

Trust

Revoca giudiziale del *trustee* di un *trust* liquidatorio di s.r.l.

Tribunale di Milano, Sez. spec. impr., ord., 23 gennaio 2013 - Giudice Vannicelli G.P. c. A.M.

Trust - Trust liquidatorio - Revoca del trustee e sua sostituzione

(Conv. Aja 1985 Trust; Trust (Jersey) Law 1984 as amended; Cod. proc. civ. art. 700)

Nel caso dell'istituzione di un *trust* liquidatorio da parte di una s.r.l. unipersonale in liquidazione e della nomina del liquidatore (e unico socio) quale *trustee*, viene disposta la revoca del *trustee* e la sua sostituzione con un nuovo *trustee*, essendo stati rilevati: l'istituzione del *trust* liquidatorio quale strumento volto unicamente a sottrarre i beni della società e quelli personali dell'unico socio all'azione esecutiva dei creditori, il conflitto tra gli interessi personali del *trustee* revocato e lo scopo del *trust*, la mancata elaborazione di un programma di liquidazione da parte del *trustee*, l'assenza di una rendicontazione del *trustee* ai creditori e l'inadempimento del *trustee* rispetto al dovere di agire in buona fede.

Il Tribunale (omissis).

Premesso

– che in data 24 dicembre 2012 questo giudice, in parziale accoglimento della domanda cautelare del ricorrente, ha emesso ai sensi dell'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c. il decreto che di seguito si riporta:
“(…)

Rilevato

– che l'avv. G.P., assumendosi e documentandosi creditore per oltre 250.000 euro (di cui quasi 200.000 in forza di titoli esecutivi definitivi o provvisori) (1) sia della GRAZIA s.r.l. che del socio unico ed oggi liquidatore di quest'ultima A.M., ha dedotto (e del pari documentato):
– che la GRAZIA s.r.l., posta in liquidazione il 23 ottobre 2008, ha conferito tutti i propri immobili in un *Trust* istituito il 15 dicembre 2010 di cui lo stesso liquidatore M. era ed è *settlor*, *Trustee* e (quale socio unico della GRAZIA s.r.l.) “beneficiario ultimo”, beneficiari immediati risultando la “massa dei creditori della società Grazia s.r.l. in liquidazione come risultanti dalle scritture contabili della stessa alla data dell'istituzione del presente *trust* nonché quegli altri eventuali che assumano la qualità di creditori ai sensi del codice civile e muniti di un titolo valido ed efficace” (2);
– che con successivo atto di dotazione di beni a *trust* rogato sempre dal notaio C.D. il 13 settembre 2011 il medesimo M., in significativa coincidenza con la notificazione del decreto ingiuntivo ottenuto dal P. per euro 67.562,43 in linea capitale (7 settembre 2011), ha conferito nel GRAZIA s.r.l. *TRUST* tutti i propri immobili che a quella data erano ancora liberi da gravami (3) (at-

to impugnato ex art. 2901 c.c. dal ricorrente: causa n. 3846/2012 R.g. Tribunale di Milano chiamata per la precisazione delle conclusioni il 5 febbraio 2013);

– che l'atto istitutivo del *Trust*, attesa la sua assoluta opacità per la mancanza di pubblicità, l'omessa nomina del consueto *enforcer*, l'assenza di qualsiasi stato patrimoniale e del programma di liquidazione previsto dal punto c) delle premesse dell'atto istitutivo, era in realtà uno strumento volto unicamente a sottrarre i beni della società e personali all'azione esecutiva dei creditori,
– che G.P. ha quindi chiesto in via d'urgenza la revoca in via anticipata e cautelare del M. dalla carica sia di *trustee* che di liquidatore, evidenziando:

– l'assenza di qualsivoglia rendicontazione in violazione dell'art. 19 dell'atto istitutivo, nonostante la richiesta sul punto (ex art. 19.4 del medesimo atto) rivoltagli dall'avv. M. il 12 gennaio 2012 (4);
– l'omessa appostazione nel bilancio della Grazia s.r.l. dei crediti certi, liquidi ed esigibili del ricorrente;
– l'avvenuta violazione dell'obbligo legale di postergazione mediante stanziamento *ex se* ed in proprio favore nel bilancio al 31 ottobre 2011 della somma di ben euro 1.273.293,00 mediante un non meglio precisato “rimborso debiti verso soci/ finanziatori”, con parallelo azzeramento della liquidità sociale (5);

Note:

(1) Cfr. all. 1 - 4

(2) Cfr. all. 6. La clausola citata è la n. 13).

(3) Cfr. docc. 7 & 8.

(4) V. all. 11

(5) Cfr. i punti C IV e D della nota integrativa al bilancio prodotta *sub doc.* 12.

Giurisprudenza

Diritto societario

– l'acquisto *sine causa*, in qualità di *trustee*, dalla conoscente C.L. dell'immobile di piazzale (*omissis*) ove il convenuto risiedeva ed avevano sede sia la liquidazione che il *Trust*;

Ritenuto

allo stato non potersi dubitare della qualità di creditore personale del M. e - quel che qui conta - della GRAZIA s.r.l. in capo a G.P., per un importo in linea capitale che dai titoli giudiziali prodotti non può ritenersi inferiore ad euro 197.462,85 soltanto in linea capitale;

che le evidenze fattuali e documentali sin qui citate rendono indispensabile, al fine di evitare che il *trustee* compia ulteriori violazioni dei suoi doveri istituzionali e possa ulteriormente dissipare o comunque distogliere (a favore proprio o di terzi "amici") i beni residui del *Trust*, la sua immediata sostituzione - del resto espressamente consentita all'autorità giudiziaria in via ordinaria dalla clausola 20.2 dell'Istituzione di *Trust* - con soggetto veramente imparziale che consenta al GRAZIA s.r.l. TRUST di realizzare effettivamente e celermente le finalità liquidatorie sue proprie;

che inoltre l'assoluta opacità della condotta del M. in totale violazione totale dei doveri di rendicontazione su di lui incombenti quale *trustee*, l'inconsistenza e dilatorietà delle difese da lui opposte all'odierno ricorrente nella causa revocatoria, e gli indebiti rimborsi (nonché ingiustificati acquisti) che la sua contemporanea qualità di liquidatore, *settlor*, *trustee* e proprietario gli ha sinora consentito di operare impunemente, integrano quel pericolo di secondo grado che giustifica - ed anzi impone - l'adozione del provvedimento di revoca inaudita altera parte ai sensi del secondo comma dell'art. 669 *sexies* c.p.c.;

che invece non pare rispondere ad un concreto interesse del P, salva ogni miglior futura determinazione, la revoca del M. dalla carica liquidatoria, posto che ogni attività di liquidazione dei beni e soddisfazione dei creditori della GRAZIA s.r.l. è attualmente di diritto e di fatto demandata al GRAZIA S.R.L. TRUST,

P.T.M.

visti gli artt. 669 *sexies*, comma 2, e 700 c.p.c.,

1) revoca con effetto immediato A.M., nato a (*omissis*) il (*omissis*), dalla carica di *trustee* del GRAZIA s.r.l. TRUST istituito con atto rogato il 15 dicembre 2010 dal notaio C.D. di Milano ai nn. 176291/38416 di suo Rep. e Raccolta;

2) sostituisce al convenuto nella carica di *trustee* del *Trust* indicato al precedente capo 1) il dr. S.V., con studio in Milano (*omissis*);

che, notificati il ricorso ed il decreto di cui sopra nello strettissimo termine prescritto, A.M. - in proprio e nella sua duplice qualità - si è costituito con ampia comparsa chiedendo la reiezione di tutte le domande cautelari del P. e la revoca del decreto interinalmente emesso;

che all'udienza il ricorrente ha fra l'altro dichiarato di rinunciare ad ogni domanda di revoca del M. dalla carica di liquidatore della GRAZIA s.r.l., limitandosi nel suc-

cessivo scambio di memorie ad insistere per la conferma del decreto;

Osserva

A) Nell'ampio contraddittorio cautelare, le parti si sono purtroppo a lungo intrattenute - attingendo e forse superando il limite della dialettica e retorica processuali - sulla rispettiva credibilità anche personale, professionale e morale.

Trattasi all'evidenza di orpelli che nulla hanno a che vedere con il tema del presente procedimento, spiegabili con l'assunzione della difesa tecnica ad opera di stretti congiunti delle parti.

