

Concordato preventivo e trust

A cura di Stefano Poli

Scopo dell'intervento

L'obiettivo di fondo è quello di verificare se, ed in quali vesti ed ambiti, l'istituto del trust (con la sua naturale attitudine a segregare ed imprimere un vincolo forte e "reale" di destinazione al patrimonio ad esso imputato, ma anche con la sua correlata idoneità ad incidere sui diritti e sulle aspettative dei terzi) possa essere

(I) legittimamente

(II) efficacemente

utilizzato nell'ambito della procedura di concordato preventivo così come questa è stata ridisegnata dal legislatore nella riforma del diritto concorsuale iniziata nel 2005.

Percorso selezionato per l'intervento

- 1) esame "evolutivo" delle caratteristiche di fondo del nuovo c.p. con individuazione finale fattori di competitività della nuova procedura rispetto alle altre modalità di soluzione della crisi d'impresa
- 2) individuazione del ruolo che può avere l'istituto del trust nel nuovo contesto normativo, quale alternativa (cenni) al concordato preventivo, ovvero nell'ambito dei piani di concordato preventivo (individuali e di gruppo) e/o in sede di esecuzione di piani di concordato preventivo

IL CONTESTO NORMATIVO

IL CONCORDATO PREVENTIVO PRE RIFORMA

▪ Fonti

Artt. 160 - 186 l.f.

▪ Caratteristiche pre riforma

Il c.p., nella l.f. originaria, era una procedura concorsuale giudiziale (in virtù dell'omologa) con finalità normalmente non conservative (la funzione tipica era la destinazione del patrimonio alla liquidazione per il soddisfacimento paritario dei creditori) basata sugli stessi presupposti, soggettivi ed oggettivi, del fallimento (V. requisiti di meritevolezza), destinato a consentire

all'imprenditore "onesto ma sfortunato" di evitare il fallimento pagando in percentuale i creditori, con la produzione dei seguenti effetti:

- evitare il fallimento incluse le gravi conseguenze patrimoniali (spossessamento) e personali (ora attenuate) nei confronti dell'imprenditore insolvente;
- proteggere durante la procedura dalle azioni esecutive individuali;
- produrre un'efficacia **esdebitatoria generale** verso tutti i creditori anteriori, anche se dissenzienti
- effetti "**compensati**" dai requisiti di "meritevolezza" e da un giudizio di merito ai fini dell'ammissione e dell'omologa

▪ **Criticità di fondo (derivanti dall'identità perfetta di presupposti con il fallimento):**

- inidoneità dello strumento ad essere utilizzato per situazioni di crisi diverse da quella finanziaria
- inidoneità dello strumento per affrontare crisi finanziarie "reversibili"
- eccessiva rigidità di "contenuto" dei piani di concordato

SEGUE:

IL "NUOVO" CONCORDATO PREVENTIVO: LE SCELTE DI "METODO" DEL LEGISLATORE

Tre le caratteristiche di fondo della **tecnica legislativa** con cui è stata riformata la legge fallimentare:

1) metodo "**dell'interpolazione**" della legge fallimentare esistente (come riforma societaria)

2) metodo del "**paramecio**" (anch'esso usato anche per la riforma del diritto societario), con aggiustamenti successivi (4, limitandosi ai principali, gli interventi con i quali, in soli 5 anni il legislatore è intervenuto sulla legge fallimentare e manca la riforma dell'amministrazione straordinaria, vale a dire della crisi della grande impresa, messa in cantiere, ma in fase di stallo)

- Legge 80/2005 che ha convertito il c.d. "**decreto competitività**" vale a dire il D.L. 35/05 che ha modificato alcuni istituti "urgenti" della legge fallimentare (revocatorie e concordato preventivo soprattutto) – con norme entrate in vigore il **17 marzo 2005; settembre**

2007 – ed ha dato delega al Governo per operare una riforma più estesa della legge fallimentare;

- Decreto Legislativo 9.1.2006, n. 5:** si tratta della "**riforma organica**" della legge fallimentare predisposta sulla base della delega contenuta nella L. 80/05
- D. Lgs. 12.9.2007, n. 169, pubblicato in G.U. n. 17.10.2007 (c.d. "**decreto correttivo**") che ha modificato parzialmente la disciplina dell'istituto, sostituendo il 182 bis; norme destinate ad entrare in vigore **1 gennaio 2008**
- D.L. 78/2010, convertito, con modifiche, dalla L. 122/2010, ed entrato in vigore il **31 maggio 2010**, che ha ulteriormente inciso sull'istituto sotto diversi profili

