación y fallo el día señalado, 9 de abril de 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se impugnan en el presente proceso por la parte actora las resoluciones (tres) de la Sala Primera del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Aragón de 22 de septiembre de 1999, por las que se desestiman las reclamaciones números 550/291/99, 50/292/99 y 50/293/99 contra liquidaciones del Impuesto sobre sucesiones y donaciones.

SEGUNDO

Son antecedentes cuya reseña se estima oportuna para la resolución de la litis los siguientes: a) en fecha 22 de abril de 1992 falleció D. Mauricio, que otorgó, junto con su cónyuge, testamento mancomunado el día 28 de diciembre de 1987, en el que ambos testadores se concedieron mutuamente fiducia sucesoria aragonesa con pacto al más viviente; b) la cónyuge sobreviviente otorgó escritura de manifestación de herencia e inventario el 19 de octubre de 1992, aceptando el usufructo de viudedad universal y su condición de fiduciaria, reservándose las facultades de ejercitar dicho encargo, sin efectuar en dicho momento atribución alguna; c) el 11 de noviembre de 1998 la cónyuge supérstite y madre de los actores haciendo uso parcial de su facultad fiduciaria asignó la nuda propiedad de la finca 1 de las inventariadas a favor de sus nietos que se relacionan y en las proporciones que se indican en la citada es-

critura, practicando la oficina gestora las correspondientes liquidaciones; y d) asimismo la Oficina Gestora el 14 de enero de 1999 practicó liquidaciones provisionales números 123, 124 y 125 por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones a cargo de los actores.

TERCERO

Los recurrentes en apoyo de su pretensión señalan: a) que en los supuestos de fiducia sucesoria aragonesa con pacto al más viviente no se produce la delación hereditaria hasta tanto el cónyuge supérstite haga uso de su facultad fiduciaria o fallezca sin hacerlo, resultando aplicable el artículo 24 de la Ley 29/1987 (RCL 1987, 2636) que dispone que toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan; b) que el precepto contenido en el artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (RCL 1991, 2734) no sólo no dispone de respaldo legal legitimatorio, sino que contraviene lo dispuesto por el citado artículo 24 de la Ley por lo que resulta ilegal de pleno derecho y, en consecuencia inaplicable; c) que los actores no ostentan la condición de herederos hasta tanto la madre como fiduciaria, ejerce la fiducia adjudicándoles todo o parte de los bienes de la herencia, por lo que aun obviando la ilegalidad del precepto reglamentario, tampoco sería factible liquidación alguna a su cargo por no ostentar dicha condición de herederos; d) que no se ha producido el hecho imponible descrito por el artículo 3 de la Ley del Tributo al no haber adquirido ningún bien o derecho de la herencia de su difunto padre, ni tampoco recae sobre ellos el objeto del tributo al no haber obtenido incremento de patrimonio a título lucrativo como consecuencia del expresado fallecimiento y herencia.

Frente a ello, la Administración del Estado se remite a lo razonado en las resoluciones administrativas recurridas –que afirman que la resolución es conforme a lo dispuesto en el artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones de 8 de noviembre de 1991–, señalando por su parte la Administración de la Comunidad Autónoma que la supresión del artículo citado no supondría mayor benevolencia fiscal, sino mayor carga impositiva –que se girase liquidación por la totalidad de los bienes que se adquiere en fiducia y que, cuando la ejercitase, se practicara liquidación a cargo del fiduciario o fiduciarios–, suponiendo una fórmula intermedia que quiere conseguir un equilibrio entre las razones recaudatorias y la equidad en la imposición. Añadiendo que la fiducia sucesoria esta-

ba regulada en el artículo 33.9 de Reglamento del Impuesto de Derechos Reales vigente hasta el de 1991; que la Ley del Impuesto General sobre Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados de 6 de abril de 1967 (RCL 1967, 933, 1400) establecía en su artículo 35.9 que «en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se practique a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girará con carácter provisional por igual a todos los herederos, cuando no hubiera disposición en contrario. Al formalizarse la institución, se girarán las liquidaciones complementarias si hubiera lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueran de menos cuantía que las satisfechas provisionalmente, no habrá derecho a devolución alguna»; y que en la actualidad la ley vigente no ha incorporado dicho precepto, regulando el tema en el reglamento, de forma que desde un punto de vista formal puede colisionar con el principio de reserva de ley pero responde a razones de política fiscal.

