

L'AVVOCATO PER CONTO DI UN TRUSTEE È DEBITORE DEL DOVERE FIDUCIARIO (FIDUCIARY DUTY) NEI CONFRONTI DEL TRUST?

La questione è se un avvocato per conto di un trustee sia debitore del dovere fiduciario nei confronti del trust e lo scopo di tale obbligo sia stato considerato di recente dall'Alta Corte della Nuova Zelanda nella sentenza *Eden Refuge Trust v Hohepa* (1). Oltre a stabilire lo scopo del dovere fiduciario, il caso contiene anche un avvertimento per gli avvocati che agiscono per trustees sconosciuti, adottando un atteggiamento contraddittorio e inadeguato ed entrando così in un conflitto di interessi a scapito dei loro obblighi fiduciari.

Mentre il caso ha una miriade di problemi e la sentenza consta di 230 paragrafi, in sostanza si trattava principalmente di un trust caritatevole, il cui patrimonio principale è stato usato erroneamente dal trustee. Questo cattivo uso è stato reso possibile dalle azioni dell'avvocato del trustee, che è stato lui stesso ritenuto responsabile per la violazione dei doveri fiduciari, riconoscendo la consulenza scorretta e l'avvenuto pagamento della stessa.

Background

Il Trust fu istituito nel 1962 per mantenere un palazzo (la proprietà) per una congregazione religiosa, acquistato con fondi messi a disposizione dalla congregazione, che aveva legami con l'attuale congregazione. Si incontrò una difficoltà con l'atto istitutivo del trust, dato che questo non rispondeva pienamente ai requisiti giuridici necessari ad un trust caritatevole. Tuttavia, se il trust era caratterizzato come un trust privato, le sue condizioni non soddisfacevano i requisiti giuridici necessari. L'approccio della Corte fu quindi quello di trattare il trust come caritatevole (2).

A novembre 2001 l'unico trustee superstite fu il primo convenuto (che era stato nominato nel 1984) e che dal momento iniziale del procedimento viveva all'estero da 15 anni. Nel 2002, il trustee contattò un avvocato in Nuova Zelanda (il secondo convenuto) e lo incaricò di vendere la proprietà e versare i fondi al trustee, che a quel tempo viveva in Spagna. Le parti non si

incontrarono mai materialmente. Più che creare una memoria di difesa, non vi era comparsa per il trustee. Il trustee fu ritenuto responsabile di violazione del trust, la violazione del dovere fiduciario e la conversione, in un giudizio ad interim è stata rimossa di ufficio dalla Corte. Il soggetto principale di questa sentenza è stato l'avvocato.

Approccio contrario

Quando il trustee contattò l'avvocato nel 2002, questi fornì un parere scritto che conteneva la consulenza in materia di diritti del trustee, doveri e obblighi e, in particolare, informava che, in caso di una controversia sul diritto di proprietà della proprietà del trust, il ricorso all'Alta Corte per avere le indicazioni, era la migliore linea d'azione. Fu data anche la consulenza su come rimuovere le diffide registrate contro il diritto alla proprietà.



L'attuale congregazione religiosa ha occupato la proprietà per i precedenti 15 anni e sosteneva di essere il beneficiario del trust. L'atto istitutivo del trust stabiliva anche un beneficiario di *default*, un'altra organizzazione religiosa in Nuova Zelanda. Entrambe le parti avevano presentato le diffide contro la proprietà (3). L'avvocato, quindi, fece richiesta per presentare un trasferimento

della proprietà a nome dell'unico trustee superstite, che è stato un passo essenziale prima della vendita della proprietà ed è stato progettato anche per innescare un meccanismo legale che conduce alla rimozione della diffida (4). Quando le circostanze del trust e le risorse finanziarie limitate della congregazione, che non era avvezza alle questioni commerciali in essere, furono prese in esame, la Corte considerò che le azioni dell'avvocato erano indirette, subdole e sbagliate. L'avvocato aveva raccomandato un approccio contrario per trovare la forza dell'opposizione alla vendita della proprietà e quindi stare calmi finché la proprietà non fosse stata venduta. La Corte ritenne che l'approccio corretto per il trustee fosse quello di fare tutti gli steps necessari per verificare come la proprietà del trust dovesse essere usata.

