

Italia – Tribunale di Milano

## Nullità del trust liquidatorio istituito da società insolvente: la fase del riesame

Società – stato di insolvenza – trust liquidatorio – garanzia patrimoniale – atto in frode alla legge – nullità del trust – art. 15, lett. e) della Convenzione de L'Aja

L'atto istitutivo di un trust il cui fondo sia costituito dall'intero patrimonio di una società in stato di insolvenza costituisce atto illecito *ab origine*, incompatibile con l'art. 15 lett. e) della Convenzione de L'Aja del 1° ottobre 1984, in quanto volto a sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni aziendali.

■ Tribunale di Milano, Gandolfi, Pres., 30 luglio 2009 [I.T.C. S.r.l. c. Fallimento F. S.n.c. di G.G. & C. in liquidazione, C.S., F. S.n.c. di G.G. & C. in liquidazione e B.I.M.]

### TESTO DELL'ORDINANZA

Il Collegio, a scioglimento della riserva

#### OSSERVA

A) Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato il 13.5.09 la T.C. quale trustee del Trust F. s.n.c. di C. & C. chiedeva al Tribunale, accertata l'inefficacia della sostituzione di trustee effettuata dal fallimento F. s.n.c. di ordinare al trustee nominato dalla procedura S.C. di astenersi da qualsiasi atto della carica. Allegava la ricorrente che, ai fini di realizzare la liquidazione della s.n.c. F. in data 8/11/07 veniva costituito il Trust, regolato dalla legge di Jersey, cui venivano conferiti i beni costituenti l'intero patrimonio aziendale attivo e passivo.

Veniva nominato trustee G.M.G. e Guardiano M.B. entrambi soci della s.n.c.. Venivano quindi stipulati due contratti di affitto di azienda ed effettuato un intervento in giudizio già promosso. Con sentenza 20/1/09 il Tribunale di Milano dichiarava il fallimento della F. e di entrambi i soci personalmente, la sentenza veniva immediatamente reclamata. In data 3/3/09 il Curatore, previa autorizzazione del G.D. procedeva alla sostituzione del trustee, nominando C..

Ritenendo pacificamente valido ed efficace il trust, anche a seguito dell'intervenuto fallimento della società disponente, la ricorrente nominata trustee dal Guardiano B. in data 24/4/09, ai sensi dell'art. 25 dell'Atto Istitutivo, agiva affinché in via di urgenza fosse inibita qualsiasi attività al dott. C., dovendo ritenersi nulla e/o invalida e/o

inefficace la nomina da parte del Curatore, cui non può spettare alcun potere sul patrimonio segregato in trust.

B) Resisteva il Fallimento F. ricostruendo le vicende dell'insolvenza di F. s.n.c. datata in epoca anteriore alla costituzione del trust e rilevando come le presunte attività liquidatorie del trust si fossero limitate a due atti di affitto del patrimonio aziendale per canoni simbolici (peraltro a società costituita successivamente all'atto di affitto e che aveva assunto come unico dipendente proprio G.) e come peraltro risultassero attività in contrasto con le finalità liquidatorie (essendo intervenuti creditori per attività compiute nel 2008 dalla società poi fallita). In questo contesto, considerando che il trustee, fallito in proprio, aveva perso la capacità legale di rivestire l'incarico, il Curatore aveva provveduto alla sostituzione del trustee. Inoltre la curatela eccipeva la non riconoscibilità nel nostro ordinamento del c.d. trust interno (il cui unico elemento di estraneità è rappresentato dalla legge applicabile), la sua inefficacia e/o nullità in quanto trust simulato (c.d. *sham trust*) e finalizzato a frodare la legge interna ed infine la sua nullità per contrasto con normative interne inderogabili ex artt. 15, 16 e 18 della Convenzione dell'Aja, in quanto finalizzato a disapplicare convenzionalmente la legge falli-

Pubblichiamo il testo dell'ordinanza dal suo originale.