CUARTO

En primer lugar y como antecedente de cuanto más adelante se dirá, resulta preciso llevar a cabo unas breves consideraciones sobre la fiducia sucesoria en Aragón, y, concretamente, sobre la regulación de dicha institución contenida en la Compilación de Derecho Civil de Aragón, al no ser de aplicación por razones puramente temporales la regulación contenida en la Ley 1/1999, de 24 de febrero (RCL 1999, 792 y LARG 1999, 52), de Sucesiones por causa de muerte, que no modifica en lo esencial los razonamientos que se llevarán a cabo a continuación.

Así, la fiducia sucesoria, como otras instituciones propias del derecho aragonés, responde a exigencias socioeconómicas peculiares del territorio histórico de Aragón, que hoy se integra en nuestra Comunidad Autónoma y lejos de ser una institución vetusta y en desuso, ha venido constituyendo y constituye hoy en día una institución querida y utilizada frecuentemente por los aragoneses en sus disposiciones testamentarias.

Dejando a un lado sus antecedentes –pues su relación no es propio de esta resolución– debe destacarse que, al tiempo que interesa a la presente litis, la misma se regulaba en la Compilación antes referida, cuyo artículo 100.1 disponía que «cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado», precepto con el que, como tuvo ocasión de señalar la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 6 de abril de 1954, se dispone y produce una subrogación del fidu-

ciario en la posición del causante, para ordenar la sucesión –instituir heredero o herederos, distribución de la herencia, etc.– como si de dicho causante se tratara.

En todo caso, y en cuanto aquí importa, lo cierto es que mientras que el fiduciario –que no adquiere en cuanto tal derecho alguno de contenido patrimonial sobre la herencia, sino tan sólo la función de integrar la última voluntad del causante– no efectúe nombramiento hereditario o asignación concreta de bienes, no puede decirse que exista delación sucesoria, en la medida que tampoco existe vocación hereditaria, de forma que ninguno de los posibles beneficiarios de la fiducia tiene un efectivo derecho sobre la herencia hasta tanto el fiduciario no haga uso de sus facultades –en la situación de pendencia del ejercicio por el fiduciario de sus funciones, los descendientes y parientes, eventuales beneficiarios, en todo o en parte, no son llamados a la herencia, ni pueden en consecuencia aceptarla, adquiriendo sólo una expectativa de que se le asignen todos o parte de los elementos patrimoniales que componen la herencia del causante, pero no adquieren ningún derecho actual sobre ellos, ni en forma individual ni conjunta–. En dicho sentido se pronuncia expresamente, aunque no resulte aplicable, el artículo 133.1 de la Ley 1/199, de 4 de marzo (RCL 1999, 792) y (LARG 1999, 52), de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, en el que se señala que «a todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción», disponiendo el apartado siguiente que «mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente (...)».

QUINTO

Visto el aspecto sustantivo, si quiera sea someramente, de la regulación de la fiducia sucesoria, procede entrar en el fiscal, esto es, al tratamiento que las leyes fiscales han dado a la referida institución.

Los antecedentes son citados por la Administración autonómica en su escrito de contestación a la demanda en cuanto se remite al Reglamento para la aplicación de la Ley de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes de 21 de marzo de 1958, aprobado por Decreto 176/1959, de 15 de enero (RCL 1959, 273, 484, 616), que disponía en su artículo 33,9 que «en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se practique a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girará con carácter provisional por igual a todos los herederos, cuando no hubiese disposición en contrario. Al formalizarse la institución por el comisario, se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si

por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fuesen de cuantía menor que las satisfechas provisionalmente, no habrá derecho a devolución alguna», precepto que con idéntica redacción se incorpora al artículo 35.9 del Texto refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos generales sobre las Sucesiones y sobre las Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Decreto 1018/1967, de 6 de abril (RCL 1967, 933, 1400).

Dicha norma, cuya falta de vigencia al tiempo de los actos impugnados, excusa a este Tribunal de plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuya fundamentación requeriría un escaso esfuerzo dialéctico, se mantuvo con la aprobación de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre (RCL 1987, 2636), en cuanto su disposición final segunda dispuso que «hasta la aprobación del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones seguirá en vigor el de 15 de enero de 1959 (RCL 1959, 273, 484, 616), en cuanto no se oponga a los preceptos de esta Ley».

