

CAPITOLO 2

La destinazione alla liquidazione: il trust per prevenire o gestire la crisi d'impresa

Nel presente capitolo si delinea il perimetro dei possibili impieghi del trust da parte di imprese in crisi, evidenziando gli spazi che il nostro sistema giuridico riserva all'autonomia negoziale nella creazione di patrimoni destinati ad uno scopo (ed allo scopo liquidatorio in particolare). Si passa dal trust quale strumento "atipico" stragiudiziale di risoluzione della crisi, al di fuori delle procedure tipiche predisposte a tal fine dal legislatore, al trust quale strumento di supporto alle dette procedure (le c.d. minori o alternative al fallimento) fino al trust all'interno del fallimento.

Punti fondamentali

- *La destinazione alla liquidazione: nozione*
- *Il trust liquidatorio: descrizione della fattispecie e suoi possibili impieghi*
- *La "nuova" disciplina fallimentare e le nozioni di crisi ed insolvenza quali presupposti per accedere alle varie procedure di composizione della crisi*
- *Gli strumenti "alternativi" al fallimento: piani attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordato preventivo*
- *I possibili impieghi del trust quale mezzo di risoluzione della crisi: da strumento "atipico" al di fuori delle procedure a strumento di supporto alle procedure alternative al fallimento*

1. La destinazione alla liquidazione: in particolare, il trust "liquidatorio"

Nell'ambito delle varie tipologie di negozi di destinazione patrimoniale¹, la categoria dei negozi di "destinazione alla liquidazione"² si caratterizza per la sua finalità: la liquidazione di un determinato coacervo di beni e rapporti attivi al fine di soddisfare con preferenza (o in esclusiva) una determinata categoria di creditori.

Sui beni destinati si origina, in sostanza, un vincolo che importa - a favore dei creditori beneficiari - l'inopponibilità dei negozi stipulati in violazione dello scopo di destinazione nonché la loro preferenza, nella fase distributiva, di quanto ricavato dalla alienazione dei beni. Sullo sfondo emerge "implicitamente" anche una funzione di garanzia: la segregazione che deriva dal negozio di destinazione permette sia l'isolamento patrimoniale delle risorse destinate allo scopo sia, contestualmente e strumentalmente rispetto alla prima funzione, l'obiettivo di assicurare al beneficiario una tutela prioritaria (come accade per i negozi di garanzia, ma con il vantaggio di non dover attendere le lungaggini dell'esecuzione forzata).

Una fattispecie di sicuro interesse, nell'ambito dei negozi di destinazione alla liquidazione, è il c.d. trust "liquidatorio"³: attraverso tale ne-

¹ 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.

² Cfr. M. Spinelli, *Il negozio di destinazione alla liquidazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960; M. Spinelli - L. Barbiera, *I negozi di destinazione alla liquidazione*, Napoli, 1999.

³ Come già illustrato ai sensi dell'art. 2 della Convenzione de L'Aja si definisce trust ogni negozio attraverso cui un soggetto (c.d. disponente o *settlor*) istituisce in trust determinati beni e diritti del suo patrimonio, a tal fine ponendoli sotto il controllo di un soggetto (c.d. *trustee*) nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato liberamente individuato nell'atto istitutivo del trust stesso. Ai sensi della citata disposizione «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*»: si ha quindi un trust allorché il disponente trasferisce determinati rapporti giuridici ad un altro soggetto, che però li acquista in qualità di *trustee* (e non già in nome proprio). Tali beni non entrano a far parte del suo patrimonio ma mantengono la natura di patrimonio separato: 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

(segue)

gozio un soggetto (sia esso persona fisica o giuridica) conferisce in trust tutto il (o parte del) proprio patrimonio con lo scopo di soddisfare i suoi creditori mediante il ricavato della liquidazione, anche prevedendo che l'eventuale "avanzo di liquidazione" rimanga a suo beneficio⁴. Può trattarsi di un trust di scopo - in cui i beneficiari siano genericamente tutti i creditori del disponente - ovvero di un trust con beneficiari individuati⁵ (nominativamente o per "classi"). Posto che, secondo l'opinione preferibile e più diffusa⁶, il trust avrebbe struttura unilaterale e non contrattuale, deve ritenersi che i beneficiari non debbano partecipare al perfezionamento della fattispecie, la quale si confeziona quindi anche senza il loro consenso, salvo comunque il potere di rifiutare gli effetti favorevoli loro attribuiti⁷. Stante questa non partecipazione, si rende dunque indispensabile una qualche forma di notifica o di avviso nei confronti dei creditori beneficiari, e ciò anche al fine di evitare "abusi" da parte del disponente⁸.

