

*NUOVE PROSPETTIVE PER LA GESTIONE DELLE IMPRESE IN
CRISI: LA TRASFORMAZIONE DELLE SOCIETA' IN CRISI E
L'IPOTIZZABILITA' DEL TRUST CON FINALITA' LIQUIDATIVA*

**1. PREMESSA – L'IMPATTO DELLA CRISI ECONOMICA SUL DIRITTO
SOCIETARIO**

La recente crisi economica ha avuto come ovvio e inevitabile risvolto un impatto negativo anche nel panorama societario: se la società, quale ente, è nel nostro ordinamento giuridico uno dei protagonisti dell'esercizio dell'attività di impresa, la crisi dell'impresa diventa giocoforza crisi della società. Il problema non è ontologico, in quanto è pacificamente riconosciuto che la società, quale organizzazione comune di mezzi ai fini della produzione e del conseguente profitto, è un modello di organizzazione non sostituibile, ma di disciplina. Di fronte alla stringenti necessità della prassi si è rivelata necessaria un'indagine – finalizzata alla concreta formulazione di proposte legislative – non solo relativa alla creazione di modelli societari più snelli, flessibili e dunque adattabili alle nuove esigenze del mercato in crisi, ma anche relativa alla fase di estinzione di quegli enti che,

incapaci di operare nel mercato economico e di onorare il credito ricevuto, devono cessare di operare come soggetti giuridici.

Se la fase di costituzione della società è stata oggetto di alcune controverse novelle legislative, che hanno portato alla introduzione di nuovi modelli societari, quali la società a responsabilità limitata semplificata, nella quale è stato messo in discussione il ruolo del capitale sociale quale fondo dell'ente per garantire la responsabilità patrimoniale della società, la fase estintiva non è stata oggetto di specifici interventi da parte del legislatore, cosicchè eventuali proposte di modifiche o adattamenti della disciplina sono state solo oggetto di interpretazione dottrinale e giurisprudenziale.

2. LO SNELLIMENTO DELLA STRUTTURA SOCIALE NELLA FASE LIQUIDATIVA

La semplificazione della fase estintiva della società è un tema non meno importante di altri al fine di garantire maggiore flessibilità per l'esercizio dell'impresa: l'adozione di procedure più snelle non comporta solo risparmio di costi nelle procedure, ma ha positivi riflessi anche in termini di certezza del diritto, consentendo di eliminare dall'ordinamento l'ente non più in bonis con certezza e rapidità.

A questo fine va sottolineato come le attuali procedure concorsuali, se da un lato forniscono un ampio spettro di possibilità finalizzate non solo alla liquidazione dell'ente, ma anche ad una sua eventuale reimmissione nel mercato, per altri aspetti, qualora invece si tratti di società ineluttabilmente decotte, si scontrano con la necessità di rispettare gli iter previsti dal codice civile in materia. La fase liquidativa, posta dal legislatore a garanzia dei creditori, è una fase in cui la società continua ad esistere mutando l'originario oggetto sociale dall'attività economica alla finalità liquidativa: l'ente conserva tuttavia la sua complessa struttura gestoria. Evidenti sono i difetti di questa scelta: sebbene il legislatore si sia orientato verso un mantenimento della struttura dell'ente immaginando sempre possibile una revoca della liquidazione e un ritorno all'attività di impresa della società, se la sorte di quest'ultima è l'inevitabile scioglimento, l'assetto societario prescelto e gli organi societari preposti allo svolgimento dell'attività di impresa si rivelano spesso sovradimensionate troppo costosi per la gestione della mera fase liquidativa.

A questo proposito la prassi rende spesso necessaria la rimodulazione di questi organi attraverso la scelta anche di modelli sociali più snelli e più consoni ad una fase nella quale occorre solamente collocare sul mercato gli asset esistenti, utilizzare il ricavato per pagare i creditori e

ridistribuire il residuo ai soci, senza dovere effettuare particolari decisioni strategiche per le quali si rende necessario un complesso apparato gestorio o di controllo, che diverrebbe ultroneo rispetto ai soggetti preposti dalle procedure concorsuali.

Questa possibilità di ricorrere alla trasformazione dell'ente è espressamente sancita dall'art. 2499 cod. civ. il quale ammette la trasformazione della società in pendenza di procedura concorsuale "purchè non vi siano incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa".