La aprobación del reglamento del Impuesto tiene lugar con el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre (RCL 1991, 2734) que en su artículo 54.8 dispone, al regular los fideicomisos, que «en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras con carácter provisional, a cargo de todos los herederos con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente».

Pues bien, dicho precepto, con independencia de otras imperfecciones o puntos discutibles que no determinarían un juicio desfavorable a su conformidad a derecho —referencia exclusiva al cónyuge viudo, mención a un comisario que no existe, encuadramiento dentro de los fideicomisos cuando nada tiene que ver con las sustituciones fideicomisarias—, incurre en defectos de diversa índole que determinan su inaplicación por su disconformidad a derecho.

En primer lugar, dicho precepto yerra cuando hace referencia a «todos los herederos» cuando, como se ha expuesto en el fundamento de derecho precedente, en la institución de la fiducia sucesoria no existen propiamente herederos hasta el momento en el que ésta se ejercita, y a pesar de ello se gira una liquidación a cargo de los mismos,

haciéndose a continuación referencia a liquidaciones complementarias, obviando toda la problemática a que las mismas dan lugar.

Aparte de lo anterior, la ilegalidad del precepto deriva, con carácter fundamental, de la constatación de que el mismo contraviene los preceptos legales que le sirven de cobertura, introduciendo por vía reglamentaria normas sin la debida cobertura legal. Así, la contravención de preceptos legales, tal y como pone de manifiesto la parte recurrente, resulta evidente si tenemos en cuenta que el artículo 1 de la Ley 28/1987, de 18 de diciembre, dispone que «el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de naturaleza directa y subjetiva, grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas, en los términos previstos en la presente Ley», y resulta evidente que en la fiducia sucesoria con el fallecimiento del que la instituye nada adquieren —y puede que nada lleguen a adquirir— los destinatarios de las liquidaciones tributarias llevadas a cabo con arreglo al artículo 54.8. Asimismo, el artículo 3 señala que «constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio», y lo cierto es que en la fiducia sucesoria, hasta que el fiduciario no haga uso de sus facultades, no se produce adquisición de bienes. En último término, el precepto reglamentario referido vulnera el artículo 5, que al regular a los sujetos pasivos, dispone que «estarán obligados al pago del Impuesto a título de contribuyentes, cuando sean personas físicas: a) En las adquisiciones de “mortis causa”, los causahabientes», cuando en la fiducia no ejercitada no existen causahabientes.

Asimismo, afirman los recurrentes que el precepto vulnera igualmente el artículo 24 de la Ley 29/1987, que dispone que toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan, precepto cuya aplicabilidad plantea el problema de que la situación de pendencia que existe hasta la consumación o caducidad de la fiducia sucesoria no puede configurarse como un supuesto de institución hereditaria, sujeta a condición suspensiva, consistente en la decisión del fiduciario; puesto que el encargo sometido a éste no tiene la naturaleza de determinación accesoria, agregada a un negocio jurídico, mediante la que se hace depender, de un hecho futuro e incierto, la producción de efectos de aquél —característica esencial de toda condición suspensiva—, sino que el encargo tiene por finalidad propia, y ésta es la verdadera naturaleza de la fiducia, la de integrar la voluntad del causante en el supuesto de la institución de

heredero, no obstante lo cual puede afirmarse que si lo que está pendiente es la existencia o no del título sucesorio y la naturaleza de éste, parece poco discutible que deba aplicarse en este caso igualmente el aplazamiento de las liquidaciones.

A lo anterior debe añadirse que dicho precepto reglamentario introduce una regulación de la fiscalidad de la fiducia sucesoria, con desconocimiento de su verdadera naturaleza, contenido y efectos, al margen de precepto legal alguno que le sirva de cobertura y sin que razones de seguridad jurídica o prevención del fraude fiscal lo amparen, pues, por ejemplo, bastaría con que producido el devengo del tributo por fallecimiento del causante, el fiduciario formule ante la Hacienda Pública competente la correspondiente declaración acompañando los documentos que justifiquen la situación de pendencia y, al propio tiempo, permitan a la Administración tributaria la ejecución de sus potestades de seguimiento del proceso sucesorio hasta su culminación.

