

ALCUNE NOTE SUL NUOVO *CRAM DOWN* NELLA TRANSAZIONE FISCALE E CONTRIBUTIVA

di LORENZO GAMBI

SOMMARIO: 1. Premesse.- 2. Mancanza di voto e mancanza di adesione degli enti pubblici.- 3.- Effetti del *cram down* sulla cognizione al diniego.- 4. Conclusioni.

1. Il legislatore dell'emergenza, in sede di conversione del D.L. n. 125/2020¹, ha introdotto all'interno della legge fallimentare la rilevante novità del *cram down* in ambito di trattamento dei crediti tributari e contributivi, anticipando in parte quanto già previsto, peraltro in fasi diverse, dal Codice della crisi e dell'insolvenza.²

L'art. 3, comma 1-*bis*, lett. a), D.L. n. 125/2020 è andato ad integrare l'art. 180, comma 4, l. fall. nel modo che segue: "Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza

¹ Il D.L. 7 ottobre 2020, n. 125 è stato convertito in legge dalla L. 27 novembre 2020, n. 159, pubblicata in G.U. il 3 dicembre 2020, entrata in vigore il giorno successivo.

² Il Codice della crisi – che, salvo ulteriori proroghe, entrerà in vigore il 1° settembre 2021 –, all'art. 48, comma 5, aveva in origine previsto l'applicazione del *cram down* al solo ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti; il legislatore, con D.Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (cd. Decreto correttivo), pubblicato in G.U. il 5 novembre 2020, in vigore dal 20 novembre 2020, ha poi integrato il richiamato art. 48, comma 5, estendendone l'applicazione anche al concordato preventivo.

di voto da parte dell'Amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'art. 177 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all'art. 161, comma 3, la proposta di soddisfacimento della predetta Amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria”.

Al pari, l'art. 3, comma 1-*bis*, lett. b), D.L. n. 125/2020 ha invece così modificato l'art. 182-*bis*, comma 4, 1. fall.: “Il tribunale omologa l'accordo anche in mancanza di adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale di cui al primo comma e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui al medesimo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta Amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria”.

Le nuove disposizioni, volte a mitigare gli effetti della crisi economica – attuale e prospettica – conseguente alla gestione dell'emergenza epidemiologica, così come da *incipit* dell'art. 3, comma 1-*bis*, D.L. n. 125/2020, presentano aspetti di non piana interpretazione, sia sotto il profilo del perimetro applicativo (mancanza di voto ovvero di adesione), sia sotto il profilo degli effetti (cognizione sul diniego alla proposta di trattamento).

2. Il nuovo art. 180, comma 4, 1. fall. prevede, al sussistere delle condizioni ivi indicate (rilevanza ai fini delle maggioranze, convenienza della proposta), che il tribunale omologhi il concordato “anche in mancanza di voto”.

Il nuovo art. 182-*ter*, comma 4, 1. fall. prevede, sul versante degli accordi di ristrutturazione dei debiti, che il tribunale omologhi l'accordo "anche in mancanza di adesione".

Con riferimento agli accordi *ex art.* 182-*bis* 1. fall., si ha "mancata adesione" alla proposta sia ove l'ente pubblico manifesti di non accettarla, sia ove lo stesso non esprima sulla medesima alcun intendimento.

Nel contesto degli accordi, il silenzio del creditore determina dunque l'effetto della "mancata adesione" alla proposta, e ciò in conformità alle regole "negoziali" che informano – sotto il profilo del consenso – l'istituto in oggetto, per quanto lo stesso sia indubbiamente caratterizzato da marcati profili di concorsualità.³

In ambito di accordi di ristrutturazione, pertanto, secondo la formulazione della norma, il tribunale, sussistendo le condizioni di legge, potrebbe omologare l'accordo anche in presenza di mancata adesione da parte dell'ufficio erariale e/o previdenziale-assistenziale, vuoi per inerzia, vuoi per diniego espresso.⁴

Si ricorda, fra l'altro, che il richiamato art. 3, comma 1-*bis*, lett. b), non ha previsto alcun termine entro il quale l'ente sia tenuto ad esprimersi, laddove il Codice della crisi e dell'insolvenza, all'art. 63, comma 2, ultimo periodo, prevede,

³ Per la qualificazione di procedura concorsuale degli accordi di ristrutturazione, per quanto autonoma – ed "attenuata" – rispetto alle altre procedure concorsuali, si veda Cass. civ., sez. I, 18 gennaio 2018, n. 1182, con riferimento ai profili di pubblicità, ammissibilità, omologazione, protezione e revocabilità dei correlati negozi.