Su questo punto occorrono alcune preliminari riflessioni. La trasformazione della società, da intendersi quale fenomeno modificativo del contratto sociale, è spesso considerato dal legislatore uno strumento residuale cui ricorrere quando, avendo l'originaria struttura sociale subito un'alterazione – quale ad esempio una riduzione dell'originaria compagine dei soci tale da impedirne il funzionamento, o, parimenti, una significativa riduzione del capitale sociale – risulta impossibile ricostituire lo status quo per riprendere il corretto svolgimento dell'attività di impresa: attraverso la trasformazione in un ente differente, il legislatore esprime il proprio favor verso la conservazione dell'ente stesso in differente struttura, piuttosto che propendere per il suo scioglimento. Se dunque il nostro codice vede nella trasformazione in generale una funzione

conservativa degli enti, con quanto statuito dall'art. 2499 si ammette esattamente il contrario: la trasformazione può anche essere finalizzata allo scioglimento della società e finalizzata allo stesso, sicuramente con lo scopo di rendere la stessa fase più snella, più rapida e meno costosa e compatibilmente con la tutela degli interessi dei creditori, che è lo scopo fondamentale della procedura liquidativa.

Dato ciò, oggetto di questo progetto di ricerca e della analisi che ne consegue è quello di analizzare le potenzialità che può offrire la trasformazione in sede liquidativa al fine di snellire e rendere meno costose le procedure idonee ad eliminare dall'ordinamento gli enti decotti.

Queste potenzialità sono, nell'idea dello scrivente, sicuramente superiori a quelle immaginabili dal dato letterale del codice stesso. Se infatti il modello di riferimento è uno dei casi codificati di trasformazione omogenea regressiva, attraverso la quale passare da un modello societario ad uno semplificato, al fine di abolire determinati organi sociali e quindi snellire il funzionamento e ridurre la spesa, si ritiene ci sia tutto una serie di ipotesi non codificate che permettono di ottenere in maniera ancora più efficace l'obiettivo di semplificazione. Con ciò si vuole fare riferimento ad ipotesi di trasformazione eterogenea, non codificati, nei confronti di enti non societari, quali ad esempio il trust, la cui struttura si potrebbe rivelare assolutamente

idonea alla esecuzione delle procedure liquidative e ad uno smaltimento delle attività sociali rapido e meno oneroso.

Il trust interno, istituito con riferimento alla L. 16.10.1989 n. 364, che ha ratificato la Convenzione dell'Aja del 1.7.1985, entrata in vigore il 1.1.1992, ha trovato una piena legittimazione nel nostro ordinamento ed è stato compito della giurisprudenza nel corso degli anni fissarne e delimitarne l'ambito di applicazione concreta.

Senza entrare nel merito della disciplina del trust, non sfugge all'osservatore come questo istituto di origine anglosassone non sia altro che una ipotesi di segregazione patrimoniale che si aggiunge alle ipotesi codificate quali il fondo patrimoniale, i beni destinati ex art. 2645-ter cod. civ. o i patrimoni destinati di cui all'art 2447-bis e ss. cod. civ.. Qualora immagiamo un trust con funzione liquidativa non possiamo che richiamare alla mente altri istituti del diritto civile quale la cessione dei beni ai creditori o *cessio bonorum* di cui all'art 1977 cod. civ. attraverso la quale i beni "ceduti" ai creditori vengono a formare, senza trasferimento effettivo, una massa autonoma ma priva di soggettività giuridica finalizzata al soddisfacimento degli interessi creditori: data la similitudine, non possiamo considerare non configurabile nel nostro ordinamento un trust con questa finalità.

E' indubbio che la costituzione del trust attraverso la trasformazione degli enti decotti possa comportare dei vantaggi pratici: sia qualora

immaginiamo che sia costituito istituendo quali beneficiari i creditori e quale trustee il curatore consentendo praticamente a quest'ultimo di attuare l'intera procedura concorsuale nell'ambito di una struttura di un ente non personificato, sia che immaginiamo il curatore quale semplice guardiano del trust in cui i liquidatori sono trustee e i creditori beneficiari, sia che pensiamo ad ipotesi più drastiche di trust di scopo.

Quello che deve essere oggetto di studio non è la convenienza in sé di una siffatta trasformazione ma la fattibilità giuridica: risultano infatti tra i pochi precedenti giurisprudenziali di merito in materia orientamenti tendenzialmente negativi nei confronti dell'ipotesi prospettata¹.

In concreto dunque il progetto propone, assunta la validità e la convenienza della trasformazione in trust a fini liquidativi, di analizzare, partendo proprio delle obiezioni proposte dalla dottrina e della giurisprudenza in materia, la fattibilità e la configurabilità dell'ipotesi prospettata nel nostro ordinamento.

