

TRUST CON FUNZIONE DI GARANZIA

Firenze, sabato 15 Marzo

A cura del Dottor Marco Regni, Notaio in Pistoia

e con la collaborazione del Dott. Marco Del Pinto e del Dott. Giacomo Cappellini

L'utilizzo di un trust come strumento di garanzia del credito rappresenta una valida risposta all'esigenza, particolarmente incombente sugli operatori economici, di costituire garanzie del credito che consentano al creditore, in caso di inadempimento del debitore, di soddisfare la propria pretesa senza dover ricorrere ad una procedura esecutiva caratterizzata da eccessivi formalismi, tempi decisamente lunghi e incertezze di risultato.

Il ricorso a forme di autotutela nel settore delle garanzie deve preliminarmente confrontarsi con l'analisi del ruolo dell' autonomia privata, alla quale va riconosciuto lo spazio compreso fra i principi inderogabili disposti dal nostro ordinamento, e, nella specie, con la ratio sottesa all'istituto del divieto di patto commissorio, norma di carattere imperativo.

Secondo l' art. 2744 c.c. è nullo il patto con il quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito entro il termine stabilito, la proprietà della cosa ipotecata o data il pegno passi al creditore.

Nonostante la lettera della norma si riferisca solamente al pegno e all'ipoteca (l'art. 1963 c.c. statuisce analogo divieto per l' anticresi), la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie (da ultimo Cass. n. 8411/2003) hanno adottato un' interpretazione estensiva secondo la quale l' art. 2744 c.c. è espressione di un principio generale dell' ordinamento giuridico, tanto da trovare applicazione per tutte quelle fattispecie che, pur non essendo espressamente contemplate da parte del legislatore, sono comunque caratterizzate dalla medesima *ratio*, svincolando il patto stesso da clausola accessoria ad una garanzia tipica di pegno, ipoteca o anticresi e riconoscendo il c.d. patto commissorio autonomo, e cioè la convenzione che preveda un'attribuzione (o l'acquisto di un diritto reale di godimento) di un bene o di determinati beni del debitore in favore del creditore in caso di inadempimento.

In altre parole, la nullità comminata dall' art. 2744 c.c. deve essere collegata non alla struttura dell'atto negoziale ma alla sua funzione economica: se una determinata operazione negoziale, nella sua valutazione complessiva, è diretta a violare la ratio che sta alla base del divieto del patto commissorio, allora si può agevolmente concludere che si tratta di una operazione compiuta in spregio a tale divieto e pertanto nulla.

Parte della dottrina (TORRENTE, Manuale di diritto privato, Milano, 1993, pag. 428), confermata dalla giurisprudenza della Cass. n. 1233 del 19 febbraio 1997, ravvisa la ratio di detta norma nell'esigenza di tutelare il debitore di fronte alla coartazione del creditore: il debitore non dovrebbe subire alcun tipo di coartazione, per cui in caso di inadempimento non dovrebbe vedersi spogliato del proprio bene con possibilità che il creditore abbia un significativo arricchimento ingiustificato, ex art. 2041 c.c., perché ben potrebbe divenire proprietario di un bene di valore superiore a quello del relativo debito.

Ora, essendo il divieto del patto commissorio essenzialmente volto a prevenire un iniquo squilibrio economico a carico del debitore, questo squilibrio sarebbe eliminato da apposite pattuizioni, il c.d. *patto marciano*, ritenute sufficienti, come è stato affermato in dottrina e da qualche decisione giurisprudenziale, ad escluderne l'illiceità prevedendo che al creditore sia concesso, al verificarsi dell'inadempimento, sì di far propria la cosa, ma ad un prezzo non prefissato ma da determinarsi da un terzo secondo parametri che si rifanno ai valori di mercato al momento dell'inadempimento stesso: nel caso il valore della cosa così stimata sia superiore a quanto dovuto il *surplus* sarà trasferito al debitore (evitando così l'ingiustificato arricchimento).

