IL TRUST E LE PROCEDURE CONCORSUALI

InMediaTrust.

Avv. Matteo Pettinari

1. “LA TASSAZIONE DEL CONFERIMENTO IN TRUST IN ITALIA, LA CIRCOLARE 34/2022 E IL RILANCIO NEL SETTORE SOCIETARIO E FINANZIARIO”

Note generali sul "trust"

- Come noto, il trust consiste essenzialmente nella gestione di un patrimonio al fine del perseguimento degli obiettivi indicati dal soggetto che istituisce il trust stesso, il quale coincide, nella maggior parte dei casi, con il soggetto che si priva di tale patrimonio per destinarlo all'attuazione del programma.

- Detta gestione compete a un soggetto denominato trustee e che viene inizialmente nominato dal disponente.

- L'"obiettivo" che l'operato del trustee deve perseguire, il quale, come detto, è individuato dal disponente, consiste nell'attribuire un vantaggio a uno o più soggetti, denominati "beneficiari" del trust, ovvero nel perseguimento di un determinato scopo.

Perché possa configurarsi un trust è necessaria la sussistenza di tre elementi :

- La volontà del disponente a dar origine alla situazione giuridica protetta;
- L'indicazione da parte del disponente dell'interesse o fine in relazione ai quali quella situazione giuridica viene originata;
- La destinazione di un patrimonio, per il perseguimento degli obiettivi del disponente.

Ricorrendo i menzionati tre elementi si originerà, dunque, un trust, vale a dire quella situazione giuridica nella quale un dato patrimonio viene destinato al perseguimento di un interesse o di un fine, con la conseguenza che il vincolo di destinazione impresso su detto patrimonio provoca una situazione di separazione tra i beni destinati in trust e il restante patrimonio del trustee.

Negozio Istitutivo e Negozio di Dotazione

- Con il negozio istitutivo del trust, il disponente imprime un vincolo di destinazione su determinati beni o diritti, destinati a comporre il patrimonio del trust.

- Con il negozio di dotazione, invece, il disponente trasferisce determinati beni o diritti in capo ad altro soggetto mediante un atto che produce effetti reali e provoca, pertanto, il trasferimento in capo al trustee stesso della titolarità dei beni e diritti che compongono il patrimonio del trust.

I due principali elementi che caratterizzano il patrimonio vincolato in un trust sono, dunque:

- Il "vincolo di destinazione" sul patrimonio sottoposto al regime del trust, il quale comporta che i beni e/o diritti ivi vincolati e ogni loro frutto siano destinati unicamente al perseguimento dell'obiettivo predeterminato dal disponente;
- La "segregazione patrimoniale" che si verifica con riguardo al patrimonio del trustee, la quale non fa altro che rendere effettiva la destinazione del patrimonio vincolato in trust al perseguimento delle finalità stabilite dal disponente.

Note generali sul trust ed imposizione fiscale

- Il trust corrisponde ad una situazione giuridica fonte di un vincolo di destinazione ed il cui titolare è il trustee. Il trust non costituisce dal punto di vista civilistico, un soggetto giuridico dotato di una propria personalità, ma un insieme di beni e rapporti con effetto di segregazione patrimoniale. Ciò nonostante, in ambito fiscale è, invece, attribuita al trust una piena soggettività giuridica, almeno ai fini delle imposte dirette.

- Ai fini delle imposte indirette, l'articolo 2, comma 47, del D. L. 3 ottobre 2006, n. 262, afferma che l'imposta di donazione si applica anche "sulla costituzione di vincoli di destinazione". I vincoli di destinazione sono degli atti mediante i quali si imprime una destinazione a determinati beni o diritti, per realizzare un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, nonché di produrre effetti segregativi e limitativi della disponibilità dei beni e diritti medesimi; il trust rientra in tale ambito.

Le imposte di successione e donazione, l'evoluzione giurisprudenziale

- In tutti i casi in cui i Disponenti "conferiscono" e quindi "incrementano" il fondo in trust conferendo dei beni o dei diritti, sia nell'ambito famigliare che "commerciale si dovevano applicare, di principio le imposte di donazipne e successione.

- La Circolare n. 48 del 2007 affermava che il conferimento di beni in trust è un atto, in generale, liberale, simile alla donazione e alla successione mortis causa, con la conseguente applicazione di TUTTE le norme relative alle donazioni e successioni, comprese le agevolazioni e le esenzioni, normalmente basate sul legame di parentela tra Disponenti e Beneficiari individuati al momento dell'atto.

La circolare n. 3/2008 così recitava: “Tale affermazione trae giustificato motivo dalla natura patrimoniale del conferimento in trust nonché dall’effetto segregativo che esso produce sui beni conferiti indipendentemente dal trasferimento formale della proprietà e, da ultimo, dal complessivo trattamento fiscale del trust che esclude dalla tassazione il trasferimento dei beni a favore dei beneficiari.
Come affermato nella circolare n. 48 del 2007, il trust si sostanzia in un rapporto giuridico complesso con un’unica causa fiduciaria che caratterizza tutte le vicende del trust.

L’unicità della causa fa sì che l’imposta sulle successioni e donazioni dovuta sulla costituzione di vincoli di destinazione debba essere corrisposta al momento della segregazione del patrimonio. Da quanto esposto discende che la devoluzione ai beneficiari dei beni vincolati in trust non realizza, ai fini dell’imposta sulle successioni e donazioni, un presupposto impositivo ulteriore; i beni, infatti, hanno già scontato l’imposta sulla costituzione del vincolo di destinazione al momento della segregazione in trust, funzionale all’interesse dei beneficiari”.