Il conflitto di interessi dell'avvocato.

Dopo la rimozione delle diffide la vendita del bene procedette. Il trustee aveva chiesto i soldi per pagare i suoi conti dell'hotel in Spagna. L'avvocato aveva reso disponibile la sua carta American Express, così i fondi potevano essere prelevati per questo scopo e quindi rimborsati dal ricavato della vendita della proprietà a seguito della transazione. L'avvocato preparò un atto di registrazione dei prestiti da parte del trustee verso sé stesso, a titolo personale, in quella che la Corte ha ritenuto essere una violazione da parte del trustee degli obblighi che gli derivano dal trust (*breach of trust*). Ci furono altre *breach of trust* da parte del trustee. L'effetto di tutto questo sul rapporto avvocato/cliente era per l'avvocato di rivisitare la correttezza delle sue azioni e di proteggere il trust, che lo metterebbe in conflitto con l'agire per proteggere gli interessi personali. L'avvocato ha scelto la seconda.

C'erano le opportunità per la proprietà di non procedere con la vendita della stessa e per l'avvocato di recedere dal rapporto, ma queste possibilità non sono state prese in considerazione. Un aspetto preoccupante del caso è stato il contenuto della mail del trustee per l'avvocato, che avrebbe sollevato serie preoccupazioni circa le intenzioni e l'integrità del trustee.

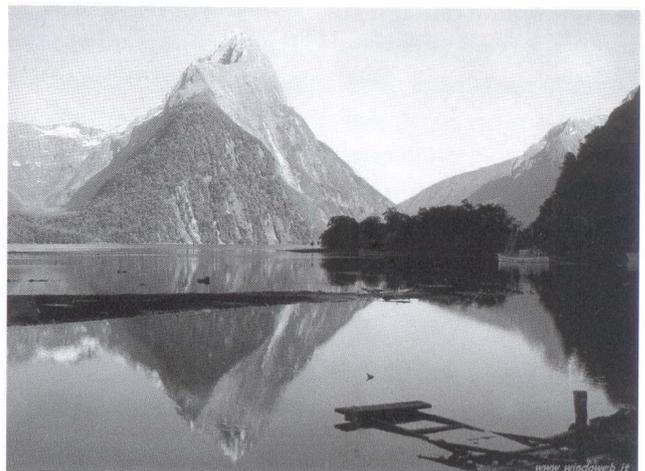
La spiegazione dell'avvocato era che egli stava agendo per il trustee secondo le istruzioni, vendendo la proprietà e rimettendo il ricavato al trustee. Questa tesi

non è stata accettata dalla Corte, che ha dichiarato che spettava l'avvocato garantire che nulla fosse fatto per ledere gli interessi finanziari del trust.

Violazione del dovere fiduciario nei confronti del trust (punti 191-205 della sentenza)

Attingendo alla decisione della *House of Lords* nel caso *Nocton v Ashburton* (5) e la più recente decisione della Nuova Zelanda del caso *Cook v Evatt* (n. 2) (6) la Corte dichiarò che l'avvocato possedeva i doveri fiduciari di lealtà, fedeltà e di estrema buona fede nei confronti del trust, dato che il trust in questo caso non aveva personalità giuridica distinta, nei confronti del trustee del trust o dei trustees. Questo è stato dichiarato essere particolarmente il caso di un trust caritatevole, che non ha le persone fisiche per proteggere il trust, in cui il trustee potrebbe avanzare i propri interessi. Si è ritenuto che in tali circostanze i doveri fiduciari generali degli avvocati li richiederebbero:

- (A) si rifiutano di agire su istruzioni del trustee che essi avrebbero potuto prevedere rischia di creare danni al trust;
- (B) per garantire la proprietà del trust, questa è trattata in conformità della legge;
- (C) per garantire che le istruzioni del trustee, se accolte, non sono contrarie all'atto istitutivo del trust.