Se tale pattuizione riduce l'iniquità cui di regola il debitore resta assoggettato nella stipulazione del patto commissorio (anche se parte della dottrina, andando contro la costante giurisprudenza, ritiene che

un patto del genere contrasti comunque con la ratio del divieto del patto commissorio, Barbiera), è pure evidente come non faccia venir meno la coartazione del debitore e soprattutto non consenta la possibilità di realizzare la maggior utilità possibile per il debitore, al quale devono essere riconosciute tutte le possibilità speculative inerenti al suo bene.

A questo proposito può essere utile il semplice esempio avente ad oggetto il caso del creditore che in funzione del patto marciano si veda attribuire il bene avuto in garanzia secondo la stima fatta da un terzo in base al valore di mercato del bene stesso: tale operazione, a ben vedere, non risponde all'interesse del debitore in quanto quest'ultimo ben potrebbe conseguire un ricavo ulteriore rispetto al valore così stimato vendendo il bene ad un soggetto particolarmente interessato all'acquisto ad un prezzo anche di molto superiore al valore di mercato. Così argomentando appare chiaro che con il patto marciano si va a ledere il diritto del debitore di ottenere la migliore utilità dal bene (dal momento che il surplus rispetto al debito garantito torna a far parte del suo patrimonio), pregiudicando indirettamente anche l'interesse di eventuali ulteriori creditori che così perdono, oltre al bene dato in garanzia (sul punto si potrebbe ravvisare una violazione della par condicium creditorum), anche la possibilità di vedere aumentare il patrimonio del debitore sul quale hanno diritto di soddisfarsi.

Sulla base di queste considerazioni, invece di inserire un patto marciano è allora più opportuno configurare un trust che avrà il vantaggio di non pregiudicare oltremodo la posizione del debitore senza però vincolare eccessivamente la gestione e l'eventuale liquidazione del bene dato in garanzia.

Il trust, infatti, quale garanzia atipica per la sua flessibilità può consentire di superare la staticità dei modelli giuridici delle garanzie classiche dando così risposte concrete ai bisogni indotti dalla dinamicità della realtà economica. L'istituto in esame, in particolare, permette di passare, da un lato, dal concetto di *res* data in garanzia a quello di fondo, inteso come patrimonio mutevole complessivo che oltre al capitale comprende i frutti e gli incrementi dello stesso e, dall'altro, da un concetto di garanzia reale tendenzialmente statica e improduttiva ad uno strumento dinamico e modellabile alle esigenze del caso concreto.

I vantaggi pratici e le opportunità di applicazione sono non di poco momento.

In primis, tutti i beni mobili o immobili e tutti i diritti reali che appartengono a persone fisiche e/o giuridiche possono formare oggetto di un trust (es. immobili, autoveicoli, imbarcazioni, titolo di credito, azioni, quote di società immobiliari, ma anche preziosi, opere d'arte, opere dell'ingegno, conti bancari, somme di denaro, mobili e arredi).

Il trust a scopo di garanzia opererà, pertanto, creando una segregazione patrimoniale dei beni inseriti nel trust finalizzata al soddisfacimento di crediti determinati: tali beni verranno amministrati dal trustee secondo un programma prestabilito, e, al termine convenuto, in caso di inadempimento, sarà il trustee stesso ad alienare il bene tentando il maggior ricavo possibile, e non secondo il valore di mercato.

Trasparenza, nel senso di facilità nel controllo, rapidità ed efficienza nella tutela di entrambi le parti del rapporto sono i motivi per ricorrere ad un trust in funzione di garanzia. La malleabilità dell'istituto lo adatta poi ad un concetto di garanzia in senso lato, strumento a cui ricorrere per dare una risposta ad esigenze quotidiane spesso arginate con pratiche non altrettanto valide.