L'ordinanza del medesimo Tribunale, in data 16 giugno 2009, oggetto di reclamo può leggersi in questa Rivista, 2009, 533.

Con ordinanza in data 17 luglio 2009 (in questa Rivista, 2009, 628), il medesimo Tribunale ha, altresì, disposto il sequestro giudiziario ex art. 670 cod. proc. civ. dei beni aziendali vincolati nel trust. Tale provvedimento è stato confermato in sede di reclamo con ordinanza del 22 ottobre 2009 (*supra*, 77).

mentare. Infine il Fallimento invocava la disposizione dell'art. 155 L.F. che attribuisce al Curatore, che vi provvede con gestione separata, l'amministrazione del patrimonio destinato, istituito del tutto contiguo a quello del trust.

C) Si costituiva C., aderendo integralmente alle difese del Fallimento.

D) Il giudice designato, dopo un'ampia disamina dell'istituto del trust nel nostro ordinamento, riteneva di dover considerare illecito *ab origine* il trust liquidatorio in oggetto, in quanto costituito quando la società già versava in stato di insolvenza, quindi mirato a sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni, in assenza del presupposto su cui poggia il potere dell'imprenditore di gestire il proprio patrimonio, cioè che l'impresa sia dotata di mezzi propri. Opera pertanto la clausola di salvaguardia dell'art. 15 lett. e) della Convenzione dell'Aja ed il limite dell'ordine pubblico, essendo la causa in concreto perseguita dal disponente quella di eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale. Essendo chiesta la manutenzione del trust da parte del trustee nominato dal Guardiano, il giudice riteneva di poter conoscere la nullità del trust e quindi rigettava le pretese azionate per carenza del *funus*. Inoltre il G.D. dichiarava la carenza di legittimazione passiva di C., nominato trustee di un trust non riconoscibile nell'ordinamento italiano.

E) Esperiva reclamo la I.T.C. stigmatizzando che il G.D. fosse entrato irritualmente nel merito della causa in contrasto con le funzioni cautelari, e nel merito più ampiamente articolando la liceità del trust, pure in relazione alle procedure concorsuali, soprattutto alla luce della riforma della legge fallimentare che favorisce gli strumenti, anche pattizi, finalizzati alla sopravvivenza dell'impresa. Inoltre la reclamante contestava che F. versasse in stato di insolvenza al momento della costituzione del trust, anche in considerazione delle finalità liquidatorie dello stesso e ribadiva le sue istanze cautelari.

F) Resisteva il Fallimento, rilevando preliminarmente come le medesime considerazioni svolte dal giudice di prime cure fossero state poste a fondamento di un provvedimento di sequestro giudiziario dei beni conferiti in trust e ribadendo le difese già svolte nella prima fase. La procedura ricordava poi come l'utilizzazione dell'istituto del trust nelle procedure concorsuali (ad es. in tema di accordo di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis L.F.) fosse comunque sempre stata sottoposta alla diretta partecipazione e controllo degli organi concorsuali e mai finalizzata a consentire all'imprenditore di aggirare e disapplicare in toto le norme sul concorso. In via subordinata il Fallimento ribadiva la piena legittimità della sostituzione del trustee da parte della curatela, alla luce del disposto dell'art. 155

L.F., come in ogni ipotesi di patrimonio destinato. La procedura contestava poi le osservazioni in tema di limiti della cognizione cautelare e di insolvenza di F. e ribadiva l'assenza del requisito del *periculum in mora*, chiedendo l'integrale rigetto del reclamo. Nuovamente C. faceva proprie le difese della curatela.

G) All'esito della discussione orale, all'udienza del 27/7/09, il Collegio riservava la decisione.

H) Rileva il Tribunale in via preliminare come il provvedimento di mutamento del trustee non possa trovare fondamento nel disposto dell'art. 155 L.F., norma dettata in tema di patrimoni destinati ex art. 2447 bis c.c., che non può trovare applicazione analogica in tema di trust, istituto caratterizzato da un atto di trasferimento definitivo di beni che così cessano di fare parte del patrimonio del disponente.