Non se ne terrà pertanto alcun conto neppure - attesa anche la reciprocità della denigrazione - ai fini delle spese processuali.

B) All'iniziativa del P. nonché indirettamente al provvedimento provvisorio il resistente - o meglio, agendo il M. sia *uti singulus* che quale *settlor*, *tustee* ed ultimo beneficiario del GRAZIA s.r.l. TRUST (6), le parti resistenti - hanno anzitutto opposto alcune obiezioni processuali.

B).1 La prima di esse è che G.P. difetterebbe di legittimazione attiva per inesistenza del credito azionato; nel senso che questo, essendo portato da decreti ingiuntivi tutti - tranne uno - ancora *sub iudice* e solo in parte muniti della clausola di provvisoria esecutività, sarebbe privo del necessario carattere della certezza e definitività.

A parte che seguendo il filo del ragionamento del resistente l'eccezione risulta "auto rispondente", ché almeno uno dei titoli sui quali si fonda il credito dell'attore (legittimando il suo interesse alla revoca e sostituzione del *trustee* di un TRUST istituito proprio per il soddisfacimento dei creditori anteriori della GRAZIA s.r.l.) ha i caratteri che il M. pretenderebbe, nella presente sede cautelare è necessario e sufficiente che il P. offra una prova sommaria della mera verosimiglianza del suo credito.

Ed a fronte di almeno due decreti (i nn. 28563 e 34267/2011 emessi dal Tribunale di Milano rispettivamente per euro 67.562,43 e 128.425,46 in linea capitale) i quali sono già stati oggetto di vaglio positivo da due diversi giudici dell'opposizione mediante ordinanze che hanno nell'un caso confermato e nell'altro concesso la provvisoria esecuzione ai sensi degli artt. 649 e 648 c.p.c., può ritenersi in questa sede che tale onere sia stato assolto.

B). 2 Secondo l'attenta prospettazione dei resistenti, l'istanza del P. per la revoca di A.M. dalla carica di *trustee* sarebbe poi inammissibile:

– perché essa costituisce in realtà il *petitum* della causa di merito, onde il suo accoglimento integrerebbe "una illegittima configurazione cautelare che verrebbe data ad una pronuncia che è (...) prettamente appartenente al merito della cognizione piena";

– perché proposta in violazione dell'art. 20.2 dell'atto

Nota:

(6) D'ora in poi, per brevità, il TRUST.

istitutivo del *TRUST*, giusta il quale la revoca o la sostituzione del *trustee* è rimessa al Presidente del Tribunale. Alla prima obiezione deve risponderci che l'unico limite ricavabile dal sistema - e comunque discusso, nel silenzio della norma - all'anticipazione in via urgente ed interinale degli effetti della decisione sul merito del diritto cautelando in cui si sostanzia il rimedio previsto dall'art. 700 c.p.c. è rappresentata dalla irreversibilità della modificazione della situazione giuridica del convenuto, tale per cui un provvedimento che anticipi gli effetti del provvedimento definitorio del merito in modo non più reversibile non potrebbe essere emesso in via cautelare.

Ciò non può per definizione verificarsi nel caso di specie, in cui il soggetto terzo eventualmente designato quale *trustee* potrebbe sempre essere a sua volta utilmente sostituito, ricorrendone le condizioni, da altri, ivi compreso lo stesso M.

È del resto il sistema processuale prevede in una situazione per certi aspetti analoga di "amministratore di un patrimonio separato altrui", e in particolare al terzo comma dell'art. 2476 c.c., la revoca dell'amministratore di società a responsabilità limitata già in via cautelare, la quale va necessariamente proposta prospettando nell'eventuale merito (anche) una domanda di revoca dall'amministrazione in via definitiva; ciò che consente anche di concludere, difettando l'istituto del *trust* di analoga disposizione processuale, che il ricorso del P. assolve fra l'altro al requisito della residualità pure previsto dal primo inciso dell'art. 700 c.p.c. per l'ammissibilità della tutela cautelare atipica.

Quanto alla seconda obiezione, basterà rilevare come da un lato la rimessione statutaria della decisione sulla revoca o sostituzione del *trustee* sia rimedio di natura non processuale ma *lato sensu* negoziale (mandato congiunto ora per allora fatto dalle parti a tale organo), che può in ogni caso ben concorrere con la revoca chiesta in via urgente al giudice competente; e dall'altro che l'operatività e conformità a legge di tale clausola pare quantomeno dubbia, potendo al Presidente del Tribunale in quanto organo dotato di competenze proprie essere attribuite tutte e sole le incombenze che ad esso demanda la legge, e non certo tutte quelle altre che qualunque soggetto decidesse negozialmente di conferirgli quasi si trattasse di un organo di mediazione (in ciò dovendosi parzialmente correggere un inciso della motivazione del decreto).

C) Anche la probabilità della fondatezza del diritto azionato dal P. è stato oggetto di una penetrante critica ad opera della difesa dei resistenti, che ha tentato di confutare le censure di inadempienza di doveri di legge e di atto istitutivo che il ricorrente ha rivolto ad A.M.; confutazione che ha trovato un supporto documentale nella produzione in giudizio di due rendiconti del *TRUST* per gli esercizi 2011 e 2012, con relative note esplicative.

C).1 Particolarmente significativa è la replica del M. alla questione dello stanziamento fatto a favore di se stesso per l'importo di euro 1.273.293,00 che egli avrebbe erogato a titolo di finanziamento alla GRAZIA s.r.l., secondo cui appunto di questo si tratterebbe: un mero stanziamento, senza deroga alla regola della postergazione dei finanziamenti dei soci di s.r.l.

Ma la gravità dell'appostazione, peraltro contraddetta dalla pretesa del M. di compensare sin d'ora quanto egli deve indennizzare ai creditori per la confessata occupazione di uno degli immobili conferiti al *TRUST* (7) (ché se il credito non è esigibile, neppure può esser speso in compensazione senza un assenso dei creditori a protezione e miglior soddisfazione dei quali il *TRUST* sarebbe stato istituito), sta proprio nel costituire l'epifenomeno di quell'insanabile conflitto di interessi che nasce dall'assommarsi in capo ad A.M. di ogni potere sul patrimonio e sulla gestione sia della GRAZIA s.r.l. che del *TRUST*, senza alcun contrappeso interno a favore di quei creditori che pure istituzionalmente dovrebbe in via esclusiva e primaria tutelare.

È questo il luogo per ribadire, approfondendo quanto già provvisoriamente statuito il 24 dicembre 2012, che un *trust* liquidatorio può essere configurato - senza volutamente qui affrontare il tema della sua conformità all'ordine pubblico economico italiano con speciale riguardo alla liquidazione delle società di capitali - sia quale *trust* per uno scopo (il soddisfacimento dei creditori dell'impresa) sia quale *trust* per beneficiari (i creditori dell'impresa): il che può esser perseguito con soluzioni tecniche diverse, ma non consente in ogni caso di ritenere conforme alla *ratio* dell'istituto una struttura in cui disponente, *trustee* ed ultimo beneficiario coincidano e sia invece assente un guardiano.

A voler infatti configurare il *trust* liquidatorio come *trust* di scopo, esso dovrebbe avere necessariamente un guardiano, ed infatti tutte le leggi straniere note allo scrivente che disciplinano i *trust* per uno scopo non benefico lo prevedono.

Se invece si optasse per il tipo "*trust* per beneficiari", lo stesso dovrebbe quantomeno prevedere - in assenza di un *enforcer* - che i beneficiari stessi siano titolari di effettivi poteri di controllo sull'operato del *trustee*, ad esempio partecipando a un comitato chiamato ad esprimere pareri vincolanti rispetto a specifici atti del *trustee*.

Nulla di tutto ciò è previsto nel *TRUST* in esame, la cui architettura giuridica ha infatti consentito al M.:

- non solo di stanziarsi in tre contemporanee vesti (socio creditore, *trustee* e liquidatore) il cospicuo finanziamento,
- ma altresì di acquisire a sua discrezione nuovi beni (l'appartamento di piazzale (*omissis*)) e cedere al *TRUST* (segregandoli in danno dei creditori personali, fra i quali lo stesso ricorrente) gli unici beni di proprietà personale non gravati da pignoramenti e ipoteche, in ambedue i casi senza che l'importo dei debiti della GRAZIA s.r.l. (rendicontati, oltre a quelli verso lo stesso M., per soli altri euro 292.424,00) (8) lo giustificasse in alcun modo;
- nonché di utilizzare alcuni di quegli immobili personalmente e senza corrispettivo;
- il tutto senza alcuna rendicontazione ai creditori che

Note:

(7) Per la quale v. pagg. 14 e s. della sua memoria del 7 gennaio 2013.

