

MUCH ADO ABOUT NOTHING: IL CRAM DOWN FISCALE DOPO LA NOVELLA DEL D.L. 118/21

(Brevi considerazioni in nota a
Tribunale di Venezia del 22 settembre 2021)

MARCO GREGGIO e FILIPPO GREGGIO

SOMMARIO: 1. Il problema del *cram down* fiscale e previdenziale in caso di voto negativo - 2. Il decreto di omologazione del Tribunale di Venezia - 3. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale - 4. La tesi restrittiva - 5. La tesi estensiva - 6. Alcune riflessioni a seguito del D.L. n. 118/2022.

1. Il problema del *cram down* fiscale e previdenziale in caso di voto negativo.

Non serve richiamare la teoria del linguaggio di Ludwig Wittgenstein¹ per comprendere come spesso l'utilizzo di un vocabolo in luogo di un altro simile, cambia il senso della frase ovvero confonde l'interprete, rendendo possibili molteplici soluzioni ermeneutiche.

Nel campo giuridico gli esempi si sprecano, con inevitabili riverberi nelle decisioni giurisprudenziali, laddove la medesima norma è interpretata in due sensi opposti. In particolare, nel diritto della crisi d'impresa la frequente mancanza di attenzione del legislatore nel formulare le norme, spesso attraverso la decretazione d'urgenza, ha dato luogo al fenomeno del c.d. "diritto municipale", con decisioni diverse a seconda del foro competente (o, ancor peggio, dell'estensore del provvedimento).

Uno dei recenti casi in cui un'infelice tecnica di redazione delle leggi ha generato fiumi d'inchiostro, con decine (probabilmente centinaia) di scritti di orientamento interpretativo contrastante e vari provvedimenti giudiziari di senso opposto, è stata l'introduzione del c.d. *cram down fiscale e previdenziale*, con la modifica degli artt. 180 l.f., 182-bis l.f. e 182-ter l.f. (portata dal D.L. n. 125 del 7.10.2020, convertito in legge n. 159 del

¹ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus* (1921) e *Id. Ricerche filosofiche* (1953), laddove la visione del linguaggio espressa nelle due opere risulta invero assai diversa, laddove ad una visione del linguaggio, "specchio del mondo", "immagine della realtà" (teoria dell'immagine) se ne sostituisce una in cui il carattere denotativo del linguaggio è solo una delle tante sue funzioni e dei suoi impieghi, soltanto uno degli infiniti giochi linguistici.

27.11.2020), laddove ci si era chiesti se il nuovo istituto dovesse applicarsi soltanto in caso di mancanza di voto ovvero anche in caso di diniego espresso da parte del creditore pubblico. E l'accesso dibattito era stato acuito dalla differenza di formulazione della norma prevista per il concordato preventivo ("*mancanza di voto*") rispetto agli accordi di ristrutturazione dei debiti ("*mancanza di adesione*").

Con la modifica dell'art. 180, quarto comma, ultimo periodo l.f. a seguito del D.L. n. 118 del 24 agosto 2021 la questione pare, finalmente, risolta. E una recente pronuncia del Tribunale di Venezia (del 22 settembre 2021)² lo conferma: nel concordato preventivo, così come negli accordi di ristrutturazione dei debiti,³ si applica il *cram down* fiscale e previdenziale *anche* in caso di voto negativo espresso dal creditore pubblico.

Ricordando il titolo di una commedia shakespeariana, *molto rumore per nulla*, quindi.

2. Il decreto di omologazione del Tribunale di Venezia.

Con il decreto del 22.9.2021 il Tribunale di Venezia ha omologato in via "coattiva" il concordato preventivo in continuità aziendale "indiretta" presentato da una società operante nel settore dei concessionari auto, applicando l'art. 180 quarto comma l.f. così come novellato dall'art. 20, primo comma, lett. a), del D.L. n. 118 del 24 agosto 2021.

Nel caso di specie, in particolare, il piano e proposta di concordato prevedevano una previsione di pagamento parziale dei tributi e dei contributi previdenziali, nonché dei relativi accessori, con conseguente degradazione dell'Erario e degli Enti previdenziali per la parte di credito incapiente al chirografo e l'inserimento in un'apposita classe, ma in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione *ex art. 160* secondo comma l.f. e nella relazione *ex art. 182 ter l.f.*.

Per effetto del voto espresso e *negativo* dall'Erario e dagli Enti previdenziali (che rappresentavano circa il 65% della massa dei creditori ammessi al voto) non erano state conseguite le maggioranze di cui all'art. 177 l.f., posto che risultava raggiunta l'adesione alla proposta di concordato solo in una delle tre classi di creditori.