En último término cabe señalar que ni la Ley ni el reglamento contienen previsiones similares sobre figuras forales análogas produciendo una discriminación en el tratamiento jurídico tributario de las instituciones forales que es de difícil justificación.

Por lo expuesto, resulta procedente estimar el recurso interpuesto, declarando no conformes a derecho las liquidaciones impugnadas, al no ser el artículo Reglamentario en que se fundan conforme a derecho, tal y como viene sosteniendo reiteradamente en el ámbito de la presente Comunidad Autónoma la doctrina más autorizada, ordenándose la devolución de las cantidades ingresadas con sus intereses legales.

SEXTO

Formulándose la impugnación indirecta de un precepto reglamentario cuyo enjuiciamiento corresponde al Tribunal Supremo, y estimándose en la presente sentencia, a los efectos aquí procedentes, el mismo disconforme a derecho, resulta procedente acordar, una vez firme esta resolución, el planteamiento de la correspondiente cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo, al ser dicho Tribunal el competente para conocer de la conformidad a derecho del precepto referido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.1 LJCA (RCL 1998, 1741) .

SEPTIMO

No hay motivos que determinen un especial pronunciamiento en cuanto a Costas.

FALLAMOS

1º

Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 808 del año 1.999, interpuesto por DON Sergio, DOÑA María Antonieta Y DOÑA Alejandra, contra las resoluciones citadas en el encabezamiento de la presente resolución, las cuales anulamos así como las liquidaciones que en la misma se confirman, acordando la devolución de las cantidades ingresadas con sus intereses legales.

2º

No hacemos especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Una vez firme dese cuenta a los efectos del planteamiento de la cuestión de ilegalidad anunciada.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Francia

Modifica della legge francese sulla *fiducie*

■ Codice Civile francese, versione consolidata a seguito della legge del 4 agosto 2008, n° 2007-776

TITRE XIV: DE LA FIDUCIE.

Article 2011

Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

NOTA:

Loi 2007-211 du 19 février 2007 art. 12: les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 forment un patrimoine d'affectation. Les opérations affectant ce dernier font l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire.

Article 2012

Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007

La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse.

Article 2013

Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007

Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.

Article 2014

Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007

Abrogé par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)

Seules peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. Les droits du constituant au titre de la fiducie ne sont ni transmissibles à titre gratuit, ni cessibles à titre onéreux à des personnes autres que des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés.

Article 2015

Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007

Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances.

NOTA:

Loi 2007-211 du 19 février 2007 art. 12: les personnes morales mentionnées à l'article 2015 établissent des comptes annuels conformément aux dispositions des articles L123-12 à L123-15 du code de commerce.

Article 2016

Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007

Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie.

Il testo della legge 9 febbraio 2007, n. 2007-211 che ha introdotto la *fiducie* nel codice civile francese, e la traduzione in italiano, possono leggersi in questa Rivista, 2007, 469.
La legge di riforma è commentata da Arianna Neri, *supra*, 595.

Article 2017

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007*

Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant.

Article 2018

Modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)

Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité:

- 1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables;
- 2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat;
- 3° L'identité du ou des constituants;
- 4° L'identité du ou des fiduciaires;
- 5° L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation;
- 6° La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.

Article 2018-1

Créé par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)

Lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du code de commerce, sauf stipulation contraire.

Article 2018-2

Créé par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)

La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire.

Article 2019

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007*

À peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au ser-

vice des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France.

Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts.

La transmission des droits résultant du contrat de fiducie et, si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure doivent, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions.

Article 2020

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007*

Un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'Etat.

Article 2021

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007*

Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention.

De même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités.

Article 2022

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007*

Le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant. Le fiduciaire rend compte de sa mission au bénéficiaire et au tiers désigné en application de l'article 2017, à leur demande, selon une périodicité fixée par le contrat.

Article 2023

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1 JORF
21 février 2007*

Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.

Article 2024

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007*

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redres-

sement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire.

Article 2025

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007*

Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.

En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire.

Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée.

Article 2026

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007*

Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.

Article 2027

Modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)

En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant.

Article 2028

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007*

Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire.

Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice.

Article 2029

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007*

Le contrat de fiducie prend fin par la survenance du terme, par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme ou en cas de révocation par le constituant de l'option pour l'impôt sur les sociétés.