- L. n. 262/2006 menziona i vincoli di destinazione, non istituisce una nuova fattispecie imponibile con l'imposta di donazione, ma si limita a chiarire che tale imposta si applica al trasferimento che si abbia, oltreché per effetto di una donazione, anche in conseguenza della costituzione di un vincolo di destinazione: ma tale imposizione avrà luogo, ovviamente in capo al beneficiario, soltanto se e quando il trust abbia compimento, ovvero, si intende, quando il trust attribuisca in modo inequivocabile e senza discrezionalità dei beni o diritti al beneficiario.
- Già prima del consolidamento dell'orientamento della Suprema Corte, qualche corte territoriale già evidenziava alcune argomentazioni anticipatorie del suddetto, in particolare collegate ai c.d. "trust commerciali" dove era evidente che in sé l'atto non apportava alcun beneficio "liberale" al beneficiario ma che invece serviva in sostanza ad uno "scopo".
- Ad esempio, Commissione tributaria regionale dell'Emilia-Romagna, Sez. 4, D. Gobbi, Pres., A. Costanzo, Giud., 12 febbraio 2018, n. 424: "Nel caso di specie, in particolare, si verte al cospetto di un c.d. Trust di scopo, ed in particolare dì garanzia, costituito con il conferimento di beni in funzione sostanzialmente liquidatoria. Risulta infatti documentato, e non contestato dall'Agenzia delle entrate, che il Trust Virgilio è stato costituito da S.M., S.I. e C.F. in funzione dì garanzia ed agevolazione della procedura di concordato preventivo della "S.&L. sas di S.M. & C." attraverso la loro soddisfazione sui beni oggetto di segregazione".

La Corte territoriale così argomenta l'inapplicabilità della tassazione con lo schema dell'istituzione dei vincoli di destinazione e quindi delle imposte di successione e donazione nella fattispecie di conferimento di beni ai fini della costituzione di un trust liquidatorio:

- La sottoposizione a tributo dei vincoli di destinazioni di beni tout court non è corredata da alcun riferimento ad altri contenuti descrittivi del tributo, quali il soggetto passivo, l'aliquota, la base imponibile e i criteri di collegamento con il territorio;
- in particolare, riesce difficile individuare il soggetto passivo del tributo, dal momento che, all'atto della costituzione del Trust, il solo effetto che viene a prodursi è quello della segregazione patrimoniale mentre, a quel momento, il beneficiarlo è solo titolare di un'aspettativa giuridica, ossia di un diritto condizionato all'attuazione del programma, inidoneo a fondare un presupposto di applicabilità del tributo;
- difetta in capo al disponente-Trustee qualsiasi intento di liberalità, sì da rendere il tributo assimilabile all'imposta sulle successioni o donazioni;
- la costituzione di beni in trust di scopo, come quello con funzioni dì garanzia e solutorie, non determina alcun trasferimento di ricchezza, tale da costituire manifestazione di capacità contributiva: non in capo al disponente-Trustee, dal momento che la segregazione patrimoniale comporta semmai un impoverimento derivante dalla indisponibilità dei beni costituiti in Trust; non in capo ai beneficiari, dal momento che l'attribuzione finale del bene assume funzione estintiva di un'obbligazione, compensando quindi il già avvenuto squilibrio patrimoniale.

La circolare n. 34

Il 20 ottobre 2022, dopo oltre un anno di "consultazione" è stata infine pubblicata la Circolare n. 34 da parte dell'Agenzia delle Entrate che ha radicalmente rivisto l'approccio in merito alle imposte indirette in sede di atto di dotazione nel fondo in trust, accogliendo di fatto le argomentazioni e le conclusioni sopra evidenziate dalla giurisprudenza di legittimità, sostanzialmente affermando, con riferimento ai trust "famigliari", che "si paga alla fine", quando i beneficiari ricevono dal Fondo in Trust dei beni, anche indirettamente tramite il pagamento di spese a loro riferibili. La stessa Circolare tuttavia, per la prima volta, prende atto dell'aspetto multiforme di questo istituto evidenziando essa stessa che non si può parlare di un unico "trust": a pagina 7 (punto) l'Agenzia evidenzia che

- Nella pratica, fermo restando l'elemento essenziale della "segregazione", si riscontrano diversi utilizzi dell'istituto che si differenziano per le finalità perseguite, si pensi ad esempio:
- al "trust di scopo", istituito per il perseguimento di un specifico e determinato fine individuato dal disponente (affare, attività, ecc.);
- al "trust familiare", istituito con finalità di assistenza o in vista della successione;
- al "trust Dopo di Noi", istituito a favore dei soggetti con disabilità gravi nel rispetto dei requisiti previsti dalla legge 22 giugno 2016, n. 112 ("Legge Dopo di Noi");
- al "trust di garanzia", istituito per tutelare l'interesse di uno o più creditori del disponente;
- al "trust liquidatorio", istituito per realizzare la liquidazione dell'attivo dei beni del disponente.
- Vi sono poi casi nei quali il disponente riveste anche la carica di trustee: in tali ipotesi il trust si definisce "autodichiarato".

Ai trust "liquidatori" e di "garanzia" viene dedicato il paragrafo 4.7 (pagina 43), dove si ribadisce che "nella pratica si riscontrano diverse tipologie di trust tra le quali rivestono interesse i cosiddetti trust di "scopo" nei quali, diversamente da quelli c.d. "familiari", istituiti per lo più con finalità successorie, mancano i soggetti beneficiari delle attribuzioni che possano essere considerati destinatari di un effettivo arricchimento patrimoniale definitivo, in quanto i beni segregati nel trust sono utilizzati dal trustee per realizzare lo scopo del trust, non coincidente con l'attribuzione dei beni ai beneficiari. Tra questi, si riscontrano i trust "di garanzia" e i trust "liquidatori" istituiti, ad esempio, al fine di garantire o estinguere un debito del disponente nei confronti dei propri creditori o dei creditori della società dallo stesso partecipata."