3) metodo del "**compartimento stagno**" rispetto alla riforma societaria del 2003, in quanto mancano adeguate norme di raccordo tra le due riforme "epocali" della legislazione economica (es: manca una individuazione delle condotte degli organi sociali, soprattutto il collegio sindacale, in presenza di crisi di impresa e, in genere manca un'adeguata ed analitica disciplina del fallimento e delle altre procedure delle società, anche considerando che con il regime delle soglie le norme concorsuali presentano un'applicazione limitata alle imprese individuali; manca una disciplina della crisi di gruppo, malgrado il legislatore civilistico e penalistico abbia introdotto una regolamentazione dei "gruppi"); manca, ovviamente, un collegamento espresso con il trust (più comprensibile dato il carattere settoriale e de relato della disciplina)

Rischio, strutturalmente connaturato alla tecnica legislativa utilizzata (interpolazione, aggravata da metodo del paramecio), è costituito dalle **difficoltà di raccordo e coordinamento sistematico delle nuove norme con quelle del contenitore** precedente che non sono state modificate.

- Nel caso della riforma fallimentare, più precisamente, e alcune delle norme in esame oggi ne sono l'esempio, si pongono, quale effetto combinato delle tecniche legislative utilizzate:
- problemi di coordinamento tra le nuove norme (unitariamente considerate) e quelle della "vecchia legge fallimentare" che sono rimaste in vigore (es: 173 L.F.)
 - problemi di coordinamento tra le norme contenute nei vari tasselli con cui è stata riformata la legge fallimentare
 - problemi di coordinamento tra la riforma fallimentare e quella societaria

- problemi di coordinamento con la disciplina dei vari istituti, essenzialmente di natura contrattuale (incluso il trust, ma anche trasferimento di azienda) che possono essere utilizzati nell'ambito di piani di concordato preventivo

SEGUE:

IL "NUOVO" CONCORDATO PREVENTIVO: LE 4 SCELTE DI FONDO DI "CONTENUTO" DEL LEGISLATORE

- 1) "avalutatività" della procedura (V. art. 160 con eliminazione dei requisiti di meritevolezza) che vanno, tuttavia, conciliate con il mantenimento carattere di massa del procedimento derivante dalla disciplina degli effetti (quasi inalterata, anzi rafforzata dall'esonero da revocatorie degli atti esecutivi): soluzione pragmatica (fin troppo) della crisi di impresa
- 2) "atipicità" del contenuto dei piani di concordato preventivo che si traduce in un forte aumento dell'autonomia privata e negoziale nell'individuare il contenuto e la struttura della proposta (V. art. 161 L.F.)
- 3) c.d. "privatizzazione" della procedura (pro teoria contrattualistica contro teoria processualistica): prima gli effetti "concorsuali" del c.p. erano compensati da stringenti condizioni di ammissibilità (per convenienza economica e meritevolezza) e dal controllo giudiziale che aveva ad oggetto, in sede di omologa, anche il merito (l'opportunità della proposta); gli effetti concorsuali ed il ruolo centrale dell'autonomia privata nel determinare il contenuto della proposta, nel nuovo sistema, sono "controbilanciati" dalla relazione del professionista (168) e dalle relazione (172) e dal parere finale (180) del commissario giudiziale; la riforma ha significativamente attenuato il ruolo ed i poteri di intervento del Tribunale ed ha eliminato le condizioni di ammissibilità (sotto entrambi i profili sopra indicati), salvo (forse) mantenere la "fattibilità" quale condizione implicita di ammissibilità ed omologa del piano di c.p.
- 4) previsione di un termine massimo (180 più 60 giorni) tra la presentazione del ricorso e l'omologa (181): "velocizzazione" della procedura

SEGUE:
PRIME VALUTAZIONI GENERALI SULL'IMPATTO DELLA RIFORMA DEL
CONCORDATO PREVENTIVO

- il nuovo c.p. ha aumentato indubbiamente la sua competitività per l'impresa in crisi rispetto alle altre soluzioni come dimostrano le statistiche sulla diffusione dell'istituto
- lo strumento di presta ad utilizzazioni abusive con "simulazione" dello stato di crisi, che possono essere "facilitate" dall'utilizzo di strumenti (quale è, fra gli altri, il trust) che, accanto a obiettivi finalitari meritevoli si prestano anche ad usi indiretti e contra legem
- l'intervento normativo del 2010 sembra aver aumentato il grado di competitività degli accordi di ristrutturazione dei debiti (e, in misura minore, dei piani attestati) rispetto al concordato preventivo
- sul piano degli interessi tutelati dall'ordinamento, si passa da un istituto fortemente improntato alla tutela dei creditori ed al rispetto della par condicio ad uno, invece "debt oriented" con deroghe alla par condicio creditorum che possono favorire, in concreto, i creditori forti, in primis le banche
- alcune perplessità ulteriori sul fatto che la tutela del ceto creditorio sia affidata non più ad un soggetto istituzionalmente terzo (il Giudice), ma un soggetto che, pur formalmente soggetto a vincoli di qualificazione professionale ed ad un regime di responsabilità "forte" (esperto), è scelto dal debitore.