Il Collegio veneziano ha fissato comunque l'udienza per l'omologazione *ex art. 180 l.f.*, in esito alla quale ha ritenuto sussistenti le condizioni per poter addivenire all'omologazione della domanda di concordato preventivo proposto dalla società debitrice.

² In questa rivista.

³ Al riguardo si veda il recente decreto di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l.f.* del Tribunale di Milano del 3 agosto 2021, in *ilcaso.it*.

In particolare, il Tribunale di Venezia ha applicato il nuovo testo dell'art. 180 quarto comma ultimo periodo l.f., entrato in vigore a decorrere dal 24 agosto 2021 - e quindi applicabile *ratione temporis* al caso di specie – così come modificato dall'art. 20, primo comma, lett. a), del D.L. n. 118/2021, la cui nuova formulazione prevede che “il tribunale omologa il concordato preventivo *anche in mancanza di adesione*” in luogo dell'originaria previsione secondo la quale “Il tribunale omologa il concordato preventivo *anche in mancanza di voto*”.

Il Tribunale di Venezia ha ritenuto poi sussistenti nel caso di specie i presupposti previsti dalla suddetta disposizione di legge per procedere all'omologazione “coattiva” in presenza del diniego espresso da parte di tali creditori qualificati, così procedendo all'omologazione del concordato preventivo. In particolare che: (i) i voti negativi dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione e degli Enti previdenziali risultavano determinanti ai fini della mancata approvazione della proposta di concordato preventivo della società debitrice (rappresentando circa il 65% della massa dei creditori ammessi al voto e risultando altresì la maggioranza dei creditori in due delle tre classi); (ii) la maggiore convenienza della proposta concordataria per i creditori Erario/Enti di Previdenza rispetto all'alternativa fallimentare, come attestato dal professionista attestatore nella relazione *ex artt. 186 bis – 161 terzo comma l.f.*, tenuto conto in particolare dell'apporto di finanza esterna da parte del terzo condizionato all'omologazione del concordato e che tale importo non sarebbe altrimenti conseguibile nell'alternativa fallimentare.

3. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Come rilevato dal Tribunale di Venezia nel decreto in commento, con la modifica all'art. 180 quarto comma ultimo periodo l.f., prevista dall'art. 20 lett. a) del D.L. n. 118 del 24 agosto 2021 “risultano superate le questioni relative all'interpretazione della previgente dizione della norma sull'applicabilità del *cram down* “anche in mancanza di voto” espressione peraltro ritenuta dalla giurisprudenza maggioritaria (...) comprensiva e dell'ipotesi di silenzio da parte dell'amministrazione finanziaria e dell'ipotesi di espresso voto contrario sulla base di argomentazioni condivise dal Collegio”.

Invero, com'è noto, gli artt. 180 l.f., 182 bis l.f. e 182 ter l.f. erano già stati oggetto di modifica da parte del legislatore, il quale - fra gli altri provvedimenti adottati per far fronte alla situazione di crisi economica determinata dall'emergenza legata alla pandemia da Covid-19 -

con il D.L. n. 125 del 7.10.2020, convertito in Legge n. 159 del 27.11.2020, ha introdotto il c.d. “*cram down fiscale e previdenziale*” con il preciso scopo di anticipare l'applicazione dell'art. 48 quinto comma del nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza (che, salvo ulteriori rinvii, entrerà in vigore il 16 maggio 2022), che disciplina l'omologazione

del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti⁴, nell'ottica di agevolare l'accesso delle imprese a procedure concorsuali minori al fine di scongiurare il fallimento.

In particolare, l'originaria novella all'art. 180 quarto comma l.f.⁵ attribuiva al Tribunale il potere di omologare il concordato preventivo anche "*in mancanza di voto*" da parte dell'Erario e/o degli Enti previdenziali quando l'adesione da parte dei predetti Enti risultava determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'art 177 l.f. e quando la proposta di soddisfacimento del Fisco e/o degli Enti previdenziali risultava conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria, come attestato dal professionista *ex art.* 161 terzo comma l.f..

Parallelamente, per quanto concerne gli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art 182 bis l.f., con l'art. 3 comma 1 bis lett. b) del D.L. n. 125/2020, è stata inserita la possibilità per il Tribunale di omologare l'accordo "*in mancanza di adesione*" dell'Erario quando la predetta adesione sia decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale del 60% dei creditori aderenti chiesta dal primo comma della medesima norma.