Gli ambiti di analisi necessari per affrontare questa ricerca sono essenzialmente due: il primo riguardante l'ammissibilità di una trasformazione eterogena atipica qual è quella della società in un soggetto privo di soggettività giuridica quale il trust; il secondo avente

ad oggetto la configurabilità e l'istituzione di un trust da parte dell'impresa che versa in stato di crisi.

Gli strumenti scelti per l'analisi sono ovviamente dati dall'analisi della dottrina in materia e della giurisprudenza per poter effettuare una esegesi ragionata del codice finalizzata a ricavare dalle norme stesse il supporto giustificativo della ipotesi prospettata.

La finalità della ricerca è quella di poter produrre un coerente supporto argomentativo idoneo a giustificare l'ammissibilità nel nostro ordinamento di questo strumento per la semplificazione della fase liquidativa della società o, in alternativa, di fornire iure condendo degli spunti per il legislatore positivo al fine di disciplinare positivamente l'ipotesi proposta.

3. DELL'AMMISSIBILITÀ DELLA TRASFORMAZIONE IN TRUST

L'ammissibilità della trasformazione in trust ha come principale obiezione un dato logico: se la trasformazione è pacificamente intesa come una modificazione del contratto sociale, laddove la caratteristica principale è la continuità tra i soggetti risulta tendenzialmente difficile che essa possa avvenire nei confronti di un ente, il trust, che non ha soggettività giuridica e la cui costituzione mediante trasformazione comporterebbe la modifica causale del contratto sociale.

Non si può tuttavia negare che la riforma del diritto societario del 2003 ha disciplinato con l'art. 2500-septies cod.civ. la trasformazione eterogenea regressiva da società di capitali persino nei confronti di entità e non di veri e propri enti quali la comunione d'azienda. La ratio giustificatrice alla base dell'ammissibilità di tale trasformazione è il principio di continuità da applicarsi, se non all'ente - perché non essendo vigente nel nostro ordinamento la concezione germanica della comunione, essa non è configurabile come ente - al patrimonio aziendale che in parte lo costituisce. Da questo punto di vista in effetti potrebbe configurarsi anche l'applicazione analogica della norma al trust: anche esso infatti come la comunione d'azienda non è un ente, ma garantisce continuità al patrimonio aziendale.

La domanda a questo punto che si deve porre l'interprete del diritto non è se sia coerente o meno con il sistema la trasformazione regressiva in trust, quanto piuttosto se le ipotesi previste dal succitato art. 2500-septies cod.civ. siano da intendersi o meno tassative. Da questo punto di vista è possibile notare un contrasto di opinioni tra la principale dottrina², che ritiene assolutamente non tassativo l'elenco proposto e la giurisprudenza, orientata in senso contrario ad eccezione di un isolato orientamento³.

Da un punto di vista dell'analisi sistematica del diritto occorre tuttavia, al fine di sancirne l'ammissibilità, considerare la coerenza dell'operazione esaminata con i principi generali dell'ordinamento e quindi non solo il principio succitato di continuità, ma anche il principio di economia degli atti giuridici, che renderebbe inidoneo raggiungere un obiettivo attraverso un procedimento indiretto quando il procedimento diretto non integra fattispecie espressamente vietata.

Se la rispondenza della operazione al secondo principio risulta nei fatti evidente, per quanto riguarda il primo non si può che meglio argomentare quanto detto poco prima: la trasformazione è un'operazione che richiede omogeneità, ma con la riforma del 2003 il legislatore ha espressamente sostituito l'omogeneità della causa con l'omogeneità dell'impresa. L'intangibilità della *affectio societatis* quale causa del contratto, in sede di trasformazione, viene messa in discussione laddove sempre di continuità si può parlare, sebbene non causale.

La forzatura che il legislatore propone è dovuta sicuramente all'esigenza di salvaguardare l'integrità del patrimonio sociale che è lo strumento dell'esercizio dell'impresa anche quando necessità materiali richiedono una nuova struttura organizzativa più snella. Si fa un ragionamento di natura pratica: la società esiste quando più soggetti organizzano beni e servizi a scopo di lucro cioè fanno

impresa; se i titolari del complesso produttivo non esercitano attività di impresa si avrebbe mera comunione d'azienda. Ma se i titolari del complesso decidessero di non svolgere direttamente attività di impresa e delegarla ad altri, il legislatore ritiene che, rimanendo sempre tale il complesso produttivo attivo, procedere allo scioglimento della società e alla successiva assegnazione dei beni agli ormai ex soci con costituzione della comunione è un procedimento indiretto inutile. Una scelta questa che ha anche importanti conseguenze fiscali e non solo economiche: sicuramente la trasformazione è procedura più snella e più rapida della liquidazione e della assegnazione dei beni, ma soprattutto è, entro certi limiti, fiscalmente neutra.