Il prend également fin de plein droit si le contrat le prévoit ou, à défaut, par une décision de justice, si, en l'absence de stipulations prévoyant les conditions dans lesquelles le contrat se poursuit, la totalité des bénéficiaires renonce à la fiducie. Il en va de même si le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution, ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption.

Article 2030

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007*

Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant.

Article 2031

*Créé par Loi n°2007-211 du 19 février 2007 - art. 1
JORF 21 février 2007*

Abrogé par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)

En cas de dissolution du constituant, lorsque les ayants droit ne sont pas des personnes

Italia

Imposta sulle successioni: determinazione dell'aliquota, limiti all'applicabilità delle franchigie

■ Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale della Liguria, Ufficio Fiscalità, Interpello 903-55/2008 del 12 marzo 2008

Oggetto: Interpello 903-55/2008 - Art. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212.

Con l'interpello specificato in oggetto, concernente l'interpretazione comma 47 della L. n. 286 del 2006, è stato esposto il seguente

QUESITO

Il Notaio ..., con sede in Albenga, propone interpello relativo alla tassazione del trust con riferimento alla recente circolare dell'Agenzia delle Entrate del 22 gennaio 2008 n. 3(1). Espone che una madre divorziata, con figlia minore d'età, intende istituire un trust il cui termine finale sarà la morte della disponente e comunque un termine di almeno 15 anni dall'istituzione del trust.

Beneficiari finali saranno "i miei discendenti viventi al termine del trust". (Con facoltà discrezionale per il trustee di corrispondere via via nel tempo parte o tutto il reddito del fondo in trust, per fini di mantenimento ed istruzione ed altresì di effettuare anticipazioni di capitale in caso di necessità).

Con tale impostazione la madre, tra l'altro, ha in animo:

1) che la liberalità finale pervenga alla figlia non prima che la stessa abbia un'età presumibilmente "matura" (almeno 25 anni);

2) che la stessa liberalità non possa essere pretesa quale diritto dalla figlia (o dai suoi creditori) prima del termine di scadenza del trust (da qui la formula "contingent" de "i miei discendenti viventi al termine del trust").

QUESITO

Poiché ai fini fiscali dell'applicazione delle aliquote e delle franchigie, la circolare in oggetto richiede la individuazione dei singoli beneficiari, si domanda se, nella fattispecie sopra enunciata, sia ritenuto sufficiente per l'applicazione della franchigia (in presenza della clausola avente

valenza civilistica sopra riportata del tenore letterale "ai miei discendenti al momento della mia morte ...") una clausola ai soli fini fiscali del seguente tenore: "Ai fini fiscali la Disponente dichiara che, allo stato attuale (momento impositivo fiscale) esiste un solo suo discendente, la figlia Cognome e Nome, nata a ... il ... codice fiscale ...". Dichiara che prima del presente atto la Disponente non ha effettuato alcuna donazione né diretta né indiretta a favore della stessa unica figlia, attualmente unica beneficiaria finale del trust. Per cui domanda che sia applicato nei suoi confronti il beneficio fiscale della franchigia.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

Premesso che la circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008 enuncia i principii in virtù dei quali l'Amministrazione tratta l'imposizione sul trust: 1) il momento impositivo fiscale è il momento iniziale segregativo dei beni intestati al trustee (e non quello finale del trasferimento ai beneficiari); 2) l'imposta sulle donazioni deve avere a riguardo il rapporto tra disponente e beneficiari finali, sia per quanto riguarda: 2.1.) le aliquote applicabili ("Nell'ipotesi di trust costituito nell'interesse di uno o più beneficiari finali, anche se non individuati, il cui rapporto di parentela con il disponente sia determinato, l'aliquota d'imposta si applica con riferimento al rapporto di parentela intercorrente tra il disponente e il beneficiario e non a quello intercorrente tra il disponente ed il trustee"); 2.2.) le franchigie applicabili ("Qualora la disposizione segregativa sia generica, tale da non consentire l'individuazione del soggetto beneficiario, non è consentito usufruire delle franchi-

Note:

L'interpello sarà commentato da M. Montefameglio sul prossimo numero della Rivista.