I FATTORI DI COMPETITIVITA' DELLE SOLUZIONI DELLE CRISI DI IMPRESA

Interesse dell'imprenditore in crisi

- a) protezione da azioni esecutive individuali
- b) efficacia esdebitatoria generale verso la massa dei creditori, ancorché a seguito di un accordo con la maggioranza dei creditori (carattere di massa): efficacia vincolante nei confronti dei creditori minoritari dissenzienti
- c) possibilità di falcidiare anche i privilegiati e, in genere, di alterare la par condicio
- d) possibilità di continuare l'attività di impresa anche da parte dell'imprenditore originario in crisi (c.d. "risanamento soggettivo")
- e) trattamento fiscale delle sopravvenienze attive derivanti dalla ristrutturazione del debito

Interesse dei creditori dell'impresa in crisi

- f) esenzione da revocatorie per gli atti esecutivi
- g) prededuzione per l'erogazione di nuova finanza e credito commerciale all'impresa in crisi se consecuzione in fallimento
- h) esonero da responsabilità risarcitoria (V. 2497 che estende la responsabilità a tutti coloro che abbiano preso parte al fatto lesivo e chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio) e da responsabilità penale:

Interesse di entrambi

- i) costi e tempi della procedura

TRUST E CONCORDATO PREVENTIVO: GENERALITÀ

Premesse

Normalmente, i profili di compatibilità / antinomia tra l'istituto del trust e la crisi d'impresa sono ricollegati:

- sul piano sostanziale, alla apparente inconciliabilità tra uno strumento negoziale a forte valenza segregativa ed impatto sui diritti dei terzi ed un "sottosistema normativo" (diritto concorsuale) ad un elevato tasso di rigidità / imperatività
- sul piano formale, al limite previsto dall'art. 15 della Convenzione dell'Aja con riferimento alla "protezione dei creditori in caso di insolvenza", oltre che quelle dell'art. 16 in tema di "norme di applicazione necessaria"
- che si traducono, nell'applicazione giurisprudenziale, in un vaglio (*ex post*) della "coerenza causale" del trust costituito da imprenditori in situazioni di insolvenza (verifica della meritevolezza della causa in concreto, ovvero applicazione dell'istituto della frode alla legge) e/o nella successiva declaratoria di inefficacia del trust elettivamente con l'azione revocatoria ordinaria o fallimentare
- con riferimento specifico alla procedura di "nuovo" concordato preventivo tali direttrici generali vanno verificate (in punto di legittimità, cui si aggiunge il tema dell'opportunità dell'uso del trust) considerando che:

(I) è mutato il presupposto oggettivo da insolvenza a crisi (elemento da non sopravvalutare)

(II) è aumentato il grado di autonomia negoziale e, conseguentemente, il differenziale di rigidità della procedura rispetto al fallimento (elemento centrale)

Possibili ambiti di utilizzazione del trust nell'ambito del c.p.:

- il trust come meccanismo alternativo al c.p. per affrontare la crisi di impresa
- il trust come tassello di un piano di concordato preventivo
- il trust come meccanismo esecutivo di un piano concordatario

IL TRUST COME MECCANISMO ALTERNATIVO AL C.P. PER AFFRONTARE LA CRISI DI IMPRESA

(cenni)

Il tema di interseca con quello della legittimità dei trust liquidatori, in particolare in situazioni di crisi o di insolvenza, oggetto di altra relazione specifica cui si rinvia, salvo alcuni cenni generali

Fattispecie

l'imprenditore in stato di crisi e/o insolvenza, al fine di evitare la dichiarazione di fallimento destina i beni aziendali (e/o integrati da beni personali) al pagamento dei creditori tramite un trust (concordato stragiudiziale tramite trust o "**trust di salvataggio**")

Problemi di opportunità

Il trust di salvataggio non consente l'esonero da revocatorie e da azioni penali in caso di successivo fallimento a meno che non sia espressamente inquadrato in un piano attestato e/o in un accordo di ristrutturazione dei debiti (se e nella misura in cui lo si ritenga possibile).
Da valutare, inoltre, incidenza della variabile tributaria.