(8) Si veda la colonna delle passività *sub* doc. 2 conv.

Giurisprudenza

Diritto societario

pure gliene avevano fatto richiesta (i rendiconti, senza data certa, sono stati finalmente depositati soltanto in data 8 gennaio 2013) e soprattutto, come sottolineato ad altri fini dallo stesso M. (9), senza pubblicità di sorta.

Il che disegna un meccanismo giuridico totalmente insoddisfacente per i creditori che pure dovrebbe istituzionalmente tutelare: ed invece idoneo di fatto, a ben vedere, a perseguire efficacemente il solo interesse - personale ed *uti socius* (unico) - dello stesso M. a procrastinare la liquidazione della GRAZIA s.r.l. e ad impedire *sine die* ogni iniziativa recuperatoria dei creditori di quella e personali sui numerosi immobili già della GRAZIA s.r.l. e suoi propri.

C).2 Con il che si è data già risposta alle altre obiezioni dei resistenti in merito alle finalità di tutela dei creditori che il TRUST istituzionalmente e il M. nella sua veste di trustee starebbero perseguendo (pag. 10 della memoria costitutiva); alla natura dei crediti al passivo del TRUST (pag. 11 *ibidem*); al significato da attribuire alla devoluzione al TRUST di beni personali o - previo acquisto - di terzi (pagg. 11 e 13 - 14); non senza sottolineare che, se davvero la preoccupazione del trustee fosse quella di tutelare tutti i 'reali' creditori della GRAZIA s.r.l. nel rispetto della legge (richiamata implicitamente o espressamente dagli artt. 1, 9 e 27 dell'atto istitutivo) e della giurisdizione (art. 11) italiane, non può in alcun modo giustificarsi il rifiuto, ribadito in questa sede, di assolvere -sia pur con riserva di ripetizione- alle ingiunzioni di pagamento che l'autorità giudiziaria ha prima pronunciato e quindi reso esecutive a carico della GRAZIA s.r.l.

D) Se quindi:

al trustee sono di fatto attribuiti poteri illimitati (ivi compreso quello di "convenire con se stesso" e prelevare compensi *ex art. 22* atto istitutivo) e, soprattutto, incontrollabili e non soggetti ad alcuna specifica pubblicità;

A.M. ha pienamente utilizzato tali poteri in modi che, come denunciato al ricorrente e qui sinteticamente riepilogato, rispondono ad interessi altri e diversi rispetto a quelli dei pochissimi creditori della GRAZIA s.r.l., ed anzi sono in concreto con quelli confliggenti;

senza oltretutto, ad oltre due anni dalla istituzione del TRUST, che sia neppure abbozzato quell'"efficace programma di liquidazione" che costituirebbe la premessa espressa e il senso ultimo della segregazione patrimoniale in questione (10),

non può contestarsi che nella specie che il diritto del creditore G.P. al rispetto da parte del trustee delle norme pattizie e di legge poste a fondamento del TRUST è sottoposto al pericolo di un pregiudizio attuale e di difficile riparabilità, ove A.M. proseguisse a rivestire tale carica.

Unico appropriato rimedio a tale pericolo pare, in attesa della pronuncia definitiva di merito, la destituzione del M. e la sua sostituzione con professionista realmente terzo già disposta con decreto; la cui remunerazione non sembra tale, a fronte del pingue attivo del TRUST e della pochezza dei crediti non postergati, a pregiudicare la soddisfazione di questi ultimi paventata dai resistenti (11).

E) Segue da quanto precede l'integrale conferma del decreto emesso il 24 dicembre 2012; che soltanto andrà in-

tegrato precisando che al trustee spettano tutti i poteri derivanti dalla legge e dall'atto istitutivo del TRUST, nessuno escluso, ivi compreso quello di procedere tramite notaio di sua scelta ed a spese del TRUST alle dovute modificazioni dell'atto istitutivo dello stesso imposte dalla sua nomina giudiziale.

F) Le spese del presente procedimento, anche ai sensi dell'art. 669, comma 6 e 7, c.p.c., vanno infine poste a carico solidale di A.M. in proprio e del GRAZIA s.r.l. TRUST, e possono congruamente liquidarsi - tenendo conto, quanto al valore della domanda, dei crediti allegati dal P., e quanto al pregio delle difese, alla particolarità e complessità dei temi di causa trattati nei due atti depositati - in € 11.000,00, oltre al rimborso delle spese di contributo unificato, notifica e copia per complessivi euro 629,19; ed oltre sull'imponibile al rimborso del contributo previdenziale di categoria ed alla rivalsa dell'imposta sul valore aggiunto alle rispettive aliquote di legge.

P.T.M.

letti gli artt. 669 *sexies*, comma 2, ultima parte, 669 *octies*, comma 6 e 7 e 700 c.p.c.,

1) conferma il decreto emesso fra le parti in data 24 dicembre 2012;

2) conferisce al dr. S.V., già sostituito ad A.M. quale trustee del GRAZIA s.r.l. TRUST, tutti i poteri attribuiti al trustee dalla legge applicabile e dall'atto istitutivo, autorizzandolo alla modifica di quest'ultimo in conformità al presente provvedimento mediante atto modificativo che stipulerà presso notaio di sua scelta al spese del trust;

3) condanna il GRAZIA s.r.l. TRUST ed A.M. a rifondere a G.P. le spese del procedimento, che liquida in complessivi euro 11.629,19, oltre su euro 11.000,00 al rimborso del contributo previdenziale di categoria ed alla rivalsa dell'imposta sul valore aggiunto alle rispettive aliquote di legge;

4) manda la Cancelleria per l'immediata comunicazione della presente ordinanza ai procuratori del ricorrente, per via telematica, nonché via fax al dr. V. (*omissis*).

(*omissis*).

Note:

(9) Alla pag. 11 della sua memoria del 7 gennaio 2013.

(10) A mente della prima pagina dell'atto istitutivo.

(11) Cfr. pag. 20 della compara di costituzione.

IL COMMENTO

di Angelo Busani

Si approfondiscono gli indici al cui ricorrere il *trust* liquidatorio può essere ritenuto meritevole di tutela. In particolare, il *trust* è *sham* (è il *trustee* è un "fantoccio") se non vi è un sistema di controllo dell'operato del *trustee*, se il *trustee* esercita una egemonia sui beni in *trust* tale da violare qualsiasi *fiduciary duty* nei confronti dei beneficiari del *trust* rendendosi inadempiente al suo fondamentale «*duty to perform the trust honestly and in good faith for the benefit of the beneficiaries*», se manca del tutto un *protector* o se quello nominato sia privo di qualsiasi requisito di professionalità, se il *trustee* non rende i conti, se il *trustee* non redige un progetto liquidatorio e non dà mostra di comportarsi da liquidatore. Caratteristiche indispensabili appaiono invece la configurazione del *trust* liquidatorio con un *trustee* professionista nel campo delle liquidazioni, l'indipendenza e la discrezionalità del *trustee* e del *protector*, l'assenza di intromissioni del *settlor* nell'operato del *trustee*, l'elaborazione di un reale progetto liquidatorio e la sua tempestiva attuazione, nonché l'apprestamento di un serio ed effettivo sistema di controlli e di rendicontazione.

Revoca giudiziale del trustee di un trust liquidatorio di s.r.l.

La società "Alfa s.r.l.", avente Tizio come unico socio, delibera la propria messa in liquidazione, nominando l'unico socio Tizio quale unico liquidatore; in seguito, "Alfa s.r.l.", tramite il proprio predetto liquidatore, istituisce, ai sensi della Convenzione de L'Aja dell'1 luglio 1985 (relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento, resa esecutiva in Italia con L. 16 ottobre 1989, n. 364, in vigore dal 1° gennaio 1992), un *trust* (1) (definibile, come oltre si vedrà, di tipo "liquidatorio"), conferendovi l'intero patrimonio attivo e passivo di "Alfa s.r.l.", nominando detto unico socio e liquidatore quale *trustee*, designando la stessa "Alfa s.r.l." quale beneficiario "ultimo" del *trust* e indicandone invece quale beneficiaria "immediata" la massa dei creditori di "Alfa s.r.l.".