I) Nel merito, la ricorrente ha dichiarato di avere chiesto la cautela finalizzata ad un'anticipazione degli effetti di una pronuncia di merito volta a "salvaguardare il diritto dovere che gli compete quale trustee del trust F s.n.c.". Correttamente quindi il G.D. ha ritenuto di dover preventivamente accertare, sia pure con i limiti della cognizione cautelare, la validità del negozio istitutivo del trust, i cui effetti si chiede di assicurare. Tale valutazione avrebbe dovuto essere effettuata anche d'ufficio, come stabilito dall'art. 1421 c.c., potere officioso sempre esercitabile ove l'atto nullo rappresenti elemento costitutivo della domanda che inerisce alla sua esecuzione o alla sua applicazione (cfr. Cass. 6003/06).

J) Come sottolineato in sede di discussione, il Collegio si pone il quesito di quale sia la causa ex art. 1325 n. 2 c.c. di un atto di segregazione dell'intero patrimonio aziendale di una società già in liquidazione, laddove la funzionalità di procedere alla migliore realizzazione dell'attivo per il soddisfacimento primario dei creditori sociali (art. 1 dell'Atto istitutivo di Trust, doc.3 ric.) sta già nella procedura di scioglimento e liquidazione della società ex art. 2272 c.c.. All'odierna discussione orale il patrono della ricorrente ha affermato come primaria l'esigenza di mettere il patrimonio al riparo da iniziative esecutive individuali, salvaguardando la *par condicio creditorum*. Occorre quindi considerare se, nelle condizioni concrete, tale fine economico sociale potesse considerarsi meritevole di tutela per come perseguito o producesse effetti ripugnanti per l'ordinamento italiano, con cui il trust presenta tutti gli elementi di collegamento, ad esclusione della legge applicabile.

K) Il Collegio concorda pienamente con tutte le ampie e puntuali osservazioni del G.D. in ordine all'ammissibilità in linea di principio del c.d. *trust interno*, anche *autodichiarato* e sull'assenza - allo stato - di adeguati elementi indi-

ziari per considerare il negozio simulato ai sensi della stessa legge di Jersey applicabile. Pure appare condivisibile l'osservazione secondo cui, in taluni casi, il trust potrebbe essere uno strumento utilizzabile per concordati stragiudiziali, in fase che preceda la vera e propria insolvenza e tenda ad evitarla in forza di accordi col ceto creditorio, salvaguardando i beni dalle - pur legittime - aggressioni esecutive individuali dei creditori dissenzienti. Pure possono darsi ipotesi in cui l'istituto sia utilizzato in funzione complementare nelle procedure concorsuali minori, al fine di una migliore attuazione dei piani concordatari, pur sempre sotto il controllo degli organi della procedura stessa.

L) Tuttavia, non sembra neppure al Tribunale meritevole di tutela la finalità concreta di segregare tutti i beni dell'impresa già in stato di insolvenza ex art. 5 L.F. in danno dei creditori del disponente, in modo da precludere di fatto tanto la liquidazione concorsuale che qualsiasi controllo sui suoi esiti e sul corretto riparto del ricavato nel rispetto di cause di prelazione, privilegi ed uguale soddisfazione dei chirografari - da parte di organi giudiziari - pubblici e pure del ceto creditorio nel suo complesso.