Un avvocato che continua ad agire secondo le istruzioni che sono incompatibili con i termini del trust si pone in una posizione in cui non può svolgere i doveri fiduciari di lealtà e buona fede posseduti nei confronti del trust. Si è ritenuto che questo fosse analogo ad un conflitto di

interessi derivante dall'agire per due clienti. L'avvocato è tenuto a garantire la vendita di beni del trust e la gestione dei proventi delle vendite, in linea con l'atto istitutivo del trust e che questi non siano stati trattati in modo da danneggiare il trust. L'avvocato ha quindi tenuto ad ignorare le istruzioni che gli imponevano di agire in modo contrario ai termini del trust.

Tuttavia la Corte è andata oltre. Ha rilevato che c'è stato spazio anche per la ricerca di un obbligo di rapporto della condotta del trustee al Procuratore generale (che ha dei doveri statutari nei confronti dei trusts caritatevoli). Pertanto, assolvere agli obblighi dell'avvocato, di buona fede e lealtà può includere l'adozione di steps per proteggere il trust dalla scorretta applicazione delle sue risorse, in particolare quando si tratta di un trust caritatevole.

La consulenza scorretta e l'avvenuto pagamento della stessa.

La Corte ha rilevato che le azioni dell'avvocato hanno consentito al trustee di accedere ai fondi del trust e ad usarli erroneamente. L'invio di fondi offshore del trust al trustee non è stato coerente secondo i termini dell'atto istitutivo del trust e non è stata l'azione di una persona onesta o di un avvocato onesto. L'avvocato conosceva i termini del trust e che il denaro ricevuto era di proprietà del trust e che fu utilizzato per pagare le spese personali del trustee in *breach of trust* (violazione da parte del trustee degli obblighi che gli derivano dal trust). Le spese legali dell'avvocato furono considerate allo stesso modo (diverso per quanto riguarda il primo parere legale). L'avvocato è stato trovato responsabile



di violazione del dovere fiduciario, riconoscendo la consulenza scorretta e l'avvenuto pagamento della stessa.

Conclusione

Il trust in questo caso viene infine dichiarato caritatevole. Tuttavia, i doveri fiduciari generali di non agire secondo le istruzioni che l'avvocato avrebbe potuto prevedere, rischia di creare danni al trust oppure di essere contrario all'atto istitutivo del trust e di garantire che la proprietà del trust sia trattata in conformità della legge, questo si potrebbe secondo chi scrive, applicare ad un avvocato che rappresenta un trustee di un trust privato.

I doveri fiduciari evidenziati in questa sentenza possono applicarsi in maniera più estensiva. La misura in cui essi potrebbero, nel caso di un trust privato richiedere un'azione proattiva da parte del consulente professionale e se tali doveri si fermano all'avvocato, è ancora da vedere.

Mr John Brown, TEP
Barrister in Auckland – New Zealand
johnbrown@xtra.co.nz

Nota:

Questo articolo è stato pubblicato nel STEP Journal (Vol18 Iss7), the official magazine of the Society of Trust and Estate Practitioners. Il testo ha subito un aggiornamento.

(1) *Eden Refuge Trust v Hohepa* (2010) 3 NZTR 20-009. Un ricorso davanti alla Corte d'Appello è stato depositato. La sentenza dell'Alta Corte e le note sono disponibili: http://www.cch.co.nz/CA_DocumentLibrary/Eden_Refuge_Trust_v_Hohepa.pdf

(2) The private trust components could be excised by the High Court under s61B Charitable Trusts 61B s Act 1957 (NZ) so that the trust retained its charitable status.

(3) La Nuova Zelanda ha un sistema di catasto in base al quale la proprietà dei terreni viene normalmente registrata. Il terreno mantenuto in trust è registrato a nome/s del trustee/s.

(4) L'approccio dell'avvocato ha approfittato della s145 del Land Transfer Act 1952 (NZ), che prevede il decadere della diffida se la domanda è presentata per registrare la titolarità e il titolare della diffida non si rivolge alla High Court entro 14 giorni per un'ordinanza a sostegno della diffida.

(5) *Nocton v Ashton* [1914] AC 932 (HL).

(6) *Cook v Evatt* (n. 2) [1992] 1 NZLR 676 (HC).