Si può far riferimento agli affidamenti di somme al notaio, cioè alle ipotesi di consegna allo stesso di somme in funzione di esigenze particolari che nascono dalla stipulazione dell'atto: il notaio è terzo non interessato che trattiene le somme a salvaguardia di certi interessi non ancora realizzati (liberazione del bene, opere di piccola ristrutturazione da ultimare).

In questo caso, le somme affidategli entrano a far parte del suo patrimonio con il quale si confondono, con la conseguenza che le stesse potranno essere aggredite dai creditori del professionista stesso ed entreranno a far parte del suo asse ereditario, qualora il notaio muoia nel corso del deposito.

Il trust anche in questi casi si presta magnificamente a costituire ed a fornire garanzia patrimoniale di ottimo livello, in ragione della segregazione patrimoniale anzidetta.

Trust e pegno. Rispetto al pegno il trust consente la gestione del capitale (anche di complessi patrimoni finanziari) con criteri professionali effettuando dinamiche operazioni di investimento e di disinvestimento richieste dall'andamento dei mercati, senza pregiudizio per l'interesse del creditore. La flessibilità organizzativa e gestionale non è paragonabile neanche al più elastico istituto del pegno rotativo con il quale l'unico elemento in comune è quello della surrogazione reale dell' oggetto della garanzia con il controvalore di detto bene (caratteristiche peculiari del pegno sono lo spossessamento e l' impossibilità di sostituire i beni dati in garanzia, mentre nel pegno rotativo secondo la giurisprudenza prevalente si ha la modificabilità dell'oggetto del pegno, senza la contestuale nascita di un nuovo rapporto di garanzia, mediante il ricorso all' istituto della surrogazione reale. Cass. 5264/1998). Basti osservare che il patto di rotatività per essere efficace nei confronti dei terzi dovrà contenere sia il meccanismo di rotatività del vincolo sia le indicazioni necessarie all' individuazione dei passaggi e delle trasformazioni relativi agli oggetti sui quali la garanzia verrà nel tempo ad insistere, mantenendo così inalterati gli originari valori dell'operazione e quindi la sua unità formale.

Trust e ipoteca. Partendo dall' assunto secondo il quale il creditore ha interesse a disporre di un meccanismo diretto ad una rapida ed agevole realizzazione del credito garantito, appare evidente come l' ipoteca non soddisfi tale necessità dal momento che il creditore può realizzare il credito solo attraverso l'espropriazione del bene, nei modi previsti dal codice di procedura civile, e quindi attraverso la vendita e l' attribuzione del ricavato in via primaria rispetto agli altri creditori, ovvero attraverso l'assegnazione giudiziale (non è ammessa la vendita del bene ad opera dello stesso creditore, come previsto invece dall'art. 2797 c.c. in materia di pegno).

L' ipoteca, dunque, si rivela una garanzia inefficiente, ancorché sicura, soprattutto in riferimento alle operazioni legate al mercato finanziario.

Trust nelle operazioni di project financing. L' istituto in oggetto, che può essere tradotto come finanziamento di progetto, è *“un' operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare il flusso di cassa dell'unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell' unità economica come garanzia collaterale del prestito”* (P.K. Nevitt). In questo schema contrattuale il Trust appare di notevole utilità, in particolare secondo i seguenti modelli così come definiti dalla dottrina maggioritaria:

1 trust borrowing vehicle: i promotori di un determinato affare costituiscono un trust e conferiscono al trustee l'incarico di incassare i ricavi che derivano dalla vendita dei prodotti e/o dei servizi conseguenti alla gestione dell' opera, nonché di creare un piano di riparto dei proventi da destinarsi in parte agli stessi promotori per sostenere le spese correnti e per la parte rimanente agli istituti finanziatori fintantoché non sia stato rimborsato completamente il debito. Soltanto gli incassi residui al termine di detta ripartizione potranno essere devoluti ai promotori per la remunerazione dell' attività espletata. I beneficiari si identificano nei destinatari ultimi dei flussi di cassa distribuiti dal trustee secondo le priorità enunciate, e cioè gli enti finanziatori e i promotori.