In realtà la circolare non entra nel merito dell'utilizzo di questo tipo di trust e si limita ad affermare la cosa più importante, la neutralità fiscale, lasciando poi agli operatori il compito di meglio delineare l'istituto nella pratica.

Pertanto, si ritiene che anche nel caso del trust di scopo di tipo "liquidatorio" o di "garanzia", l'atto istitutivo e l'atto di dotazione saranno soggetti all'imposta di registro in misura fissa, nonché alle imposte ipotecaria e catastale sempre in misura fissa.

Viene altresì chiarito un passaggio essenziale nell'ambito liquidatorio (indirettamente utilizzabile anche per i trust "famigliari" di "senilità" ove il Disponente è anche primo beneficiario sinché in vita): l'Agenzia afferma che "Nel caso, invece, di trust "liquidatorio" in cui disponente e beneficiario coincidano e il ricavato (o il residuo) della vendita dei beni venga attribuito al disponente medesimo, l'imposta di donazione non trova applicazione per carenza del presupposto oggettivo di cui all'articolo 1 del d.lgs. n. 346 del 1990 mancando un trasferimento intersoggettivo di ricchezza."

L'Agenzia delle Entrate con questo chiarimento ha in mente il "trust liquidatorio" in cui il "Disponente" è l'impresa in crisi che avvia un programma di ristrutturazione che, nell'ottica dell'Agenzia delle Entrate, potrebbe portare alla rimessione in bonis dell'impresa con "liberazione" del fondo in trust e ritorno del medesimo nella disponibilità del conferente/impresa. Potrebbe altresì significare per i trust di "supporto", infra meglio descritti, istituiti da soggetti terzi rispetto all'impresa in crisi, che, realizzato lo "scopo", possono trasferire l'avanzo al Disponente/garante, quale beneficiario finale, senza alcuna imposizione in quanto manca il "trasferimento intersoggettivo".

I Trust di “scopo” – la legge regolatrice

- I trust italiani, anche detti “interni”, richiamano sempre nelle premesse dell’atto istitutivo l’applicazione della Convenzione de l’Aja del 1° luglio 1985: la combinazione della medesima Convenzione, così come ratificata, le norme interne italiane, ormai numerosissime e presenti in settori rilevantissimi (si pensi alla legge c.d. “Dopo di noi” n. 112/2016), nonché la prassi, amministrativa e professionale, consente di poter affermare che ormai si tratta di un istituto definibile come “trust italiano”. E’ tuttavia necessario indicare formalmente una legge applicabile nell’atto istitutivo dal momento che in Italia non esiste ancora una legge organica generale, così infatti richiede la Convenzione de l’Aja all’articolo 6: “Il trust è regolato dalla legge scelta dal costituente. La scelta deve essere espressa, oppure risultare dalle disposizioni dell'atto che costituisce il trust o portandone la prova, interpretata, se necessario, avvalendosi delle circostanze del caso.”

- Tale richiamo alla c.d. "Legge Regolatrice" è quindi necessario formalmente che la sua operatività sia davvero residuale e suppletiva rispetto alle disposizioni dell'atto istitutivo, rappresentando unicamente un'opportunità integrativa solo e quando lo stesso o altre norme applicabili non consentano di decidere su di una determinata istanza o fattispecie.

Un esempio di clausola che si utilizza nei trust italiani per descrivere il rapporto tra Legge Regolatrice, Atto istitutivo e Ordinamento Italiano potrebbe essere la seguente:

- "La Legge Regolatrice si applica nella sua interezza ad eccezione di quelle norme dispositive il cui contenuto non è conforme o contraddice le regole del presente Strumento, di modo che nel contrasto fra norme non inderogabili contenute nella legge regolatrice e il disposto del presente atto istitutivo prevalga sempre quest'ultimo.
- Ogni altro riferimento a definizioni, termini o concetti giuridici si deve intendere regolato ed interpretabile secondo le norme dell'Ordinamento Italiano."

- La prassi professionale nei primi anni di applicazione dello strumento in Italia si è quasi unanimemente orientata verso il richiamo alla Legge sui Trust di Jersey , Isole del Canale, per una ragione molto semplice:

- rispetto alla più tradizionale "legge inglese", difficilissima da gestire per gli stessi operatori locali, la legge del 1984 di Jersey, rivista negli anni successivi, almeno consentiva di avere un corpus di norme snello, da utilizzare come riferimento puramente teorico. Tuttavia il ruolo "integrativo" della Legge Regolatrice non può essere concretamente esperito con il richiamo a legislazioni di origine anglosassone del tutto estranee alla tradizione dell'ordinamento italiano.

- Si ritiene invece molto opportuno, il richiamo alla Legge sui Trust di San Marino (Legge 1° MARZO 2010 n.42) in quanto:

a) è una garanzia di trasparenza e di controllo, la legge è pensata e sviluppata esclusivamente sulla base dell'esperienza italiana e quindi facilmente comprensibile ed interpretabile ove ci fosse la necessità o l'opportunità per qualsiasi ragione, nella gestione concreta del trust, di integrare o completare ciò che l'atto istitutivo o la legge italiana non dicono;

b) E' un testo in italiano lineare che rimanda a concetti e istituti in gran parte noti all'ordinamento italiano. E' composta da 64 articoli, ed è stata oggetto di due importanti revisioni nel corso del 2019, che ne hanno semplificato ulteriormente la struttura e la possibilità di utilizzo da parte dei professionisti di tutto il mondo ed in particolare di quelli italiani;

c) molte prassi virtuose adottate in Italia grazie all'Associazione Il Trust In Italia e al contributo del Prof. Lupoi sono state fatte proprie da tale Legge e sono state quindi istituzionalizzate, come la figura del Guardiano (art. 52), il Libro degli Eventi (art. 28), la rendicontazione obbligatoria (art. 26), l'obbligo di istituzione con atto pubblico o scrittura privata autenticata (art. 6), a garanzia della legittimità e sicurezza delle caratteristiche essenziali del Trust.