Quanto allo scopo del *trust* in questione, nel suo atto istitutivo (che si è potuto leggere per redigere questo commento) è stato affermato che il *trust* venne originato, avendo "Alfa s.r.l." «interesse a favorire la propria ordinata ed efficace liquidazione» ed avendo essa «elaborato un efficace programma di liquidazione» («tenuto conto delle prospettive di realizzo dell'attivo, considerato le obbligazioni nei confronti delle diverse classi di creditori e sulla base delle scritture contabili»), «quale strumento per l'attuazione del programma di liquidazione, al fine di operare la liquidazione in modo più ordinato ed efficace, realizzando e garantendo la conservazione del valore dell'impresa, in funzione del migliore realizzo, nell'interesse dei creditori sociali e dei soci, attraverso la: a) destinazione, ai sensi dell'art. 2740 c.c., dell'intero patrimonio societario al soddisfacimento primario dei creditori sociali, e/o muniti di un titolo valido ed efficace; b) evitando la dispersione dei beni; c) assicurando la *par con-*

dicio creditorum, prevenendo la costituzione di diritti di prelazione e/o azioni *in executivis* di alcuni creditori in danno degli altri; d) agevolando l'eventuale commercializzazione del patrimonio, prevenendo eventuali azioni revocatorie concorsuali; e) agevolando il raggiungimento di eventuali accordi stragiudiziali di ristrutturazione dei debiti e/o il risanamento della esposizione debitoria; f) agevolando l'intervento di un eventuale terzo finanziatore».

Sempre nell'atto istitutivo si legge che il *trust* in esame era regolato dalla legge di Jersey (2); che

Note:

(1) Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione de L'Aja si definisce *trust* ogni negozio attraverso cui un soggetto (cosiddetto disponente o *settlor*), con riferimento a determinati beni e diritti facenti parte del suo patrimonio "generale", pone detti beni e diritti sotto il controllo di un soggetto (cosiddetto *trustee*) destinandoli nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato. Ai sensi di detta norma «il *trust* è caratterizzato dai seguenti elementi: a) i beni in *trust* costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del *trustee*; b) i beni in *trust* sono intestati al *trustee* o ad un altro soggetto per conto del *trustee*; c) il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del *trust* e secondo le norme imposte dalla legge al *trustee*. Ai sensi dell'art. 11 della Convenzione de L'Aja il riconoscimento del *trust* «implica, quanto meno, che i beni in *trust* rimangano distinti dal patrimonio personale del *trustee*» e dunque «che i creditori personali del *trustee* non possano rivalersi sui beni in *trust*», «che i beni in *trust* siano segregati rispetto al patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento» e che «i beni in *trust* non rientrano nel regime matrimoniale o nella successione del *trustee*». Una possibile variante è il cosiddetto *trust* "autodichiarato" e cioè la fattispecie nella quale il disponente nomina sé stesso quale *trustee*, trovandosi legittimazione in tal senso nel medesimo art. 2 della Convenzione de L'Aja ove è sancito che «il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà o che il *trustee* abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*».

(2) È la "Trust (Jersey) Law 1984", come successivamente emendata, che si può leggere nella versione consolidata in http://www.jerseylaw.je/law/lawsinforce/consolidated/13/13.875_TrustsLaw1984_RevisedEdition_1January2013.pdf.

Giurisprudenza

Diritto societario

«Ogni controversia relativa ai diritti dei Beneficiari o di qualsiasi obbligazione o diritto del “Trustee”, o di qualsiasi altro soggetto menzionato in quest’atto è devoluta alla giurisdizione dell’Autorità Giudiziarica Italiana del foro competente secondo il diritto processuale italiano» (con il che è stato risolto *ab origine* ogni problema di giurisdizione del giudice italiano nella fattispecie portata all’esame del giudice milanese); e che «verificandosene la necessità, il potere di revocare e/o sostituire il “Trustee” nominato col presente atto, e/o nominare altri nuovi “Trustee”, compete al Presidente del Tribunale del foro competente». Al riguardo, pare utile ricordare che l’art. 19 (rubricato “*Resignation or removal of trustee*”) comma 4, della legge di Jersey sul *trust* sancisce che «*A trustee shall cease to be a trustee of the trust immediately upon (a) the trustee’s removal from office by the court; [...]*».

Ebbene, evidentemente ritenendo che la continuazione dell’incarico in capo a un *trustee* ritenuto non diligente avrebbe potuto pregiudicare l’efficace perseguimento degli interessi dei creditori beneficiari del *trust* (3) e ravvisando che il *trust* in questione era «in realtà uno strumento volto unicamente a sottrarre i beni della società e personali all’azione esecutiva dei creditori», il Tribunale di Milano, con l’ordinanza in commento, emessa ai sensi dell’art. 700 c.p.c., ha revocato (4) Tizio dall’incarico di *trustee* (sostituendolo con un nuovo *trustee*), motivando la decisione con una cospicua serie di argomenti (in sintesi e principalmente: il conflitto tra gli interessi personali di Tizio e lo scopo del *trust*, la mancata elaborazione di un programma di liquidazione da parte del *trustee*, la mancanza di qualsiasi rendicontazione da parte del *trustee* ai creditori, l’inadempimento di Tizio a quel dovere di agire in buona fede che deve informare l’attività di un *trustee*, eccetera) e, in sostanza, sulla base della maturata convinzione che il *trust* preso in esame sarebbe stata più una strumentazione idonea a soddisfare l’interesse di Tizio alla protezione del suo patrimonio piuttosto che la destinazione del patrimonio di “Alfa s.r.l.” alla soddisfazione dei suoi creditori.

Negozi di separazione e di destinazione patrimoniale

Con l’espressione “separazione patrimoniale” si indica il fenomeno che si verifica quando, dal patrimonio di un determinato soggetto (“soggetto disponente”), vengono “distaccate” determinate posizioni giuridiche, al fine di formare con esse (che pos-

sono sia rimanere di titolarità del medesimo soggetto che istituisce il patrimonio separato - come per lo più accade nella fattispecie di cui all’art. 2645 *ter* c.c. - sia divenire di titolarità di un altro soggetto, cambiando quindi “intestazione”, come accade nell’affidamento del patrimonio separato a un *trustee* diverso dal disponente) un “insieme” descrivibile come una massa autonoma e distinta dalle restanti posizioni giuridiche riferibili al soggetto disponente (uno degli esempi più tradizionali - di separazione patrimoniale nell’ambito del patrimonio di un medesimo soggetto - è l’eredità accettata con il beneficio di inventario, fattispecie nella quale, ai sensi dell’art. 490 c.c., coesistono, in capo allo stesso soggetto - vale a dire l’erede beneficiario - due distinte sfere patrimoniali, l’una “contenente” il suo personale patrimonio e l’altra “contenente” la massa ereditaria). Disponendo dunque una separazione patrimoniale:

a) in capo al medesimo soggetto che dà origine alla separazione, si genera, di conseguenza, la coesistenza di due (o più) distinte masse patrimoniali: in altre parole, si ha separazione patrimoniale quando, nell’ambito del “patrimonio generale” di uno stesso soggetto (cioè dell’insieme di tutte le posizioni giuridiche attive e passive al medesimo riconducibili), viene originato un “patrimonio separato”, cioè un sottoinsieme formato da determinate posizioni giuridiche che, pur essendo «riferibile unidirezionalmente» al medesimo titolare, «è insensibile alle vicende giuridico - economiche della rimanente massa dei beni» (5) appartenenti a tale soggetto;

Note:

(3) Ciò che in *common law* legittima il giudice a provvedere alla revoca del *trustee*: cfr. Donahue v. Watson, [1980] 411 N.E.2d 741 (Ind. App.).

(4) Sulla revoca giudiziale di un *trustee*, cfr. Penasa, *Giurisdizione volontaria o contenziosa per una domanda di rimozione dall’incarico di trustee retta dalla legge inglese?*, in *Int’l lis*, 3/4-2009, 143. Per una fattispecie di revoca giudiziale del *trustee* di un *trust* istituito in sede di divorzio, con nomina di entrambi gli ex coniugi quali *trustees*, ritenuti entrambi inadempienti ai loro obblighi di *trustees*, cfr. Trib. Milano 20 ottobre 2002, in *Trust e attività fiduciarie*, 2003, 265; App. Milano 20 luglio 2004, *ivi*, 2005, 87; e Cass. 13 giugno 2008, n. 16022, *ivi*, 2008, 522; su questa vicenda cfr. Corabi, *Un caso di revoca e sostituzione giudiziale dei trustee*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2004, 31 (con la precisazione che questo Autore venne nominato *trustee* in sostituzione di quelli revocati); Di Maio, *La revoca del trustee di un trust inglese da parte del giudice italiano*, in *Contratti*, 10/2003, 921; Galluzzo, *Destinazione negoziale e sostituzione dell’attuatore dello scopo: il destino del trust fund in caso di rimozione di un trustee infedele*, in *Corr. giur.*, 2009, 2, 215; Rinaldi, *Il riconoscimento del trust e i poteri del giudice: primi sforzi della giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2011, 263.