Pertanto ai fini della transazione "forzosa" da parte del Tribunale, il legislatore originariamente aveva previsto per il concordato preventivo la "*mancanza di voto*" (art. 180, quarto comma l.f.) e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art.* 182 bis l.f. la "*mancanza di adesione*" (*ex art.* 182 bis quinto comma l.f.), senza tuttavia precisare cosa avrebbe dovuto intendersi con tali espressioni (neppure nella relazione illustrativa).

Tanto è vero che attorno all'effettiva portata di tali locuzioni (apparentemente differenti) ed al loro preciso significato si è innestato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha visto emergere sostanzialmente *due teorie*, con particolare riferimento alla possibilità per il Tribunale di procedere o meno all'omologazione "coattiva" del concordato preventivo anche a fronte di un *diniego* espresso alla proposta concordataria da parte dell'Erario e/o degli Enti previdenziali.

⁴ L'art. 48 quinto comma CCII prevede che: "Il Tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione o il concordato preventivo 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 determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui agli artt. 57, comma 1, 60 comma 1, e 109, comma 1, e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta Amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria". L'originaria formulazione dell'art. 48 CCII prevedeva l'applicazione del c.d. "cram down" al solo ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti; il legislatore, con D.Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (c.d. "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.

⁵ Prevista dall'art. art. 3 comma 1 bis lett. a) del D.L. n. 125/2020.

4. La tesi restrittiva.

Secondo un primo orientamento c.d. “restrittivo”⁶, che tuttavia è apparso fin da subito *minoritario*, a differenza di quanto previsto nell’ambito dell’accordo *ex art. 182 bis l.f.*, il Tribunale può intervenire ai sensi dell’art. 180 quarto comma l.f. in via sostitutiva dell’Erario/Enti di previdenza *solo* allorquando non sia intervenuta alcuna espressione di voto o di adesione, da intendersi quale mancanza di manifestazione di volontà.

Secondo tale orientamento restrittivo, la locuzione “*in mancanza di adesione*” non può ricomprendere anche l’ipotesi del diniego espresso, in quanto laddove il legislatore avesse inteso la norma comprensiva anche di tale fattispecie lo avrebbe precisato in modo palese, in aderenza al canone ermeneutico *ubi lex voluit, dixit*.

Questa lettura della norma sarebbe l’unica, secondo i sostenitori di tale orientamento, compatibile con la previsione contenuta nel considerando (64) della Direttiva UE n. 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20.6.2019, che consente agli Stati membri di “*decidere come comportarsi con i creditori che hanno ricevuto correttamente la notifica ma che non hanno partecipato alle procedure*”. Una diversa interpretazione maggiormente estensiva, consentirebbe al Tribunale di procedere con l’omologazione nonostante l’eventuale insussistenza dei presupposti richiesti dalla direttiva, tra cui la necessità di rispettare la c.d. *relatively priority rule*, oltre che quella di consentire, comunque, all’autorità giudiziaria di non procedere all’omologa, quando la ristrutturazione proposta non si profili realmente in grado di superare lo stato di insolvenza.

⁶ Cfr. M. MONTELEONE-S. PACCHI, *Il nuovo “cram down” del tribunale nella transazione fiscale*, 9 febbraio 2021, in *ilcaso.it*; L. DE BERNARDIN, *Brevi note a prima lettura sull’omologa dei piani di ristrutturazione con trattamento dei crediti tributari e contributivi (o anche: “del cram down del tribunale nella transazione fiscale”)*, 2 gennaio 2021, in *ilcaso.it*; R. SGRÒ, *I crediti tributari e contributivi nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione*, in AA.VV., *Nuova transazione fiscale*, Milano, marzo 2021, 23 ss..

In giurisprudenza, si veda: Tribunale di Bari del 18 gennaio 2021, in *ilcaso.it.*, secondo i quali la novella all’art. 180 quarto comma l.f. di cui al D.L. n. 125/2020, convertito in L. n. 159/2020, non può “ritenersi applicabile, riferendosi la norma all’ipotesi della mancanza di voto da parte dell’amministrazione finanziaria e non includendo quindi – in modo chiaro ed univoco e senza che possano sorgere dubbi interpretativi sul punto – l’ipotesi della espressione di un voto contrario, come appunto avvenuto in questo caso”. In particolare, il Tribunale di Bari non ha condiviso l’orientamento estensivo “sia in considerazione del noto principio *in claris non fit interpretatio*, in ragione dell’univoco tenore letterale della norma, sia perché propugnatrice di un trattamento differenziato irragionevole per i creditori ammessi al voto, in quanto il solo voto contrario dell’amministrazione finanziaria (o dell’ente gestore di forme di previdenza o assistenza obbligatorie”) sarebbe superabile dal Collegio con la valutazione di cui all’art. 180, L. fall., e non invece il voto contrario di un altro creditore”. Per i Giudici baresi l’intervento suppletivo del Tribunale si giustifica, quindi, unicamente sul presupposto dell’inerzia del titolare del credito (amministrazione finanziaria e/o enti previdenziali e assistenziali) nel manifestare espressamente la sua posizione di adesione o contrarietà rispetto alla proposta di concordato.