Cosa poi fondamentale, tale Legge, prevede espressamente disposizioni per i "Trust di Scopo":

- art. 2, Comma I°: "Si ha trust quando un soggetto è titolare di beni nell'interesse di uno o piu beneficiari, o per uno scopo specifico ai sensi della Legge"

- art. 6, Comma II° lett. : "Gli elementi del trust che devono risultare dall'atto istitutivo sono:

- f.i) l'individuazione di uno scopo determinato, possibile e non contrario a norme imperative, all'ordine
- pubblico e al buon costume
- f.ii)l'individuazione del guardiano che abbia l'obbligo di far rispettare le disposizioni contenute nell'atto istitutivo o i criteri che conducono alla medesima;"

- art. 9, Comma I° (possibile durata illimitata per i trust di scopo): "Il trust ha effetto dal momento in cui il trustee diviene titolare di alcun bene in trust e non puo durare oltre cento anni decorrenti dalla data dell'atto istitutivo, a meno che sia un trust di scopo."

- art. 13, Comma I° (modifiche dell'atto istitutivo): "L'atto istitutivo può prevedere che le disposizioni in esso contenute e la scelta della legge regolatrice siano modificabili nell'interesse dei beneficiari o per promuovere lo scopo del trust."

- art. 15, Comma I°, Lett c) (estinzione del trust per il raggiungimento o impossibilità dello scopo): "Oltre che per le cause previste nell'atto istitutivo, il trust si estingue:

- …

se è un trust di scopo: per il raggiungimento dello scopo, ovvero per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo;

- art. 27, Comma I° (approvazione del bilancio da parte del guardiano): "Il bilancio, l'inventario e la relazione di cui all'articolo 26 sono inviati dal trustee al guardiano del trust scopo e al guardiano del trust per beneficiari, ove esistente."

- art. 28, comma I°, Lett. b) (annotazioni nel libro degli eventi per i trust di scopo): "Il truste istituisce, aggiorna e custodisce il Libro degli eventi del trust, nel quale registra in ordine cronologico gli atti e gli eventi relativi al trust dei quali abbia conoscenza. Devono in ogni caso risultare dal Libro degli eventi:

- la descrizione degli eventi riguardanti i beneficiari e lo scopo;

- art. 48, Comma V° (esclusione dell'applicabilità del concetto di "beneficiari"): "Coloro i quali ricevono o possono ricevere beni o vantaggi da un trust di scopo non rientrano nella nozione giuridica di beneficiari."

- art. 52, Comma I° (obbligatorietà del guardiano per i trust di scopo): L'atto istitutivo di trust di scopo prevede l'ufficio del guardiano e lo legittima a agire contro il trustee in caso di inadempimento.

- Avere come supporto agli operatori una legge regolatrice chiara è fondamentale per poter "inventare" gli innumerevoli ambiti societari, finanziari e financo concorsuali in cui l'istituto del trust potrà svolgere la sua funzione innovativa, in quanto la dinamica interna allo strumento, oggi per nulla approfondita nel settore dei trust di "scopo", sarà essenziale per la tenuta giuridica dello strumento nel confronto con la magistratura e gli operatori finanziari: nell'ambito del diritto commerciale internazionale è d'uso indicare nei contratti leggi applicabili specialistiche ed efficienti, tale approccio dovrebbe diventare normale anche nell'ambito dei trust di scopo.

Conclusioni

- L'avvento della Circolare n. 34 del 2022 ha "sdoganato" i trust di liquidatori e di garanzia, appartenenti alla più generale categoria dei "trust di scopo": ora spetterà agli operatori individuare le forme e gli utilizzi più corretti di questo istituto, senza la minaccia della variabile fiscale.

2. I TRUST LIQUIDATORI E "ANTICONCORSUALI"

In dottrina si sostiene che è possibile distinguere i trust liquidatori in relazione alla loro tipologia e, soprattutto, al loro enunciato scopo; così, possono identificarsi:

- i trust "protettivi", che sono istituiti da un imprenditore in bonis per prevenire azioni esecutive da parte di certi creditori "pericolosi", mettendo a loro disposizione alcuni beni destinati alla loro soddisfazione; la loro funzione è pre-liquidatoria e ha lo scopo di rassicurare i creditori prospettando un pagamento del debito attraverso la costituzione di una prelazione "atipica";

- i trust "di salvataggio" mirano a scongiurare un'istanza di fallimento o a favorire soluzioni negoziali della crisi stessa oppure a prevenire azioni esecutive o cause di prelazione nel corso di un negoziato con i creditori "strategici";

- i trust "puramente liquidatori", che realizzano una modalità alternativa alla liquidazione disciplinata dagli artt. 2487 ss. e.e., consentendo al trustee di eseguire le operazioni di liquidazione e all'impresa "liquidata" di cancellarsi dal registro;

- i trust "falsamente liquidatori", istituiti da imprenditori già "decotti" e spesso apparentemente ricondotti alla categoria sopra descritta, che hanno soltanto lo scopo di ostacolare le pretese creditorie e il fallimento di un'impresa già in stato di conclamata insolvenza.