(5) Cfr. De Donato, *Destinazione di beni e opponibilità a terzi*, in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003, 190.

b) in capo a un soggetto diverso dal disponente, si genera, di conseguenza (con riferimento agli elementi patrimoniali mandati a comporre il patrimonio separato), una rigida distinzione del patrimonio "separato" sia rispetto al patrimonio "generale" del soggetto "destinatario" del patrimonio separato sia rispetto al patrimonio "di provenienza", e ciò non solo dal punto di vista "funzionale" (a causa della "specializzazione" impressa agli *assets* oggetto di separazione patrimoniale rispetto sia al patrimonio "generale" del soggetto disponente che al patrimonio "generale" del soggetto "destinatario"), ma anche dal punto di vista "soggettivo" (a causa del "cambio di intestazione" che gli *assets* separati subiscono).

Dalla separazione patrimoniale consegue dunque una "specializzazione" della responsabilità patrimoniale del soggetto titolare del patrimonio separato (sia esso, o meno, il soggetto disponente), e ciò in deroga alla regola generale (codificata nell'art. 2740 c.c.) secondo cui «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri»: i beni e i diritti "separati", infatti, non facendo più parte del "patrimonio generale" del debitore (dei «suoi beni» ai sensi dell'art. 2740 c.c.) dal quale si sono distaccati, sono sottratti alla disponibilità di quei creditori del soggetto titolare del patrimonio separato (sia esso lo stesso soggetto disponente o il terzo "destinatario" dell'atto di separazione) le cui ragioni di credito siano sorte per scopi estranei a quelli per i quali il patrimonio separato è stato istituito.

Appare perciò evidente, fin da queste prime osservazioni, che il frazionamento della garanzia patrimoniale, derivante dalla separazione patrimoniale, ovviamente si "scontra" con l'interesse dei creditori "generali" del soggetto che ha dato origine al patrimonio separato; e che, quindi, non possa trattarsi di un frazionamento "autoreferenziale" (quando addirittura non artificioso), ma se ne debba piuttosto trovare una adeguata giustificazione sul piano causale. In altre parole, è inevitabile (derivandosi questa osservazione specialmente dal disposto degli artt. 2645 *ter* e 1322 c.c.) che la separazione patrimoniale debba essere funzionale alla realizzazione di uno scopo in grado di giustificare, sul piano della meritevolezza, il sacrificio imposto al ceto creditorio del soggetto che, nell'ambito del suo generale patrimonio, opera la separazione patrimoniale e pertanto "specializza" certi suoi *assets* al fine di perseguire con essi un dato scopo e riservando la loro escutibilità ai soli creditori le cui ragioni di credito originino dall'attività che venga posta in essere per il perseguimento di tale scopo.

A tale riguardo, è utile introdurre a questo punto, accanto al concetto di "separazione patrimoniale", il connesso (ma diverso) fenomeno della "destinazione patrimoniale", cioè della destinazione di determinati beni e diritti al raggiungimento di uno specifico scopo. Invero, le nozioni di "patrimonio separato" e di "patrimonio destinato" dovrebbero essere tenute ben distinte, poiché con la prima «si esclude che i beni destinati siano sottoposti a quella responsabilità generica di cui all'art. 2740 c.c., rendendoli aggredibili soltanto per i debiti contratti per la realizzazione delle finalità per le quali sono stati destinati»; mentre, con la seconda, «si obbliga taluno a perseguire le finalità indicate dal disponente nell'atto negoziale, potendo quest'ultimo e i terzi interessati agire contro il medesimo per vedere realizzate proprio quelle finalità» (6).

Il tema della "destinazione patrimoniale" è attualmente (soprattutto "per merito" del sempre più frequente utilizzo del *trust* nel nostro ordinamento e, da ultimo, come effetto dell'introduzione nel nostro sistema giuridico dei principi enunciati nell'art. 2645 *ter*, c.c.) oggetto di particolare attenzione in dottrina e giurisprudenza, essendosi affrancato dalla condizione di essere rimasto a lungo "vittima" della diffidenza del nostro legislatore verso la "specializzazione" dei patrimoni a causa della riserva di legge contenuta nell'art. 2740 c.c. (7), la quale invero, di regola, sottrae all'autonomia privata ogni facoltà di derogare al principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale del debitore. Ebbene, nell'approcciarsi a questo tema non si deve focalizzare ogni attenzione sul solo profilo derogatorio della responsabilità patrimoniale che deriva dalla destinazione patrimoniale, ossia sulla separazione di determinati beni e diritti dal restante patrimonio del disponente e sulla conseguente loro insensibilità ai debiti contratti per finalità estranee alla gestione del patrimonio destinato, poiché ciò che qualifica i negozi di destinazione patrimoniale non è soltanto il tema della separazione o segregazione che ne consegue, ma è anche (e soprattutto) il fatto che, in tanto la destinazione dei beni e dei diritti si giustifi-

Note:

(6) Cfr. Franco, *Il nuovo art. 2645 ter cod. civ.*, in *Notariato*, 3, 2006, 2, nt. 3. In generale, sul tema del rapporto tra separazione patrimoniale e destinazione dei beni cfr. M. Bianca, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Consiglio nazionale del notariato, Atti di destinazione. Guida alla redazione*, Studio n. 357-2012/c, approvato in data 9 maggio 2012.

(7) Il cui comma 2, come noto, rigorosamente sancisce che «le limitazioni di responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge».

Giurisprudenza

Diritto societario

ca, in quanto ciò avvenga appunto in funzione del perseguimento di uno scopo determinato e meritevole di tutela giuridica: è invero questo l'effettivo elemento qualificante della destinazione patrimoniale, anche da un punto di vista causale, poiché l'effetto segregativo è solo una conseguenza "necessaria" dell'attività destinataria e non certo costituisce il parametro per la formulazione di un giudizio sulla validità o meritevolezza della destinazione (8).

I negozi di destinazione alla liquidazione e il *trust* liquidatorio

Nell'ambito delle varie tipologie di negozi di destinazione patrimoniale (9), la categoria dei negozi di «destinazione alla liquidazione» (10) si caratterizza per la sua finalità: vale a dire, la monetizzazione di un determinato coacervo di beni e rapporti attivi al fine di soddisfare con preferenza (o in esclusiva) i creditori del disponente o una determinata categoria dei suoi creditori; sui beni destinati si origina, in sostanza, un vincolo che importa - a favore dei creditori che ne sono beneficiari - l'opponibilità dei negozi stipulati in violazione dello scopo di destinazione, nonché la loro preferenza nella fase distributiva di quanto ricavato dalla alienazione dei beni oggetto di destinazione. Sullo sfondo di questo scenario poi emerge "implicitamente" anche una evidente funzione "di garanzia": la segregazione che deriva dal negozio di destinazione permette infatti sia l'isolamento patrimoniale delle risorse destinate allo scopo programmato sia, contestualmente e strumentalmente rispetto alla prima funzione, l'obiettivo di assicurare al beneficiario una tutela prioritaria (come accade per i "veri e propri" negozi di garanzia, ma con il vantaggio per il creditore di non doversi assoggettare ai tempi e ai modi delle procedure di esecuzione forzata).

Nel perimetro dei negozi di destinazione alla liquidazione, il *trust* cosiddetto "liquidatorio" assume indubbiamente una posizione di rilievo: la fattispecie è quella del soggetto (sia esso una persona fisica o una persona giuridica) che, con una propria unilaterale espressione di volontà (11), destina in *trust* tutto il (o parte del) proprio patrimonio con lo scopo di soddisfare i suoi creditori mediante il ricavato della liquidazione di detto patrimonio (anche con la previsione che l'eventuale "avanzo di liquidazione" rimanga a suo beneficio), indicando genericamente quali beneficiari i suoi creditori (in tal caso si parla di *trust* "di scopo") (12) oppure individuando nominativamente o "per classi" i creditori beneficiari della destinazione (13).