Problemi di legittimità

- elevato grado di imperatività (e/o correlativamente tipicità), da un lato, dei meccanismi di soluzione della crisi di impresa una volta che l'impresa sia insolvente e vengano coinvolti gli interessi diffusi dei creditori, primo tra tutti quello alla *par condicio*; dall'altro lato (se l'impresa è organizzata in forma societaria), delle norme sulla liquidazione delle società, con correlata valutazione in concreto della meritevolezza del "trust di salvataggio" anche ex art. 15 della C. Aja
- conseguenze in caso di fallimento (rimedi): (I) nullità del trust (se costituito già in stato di insolvenza ?); (II) revocabilità del trust (se auto dichiarato probabilmente come atto gratuito); (III) applicazione degli artt. 72 ss. in tema di rapporti giuridici pendenti

IL TRUST COME ELEMENTO DI UN PIANO DI CONCORDATO PREVENTIVO

Fattispecie

l'imprenditore in stato di crisi e/o insolvenza presenta una proposta di concordato preventivo incentrata su un trust (normalmente auto dichiarato) con finalità liquidatorie (*trustee* ha incarico di liquidare i beni e pagare i creditori) ovvero, più raramente, conservative (trust alternativo alla costituzione di *newco* ai fini di un "risanamento oggettivo")

Problemi di legittimità

(I) compatibilità generale del trust con il nuovo art. 160 che consente "qualsiasi forma" di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti

(II) necessità di individuare, anche nel nuovo contesto normativo, segmenti di disciplina inderogabile e/o di applicazione necessaria che operano quale limite all'utilizzabilità, ovvero e meglio, alla concreta strutturazione del trust, quali sembrano essere, oltre a quelle di matrice procedimentale:

- regole su *par condicio creditorum* e su inderogabilità dell'ordine delle cause di prelazione
- disciplina sullo "spossessamento attenuato" (167 per atti di straordinaria amministrazione)
- disciplina della liquidazione nella *cessio bonorum* (art. 182)

cui si aggiunge la necessità di adattamento di altre norme quali quelle in tema di risoluzione del concordato preventivo

Problemi di opportunità

- variabile tributaria e costi aggiuntivi di procedura
- possibilità di "anticipare" il vincolo di destinazione istituendo il trust prima di depositare la domanda di concordato
- possibilità di utilizzare il trust nei concordati "di gruppo" come strumento (in alternativa alla fusione) per conservare e segregare i vari elementi aziendali dislocati nelle diverse società del gruppo ai fini del loro trasferimento unitario e/o della loro liquidazione (con il limite, ritenuto inderogabile nei precedenti giurisprudenziali in materia, della rigorosa "separazione delle masse attive e passive")
- nomina del commissario giudiziale / liquidatore quale trustee ed il comitato dei creditori quali guardiano

IL TRUST COME MODALITÀ ATTUATIVA DI UN APPORTO ESTERNO AD UN PIANO DI CONCORDATO PREVENTIVO

Fattispecie

il soggetto che si è impegnato a fare un apporto esterno al fabbisogno concordatario segrega tale apporto (in termini oggettivamente più efficaci rispetto alle alternative usuali quali il mandato irrevocabile a vendere) mediante la disposizione in trust dei beni, con vincolo di destinazione all'attuazione del piano concordatario ("**trust di garanzia**")

Problemi di legittimità

- tutela dei creditori particolari del terzo disponente (questione centrale che si traduce, sul piano dei rimedi, in possibile richiesta di nullità, per vizi causali, e/o di inefficacia, con l'azione revocatoria, da parte dei creditori particolari), soprattutto se si tratta di soggetto che non presenterebbe un "rischio" o una "responsabilità" nel fallimento (situazione che pone un problema di giustificabilità causale dell'apporto che incide sul giudizio di meritevolezza in concreto del trust) e/o di un imprenditore fallibile
- limitato "enforcement" verso il terzo qualora la costituzione in trust dell'apporto esterno non sia espressamente prevista dal piano ma decisa, come modalità attuativa, dal Tribunale nel decreto di omologa, ovvero autonomamente dal commissario liquidatore (in tale contesto il rifiuto di costituire il trust non sembra rilevare come motivo di annullamento del concordato)

Problemi di opportunità

- variabile tributaria
- costi dell'istituzione del trust

CONCLUSIONI

Al termine dell'analisi si possono trarre le seguenti conclusioni di fondo sull'utilizzabilità del trust nell'ambito del "nuovo" concordato preventivo:

- l'istituto sembra difficilmente utilizzabile come strumento alternativo al concordato preventivo per affrontare e risolvere la crisi d'impresa, presentando, sotto tale aspetto, significativi dubbi di legittimità (anche alla luce della giurisprudenza recente sul trust liquidatorio), prima ancora che di opportunità (mancando, fra l'altro, la protezione derivante dall'esenzione da azioni revocatorie e da responsabilità penale, salvo utilizzazione