- A livello giurisprudenziale l'attuale punto di riferimento in materia è la sentenza della Cassazione del 9 maggio 2014 n. 10105: la fattispecie esaminata dalla Suprema Corte, riguarda un trust liquidatorio, istituito da una società da poco posta in liquidazione, ma in un momento in cui già si trovava in situazione di insolvenza; dotato il trustee dell'intero patrimonio aziendale , l'impresa disponente ha provveduto a cancellarsi poi dal registro delle imprese.

- Tuttavia, entro il termine annuale prescritto dall'art. 10 l.fall. il Tribunale di Roma aveva dichiarato il fallimento della società disponente e ha altresì considerato nullo - ai sensi dell'art. 1418 c.c. e anche degli artt. 13 e 15, lett. e, della Convenzione dell'Aja - il trust liquidatorio perché determinante un effetto vietato dall'ordinamento: la sottrazione agli organi della procedura fallimentare della liquidazione - di carattere pubblicistico - dei beni del fallito, affidati invece al trustee per un'analoga attività liquidatoria di natura privatistica.

Ciò premesso, la Cassazione ravvisa tre situazioni di fatto predicabili per il trust liquidatorio, cioè del trust mediante il quale si dispone la segregazione dell'intero patrimonio aziendale per provvedere, in forma privatistica, alla liquidazione dell'intero patrimonio sociale:

- a) trust concluso per sostituire in toto la procedura liquidatoria, al fine di realizzare con altri mezzi il risultato equivalente di recuperare l'attivo, pagare il passivo ripartire il residuo e cancellare la società;

- b) trust concluso quale alternativa alle misure concordate di risoluzione della crisi d'impresa (c.d. trust endoconcorsuale);

- c) trust sostitutivo della procedura concorsuale e impeditivo dello spossessamento da parte della procedura (c.d. anticoncorsuale).

- Il primo tipo di trust sarebbe di principio ammissibile e la situazione di fondo interessata è quella di una società/impresa o comunque ente "in bonis" vale a dire non in crisi, non insolvente, nemmeno potenzialmente. La Suprema Corte dedica pochissimo spazio a questa fattispecie quasi "astratta": "Nel primo caso, potrebbe dirsi lo strumento vietato, qualora si esiga che esso, per essere riconosciuto nel nostro ordinamento, assicuri un quid pluris rispetto a quelli già a disposizione dell'autonomia privata nel diritto interno. Non sembra però che l'ordinamento imponga questo limite, alla luce del sistema rinnovato dalle riforme attuate negli ultimi anni, che ammettono la gestione concordata delle stesse crisi d' impresa."

- Il secondo tipo di trust è una soluzione "particolare" e non "universale" alla crisi e nella sostanza, affiancandosi alle procedure generali per gestire una tipologia particolare di situazione a "supporto" ad esempio del concordato ovvero per risolvere alcuni suoi aspetti critici. "La ricerca di soluzioni alternative, che riescano a scongiurare il fallimento, è vista con favore dal legislatore degli ultimi due lustri, svolgendosi peraltro pur sempre tali iniziative negoziate sotto il controllo del ceto creditorio o del giudice; e qui potrebbe inquadrarsi il fenomeno sub b), nella logica di una valorizzazione negoziale, che non contraddice comunque la natura officiosa della procedura e la sua funzione di tutelare l'ordine economico, anche perchè la soluzione concordata non investirebbe tutte le fasi dell'accertamento dei crediti, dell'acquisizione dell'attivo, del riparto, ma solo taluni momenti specifici e tenuto, altresì, conto che le novelle fallimentari hanno ampliato l'ambito dell'autonomia negoziale, il concordato e gli accordi di ristrutturazione e potendosi prevedere trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse nell'ambito delle proposte di concordato fallimentare e preventivo L. Fall., ex art. 124, comma 2, lett. b, e art. 160,comma 1, lett. d.

In tutti gli altri casi, “la causa concreta va sottoposta ad un vaglio particolarmente attento e, in caso di esito negativo, il trust sarà non riconoscibile, non potendo l'ordinamento fornire tutela ad un regolamento di interessi che, pur veicolato da negozio in astratto riconoscibile in forza di convenzione internazionale, in concreto contrasti con i fini di cui siano espressione norme imperative interne.”; di fatto la Cassazione esclude qualsiasi possibilità di alternativa alle procedure concorsuali:
“Ove, pertanto, la causa concreta del regolamento in trust sia quella di segregare tutti i beni dell'impresa, a scapito di forme pubblicistiche quale il fallimento, che detta dettagliate procedure e requisiti a tutela dei creditori del disponente, l'ordinamento non può accordarvi tutela. Il trust, sottraendo il patrimonio o l'azienda al suo titolare ed impedendo una liquidazione vigilata – in quanto rimette per intero la liquidazione dell'attivo alla discrezionalità del trustee - determina l'effetto, non accettabile per ilnostro ordinamento, di sottrarre il patrimonio del debitore ai procedimenti pubblicistici di gestione delle crisi d'impresa e dall'attivo fallimentare della società settlor il patrimonio stesso.”
“L’ordinamento italiano non può accordare tutela al trust se la causa concreta sia quella di segregare tutti i beni dell'impresa a scapito di forme pubblicistiche quale il fallimento. In tali casi, ai sensi dell'art. 15 della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, il trust liquidatorio non può essere riconosciuto nell'ordinamento italiano e, anzi, il conflitto con la disciplina inderogabile concorsuale ne determina la inesistenza giuridica nel diritto interno".