Tale scopo "liquidatorio", nonché l'effetto "segregativo" che caratterizza il trust, può ben essere "speso" anche nell'ambito della crisi dell'impresa commerciale.

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*».

⁴ Infatti, ai sensi dell'art. 2 della Convenzione de L'Aja «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». Una variante, laddove il disponente sia una società, potrebbe anche essere quella di prevedere quali "beneficiari residuali" i suoi soci.

⁵ Rimane però qualche dubbio in merito all'effettiva possibilità di ravvisare - in siffatti trust - tale distinzione: cfr. D. 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*».

⁶ Cfr. S. Bartoli, *Il Trust*, Milano, 2001, 310; D. 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.

⁷ Conformemente ai principi generali del nostro ordinamento. Basti pensare alla normativa in materia di contratto a favore del terzo (art. 1411 c.c.) e di legato (art. 649), che riconosce al soggetto "beneficiario" dell'acquisto, ma estraneo alla fattispecie costitutiva del negozio, il potere di rifiutare - con efficacia *ex tunc* - tali effetti a lui favorevoli. In caso di rifiuto, il beneficiario, esclusa, alla luce di quanto detto, la possibilità di ritenere la fattispecie non perfezionata, deve essere assimilato ai creditori "estranei" al vincolo.

⁸ Si pensi, ad esempio, alla eventualità che vengano individuati creditori in maniera "fantasiosa" al solo fine di segregare un bene di ingente valore, ben superiore rispetto al concreto credito che si vuole soddisfare.

In questo contesto, come si cercherà di chiarire, l'istituto del trust (liquidatorio ma non solo) può essere un valido strumento in ausilio all'imprenditore - che decide di tentare un risanamento "stragiudiziale" della propria esposizione debitoria ovvero di accedere ad una delle procedure di composizione "tipiche" della crisi di impresa - nonché ai curatori ed ai giudici delegati per la gestione della procedura fallimentare.

2. Le nozioni di crisi e insolvenza nella legge fallimentare

Allorché il dissesto patrimoniale riguarda un'impresa commerciale il legislatore "storico" (la disciplina sul fallimento risale al R.D. 16 marzo 1942, n. 267) ha ritenuto di potere (e dovere) sostituire le azioni esecutive individuali con delle articolate procedure che mirano a ripartire le perdite derivanti dal dissesto tra tutti i creditori coinvolti⁹. Per molto tempo lo sbocco "naturale" della crisi di impresa è stata quindi (per lo più su iniziativa di uno o più creditori) la dichiarazione di fallimento¹⁰, che implicava di norma la scomparsa dell'impresa fallita e dei suoi elementi costitutivi.

Il contesto socio-economico ha tuttavia subito nel corso degli anni profondi mutamenti ed il legislatore ha dovuto adeguare l'impianto normativo per venire incontro alle istanze degli operatori. In particolare nell'ultimo decennio la crisi economica che stiamo attraversando a livello nazionale nonché europeo e - più in generale - il perdurante clima di recessione che ci accompagna ha fatto sì che l'attenzione della classe politica si concentrasse sulle varie articolazioni che la "crisi di impresa" assume nel quotidiano e sulle conseguenze che da tale crisi di volta in volta discendono.

L'angolo visuale si è quindi ampliato: nel nuovo impianto della legge fallimentare¹¹ le varie procedure abbracciano anche situazioni ove le dif-

⁹ Pur con le specificità proprie di ciascuna di esse, le procedure volte alla liquidazione concorsuale dei beni del debitore possono essere accomunate per il loro carattere generale (in quanto aventi ad oggetto l'intero patrimonio del debitore) e collettivo (perché rivolte a tutti i creditori dell'imprenditore) e dunque per lo scopo ultimo di assicurare, almeno in via di principio, la parità di trattamento tra tutti i creditori (c.d. *par condicio creditorum*).