Questa finalità "liquidatoria", nonché l'effetto "segregativo" che caratterizza il *trust*, possono dunque ben essere "spesi" anche nell'ambito della crisi dell'impresa commerciale: in questo contesto, infatti, l'istituto del *trust* può essere un valido strumento in ausilio dell'imprenditore che decida di tentare un risanamento "stragiudiziale" della propria esposizione debitoria ovvero di accedere a una delle procedure di composizione "tipiche" della crisi di impresa; attraverso la segregazione dei beni destinati alla soddisfazione dei creditori dell'impresa, il *trust* indubbiamente consente (purché ciò avvenga entro un lasso di tempo che non sia «inconciliabile con l'aspettativa dei creditori al realizzo dei rispettivi crediti entro un termine ragionevole») (14) «a coloro che pianificano il superamento dell'insolvenza,

Note:

(8) Sul punto cfr. ancora Franco, *Il nuovo art. 2645 ter cod. civ.*, cit., 2, nt. 3, secondo il quale: «il negozio con il quale si crea il vincolo di scopo è un negozio a causa destinataria e non separatoria» pertanto «la separazione patrimoniale che deriva dalla destinazione di beni allo scopo rappresenta, appunto, una mera conseguenza di quella funzionalizzazione, estranea pertanto alla configurazione causale della vicenda [...]. Il negozio rimane funzionalmente connotato proprio e solo dalla destinazione dei beni allo scopo» mentre «la separazione patrimoniale rappresenta un mero profilo che pur accede alla destinazione, ma della quale rappresenta un effetto».

(9) La destinazione patrimoniale è un *genus* che accomuna sotto tale elemento funzionale una pluralità di istituti aventi strutture ed effetti diversi tra loro, tra cui, in questa sede, vale la pena ricordare - tra gli altri - il *trust*, i patrimoni destinati a uno specifico affare, la cessione dei beni ai creditori e l'atto di destinazione di cui all'art. 2645 *ter c.c.*

(10) Cfr. sul tema Spinelli - Barbiera, *I negozi di destinazione alla liquidazione*, Napoli, 1999.

(11) Secondo l'opinione preferibile e più diffusa (cfr. ad esempio Bartoli, *Il Trust*, Milano, 2001, 310; e Muritano, *Note sul trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria)*, Studio n. 161/2011 del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato in data 1° marzo 2012), il *trust* avrebbe struttura unilaterale e non contrattuale e quindi i beneficiari non debbono partecipare al perfezionamento della fattispecie, la quale si confeziona quindi anche senza il loro consenso (fatto ovviamente salvo, comunque, il potere di rifiutare gli effetti favorevoli loro attribuiti).

(12) La qualificazione di un *trust* in termini di "*trust* di scopo" è assai rilevante: ad esempio, in quanto la legge di Jersey, all'art. 11, (2)(a)(iv) sancisce il *trust* come «*invalid*» se «it is created for a purpose in relation to which there is no beneficiary, not being a charitable purpose» fatta eccezione per il caso che «the terms of the trust provide for the appointment of an enforcer in relation to its non-charitable purposes, and for the appointment of a new enforcer at any time when there is none».

(13) Cfr. Parisi, *Trust a garanzia di creditori che aderiscono ad un piano di ristrutturazione*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, 448, secondo il quale la differenza tra le due tipologie non sarebbe data «dalla sussistenza o meno di uno scopo o di una finalità, ma nella presenza o meno di beneficiari individuati o anche solo individuabili, che abbiano azione contro il *trustee*».

(14) Trib. Brindisi 28 marzo 2011, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, 643.

anche tramite una liquidazione controllata degli assets del debitore, di perseguire quell'obiettivo con utilità, vanificando le iniziative esecutive e disgregative dei singoli, non impegnati nello stesso tentativo e nello stesso modo» (15). Questo assunto, tra l'altro, pare indirettamente sollecitato dallo stesso legislatore, quando, all'art. 7, L. 27 gennaio 2012, n. 3, "auspica" il ricorso a una gestione "fiduciaria" della crisi da sovraindebitamento, disponendo che il piano presentato dal debitore possa prevedere «l'affidamento del patrimonio del debitore ad un gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori».

In particolare, lo strumento del *trust* può essere impiegato, da un lato, quale piano stragiudiziale e "atipico" per il risanamento dell'impresa e, dall'altro, quale strumento di supporto (16) destinato a colmare le lacune o le inefficienze degli strumenti "tipici" predisposti dal legislatore per la soluzione delle crisi d'impresa (17), dato che esso offre soluzioni difficilmente raggiungibili attraverso le sole procedure tipiche (18). A questo riguardo, è peraltro indispensabile una precisazione, dovendosi distinguere le possibili concrete situazioni, a seconda cioè che l'impresa in crisi superi, o meno, le soglie di fallibilità di cui all'art. 1 l.fall.: se l'impresa infatti oltrepassa anche una sola di dette soglie, si rientra evidentemente nel perimetro di applicazione inderogabile degli istituti tipici previsti nella legge fallimentare (e quindi l'imprenditore insolvente può solo chiedere l'ammissione alla procedura di concordato preventivo (19), con finalità liquidatoria, ovvero domandare il proprio fallimento (20), essendo da escludere l'ipotesi che egli possa ricorrere a strumenti "atipici" al di fuori delle procedure predisposte dalla legge fallimentare per la gestione dell'insolvenza); finché invece l'imprenditore non giunga entro il perimetro dell'insolvenza "rilevante", egli può discrezionalmente utilizzare, al fine di tentare di risolvere la crisi della sua impresa, una pluralità di strumenti sia tipici (ossia previsti e disciplinati dal legislatore) che atipici. Tra i primi possono annoverarsi la decisione di procedere allo scioglimento volontario (con l'apertura della fase di liquidazione "ordinaria") delle imprese aventi veste societaria o di avvalersi delle cosiddette procedure "minori" (o alternative al fallimento) previste dalla legge fallimentare; le vie "atipiche" si identificano invece con i piani di risanamento interni o con gli accordi stragiudiziali con i creditori (tra i quali si possono annoverare, ad esempio, la cessione dei beni ai creditori, di cui all'art. 1977 c.c., e, appunto, il *trust* e gli altri negozi di destinazione comunque

funzionali al programmato risanamento). Trattandosi di piani di risanamento "atipici" essi presentano il vantaggio dell'essere frutto di pura autonomia negoziale (e quindi confezionabili *ad hoc* a seconda delle specifiche peculiarità di ogni caso concreto); in contropartita, essi peraltro non usufruiscono degli "incentivi" che la legge fallimentare appresta per le procedure alternative al fallimento (21).

Note:

(15) Fimmanò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2010, 511.

(16) Cfr. Cavallini, *Trust e procedure concorsuali*, in *Riv. soc.*, 2011, 1093.

(17) Il *favor* della legge fallimentare per le soluzioni "negoziato" della crisi d'impresa ha quindi sollecitato la prassi a impiegare lo strumento del *trust* quale ulteriore possibile modalità operativa: il *trust* permette, da un lato, di disattivare le azioni esecutive, anticipando gli effetti protettivi di cui all'art. 168 l.fall. (secondo il quale «dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore») ovvero estendendo quelli di cui all'art. 182 *bis*, l.fall. (in base al quale dalla data della pubblicazione nel registro delle imprese dell'accordo di ristrutturazione «e per sessanta giorni i creditori per titolo o causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore»), così evitando che la "variabile incontrollata" delle azioni esecutive individuali dei creditori pregiudichi la riuscita della programmata regolamentazione negoziale dell'insolvenza (posto che anche l'azione isolata di un singolo creditore potrebbe determinare la dichiarazione di fallimento); il *trust* permette, d'altro lato, di destinare a vantaggio dei creditori dell'impresa beni di soggetti terzi (ad esempio, nell'ambito del concordato preventivo cosiddetto "misto").