M) Che F. versasse già in stato di insolvenza alla data del 8.11.07 emerge da moltissimi elementi, alcuni dei quali già all'epoca di rilevanza esterna: infatti la società, che aveva cessato l'attività produttiva, era stata destinataria di vari provvedimenti monitori (docc. 8-11 res.), anche di rilevante entità e provvisoriamente esecutivi ed aveva persino subito lo sfratto per morosità (doc. 7 res.). Tanto basterebbe a ritenere che a quella data F. già si trovasse nell'impossibilità di adempiere le proprie obbligazioni con mezzi normali di pagamento ed avrebbe dovuto fare ricorso a procedure concorsuali anche minori (ove possibile). In tale contesto, solo in via di integrazione di elementi indiziari dell'insolvenza già in sé sufficienti, il Collegio concorda integralmente con la lettura dei dati di bilancio offerta dal G.D., laddove rileva come "a tale data la società mostrava debiti [certi] per Euro 1.392.343,48 e un attivo apparente per Euro 1.453.202,42. In realtà parte di questo attivo è costituito da immobilizzazioni per oltre Euro 338.000,00 - che comporta uno sbilancio tra attività correnti [ridotte a beneficio delle attività immobilizzate] e passività correnti - nonché da "cause attive", ossia da crediti contenziosi stimati in Euro 605.862,00, a fronte - come risulta dagli atti del procedimento - di un valore nominale di cause pari ad Euro 659.000,00, con una svalutazione - come rilevato dal Fallimento - di meno del 10% rispetto al valore nominale. Svalutazione non prudente, se si tiene che non risulta stata fatta adeguata *due diligence* in ordine a fondatezza della domanda e solvibilità delle controparti [una delle controparti, I. S.p.A. debitrice per Euro 37.889,71 risulta incontestata-

mente fallita]. Una valutazione prudente (e non troppo) avrebbe dovuto consigliare al disponente di svalutare i propri crediti contenziosi [al netto del credito vantato nei confronti di X S.p.A.], pari a circa Euro 621.000,00 quanto meno del [salomonico] 50% e appostarli per Euro 311.000,00 (azzerando il credito nei confronti di I. S.p.A. in quanto fallita), anziché appostarli per Euro 605.862,34, con una imprudente maggior valorizzazione (solo sui crediti contenziosi) di circa Euro 295.307,00. Basterebbe tale circostanza a portare il patrimonio netto della società in liquidazione da Euro 60.858,94 ad Euro 234.448,00 (patrimonio negativo)".

N) In una così conclamata situazione di insolvenza, l'atto istitutivo si pone come unica finalità economico-sociale concreta la sottrazione del patrimonio sociale alle regole pubblicistiche che presidono alle procedure concorsuali, derogabili in via privatistica solo in forza di accordi con i creditori (che rappresentino la maggioranza qualificata dei crediti, cfr. art. 162 bis c.p.c.), ma non attraverso un atto di disposizione che renda il patrimonio dell'impresa del tutto insensibile alle esigenze di esecuzione concorsuale (che di per sé non esclude il ricorso a strumenti che garantiscano la sopravvivenza dell'impresa) e del suo controllo da parte dei creditori. Anche a fronte dell'ampliamento del ruolo assegnato dalla riforma fallimentare ad assetti pattizi, le norme concorsuali finalizzate alla tutela del ceto creditorio non perdono il loro carattere di disposizioni di ordine pubblico, che impediscono il riconoscimento nell'ordinamento di atti di autonomia privata che ne siano radicale contrasto. Opera quindi direttamente il limite di liceità di atti di autonomia privata costitutivi di trust fissato dall'art. 15 lett. e) della Convenzione dell'Aja 16/10/89, laddove enuncia la possibile prevalenza della legge nazionale per inderogabilità della stessa con atti di privata volontà in tema di "protezione dei creditori in casi di insolvenza".

O) Quindi anche al Tribunale, pur nei limiti della cognizione sommaria che caratterizza la presente fase, pare che le pretese della ricorrente, relative all'esecuzione di un atto qualificabile come nullo ex art. 1418 c.c., non possano trovare accoglimento e che il reclamo debba essere rigettato, con integrale conferma della ordinanza reclamata.

P) Poiché comunque rimane più che dubbia la validità dell'atto di sostituzione del trustee effettuato dalla procedura, che ha ampiamente coonestato la validità della costituzione di trust, contro cui ha reagito la ricorrente, sussistono equi motivi per compensare interamente tra le parti le spese anche della presente fase di reclamo.

P.Q.M.

rigetta il reclamo; compensa interamente le spese anche della presente fase.