¹⁰ A seguito della quale si apre una complessa fase di liquidazione concorsuale del patrimonio dell'imprenditore fallito in modo da garantire ai suoi creditori la maggiore percentuale possibile di soddisfacimento del loro credito: tale processo passa dall'accertamento dei debiti dell'imprenditore fallito, cui segue la liquidazione del patrimonio (o "realizzazione dell'attivo") e la sua distribuzione ai creditori accertati (o "ammessi al passivo").

¹¹ Si tratta del R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

ficoltà dell'imprenditore non hanno (ancora) raggiunto quel grado di irreversibilità richiesto per la pronuncia di fallimento¹², al dichiarato fine di limitare il più possibile la dissoluzione dell'azienda coinvolta nel dissesto dell'imprenditore.

Da quando il legislatore ha preso coscienza della opportunità di disciplinare tale più ampio concetto di "crisi d'impresa", è stata avviata una articolata fase di riforma della legge fallimentare¹³ introducendo ed innovando una serie di strumenti alternativi alla procedura fallimentare allo scopo - immanente anche quando non esplicitato - di evitarne la dichiarazione. Il legislatore, presa coscienza della inadeguatezza dell'impianto normativo esistente a far fronte alla nuova complessità del tessuto economico e sociale (e dell'impatto che la liquidazione fallimentare aveva su di esso), ha abbandonato l'impostazione originaria che mirava a "punire" l'imprenditore incapace di garantire la redditività e la solidità dell'azienda da lui organizzata e che dunque doveva essere espunto dal sistema economico nel modo più rapido e "indolore" possibile¹⁴, evitando così che si riproponesse al mercato.

Con l'espressione "crisi di impresa" ci si riferisce oggi a una nozione ampia che comprende in sé (ma non si limita a) l'insolvenza: essa può identificarsi con «tutte quelle situazioni di difficoltà economica e finanziaria dell'impresa, sia che esse si siano già tradotte, sia che non si siano ancora tradotte nello stato di insolvenza irreversibile rilevante *ex art. 5* legge fallimentare, ponendosi i concetti di "crisi" e di "insolvenza" in

¹² Per dichiarare la quale occorre accertare lo stato di insolvenza dell'imprenditore, ovvero ai sensi dell'art. 5 l. fall. l'esistenza di «inadempimenti od altri fatti esteriori i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

¹³ Il lungo cammino della riforma della legge fallimentare è iniziato con il D.L. 14 marzo 2005, n. 35 (c.d. «mini riforma»), con effetti dal 17 marzo 2005. La sua legge di conversione, ovvero la Legge 14 maggio 2005, n. 80, ha delegato al Governo l'attuazione della riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali. Il che è avvenuto con il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, con effetti dal 16 luglio 2006 (c.d. «riforma organica della legge fallimentare») cui è seguito il c.d. decreto «correttivo» (ovvero il D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169), entrato in vigore il 1° gennaio 2008. Ulteriori modifiche, definite «misure urgenti», sono state introdotte con il D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con Legge 30 luglio 2010, n. 122. Infine, il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. decreto «sviluppo»), convertito con Legge 7 agosto 2012 n. 134, ed il D.L. del 18 ottobre 2012, n. 179 (c.d. decreto «sviluppo *bis*»), convertito con Legge 17 dicembre 2012, n. 221.

¹⁴ Quanto estenuante e dolorosa sia invece qualsiasi procedura fallimentare è circostanza ben nota agli operatori del settore - giudici delegati e curatori, per non parlare dei creditori.

rapporto, per l'appunto, di genere a specie»¹⁵. La situazione di crisi può quindi essere definita come quello stadio della vita dell'impresa in cui è a rischio la prospettiva di continuazione dell'attività, pur essendo ancora possibile - trovandosi l'impresa in una fase comunque "dinamica" - il suo risanamento.

Dalla crisi si passa ad uno stato di insolvenza "rilevante" ai fini della dichiarazione di fallimento se l'impresa «non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»¹⁶, situazione che si verifica quando, a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie all'attività commerciale, l'impresa si trova in una situazione di impotenza non transitoria che non le consente più di soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni¹⁷.