2 security trust: in questo caso i promotori nominano il trustee nella fase di ideazione del progetto al fine di permettere agli istituti di credito di stanziare direttamente i fondi a favore del trustee stesso. Le risorse affidate sono vincolate sia alla predisposizione della fase progettuale che alla successiva relazione dell'opera.

Trust come garanzia nelle procedure di separazione e divorzio. Il Tribunale di Milano, con Decreto 23 febbraio 2005, ha omologato un verbale di separazione consensuale nel quale era previsto che uno dei coniugi istituisse un trust auto-dichiarato nel quale veniva trasferito un immobile di proprietà dello stesso disponente *“al fine di adibirlo ad abitazione della figlia e dell'altro coniuge, con l'ulteriore previsione dell'obbligo di trasferimento dello stesso immobile alla figlia al compimento dei trent'anni”*.

CASISTICA:

1) Caso di Trust in sostituzione di ipoteca

Si ipotizzi il caso di un soggetto, imprenditore, che intenda acquistare un immobile da dare al figlio, a tal proposito deve richiedere un finanziamento ad una banca, la quale è disponibile a concedere il finanziamento, anzi, avendo già rapporti con il soggetto, trova rafforzata la garanzia verso di questi iscrivendo a proprio favore un' ipoteca sull'immobile. Il soggetto però cerca uno strumento che gli permetta di decidere quando dare il bene al figlio, e non divenire nel frattempo proprietario del bene, evitando che questo bene entri nel proprio patrimonio ed essere sottoposto ai rischi della sua attività. Lo strumento utilizzabile è quindi il trust da porre in essere come segue:

- a) Il soggetto costituisce un trust;
- b) Trasferisce al trust i capitali necessari per l' acquisto dell' immobile.
- c) Il trustee acquista l' immobile, divenendo proprietario, con i limiti della segregazione, per cui il bene non è soggetto al rischio d' impresa, né fanno parte del patrimonio personale del trustee.
- d) Il soggetto si riserva, con precisa clausola iscritta nell'atto istitutivo, di nominare il beneficiario, o nominerà il figlio, con la possibilità di revocarlo, ponendo un termine a tale facoltà.
- e) Il soggetto prevede nell' atto istitutivo la possibilità di abitare nell'immobile a titolo di comodato gratuito.

2) Caso di Trust ed emissione di obbligazioni

Si può utilizzare l'istituto del trust nella fattispecie dell'emissione di titoli obbligazionari allo scopo di tutelare in maniera più idonea i portatori dei titoli.

Si ipotizzi il caso in cui una società decida di emettere nuovi titoli obbligazionari garantendoli con il proprio patrimonio immobiliare, senza però gravare detti immobili da ipoteca. A tal proposito si potrebbe conferire detti beni in una apposita società e trasferire le azioni della società ad un trustee, che avrà il compito di amministrare la partecipazione al fine di garantire il soddisfacimento dei creditori al momento del rimborso dei titoli obbligazionari. Alla scadenza si avrà che, in caso di adempimento all'obbligo di restituzione del prestito, il pacchetto azionario sarà restituito dal trustee alla società, altrimenti, in caso di inadempimento, spetterà al trustee agire al fine di garantire i portatori dei titoli, vendendo parte dei beni, o chiedendo nuovi prestiti a banca, o tramite altre soluzioni che il trustee potrebbe trovare.

BREVE ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA

A) COMPATIBILITA' DEL TRUST CON FUNZIONE DI GARANZIA CON L'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

-Tribunale di Bologna, 1 ottobre 2003 n. 4545: afferma che il trust è pienamente compatibile con

l'ordinamento giuridico italiano dal momento che la non applicabilità dell' art. 2740 c.c. emerge direttamente dagli artt. 2 e 11 della Convenzione dell' Aja, i quali identificano in modo esclusivo la fonte della segregazione nella "proprietà qualificata" del trustee e forniscono una nuova lettura del concetto di "patrimonio".