Considerando dunque possibile in sede di trasformazione la modificazione causale del contratto sociale⁴ non si vedono ragioni ostative al passaggio dal contratto sociale a quello istitutivo del trust.

Se valutiamo la fattibilità dell'operazione a livello della tutela dell'interesse dei soci e dei creditori, si rileva quanto segue. Per quanto riguarda i primi, il loro interesse è salvaguardato dal mantenimento in capo agli stessi del legame col complesso aziendale, nel ruolo di gestori o di beneficiari, legame peraltro che loro stessi modulano in sede di trasformazione, esprimendosi sull'operazione con necessaria maggioranza qualificata e potendo recedere qualora non

concorrano alla deliberazione ex art. 2437 I c. lett. b) cod. civ.. Per i creditori la tutela è offerta dalla possibilità di opporsi all'operazione ex art 2500-novies cod. civ.

Quanto affermato tuttavia è suscettibile di alcune rilevanti obiezioni.

La prima, ovvia, è che se l'elemento "minimo" di continuità è dato dalla esistenza di un complesso organizzato di beni produttivi è evidente che non possiamo operare trasformazione in trust di società che nascono già come società cc.dd. "di comodo" dove il patrimonio non è espressamente finalizzato alla produzione.

La seconda è che con riguardo alla titolarità del patrimonio è difficile che si mantenga e si rispetti l'idea della continuità per quanto attiene alla titolarità del complesso aziendale. Nella comunione d'azienda infatti la continuità è rappresentata da identità oggettiva del complesso e soggettività dei suoi titolari che sostituisce la mancata continuità dell'ente. Nel trust invece è probabile che la titolarità dei beni sia trasferita ad un trustee, conservando agli ormai ex soci il ruolo di beneficiari. In questo caso il concetto stesso di continuità verrebbe a subire una ulteriore forzatura: non continuità nella titolarità, ma nella compagine dei soggetti beneficiari degli effetti della gestione, configurando di fatto in capo al trustee una sorta di proprietà fiduciaria. La soluzione al problema, cioè la attribuzione della qualità di trustee e di beneficiari ai medesimi soci porta alla negazione della

teoria sostenuta perché non è ammissibile l'esistenza di un trust dove coincidono i due ruoli.

Un punto interessante che deriva da quanto affermato riguarda però l'ipotizzabilità di un trust di scopo. Il trust di scopo è quel trust finalizzato al perseguimento di uno scopo estraneo al soddisfacimento degli interessi dei beneficiari. Questa tipologia di trust è vista in maniera non troppo favorevole neppure negli ordinamenti anglosassoni d'origine, al fine di evitare la costituzione di ipotesi di segregazioni patrimoniali illimitate nel tempo: in Inghilterra dunque il trust di scopo è ammesso solo se lo scopo è caritatevole, nella legislazione statunitense è invece anche ammesso per scopi diversi purchè vi sia un soggetto enforcer che obblighi il trustee all'adempimento delle sue mansioni.

Se in ipotesi, si ammettesse nel nostro ordinamento la trasformazione dell'ente in trust di scopo a fini liquidativi, si creerebbe una ipotesi di trasformazione astrattamente più rispondente ai principi del nostro ordinamento. Il trust infatti avrebbe come trustee i medesimi soci che dunque confermerebbero la continuità nella titolarità dei beni, il soggetto che sovrintende alla procedura concorsuale potrebbe assumere il ruolo di guardiano del trust verificando le operazioni liquidative, inoltre la causa del contratto sociale che in seguito alla liquidazione non è più lo svolgimento della attività di impresa bensì lo

scopo liquidativo troverebbe continuità nella causa liquidativa nel contratto di trust in cui attraverso la trasformazione si evolve l'originario contratto sociale.

Per ammettere un siffatto inquadramento occorre tuttavia procedere all'analisi di configurabilità del trust per l'impresa in crisi

4. IL TRUST NELLE IMPRESE IN CRISI

Il trust è stato oggetto di attenta analisi dottrinale con particolare riferimento al trust interno, cioè quel trust il cui unico elemento di internazionalità è dato dalla legge regolatrice, non esistendo in Italia specifica disciplina in materia⁵.