⁴ *Contra*, nel senso dell'applicazione della norma in oggetto ai soli casi di mancata espressione di adesione, anche in ambito di concordato preventivo (con riferimento al voto), vi vedano M. FERRO, *L. 159/2020: il giudizio di convenienza supplisce nei concordati al mancato voto dell'ente pubblico per i debiti tributari e previdenziali*, in *Quotidiano giuridico*, 7 dicembre 2020; L. DE BERNARDIN, *Brevi note a prima lettura sull'omologa dei piani di ristrutturazione con trattamento dei crediti tributari e contributivi*, in *Il caso.it*, 2 gennaio 2021. Per l'interpretazione estensiva della norma, in senso conforme al testo, si veda G. ANDREANI, *Le nuove norme della legge fallimentare sulla transazione fiscale*, in *Il fallimentarista.it*, 5 gennaio 2021.

ai fini di cui sopra, il termine di novanta giorni dal deposito della proposta.⁵

Del resto, sotto il profilo della motivazione, il *cram down* ha lo scopo non tanto d'indurre il creditore pubblico ad esprimersi (il legislatore dell'emergenza avrebbe potuto fissare, a tal fine, un termine perentorio per la manifestazione dell'eventuale consenso), quanto, piuttosto, d'evitare immotivate "resistenze" alla soluzione conciliativa, ove la stessa sia più "conveniente" rispetto al fallimento.

Sul punto, già in sede di Relazione illustrativa al Codice della crisi ex D.Lgs. n. 14/2019, si legge, *sub art. 48*, si faceva presente che "al fine di superare ingiustificate resistenze alle soluzioni concordate, spesso registrate nella prassi, è previsto che il tribunale possa omologare gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza di adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria quando l'adesione [...]".

Con riferimento al concordato preventivo, il legislatore dell'emergenza – come ricordato in premessa – ha ritenuto di impiegare la locuzione "mancanza di voto".

Il riferimento al "voto" in ambito di concordato appare, per un verso, appropriato, dal momento che la proposta di trattamento dei crediti tributari e contributivi (obbligatoriamente) contenuta nella domanda concordataria è regolata dal meccanismo delle votazioni, *ex art. 174 ss. 1. fall.*

Da altro verso, la locuzione "anche in mancanza di voto" dà adito ad incertezze interpretative, potendosi leggere, alternativamente, l'espressione in oggetto, come: *i*) mancanza di esercizio di voto; *ii*) mancanza di voto favorevole.

Nell'un caso, il rimedio del *cram down* sarebbe applicabile solo ove l'ente pubblico non esprimesse il voto nei termini fissati

⁵ Il termine di cui sopra, in origine, era fissato in sessanta giorni, elevato poi a novanta dall'art. 9, comma 3, D.Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147.

dall'art. 178, comma 4, l. fall. (entro i venti giorni successivi alla chiusura del verbale d'adunanza dei creditori).

Nell'altro caso, il giudizio di convenienza da parte del tribunale fallimentare avrebbe luogo ove anche gli enti pubblici esprimessero voto contrario alla proposta di trattamento.

Se negli accordi il “silenzio” equivale a mancata adesione in base al principio consensualistico, in ambito di concordato, il silenzio pur determina effetti sostanziali di diniego, e ciò in applicazione della regola *ex art. 178, comma 4, l. fall.* (cd. silenzio-rifiuto).

L'art. 3, comma 1-*bis*, lett. a), D.L. n. 125/2020, per quanto disponga in funzione dell'omologa del concordato (art. 180 l. fall.), produce tuttavia, sotto il profilo sostanziale, effetti derogatori rispetto alle regole generali che informano l'approvazione della proposta.

Del resto, anche sotto il profilo semantico, l'avverbio “anche”, posto prima della locuzione “in mancanza di voto”, consentirebbe di ritenere che la valutazione comparativa ai fini del giudizio di convenienza – ove il voto sia determinante – possa trovare attuazione sia nel caso in cui l'ente esprima voto contrario, sia nel caso in cui lo stesso rimanga inerte (anche, dunque, in mancanza di voto).

In questo contesto, limitare l'esercizio della deroga alla sola inerzia del creditore pubblico (convertendo il silenzio, da rifiuto ad adesione) comprimerebbe oltremisura la *ratio* della norma che è – almeno nel dichiarato intento del legislatore – quella di mitigare gli effetti economici della pandemia privilegiando, in base alle valutazioni del tribunale fallimentare (anche in base alle risultanze dell'esperto indipendente), le soluzioni concordate in funzione di continuità rispetto all'alternativa liquidatoria (*id est*, fallimento).⁶

⁶ Il tema del “perimetro” di applicazione del *cram down* (mancanza di voto ovvero di adesione e relativi profili interpretativi) non è stato invero trattato dall'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 34/E del 29 dicembre 2020, nell'ambito della quale, peraltro, si rileva – in modo condivisibile – come, nel

3. Le nuove disposizioni di cui all'art. 3, comma 1-*bis*, D.L. n. 125/2020 assumono rilevanza anche ai fini della giurisdizione circa la cognizione sul diniego alla transazione fiscale-contributiva.

Prima dell'entrata in vigore della norma si è ritenuto che la decisione in ordine al diniego erariale sulla proposta di trattamento fosse riconducibile al foro tributario.

Quanto sopra, sul presupposto che la mancata adesione dell'Amministrazione finanziaria si configurasse – come si configura – quale atto sostanziale che attiene all'obbligazione tributaria.⁷

Considerato il tratto marcatamente procedimentale dell'art. 182-*ter* l. fall., la scelta d'aderire o meno all'accordo da parte erariale diviene, al verificarsi delle condizioni di legge, un atto in concreto dovuto, andando ad incidere direttamente sul rapporto tributario.