(1) Il testo della circolare può leggersi in questa Rivista, 2008, 211.

gie, posto che queste rilevano con riferimento a ciascun beneficiario tenendo conto delle disposizioni precedentemente poste in essere in suo favore dallo stesso disponente.”). Considerato che: - per quanto riguarda l’aliquota, l’Agenzia ragiona correttamente per categoria, poiché anche se i beneficiari “non sono individuati” è già sicuro (in base ai presupposti esistenti al momento impositivo dell’imposta) il grado di parentela tra disponente e categoria dei beneficiari finali, per cui è possibile applicare la corrispondente aliquota; - per quanto riguarda l’applicazione delle franchigie, l’Agenzia non può che ragionare sui presupposti dell’imposta esistenti nel momento impositivo, per cui: se i beneficiari non sono in quel momento individuati, non è ovviamente possibile per ciascuno di essi sapere se costui abbia già usufruito, ed in caso positivo in quale misura, della franchigia a lui spettante. Per cui l’Agenzia non può conseguentemente che disporre che non sia in tal caso applicabile alcuna franchigia. Se però i beneficiari sono individuati, si deve eventualmente applicare anche la franchigia.

Ciò premesso e considerato, ritiene l’esponente che corrisponda ad una equa tassazione rispettosa della effettiva capacità contributiva dei soggetti in campo che, così come il momento della tassazione fiscale è il momento segregativo (diverso ed anticipato rispetto al futuro momento civilistico effettivamente traslativo dei beni a favore dei beneficiari finali) così anche sia consentito in questo momento, agli specifici fini fiscali, riferirsi ai presupposti dell’imposta effettivamente esistenti in quello stesso momento.

E quindi dovrebbe essere sufficiente fare risultare in atto:

A) in quello stesso momento: il grado di parentela dichiarato ai fini delle aliquote;

B) in quello stesso momento, ai fini fiscali l’individuazione allo stato attuale dei beneficiari ai fini della franchigia (secondo la clausola fiscale formulata nel superiore paragrafo denominato “Quesito”).

Tale interpretazione consentirebbe che:

1) la tassazione avvenga subito nel momento segregativo;

2) avvenga sulla base della effettiva capacità contributiva, per aliquota e franchigia;

3) nel caso in cui lo stesso beneficiario attuale successivamente riceva altra liberalità dal disponente, scatterebbe l’obbligo in tale successivo atto di menzionare la liberalità fiscalmente già tassata in occasione del trust (anche se addirittura non civilisticamente ricevuta), al fine di conteggiare quanta franchigia sia stata “consumata”.

Una diversa ed opposta interpretazione (ossia di non consentire la franchigia anche in presenza di una clausola di valenza fiscale del tenore sopra espresso), ad avviso dell’interpellante contrasterebbe col principio costituzionale della commisurazione dell’imposta alla effettiva capacità contributiva.

PARERE DELL’AGENZIA DELLE ENTRATE

Il trust, istituto tipico della civiltà anglosassone, ha trovato una legittimazione nel nostro ordinamento a seguito dell’adesione alla Convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985, in vigore dal 1° gennaio 1992, con cui l’Italia si è impegnata a riconoscere gli effetti del trust che posseggono le caratteristiche previste dalla Convenzione stessa. Disposizioni in materia di trust sono state introdotte per la prima volta nell’ordinamento tributario nazionale dall’art. 1, commi dal 74 al 76, della legge Finanziaria 2007 (L. 296/2006) che ha sancito l’appartenenza del trust ai soggetti passivi dell’imposta sul reddito delle società (art. 73 del TUIR).

Ai fini delle imposte indirette la legge 286/2006 ha assoggettato la costituzione dei vincoli di destinazione sui beni e diritti all’imposta sulle successioni e donazioni. Alla costituzione del trust i beni confluiscono in un patrimonio separato rispetto sia al patrimonio del disponente sia a quello dell’intestatario (trustee) e costituiscono un patrimonio con una specifica autonomia giuridica e, pertanto, si realizza l’effetto segregativo tipico della costituzione del vincolo di destinazione.

L’atto dispositivo col quale il disponente vincola i beni in trust è un negozio a titolo gratuito e, di conseguenza, va assoggettato all’imposta sulle successioni e donazioni in misura proporzionale.