(18) In quest'ottica si tratterebbe dunque di uno strumento atto a colmare le "inefficienze" della legge fallimentare, che si sostanziano, essenzialmente, nella difficoltà, per l'imprenditore, di tutelare il proprio patrimonio dalle azioni dei cosiddetti *free riders* e nella difficoltà di vincolare a garanzia del piano o dell'accordo beni appartenenti a soggetti terzi (come accade, ad esempio, nell'ipotesi di concordato preventivo cosiddetto "misto"). Tali lacune sono state peraltro avvertite dallo stesso legislatore, che è a più riprese intervenuto per "correggere" taluni aspetti della legge fallimentare, come accaduto con la modifica dell'art. 182 *bis*, l.fall., in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti (il cui comma 6, a seguito del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, e del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, consente ora all'imprenditore di presentare un'istanza al fine di ottenere la sospensione delle azioni cautelari ed esecutive «anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo»).

(19) Procedura concessa anche all'imprenditore già insolvente: l'art. 160 l. fall. prevede infatti che «l'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo», precisando al suo ultimo comma altresì che «ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza».

(20) Ai sensi dell'art. 6 l.fall. «il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero».

(21) Cfr. Busani - Fanara - Mannella, *Trust e crisi d'impresa. Risanamento e liquidazione della impresa mediante i negozi di destinazione patrimoniale*, Milano, 2013, 52.

Giurisprudenza

Diritto societario

Il *trust* liquidatorio “di salvataggio”

È questa l'ipotesi, finora poco indagata (22), di un'impresa che, trovandosi in uno stato di crisi, rilevante eppure ancora «reversibile» (23), intenda - per scongiurare (o per “resistere” a) una istanza di fallimento - liquidare alcuni suoi *assets* al fine di soddisfare i creditori e, una volta riequilibrata la sua situazione economica, di proseguire nella propria attività. In questa fattispecie, l'utilizzo del *trust* liquidatorio appare assai interessante poiché il *trust* viene qui impiegato in un'ottica, per così dire, “preventiva” del fallimento, e cioè con la funzione di liquidare alcuni beni e di destinare il ricavato ai creditori, in modo tale da impedire il sopraggiungere dello stato di insolvenza dell'impresa disponente e comunque - e a prescindere dal primo effetto - da far desistere i creditori dalla proposizione dell'istanza di fallimento (o dal perseguire iniziative esecutive individuali).

In sostanza, in questa ipotesi, l'imprenditore in crisi di liquidità, ma comunque sufficientemente patrimonializzato (si pensi, ad esempio, alla presenza nel compendio aziendale di immobili di valore, ma di difficile liquidazione) dispone in *trust* una parte dei beni aziendali (eventualmente integrati da beni “personali” dell'imprenditore stesso o di soggetti terzi, quali i suoi familiari) al fine di “destinarli” alla soddisfazione dei creditori dell'impresa (o comunque di quelli più “aggressivi” in un'ottica fallimentare, con ciò, in tal caso, non rispettando la parità di trattamento dei creditori, dato che ancora non opera in questa fase la regola della *par condicio*, e fatta sempre salva, comunque, per i creditori che dal *trust* si sentano pregiudicati, la facoltà di agire in revocatoria). Si tratta dunque di una soluzione la cui fortuna dipende dalla sua capacità “persuasiva” nei confronti dei possibili creditori istanti (24), perché “rassicurati” dalla destinazione a loro favore di un attivo patrimoniale (che sarebbe ovviamente preferibile fosse) superiore al valore dei loro crediti e dalla ragionevole probabilità (in funzione anche della concreta struttura del *trust* e dello *standing*, morale e professionale, del *trustee* e del guardiano) che essi possano venire soddisfatti in tempi certamente più celeri di quelli propri di una “normale” procedura concorsuale.

Dal punto di vista della pratica attuazione di questa soluzione, e anche al fine di conferire “credibilità” a questo ipotizzato piano “privato” di risanamento, appare anzitutto imprescindibile conferire l'incarico di “gestione” del *trust* a un *trustee* terzo e indipendente, preferibilmente indicato dal ceto cre-

ditorio (in quasi simmetria a quanto per legge accade se si attiva l'istituto della *cessio bonorum*), e prevedere la nomina di un guardiano altrettanto “affidabile” in quanto alla sua funzione di supervisione dell'operazione.

Nella predisposizione del *trust* in parola occorre poi assicurarsi - come già accennato - circa la possibilità che con esso si possano soddisfare i creditori in un tempo “ragionevole” e che il *trust* sia pertanto idoneo a non condurre l'imprenditore nell'ambito dell'insolvenza “rilevante”. In dottrina (25) si è al riguardo condivisibilmente affermato che «dal momento che l'insolvenza non è esclusa dalla semplice capienza del patrimonio del debitore», essa deve parimenti ritenersi non «esclusa neppure dalla sua destinazione vincolata al soddisfacimento dei creditori» allorché le operazioni di liquidazione e pagamento dei creditori abbiano una durata incompatibile con la “transitorietà” della crisi. La segregazione dei beni a vantaggio dei creditori, da sola, non determina infatti la soddisfazione dei loro crediti, dovendosi attendere, a tal fine, l'effettiva liquidazione dei beni.

Un diverso avviso (26) è quello secondo cui la semplice istituzione del *trust* e, dunque, la “destinazione” dei beni alla soddisfazione dei creditori scongiurerebbe, *ex se*, il prodursi dello stato di insolvenza, a prescindere dalla durata delle operazioni “materiali” di liquidazione. Può tuttavia obiettarsi che solo con l'attuazione del programma del *trust* si ha il pagamento dei creditori e, dunque, la soddisfa-

Note:

(22) Cfr. D'Arrigo, *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in Di Marzio (a cura di), *La crisi d'impresa - questioni controverse nel nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 452; Busani - Fanara - Mannella, *Trust e crisi d'impresa*, cit., 34.

(23) Come già osservato, allorché si versi in una fase “irreversibile” di crisi di liquidità, tale da determinarne un'insolvenza attuale (che, ai sensi dell'art. 5 l.fall., si verifica allorché vi siano «inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»), non pare potersi prescindere dalle forme di liquidazione concorsuale previste dalla legge.

(24) Potrebbe ritenersi preferibile strutturare il *trust* come *trust* di scopo, a vantaggio di tutti i possibili creditori del disponente, i quali potrebbero essere invogliati ad aderirvi dall'alternativa di doversi sobbarcare l'incerto esito di una azione revocatoria.

(25) Cfr. D'Arrigo, *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in *La crisi d'impresa - questioni controverse nel nuovo diritto fallimentare*, cit., 454, che suggerisce a tal fine, come parametro di valutazione della “ragionevole” durata del *trust*, il termine annuale proprio della disciplina del bilancio.

(26) Cfr. Greco, *Il trust quale strumento di soluzione e prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, 219.

ne delle obbligazioni che facevano capo al debitore; senza trascurare la circostanza che recenti vicende finite al vaglio della magistratura (27) hanno talora evidenziato l'uso disinvolto del *trust* a danno dei creditori, anche per non avere il *trustee* compiuto alcuna attività liquidatoria, essendo in realtà stata confezionata l'intera operazione al solo scopo pratico di ottenere la cancellazione della società disponente dal Registro delle Imprese. Invero, se il *trust* fosse ritenuto di per sé idoneo a impedire lo stato di insolvenza, si aprirebbe inevitabilmente il varco a *trust* che rimarrebbero solo "sulla carta" e che avrebbero il solo scopo di allungare i tempi della dichiarazione di fallimento; è opportuno ricordare infatti che anche la stipula di una cessione dei beni ai creditori non impedisce, al ricorrere dei relativi presupposti, la successiva dichiarazione di fallimento del debitore (28).

In conclusione, deve ribadirsi che un simile *trust* (se opportunamente confezionato e "affidato" a un *trustee* e a un guardiano capaci e credibili) appare probabilmente meritevole di tutela, poiché ha come scopo l'eliminazione dell'insolvenza: esso si pone come alternativa al fallimento, ma non già nel senso di impedirne l'operatività, pur a fronte della sussistenza dei presupposti per l'instaurazione di una procedura concorsuale, ma perché in grado effettivamente di eliminare in radice le ragioni del ricorso a detta procedura. Ovviamente, rimane anche qui la necessità di ponderare adeguatamente la "causa in concreto" del *trust*, per cui, se esso in realtà sia finalizzato a una elusione o a una disapplicazione della disciplina concorsuale, esso si presta comunque ad essere ritenuto censurabile ai sensi dell'art. 15 della Convenzione de L'Aja, secondo il quale «La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà, in particolare nelle seguenti materie: [...] e) la protezione di creditori in casi di insolvibilità; [...]».