Nel caso di specie, quindi la Suprema Corte non solo non ha ritenuto non riconoscibile un trust liquidatorio istituito in presenza di uno stato di preesistente insolvenza, onde il negozio non produce l'effetto di segregazione desiderato, specificando, altresì, che l'inefficacia non è esclusa né dal fine dichiarato di provvedere alla liquidazione armonica della società nell'esclusivo interesse del ceto creditorio, né dalla clausola che, in caso di procedura concorsuale sopravvenuta, preveda la consegna dei beni al curatore (c.d. "clausola di salvaguardia").

La Cassazione sembra, seppur in modo “astratto”, aprire alla teorica liquidazione alternativa tramite trust, anche se la maggior parte della giurisprudenza successiva la esclude: “In sostanza il Tribunale di Milano ritiene che la cancellazione costituisca l'esito di una fattispecie a formazione progressiva, articolata nell'accertamento ad opera degli amministratori della causa di scioglimento (art. 2484 c.c.), nella nomina assembleare del liquidatore (art. 2487 c.c.), nell'attività di liquidazione in senso proprio, culminante nella redazione del bilancio finale di liquidazione (art. 2492 c.c.), recante l'indicazione della "parte spettante a ciascun socio o azione nella divisione dell'attivo". Solo all'approvazione del bilancio finale di liquidazione può poi far seguito la richiesta di cancellazione della società dal Registro delle Imprese”. Giudice del registro delle imprese di Milano 12 settembre 2013 in Trusts e att. fid., 2014, 307; Trib. Milano 22 novembre 2013 in www.ilcaso.it.

Sempre nel senso di "illegittimità", Tribunale di Milano, Sez. I civ., M. Flamini, Giud., 8 gennaio 2018, n. 63: "Deve innanzitutto essere valutata la legittimità dell'atto costitutivo del trust, a tal fine dovendosi distinguere due possibili scenari:
(a) il "trust liquidatorio in senso stretto", concluso per sostituire la procedura liquidatoria, al fine di realizzare con altri mezzi il risultato di recuperare l'attivo, pagare il passivo, ripartire il residuo e cancellare la società;
(b) il "trust anticoncorsuale", istituito per sostituirsi alla procedura fallimentare.
Recentemente, la Cass. 10105/2014 ha chiarito che il trust del secondo tipo, sostituendosi alla procedura fallimentare ed impedendo lo spossessamento dell'imprenditore insolvente, è incompatibile con le norme inderogabili e di ordine pubblico in materia di procedure concorsuali e quindi non può trovare riconoscimento nel nostro ordinamento giuridico in virtù dell'art. 15, comma 1, lett. e) della Convenzione de L'Aja del 10 luglio 1985, ratificata con Legge 16 ottobre 1989, n. 364, secondo il quale un trust non può violare le norme imperative previste dalla lex fori in tema di "protezione di creditori in casi di insolvibilità".

Nonché sempre il Tribunale di Milano, con la sentenza in data 17.1.2015: “la segregazione di tutto il patrimonio aziendale posta in essere tramite lo strumento del c.d. trust liquidatorio al fine di provvedere in forme privatistiche alla liquidazione dell’azienda, sociale allorché abbia l’effetto di sostituirsi alla procedura fallimentare sopravvenuta, non permettendo di fatto ai creditori la condivisione del governo del patrimonio trasferito al trustee, è incompatibile con le norme di diritto pubblico in materia di procedure concorsuali. Ne consegue l’inesistenza giuridica del trust nel diritto interno e la sua assoluta inefficacia, nonché la nullità del conseguente trasferimento dei beni al trustee.”.

Il Tribunale di Treviso con la sentenza del 3 gennaio 2019 individua compiutamente "la causa in concreto" che la Suprema Corte indica come metro di giudizio ex ante.
"in adesione all'orientamento formatosi in Giurisprudenza, la funzione illecita del trust si verifichi quando il trust sia stato di fatto utilizzato per eludere la disciplina concorsuale secondo un accertamento in concreto alla luce di indici quali: l'incapienza dei beni e dei crediti conferiti nel trust rispetto ai debiti scaduti; l'entità dei debiti e l'attivo residuo della Disponente al momento della costituzione del trust; la successiva cancellazione della società Disponente dal registro delle imprese; il mancato compimento di qualsiasi concreta attività di liquidazione".

CONCLUSIONI

Al di là della nomenclatura utilizzata, non sempre perfettamente chiara, per qualificare le singole fattispecie, emerge la necessità di un'analisi pratica ex ante sull'efficacia e sulle finalità del trust con scopo liquidatorio, che di principio non appare illegittimo: si deve valutare la possibilità concreta di raggiungere il risultato di offrire ai creditori un soddisfacimento più ampio e rapido rispetto alle procedure ordinare ma prima ancora, banalmente, se la società si trova in uno stato di crisi o di insolvenza.