Ai fini della determinazione delle aliquote, che si differenziano in dipendenza del rapporto di parentela e affinità, occorre guardare al rapporto intercorrente tra il disponente ed il beneficiario. La circolare n. 48/E del 6 agosto 2007(2) ha precisato che “ai fini dell’applicazione sia delle aliquote ridotte sia delle franchigie, il beneficiario deve poter essere identificato, in relazione al grado di parentela con il disponente, al momento della costituzione del vincolo”.

Nell’ipotesi di trust costituito nell’interesse di soggetti genericamente indicati e non identificabili in relazione al grado di parentela si applica l’aliquota dell’8%. La circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008 ha precisato che nell’ipotesi di trust costituito nell’interesse di uno o più beneficiari finali “anche se non individuati”, il cui rapporto di parentela con il disponente sia determinato” l’aliquota si applica con riferimento al rapporto di parentela intercorrente tra il disponente e il beneficiario.

Nel caso specifico l’atto costitutivo di beni in trust pur non individuando i soggetti beneficiari ne precisa il rapporto di parentela con il disponente (“i miei discendenti”) per cui si applicherà la relativa aliquota del 4% prevista per le devoluzioni a favore dei parenti in linea retta.

Nota:

(2) Il testo della circolare può leggersi in questa Rivista, 2007, 630.

In relazione invece alla franchigia prevista in 1.000.000,00 di euro per le devoluzioni a favore dei parenti in linea retta, la stessa circolare precisa che “qualora la disposizione segregativa sia generica, tale da non consentire l'individuazione del soggetto beneficiario, non è consentito usufruire delle franchigie”.

La mancata individuazione del beneficiario impedisce infatti di conoscere se abbia già usufruito e in quale misura della franchigia e, inoltre, qualora si applicasse la franchigia al momento della costituzione del vincolo a favore di beneficiari non individuati, non si potrebbe impedire che tali soggetti ne usufruissero nuovamente in occasione di eventuali atti successivi.

Per tale motivo non si ritiene possibile superare la disposizione che vuole impedire un possibile abuso nell'u-

tilizzo della franchigia con l'inserimento di una clausola “da valere ai soli fini fiscali”, con la quale si indicherebbe che allo stato attuale esiste un solo discendente, nei confronti del quale il disponente non ha effettuato in precedenza alcuna donazione diretta o indiretta. Infatti la liquidazione delle imposte dovute deve avvenire in base alle disposizioni contenute nell'atto costitutivo di beni nel trust, non esistendo alcuna previsione di un doppio binario. Si tenga inoltre conto del fatto che anche in presenza di tale clausola resterebbe possibile usufruire nuovamente della franchigia da parte dei soggetti non individuati.

Il Direttore Regionale
Enrico Pardi

La collana “Quaderni” di Trusts

- **1 - Leggi tradotte**
traduzioni di R. Dabormida, P. Dibari, A. Fusi, E. Incisa di Camerana, G. La Torre, D. Mazzone, F. Steidl
- **2 - Introduzione ai trust e profili applicativi**
tra dottrina, prassi e giurisprudenza
a cura di Stefano Buttà
- **3 - Il trust di protezione patrimoniale**
di Andrea Vicari
- **4 - La giurisprudenza italiana sui trust - II Edizione**
Dal 1899 al 2006
- **5 - Leggi tradotte - II**
traduzioni di E. Berti-Riboli, G. Lepore, G. La Torre, G. Miccichè, L. Minicucci, M. Molinari, M. Monegat, M. Montefameglio, M. Moscardi, A. Pietromarchi, L.F. Rizzo, R. Sarro, M. Scaffa, M. Tita, I. Valas
- **6 - Trust: opinioni a confronto**
Atti dei Congressi dell'Associazione “Il Trust in Italia”
 - Terzo Congresso Nazionale – Roma 2005
 - I trust per la famiglia – Firenze 2005*a cura di E. Barla De Guglielmi*
- **7 - La Legge di Malta sui trust**
L'introduzione del trust nel diritto civile maltese
di E. Berti-Riboli e M. Ganado
- **8 - La legge di Jersey sul trust**
di E. Barla De Guglielmi, P. Panico, F. Pighi
- **9 - Teoria e pratica della fiscalità dei Trust**
 - Relazioni del Convegno dell'Associazione “Il Trust in Italia” - Milano 16 gennaio 2008
 - Contributi professionali sulla fiscalità dei trust*a cura di G. Frasoni e N. de Renzis Sonnino*