- Tribunale di Brescia, 12 ottobre 2004: "L' effetto segregativo trova legittimazione in virtù di specifiche disposizioni previste nella Convenzione dell' Aja ed introdotto nell' ordinamento italiano con la legge di esecuzione. Pertanto il creditore del disponente non può validamente esperire l'azione di espropriazione mobiliare presso terzi sui beni che il disponente abbia trasferito, precedentemente all' azione, al trustee di un trust da lui istituito a favore di una onlus".

Il Tribunale ha dichiarato l'impignorabilità dei beni conferiti dal disponente in trust, aderendo alla tesi che l' art. 11 della Convenzione dell' Aja, introdotta nell' ordinamento italiano con la legge di esecuzione, rappresenta l' eccezione al principio di responsabilità illimitata con tutto il patrimonio del debitore di cui all' art. 2740 c.c., poichè di fonte legislativa.

B) TRUST A SCOPO DI GARANZIA

-Tribunale di Milano, 27 dicembre 1996 (decreto): "è legittima la delibera di assemblea di società per azioni recante l'emissione di un prestito obbligazionario garantito per mezzo di un trust".

Il Tribunale di Milano ha emesso un decreto di omologazione di una delibera assembleare nella quale si prevedeva la costituzione di un trust a garanzia di un prestito obbligazionario. Il caso riguardava una società milanese che si è trovata a dover scegliere se garantire l'emissione delle proprie obbligazioni mediante la creazione del vincolo ipotecario sui propri immobili, oppure costituendo gli stessi in trust di scopo. Proprio quest'ultima è stata la via preferita dalla società emittente, la quale ha trasferito la titolarità degli immobili ad una società controllata inglese. Tale società estera ha poi emesso azioni per un ammontare corrispondente al valore degli immobili stessi e ha istituito un trust avente ad oggetto le suddette azioni, regolato dalla legge di Jersey; ha inoltre nominato quale trustee una società fiduciaria italiana (la quale meglio avrebbe potuto gestire gli immobili siti nel nostro paese). Scopo del trust era quello di destinare tali azioni al rimborso degli obbligazionisti che avrebbero sottoscritto i titoli emessi dalla società milanese (creazione di un patrimonio separato o di destinazione), ed a tal fine l'atto istitutivo del trust prevedeva che la restituzione delle azioni da parte del trustee alla società emittente sarebbe avvenuta solo in seguito all'integrale rimborso degli obbligazionisti, e la restituzione degli immobili alla società emittente solo previo accertamento dell'avvenuto pagamento degli stessi.

I vantaggi apportati in questo caso dalla scelta della costituzione del trust in luogo della garanzia immobiliare tipica sono di immediata evidenza: gli obbligazionisti ottengono una garanzia specifica – la perdita del complesso immobiliare da parte della società emittente è effettiva, ma è temporanea, e cioè destinata a rientrare a seguito del rimborso del prestito agli obbligazionisti – e all'emittente è consentita un'agilità di manovra che non era conseguibile utilizzando i tradizionali istituti di civil law. In particolare il trust in esame consentirebbe di evitare il costo e le lungaggini delle procedure dell'esecuzione forzata per il caso di inadempimento della società emittente alle obbligazioni assunte nei confronti degli investitori; il trustee potrebbe adottare le misure più idonee al perseguimento dello scopo del trust – come il reinvestimento dei canoni di locazione degli immobili per incrementare il patrimonio del trust stesso –, mentre laddove si fosse costituita un'ipoteca, gli immobili sarebbero rimasti improduttivi ai fini della tutela delle ragioni dei creditori, ed anzi avrebbero subito una decurtazione del loro valore a causa dell'insistenza su di essi del vincolo ipotecario; infine, in caso di mancata soddisfazione dei diritti degli obbligazionisti, il trustee potrebbe procedere ad una vendita stragiudiziale della parte del complesso immobiliare necessaria allo scopo, in tempi relativamente brevi

e percependo un ricavato generalmente superiore a quello ottenibile in seguito all'esperimento delle procedure giurisdizionali.