Alcune annotazioni di carattere sostanziale:

1) La maggior parte dei casi in discussione si riferisce ad un periodo temporale appena successivo alla crisi economica del 2008 che ha portato ad una massiva proliferazione di concordati e procedure "fai da te", oggi improponibili, finalizzate più che al massimo soddisfacimento dei creditori all' "asset protection" aziendale o individuale;

2) La finalità, neanche tanto mascherata, dei trust liquidatori era quella di eliminare le società disponenti/debitrici in modo da evitare le procedure fallimentari con la cancellazione della società dal Registro Imprese. In tal senso appare illuminante un passaggio della sentenza del Tribunale di Trieste del 29 ottobre 2019 n. 612:

"La dichiarata volontà di sostituire la procedura liquidatoria con il T., al fine di realizzare in modo più efficace la conservazione del valore dell'impresa in funzione del miglior realizzo, è infatti rimasta solo tale: una mera affermazione, attesa l'assoluta paralisi dell'attività liquidatoria, ed il mancato compimento di alcun atto. L'atto si dimostra quindi privo di qualunque giustificazione causale concreta, lasciando fondatamente ritenere che la reale causa, illecita, sia stata quella di addivenire alla cancellazione della società (avvenuta nel maggio 2010) dal registro delle imprese, di fatto anticipando, per finalità anticoncorsuali, quella che rappresenta solo la conseguenza della conclusione della procedura di liquidazione regolata dal codice civile. Questa cancellazione è peraltro di per sé incoerente con le presunte finalità liquidatorie e di risanamento (agevolare il raggiungimento di accordi di ristrutturazione dei debiti) dichiarate nel negozio istitutivo: anzi denota un intento di chiudere in fretta l'impresa, presumibilmente per far decorrere prima il termine annuale indicato dall'art. 10 l.fall."

3) Il Trust Liquidatorio POTREBBE ESSERE A SUA VOLTA UN'IMPRESA, pienamente rientrante nella definizione di "imprenditore" del codice civile art. 2082 che comunque svolge un'attività rientrante nell'articolo 2195 c.c. e quindi qualificabile come "impresa commerciale". Ne discende che il trust liquidatorio:

a. dovrebbe essere iscritto come "impresa" nel Registro imprese;

b. dovrebbe essere considerato come "commerciale" ai fini tributari (con attribuzione di partita IVA e con determinazione del reddito di impresa);

c. sarebbe SOGGETTO AL FALLIMENTO con complicatissime conseguenze in tema di fallimento personale del trustee.

La recente sentenza della Corte di Appello di Milano del 27 gennaio 2020 n. 247 si interroga appunto sul calcolo delle soglie per la fallibilità della società/disponente, e, considerando i due patrimoni disgiuntamente ai fini del superamento delle soglie, pone le basi per analizzare la possibilità di un fallimento AUTONOMO del trust medesimo, ove appunto le medesime fossero superate, nella persona del trustee:

"I presupposti di cui all'art. 1 l.f.: assolvimento dell'onere della prova. Il reclamante adduce di essere in grado di fornire la prova dell'insussistenza delle condizioni di cui all'art. 1 l.f., sulla base delle risultanze dell'andamento del trust liquidatorio, con il quale è stata ridotta l'esposizione debitoria e che non avrebbe alcun attivo, come risultante dai Rendiconti annuali della gestione dello stesso (doc. 5, 6, 7, 8).

Si osserva sul punto che non possono valere i rendiconti della gestione del trust quale prova dell'insussistenza dei requisiti di fallibilità della società, dato che è la stessa parte reclamante che deduce che il trust è altro dalla società, che invece si sarebbe estinta. La liquidazione effettuata con cessione di ogni attività al trust non consente di sovrapporre il trust alla società, ancora esistente e non correttamente
liquidata.

Pertanto il reclamante non ha fornito la prova il cui onere grava su di lui, in ordine all'insussistenza dei requisiti di cui all'art. 1 l.f., e per tale ragione non può essere accolta la domanda di revoca della dichiarazione di fallimento".

- La Circolare n. 34 dà per scontato che il Trust possa essere "commerciale" nel senso attribuibile sulla base dell'articolo 2195 c.c., arrivando ad estendere la disciplina IRES di favore a tali strumenti ma non interrogandosi sulle conseguenze civilistiche e concorsuali (punto 3.2.1. pagina 16): "Nel caso in cui il trust opaco si qualifichi come "commerciale", il reddito va determinato applicando le regole previste dagli articoli 81 e seguenti del Tuir in materia di reddito d'impresa, ivi inclusa la disciplina in materia di plusvalenze esenti (articolo 87) e di dividendi (articolo 89)".

3. TRUST DI SUPPORTO ALLE PROCEDURE CONCORSUALI

Il Trust è suscettibile di un ulteriore possibile configurazione nei c.d. concordati misti, ossia con intervento di soggetti terzi che forniscono beni al fabbisogno concordatario: nel fondo in trust in aggiunta o in alternativa ai beni dell'imprenditore vengono conferiti beni di terzi al fine di destinarli alla soddisfazione di creditori o comunque di quelli più aggressivi e pericolosi. Questo tipo di utilizzo dovrebbe rientrare a livello di classificazione inaugurato con la Cassazione del 2014 nei c.d. trust "endoconcorsuale".

Vantaggi di questa soluzione negoziale:
- possibilità di anticipare il vincolo di destinazione istituendo il trust prima del deposito della domanda di concordato preventivo, fermi gli effetti del nuovo art. 2929 bis c.c.;
- utilizzabilità nei c.d. concordati di gruppo;
- possibilità di condizionare sospensivamente il conferimento in trust all'accoglimento della domanda o alla omologazione del concordato preventivo e di condizionare risolutivamente il conferimento nel caso di successivo fallimento della società ammessa alla procedura;
- utilizzabilità per la finanza esterna nel concordato preventivo c.d. misto. Acconto alla fattispecie della cessione delle attività all'assuntore non è infrequente nella prassi delle procedure concorsuali la formulazione di piani di concordato basati sulla presenza di terzi che apportano propri beni a garanzia del soddisfacimento delle obbligazioni dell'imprenditore.