Con riferimento al rapporto giuridico contributivo, sullo stesso presupposto della natura sostanziale del diniego chi scrive ritiene che la relativa cognizione ricada nell'ambito del foro ordinario in funzione di giudice del lavoro, competente per territorio.⁸

nuovo contesto *ex art. 3, comma 1-bis, D.L. n. 125/2020*, l'Agenzia delle Entrate sia “*chiamata a approfondire il massimo impegno nel garantire una tempestiva gestione delle procedure di composizione della crisi di impresa, fornendo – nell'esercizio della propria azione – un adeguato supporto agli operatori che si trovano ad affrontare l'attuale congiuntura economica, nell'ottica di favorire la ripresa produttiva e la conservazione dei livelli occupazionali*”.

⁷ Comm. Trib. Prov. Milano, 10 dicembre 2019, n. 5429; Comm. Trib. Prov. Roma, 1° dicembre 2017, n. 2613; Comm. Trib. Prov. Milano, 14 febbraio 2014, n. 1541; sul tema della impugnabilità dei provvedimenti di diniego e di quelli aventi natura tributaria ove anche non riconducibili all'elencazione *ex art. 19, D.Lgs. n. 546/1992*, si vedano Cass. civ., sez. un., 14 dicembre 2016, n. 25632; Cass. civ., sez. un., 23 aprile 2009, n. 9669; Cass. civ., sez. V, 8 ottobre 2007, n. 21045.

⁸ Salvo il ritenere che si tratti di accordo dalla rilevanza pubblicistica e/o dalla natura discrezionale circa il potere dell'ente previdenziale-assistenziale, con conseguente devoluzione della relativa cognizione al giudice amministrativo.

Entrambi i procedimenti – tributario e previdenziale – presuppongono l’iniziativa di parte, attraverso la proposizione del ricorso, nel primo caso, *ex art. 18, D.Lgs. n. 546/1992*, nel secondo, *ex artt. 414-443 c.p.c.*

L’art. 3, comma 1-*bis*, D.L. n. 125/2020, introducendo il “meccanismo” del *cram down* in ambito di concordato e di accordi, rileva dunque anche ai fini della cognizione sul diniego alla proposta di trattamento dei crediti tributari-contributivi.

Ove si acceda alla tesi secondo cui la norma è da interpretare in senso “restrittivo”, limitatamente al caso dell’inerzia dell’ente pubblico, ove lo stesso anziché rimaner silente si determini a votare in senso contrario, il debitore, da un lato, si vedrebbe verosimilmente respinta la richiesta di *cram down* in sede di omologa, dall’altro, potrebbe pur sempre adire il giudice tributario, in relazione al credito fiscale, ovvero il giudice del lavoro, in relazione al credito contributivo.

Quanto sopra, con possibile proliferazione del contenzioso tributario e previdenziale ciò che, fra l’altro, andrebbe a rallentare oltremisura il corso del procedimento concorsuale, al di là dei possibili rimedi cautelari attivabili dal debitore nelle sedi contenziose chiamate a decidere, nel merito, sul diniego alla proposta.⁹

Qualora le norme *ex art. 3, comma 1-bis, D.L. n. 125/2020* fossero interpretate in senso “estensivo”, con possibilità di applicare il *cram down* anche alle ipotesi di diniego espresso in sede di concordato e/o di accordi di ristrutturazione, la cognizione verrebbe ricondotta, in via sostanzialmente derogatoria, in seno al procedimento concorsuale.

D’altra parte, in mancanza di “riserve” costituzionali sotto il profilo della giurisdizione, una norma primaria – qual è l’art. 3, comma 1-*bis, D.L. n. 125/2020* – può produrre effetti derogatori

⁹ Considerati i tempi serrati del concorso, il debitore potrebbe proporre in sede di contenzioso fiscale e/o previdenziale domanda cautelare per la sospensione degli effetti del diniego; all’eventuale accoglimento, il procedimento concorsuale potrebbe essere sospeso *ex art. 295 c.p.c.*, in attesa dell’esito del contenzioso.

in termini di cognizione rispetto a norme di pari rango, quale l'art. 2, D.Lgs. n. 546/1992 (contenzioso tributario) e gli artt. 413-442 c.p.c. (contenzioso previdenziale), con particolare riferimento a ben individuate fattispecie caratterizzate da peculiare “specialità” sotto il profilo concorsuale.

4. Considerato il contesto emergenziale in cui è maturata la scelta legislativa d'anticipare l'applicazione del *cram down* in ambito di transazione fiscale-contributiva, il tema – oltremodo complesso e delicato – necessita d'ulteriori approfondimenti ed analisi da parte degli operatori del diritto concorsuale.

Allo stesso tempo, i primi pronunciamenti dell'autorità giudiziaria chiamata dal legislatore a regolare una materia così “sensibile” ai fini dei processi di risanamento delle imprese in crisi (causate ovvero indotte dalla diffusione del virus Covid-19), potranno far luce sui qui ricordati aspetti del *cram down* posti, ancora, in una prospettiva di “chiaro-scuro”.