C) TRUST E PROCEDURE CONCORSUALI

- Tribunale di Roma, Sezione Fallimentare, 4 aprile 2003: *"il curatore può essere autorizzato a trasferire a trustee i crediti fiscali maturati nel corso della procedura affinché i trustee li esigano ed i crediti riscossi vengano fra i creditori secondo le disposizioni del riparto reso esecutivo dal Giudice Delegato"*.

Il problema affrontato dal Giudice Delegato del Tribunale di Roma è quello inerente alla riscossione dei crediti futuri del fallito, ovverosia quelli che vengono in essere una volta chiuso il fallimento, quando il curatore, cessato dalla carica, non può più riscuoterli in quanto non più rappresentante del fallito (esempio tipico è rappresentato dai crediti d'imposta).

Venendo meno il vincolo di destinazione proprio della procedura fallimentare, detti crediti sono aggredibili da tutti i creditori, anche quelli non ammessi al fallimento, con evidente danno dei creditori concorsuali. In particolare nel caso del credito di imposta l'Amministrazione Finanziaria, se anche titolare di un credito fiscale che non è stato soddisfatto nel concorso, una volta chiuso il fallimento può compensare le due partite, soddisfacendo un ex credito concorsuale con le risorse della massa.

Per risolvere questo problema il Giudice Delegato della Sezione Fallimentare del Tribunale di Roma ha autorizzato con decreto in data 4 aprile 2003 (ratificato ora per allora con decreto del Tribunale di Roma, Sezione fallimentare, dell'11 marzo 2004) la costituzione di un trust che consente la segregazione dei crediti fiscali a favore dei creditori concorsuali.

Lo schema seguito è il seguente: il curatore, quale disponente, cede prima della chiusura del fallimento i crediti fiscali futuri maturati nel corso della procedura fallimentare ai trustees, ponendo come beneficiari i creditori concorsuali. La cessione ai trustees consente la rapida chiusura del fallimento ed il soddisfacimento dei creditori concorsuali secondo il piano di reparto, evitando l'abbandono dei crediti fiscali o la cessione a prezzi di realizzo ad intermediari finanziari.

- Tribunale di Parma, 3 marzo 2005: *"può essere omologato il concordato preventivo di una società in liquidazione, nel quale sia prevista l'istituzione di un trust con trasferimento al trustee di beni da impiegare, in quanto risulti necessario, per la soddisfazione dei creditori, rappresentando ciò il miglior interesse per gli stessi creditori. Il Trust assicura margini di certezza nella soddisfazione dei creditori superiori rispetto a quelli tipici della semplice offerta di beni da parte di terzi; l'istituzione del trust consente di superare le incertezze interpretative connesse al concordato misto, alle modalità della sua attuazione e soprattutto alle problematiche legate alla trascrizione; infine, assicura una meritevole composizione degli interessi coinvolti nella procedura"*.

Il Tribunale di Parma ha omologato il concordato preventivo misto presentato da una S.P.A. (secondo il modello della vecchia normativa fallimentare) che prevedeva, tra l'altro, la devoluzione in trust di beni immobili di proprietà dell'amministratore della società e di suoi congiunti con nomina a trustee del commissario giudiziale, e con beneficiari la massa dei creditori in concordato. La sentenza, oltre a contenere l'intero atto costitutivo del trust, sottolinea come "l'utilizzo dell'istituto in esame assicura alla procedura margini di certezza maggiori rispetto a quelli originariamente formulati dalla parte ricorrente in concordato, con la mera offerta dei beni da parte dei terzi, non potendo agli stessi beni estendersi gli effetti conservativi degli artt. 167 e 168 L. Fall., in quanto norme per la loro stessa natura devolute alla sola conservazione del patrimonio concordatario", effetti che invece costituiscono l'anima del trust.