Tali figure sono dette di concordato misto. La presenza di beni del terzo può essere funzionale o semplicemente a garantire in modo maggiore i creditori ovvero a colmare la differenza negativa tra i valori di realizzo dei beni dell'imprenditore e la percentuale offerta ai creditori. Nell'ambito di una procedura di concordato la semplice "offerta" di beni da parte del terzo o dell'assuntore non solo non assicura la successiva liquidazione dei beni in favore dei creditori, ma, soprattutto, non attribuisce ai creditori del concordato alcun diritto di prelazione (e tanto meno di esclusiva) sui beni del terzo o dell'assuntore, che restano esposti alle azioni esecutive dei rispettivi creditori nonché a sequestri o iscrizioni di ipoteche giudiziali. Infatti, trattandosi di soggetti diversi dal debitore assoggettato a procedura il c.d. ombrello protettivo previsto dagli art. 168 e 182 bis l.f. non può trovare attuazione, sicché è possibile che anche in pendenza del concordato i creditori personali del terzo, agendo a tutela dei propri crediti, riescano a vanificare in pratica la "messa a disposizione" dei beni in favore dei creditori concordatari. Al di là della prassi in uso di trascrivere dei "vincoli di destinazione" su beni immobili, l'utilizzo del trust con il suo effetto segregativo potrebbe risultare molto utile alla realizzazione del piano di garanzie esterne posto in essere.

Trust di supporto

Tra i numerosi esempi: Trib. Ravenna 4 aprile 2013 ha ammesso una società alla procedura del concordato preventivo con la messa a disposizione, in favore della procedura, di nuova finanza ad opera di un terzo mediante il conferimento di due beni immobili. L'apporto dei cespiti avveniva attraverso la costituzione di un trust di scopo la cui efficacia era condizionata risolutivamente alla mancata omologazione del concordato entro il termine di diciotto mesi dall'istituzione del trust. Una seconda condizione risolutiva era costituita dal fallimento "in qualsiasi momento" della società in procedura. Rispetto dunque a una garanzia ipotecaria (che non avrebbe assicurato ai creditori la immediata possibilità di vendita del bene ed il conseguente realizzo del prezzo) oppure ad un conferimento dei beni nella società in procedura (che avrebbe comportato per il terzo l'irrimediabile perdita dei beni sia in caso di mancata omologazione del concordato sia in caso di fallimento) la maggiore flessibilità e vantaggiosità del trust appare di immediata evidenza.

Chiusura del concordato tramite l'istituzione di trust di scopo

- Una tematica su cui sicuramente i "trust di scopo" potranno essere utilizzati è la chiusura del concordato tramite appositi trust istituiti dalla Procedura. Un primo esempio, limitato per essere unicamente rivolto ad una singola tematica giudiziale, è la chiusura nel 2019 del Concordato de "La Perla" tramite l'istituzione da parte della medesima procedura di due trust di scopo, uno rivolto alla creazione di una provvista in caso di soccombenza rispetto ad una singola controparte giudiziale, ed uno per la gestione dei creditori irreperibili.

Le tematiche, più ampie e complesse che si troveranno ad affrontare gli operatori sono:

1) La compatibilità con le regole concorsuali e la par condicio creditorum dell'assunzione delle passività potenziali, con automatico beneficio della falcidia concordataria nelle misura del riparto finale;

2) Le modalità con cui l'assunzione delle passività debba avvenire, in particolar modo, tramite "accollo" da parte dell'accollante/trust nei limiti della soddisfazione concordataria ovvero tramite "successione universale";

3) Il fondamento giuridico dell' "atto di dotazione" nel Fondo in Trust degli attivi concordatari tramite "deposito nei modi stabiliti dal tribunale", previsto dall'art. 180, VI° comma Legge Fallimentare in merito ai riparti parziali (e finali), così come anche previsto in sede fallimentare dall'articolo 117 dove nel riparto finale il giudice delegato può prescrivere modalità di "deposito" per le passività condizionate ovvero non ancora definite;

4) La legittimazione processuale attiva e passiva del "trust di scopo" con riferimento ai giudizi attivi ("crediti potenziali") e passivi, che potrebbe fondarsi su di una successione a titolo universale del trust rispetto all'ente non più esistente, disposta con la chiusura del concordato (o del fallimento) ovvero semplicemente con la successione a titolo particolare di cui all'articolo 111 c.p.c., basata sull'accollo nel caso della legittimazione passive e della cessione del credito nel caso della legittimazione attiva.

La chiusura della procedura concorsuale tramite trust di scopo ha indubbi vantaggi:

a) Rappresenta una modalità di chiusura rapida ed efficace di tutte quelle procedure che, pur avendo efficacemente svolto i compiti principali, non riescono ad arrivare ad una conclusione, anche dal punto di vista civilistico con la cancellazione della società dal registro imprese, per eventuali cause passive (o anche attive) ovvero rischi potenziali di sopravvenienze ovvero per irreperibilità di alcuni creditori;

b) Lo strumento utilizzato, il trust di scopo, è declinato come mezzo privatistico connotato tuttavia di una meritevolezza intrinseca che deriva dalla sua efficacia.

c) Come nei c.d. "Trust Dopo Di Noi", anch'essi qualificabili come "di scopo", lo strumento privatistico dialoga con "il Tribunale" intesto non più unicamente come "giudice" ma come riferimento per la gestione delle problematiche sociali, nel caso del Dopo di Noi, ed economiche, nel caso delle procedure concorsuali: come nei trust per soggetti con disabilità l'amministratore di sostegno del soggetto beneficiario del trust continua la sua opera di cura e supporto per realizzare il "progetto di vita", nei trust di scopo para concorsuali il "tribunale" tramite gli organi della procedura contribuisce alla stabilità e alla realizzazione degli scopi del trust, garantendo che i ruoli chiave (il guardiano ad esempio) siano comunque di espressione giudiziale o comunque riferiscano agli organi giudiziali.