La giurisprudenza in materia, prevalentemente di merito, ha optato per la ammissibilità dell'istituto. Meno pacifica si è rivelata la ammissibilità dello stesso nel caso in cui venga costituito, nel caso in esempio mediante trasformazione, da parte di una impresa in crisi.

Si fa riferimento in particolare ai principi espressi nella Convenzione di cui agli artt. 15, 16 e 18, secondo cui un trust non può derogare, rispettivamente, alle norme inderogabili dell'ordinamento in cui esso si trova a operare, alle norme di applicazione necessaria e all'ordine pubblico.

La pronuncie giurisprudenziali in materia, oltre a sottolineare l'aspetto

per cui evidentemente la normativa in materia di liquidazione delle società è da ritenersi inderogabile, ragiona anche sulla utilità pratica dell'istituto. In termini concreti dal punto di vista logico un trust con finalità liquidativa, se ha proprio lo scopo della liquidazione, potrebbe essere costituito senza essere in contrasto con le norma imperative, tuttavia non si vede la necessità di costituire un nuovo ente con la medesima finalità di liquidazione della società già sciolta e che non fornisce ulteriori garanzie alla procedura che già di per sé è in grado di garantire la liquidazione dei beni e di evitare la loro dispersione. Da questo punto di vista, l'orientamento giurisprudenziale che affronta l'argomento ammette il trust liquidativo solo qualora esso presenti una causa in concreto valida, rinvenibile o in una necessità di utilizzare lo strumento del trust per rimettere la società in bonis, ovvero, potremmo aggiungere, per risparmiare sui costi derivanti dal mantenimento degli organi sociali.

Tuttavia la giurisprudenza di merito in esame non riesce ad ipotizzare la costituzione di trust da parte di società che già versa in procedura concorsuale, proprio in virtù dei succitati artt. 15, 16 e 18 della Convenzione, ammettendola solo qualora la società sia meramente in crisi e a patto che sia prevista una clausola di salvaguardia che preveda la nullità del trust in caso di accertamento dello stato di insolvenza.

Questa proposta prudenziale dei giudici di merito deve essere oggetto di più specifica analisi, e potrebbe, a detta dello scrivente, essere superata.

In primo luogo in virtù dello stesso art. 2499 cod.civ. che ammette la trasformazione in pendenza di procedura concorsuale purchè compatibile con le finalità della stessa senza eccezione alcuna e qualora si propenda per la non tassatività delle trasformazioni eterogenee non incorrono dati legislativi contrari alla nostra ricostruzione.

In secondo luogo in quanto il discrimen tra stato di crisi e stato di insolvenza verrebbe di fatto rimesso al notaio rogante, che non ne ha gli strumenti di valutazione

In terzo luogo, se si aderisce alla tesi dei giudici, o il trust viene costituito con la previsione della clausola di salvaguardia in caso di insolvenza per cui potrebbe nascere già nullo in sede di costituzione, oppure viene costituito senza clausola di salvaguardia, ipotesi per la quale il trust non sarebbe automaticamente nullo. Difatti essendo per necessità di configurazione trustee un soggetto terzo e beneficiari i soci, la società fallita non farebbe più parte del rapporto e il curatore fallimentare dovrebbe prima ragionare sulla natura giuridica del trust e sul suo avvenuto perfezionamento per optare per un'azione di nullità, di inefficacia o revocatoria.

Se si aderisce alla tesi di quell'autore che, per giustificare il ragionamento della giurisprudenza, ritiene che il trust ormai costituito, intervenuto il fallimento diviene un trust nudo, dove il trustee è un mero esecutore della volontà del curatore al fine di liquidare il trust, non si vede perché non ammettere il trust direttamente anche in fase liquidativa, dando al curatore stesso il ruolo di trustee e consentendogli maggiore libertà di movimento. La causa in concreto del contratto sarebbe rappresentata dal risparmio di costi che la nuova organizzazione comporta.

5. Conclusioni

Il progetto di ricerca dunque mira avvalendosi dell'analisi esegetica del testo legislativo a ricostruire i profili di configurabilità di ipotesi di trasformazione in sede di procedura concorsuale delle imprese, avendo come punto di partenza le pronunce giurisprudenziali in materia e avvalendosi anche degli orientamenti della prassi professionale, in particolare quella notarile che di recente sta elaborando tesi a favore di operazioni straordinarie proprio in pendenza di procedura concorsuale, al fine di semplificazione e riduzione dei costi.