L'insolvenza si manifesta di regola con l'inadempimento di una o più obbligazioni, ma non si identifica con esso: l'inadempimento è solo uno degli indici (tra i quali possiamo annoverare, ad esempio, anche il pagamento dei debiti con mezzi anomali, la chiusura degli stabilimenti o la fuga dell'imprenditore) in grado di manifestare all'esterno il dissesto dell'imprenditore. Come precisato in giurisprudenza¹⁸, l'insolvenza è uno stato di fatto, distinto dalla mera incapienza patrimoniale, non escluso dalla presenza di un attivo superiore al passivo, laddove l'attivo sia costituito da beni non facilmente liquidabili. Il punto centrale al fine di considerare un imprenditore insolvente è dato dalla circostanza "qualificante" della irreversibilità della crisi di liquidità, o comunque di una prognosi incerta circa la sua reversione¹⁹. Ma questo elemento è anche il punto debole della vicenda, poiché la legge non ha stabilito alcun criterio oggettivo per determinare la "non transitorietà" della crisi e spetta

¹⁵ Cfr. Trib. Bari 21 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 169; interpretazione oggi confermata dal disposto dell'art. 160, ultimo comma, l. fall., ai sensi del quale «ai fini di cui al primo comma» - e cioè ai fini dell'individuazione del presupposto per accedere al concordato preventivo - «per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza».

¹⁶ Cfr. l'art. 5 l. fall.

¹⁷ In questo senso cfr. Cass., SS.UU., 11 febbraio 2003, n. 1997.

¹⁸ Cfr. in questo senso Cass. 28 aprile 2006, n. 9856; Cass. 30 settembre 2004, n. 19611; Cass. 28 marzo 2001, n. 4455; Cass. 27 febbraio 2001, n. 2830.

¹⁹ Anche l'inadempimento di una sola obbligazione, se dimostra uno stato di grave dissesto, è idoneo indice di insolvenza (cfr. Cass. 30 settembre 2004, n. 19611).

all'interprete prima, e al giudice successivamente, di riempire di contenuto tale parametro²⁰.

3. I possibili impieghi del trust quale strumento di risoluzione della crisi a disposizione delle imprese: cenni

Dopo aver tratteggiato le caratteristiche dei negozi di destinazione (e del trust in particolare) nonché le nozioni di crisi ed insolvenza, è venuto il momento di introdurre il ruolo che il trust può svolgere al servizio della soluzione della crisi d'impresa, alla luce degli ampi spazi che la rinnovata cornice della legge fallimentare²¹ attribuisce all'accordo tra imprenditore e creditori per la risoluzione "preferenziale" del debito d'impresa.

Il trust consente infatti, attraverso la segregazione dei beni destinati alla soddisfazione dei creditori dell'impresa - purché entro un lasso di tempo che non sia «inconciliabile con l'aspettativa dei creditori al realizzo dei rispettivi crediti entro un termine ragionevole»²² - «a coloro che pianificano il superamento dell'insolvenza, 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»²³. L'assunto sembra indirettamente confermato dallo stesso legislatore, che all'art. 7 della Legge 27 gennaio 2012, n. 3, "auspica" il ricorso a una gestione "fiduciaria" della crisi da sovraindebitamento²⁴.

In particolare lo strumento del trust può essere impiegato da un lato quale piano stragiudiziale e "atipico" per il risanamento dell'impresa,

²⁰ Di recente peraltro in dottrina è stato sostenuto che un parametro temporale potrebbe ricavarsi dall'esame delle norme in materia di bilancio, ove è espressamente previsto come parametro per una corretta rappresentazione contabile e per una affidabile informazione all'esterno della situazione patrimoniale della società il termine di un anno, termine ritenuto non derogabile dall'autonomia privata. In tal senso cfr. C. D'Arrigo, *L'impiego del trust nella gestione negoziale della crisi d'impresa*, in *La crisi d'impresa - questioni controverse nel nuovo diritto fallimentare*, in *La crisi d'impresa - questioni controverse nel nuovo diritto fallimentare*, a cura di F. Di Marzio, Padova, 2010, 454.

²¹ Cioè il R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

²² Cfr. Trib. Brindisi 28 marzo 2011, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, 643.

²³ Cfr. F. Fimmanò, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2010, 511 ss.

²⁴ La norma dispone infatti 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». La fattispecie è approfondita nel successivo Capitolo 12.