Trust autodichiarato, trust sham e revoca del trustee

Il caso deciso dal giudice milanese con la sostituzione del *trustee*, essendosi reputato il *trust* in questione come «uno strumento volto unicamente a sottrarre i beni della società e personali all'azione esecutiva dei creditori», era una fattispecie di *trust* con nomina di un *trustee* terzo rispetto al soggetto disponente, anche se, forse, solo "formalmente" ter-

zo (in quanto il *trustee* era, come detto l'unico socio e l'unico liquidatore della "Alfa s.r.l."). In altri termini, una fattispecie simile (o identica) a quella del cosiddetto *trust* autodichiarato, la quale merita un minimo di riflessione perché di frequente (fraudolento) utilizzo nell'ambito "liquidatorio" (ma non solo).

Non c'è dubbio, anzitutto, che il cosiddetto "*trust* autodichiarato" sia una figura assolutamente praticabile nel nostro ordinamento (29) (per *trust* autodichiarato intendendosi la fattispecie nella quale il *settlor* nomina se stesso quale *trustee*, isolando, dal proprio "patrimonio generale", i beni destinati al *trust*, vincolandoli all'attuazione del *trust* e mandandoli a formare un sottoinsieme a fianco del proprio "patrimonio generale", finalizzato appunto all'attuazione del *trust*): lo afferma, come già rilevato, l'ultimo comma dell'art. 2 della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, secondo il quale «Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il *trustee* stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*».

Ma nemmeno dubbio appare che il "*trust* autodichiarato" sia una fattispecie ad alto tasso di sollecitazione di una sua valutazione in termini di fittizietà; perché, se è pur vero che:

- se si ha il cumulo in un unico soggetto delle qualità di disponente, di *trustee* e di beneficiario, ciò «di per sé non significa nulla»;
- se il disponente mantiene il godimento gratuito dei beni conferiti nel *trust*, ciò «è ovvio, dato che egli ne è il *trustee*»;
- se il *trustee* ha piena libertà nell'amministrare e alienare i beni del *trust*, «questi sono i normali poteri del *trustee*» (30);

Note:

(27) Cass. pen., sez. V, 24 gennaio 2011, n. 13276, in *Fisco*, 1, 2011, 2549; in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, 408; in *Dialoghi trib.*, 2011, 449, con nota di Bertolaso; e in *Riv. giur. trib.*, 2011, 686, con nota di Fontana.

(28) Secondo Cass. 20 febbraio 1978, n. 801, in *CED Cass.*, Rv. 390138, secondo la quale «la cessione dei beni ai creditori [...] non è di ostacolo alla successiva dichiarazione di fallimento del debitore, ove ne ricorrano le condizioni di legge, a nulla rilevando che la cessione medesima abbia avuto parziale esecuzione», citata da Fanticini, *Il trust liquidatorio e il conflitto con il fallimento: confronto sui pro e contro*, in *AA.VV.*, *Collana Quaderni di trust, Moderni sviluppi dei trust*, Atti del V Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia", tenutosi a Sestri Levante 12/14 maggio 2011, 539.

(29) Cfr. ad esempio Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, 29.

(30) Le parole fin qui virgolettate sono di Lupoi, *La Cassazione e il trust sham*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, 5, 469.

Giurisprudenza

Diritto societario

è senz'altro pur anche vero che se i beneficiari (e cioè i creditori, nel caso del *trust* liquidatorio) non hanno alcun potere di controllo dell'operato del *trustee*; se manca del tutto un *protector* o se quello nominato sia una mera "testa di legno", priva di qualsiasi requisito di indipendenza e di professionalità; se il *trustee* non rende i conti; se il *trustee* non redige un progetto liquidatorio e non dà mostra di comportarsi da liquidatore; se, in sostanza, il *trustee* esercita una egemonia sui beni in *trust* tale da violare qualsiasi *fiduciary duty* nei confronti dei beneficiari del *trust*, e quindi si pone in una situazione di *breach of trust* rendendosi inadempiente al suo fondamentale «*duty to perform the trust honestly and in good faith for the benefit of the beneficiaries*» (31); è difficile non pervenire alla conclusione che l'istituzione di un *trust* siffatto non sia avvenuta con l'esclusivo e illegittimo scopo di schermare il patrimonio vincolato in *trust* rispetto ai creditori del soggetto disponente con l'intento di sottrarlo alle loro pretese e alle loro istanze esecutive.

Si tratta, in altri termini, di indici in presenza dei quali, specie (32) nei casi di *asset protection trust*, appare inevitabile derivare la qualificazione di questo *trust* in termini di *sham* (per utilizzare espressioni di diritto anglosassone) (33) o, per usare espressioni domestiche, in termini di simulazione assoluta e quindi di nullità del negozio da cui si origina l'interposizione fittizia: da una fattispecie come quella appena descritta, infatti, pare doversi necessariamente evincere la mancanza di una effettiva volontà del disponente di compiere una certa disposizione patrimoniale; e pure evincere che il vincolo dei beni in *trust* è istituito per uno scopo diverso da quello - seriamente liquidatorio - al quale il *trust*, se effettivamente istituito, sarebbe preordinato (34).

Se invece il *trust* liquidatorio sia configurato con un *trustee* professionista nel campo delle liquidazioni (35), con un guardiano altrettanto professionale, con un reale progetto liquidatorio tempestivamente attuato, si torna senz'altro nei binari del plausibile e del lecito: l'indipendenza e la discrezionalità del *trustee*, l'assenza di intromissioni del *settlor* nell'operato del *trustee*, la mancanza di poteri del *settlor* sulla gestione e sulla destinazione dei beni in *trust* appaiono infatti tutte caratteristiche indispensabili affinché il *trust* possa reggere a riprese critiche in termini di frode e di illecita e fittizia interposizione. Se infatti il disponente tenga per sé considerevoli poteri sulla sorte dei beni in *trust* e di direzione del *trustee* e se vi sia un supino asservimento del *trustee* agli interessi del disponente, non vi dovrebbe

esservi dubbi che il *trust* sia *sham* (36) perché si tratta di prove evidenti della totale assenza della volontà del disponente di perdere la titolarità dei propri beni e del fatto che la loro immissione in un *trust* è completamente artificiosa. Pur se «la normativa in materia non può automaticamente far considerare nullo un *trust* solo perché lo stesso proprietario o disponente dei beni nomina se stesso come *trustee*», «presupposto coesenziale alla stessa natura dell'istituto è che il detto disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in *trust*, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il *trust* è nullo (*sham trust*) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio» (37).

Inevitabile, a questo punto, in sede cautelare, il provvedimento di revoca del *trustee* e la sua sostituzione con un nuovo *trustee*; in vista di un giudizio di merito ove si dichiara il *trust* non tanto revocato quanto nullo per frode alla legge o per simulazione.

Note:

(31) *Armitage v. Nurse* [1998], Ch., 241; sulla quale cfr. Penner, *Trustee exemption clauses after Armitage v. Nurse*, in Birks, Pretto, *Breach of trust*, Oxford - Portland, 2002, 241.

(32) Cfr. Matthews, *The Asset Protection Trust: Holy Grail or Wholly Useless*, in *The Offshore Tax Planning Review*, 1996, I, 57.

(33) Cfr. ad esempio *Snook v. London and West Riding Investments Ltd.* [1967] 2 Q.B. 786, 802; *Midland Bank Plc v. Wyatt* [1995] 1 FLR 696, 707; *Roger Stone (HM Inspector of Taxes) v. Richard Henry Hitch, Thomas Henry Hitch, Ian Geoffrey Handy* [2001] EWCA Civ 63, (CA, 2001) 87.

(34) Cfr. sul tema anche Belvederi, *Alcune considerazioni in materia di sham trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2, 2013, 143.

(35) Per il caso di nomina, quale *trustee*, del commissario giudiziale di una procedura di concordato preventivo, cfr. Trib. Parma 3 marzo 2005, in *Riv. not.*, 2005, 851, con nota di De Guglielmi, *Brevi considerazioni a margine di due recenti provvedimenti giurisdizionali in materia di trust*.

(36) Cfr. in tal senso *Abdel Rahman v. Chase Bank*, [1991] JLR 103, 121.

(37) Cass. pen., sez. V, 24 gennaio 2011, n. 13276, in *Fisco*, 1, 2011, 2549; in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, 408; in *Dialoghi trib.*, 2011, 449, con nota di Bertolaso; e in *Riv. giur. trib.*, 2011, 686, con nota di Fontana.