Pertanto, secondo tale prospettiva, l'applicabilità dell'art. 180 quarto comma l.f. anche in presenza di un diniego espresso da parte dei creditori qualificati alla proposta concordataria, sarebbe incompatibile con il principio di negoziabilità che governa il concordato preventivo (e, ancor di più, l'accordo di ristrutturazione dei debiti), con la conseguenza che il Tribunale non potrebbe sostituirsi omologando coattivamente un concordato o un accordo di ristrutturazione del debito laddove la maggioranza dei creditori abbia espresso il relativo diniego.

Nell'ambito di tale orientamento restrittivo, è stata poi evidenziata la distinzione tra atti di rigetto privi di qualsivoglia motivazione ed atti di diniego adeguatamente motivati.⁷ Solo gli atti di diniego privi di motivazione potrebbero essere disapplicati dal Tribunale, con l'effetto pratico di equipararli alla mancanza di adesione, in quanto illegittimi per violazione di legge ex art. 3 L. n. 241/1990 e per eccesso di potere per violazioni di circolari che si traduce nella violazione del principio sovraordinato di ragionevolezza per contraddittorietà tra un atto di indirizzo fissativo di regole di buon andamento ed un atto singolare che, ingiustificatamente, lo disapplica nella sua effettiva e puntuale portata, posto che l'Agenzia delle Entrate con circolare n. 34E/2020 ha fornito istruzioni ai propri funzionari tra cui quella secondo la quale “*l'eventuale diniego da parte dell'Ufficio dovrà necessariamente essere corredato da una puntuale motivazione, idonea a confutare analiticamente, in base ad elementi chiari, oggettivi e verificabili, le argomentazioni e le conclusioni...*”.

5. La tesi estensiva.

Dall'altro lato è emerso un orientamento estensivo, che si è imposto come *maggioritario* nel panorama dottrinale⁸ e giurisprudenziale⁹, secondo

⁷ Cfr. M. MONTELEONE-S. PACCHI, *op. cit.*

⁸ Si vedano tra i tanti: G. ANDREANI, *Le nuove norme della Legge fallimentare sulla transazione fiscale*, 5 gennaio 2021, in *ilfallimentarista.it*; G. ANGELINI-G. DAN, *Nuova transazione fiscale: applicazione da uniformare*, in *Il Sole 24 ore*, 28 dicembre 2020; G. ANDREANI e F. CESARE, *Il voto espressamente negativo come presupposto del cram down fiscale*, 2 marzo 2021, in *ilcaso.it*; D. GIUFFRIDA-A. TURCHI, *Cram down fiscale e voto negativo dell'amministrazione finanziaria: Tribunale di Forlì*, 16 marzo 2021, in *ilcaso.it*; F. SANTANGELI, *Note sul nuovo ruolo del tribunale come giurisdizione di merito nel trattamento dei crediti tributari e contributivi nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza ed in più recenti disposizioni legislative*, 18 marzo 2021, in *ilcaso.it*.

⁹ Cfr. Trib. La Spezia del 14 gennaio 2021, in *ilcaso.it*, con note a commento di: A. TURCHI, *Cram down fiscale anche in caso di voto negativo dell'amministrazione finanziaria*, 12 febbraio 2021, in *ilcaso.it*; L. GAMBI, *Il Tribunale di La Spezia applica il cram down al diniego erariale nel sovraindebitamento*, il 17 febbraio 2021, in *ilcaso.it*; Trib. di Forlì del 15 marzo 2021, in *ilcaso.it*, con nota a commento di D. GIUFFRIDA-A. TURCHI, *op. cit.*; Trib. di Teramo del 19 aprile 2021, in *ilfallimentarista.it*. Si veda nota a commento di S. MAURUTTO-A. TURCHI, *Cram down fiscale e voto negativo del fisco nel concordato fallimentare*, 3 maggio 2021, in *ilcaso.it*; Trib. di Genova del 13 maggio 2021, in *ilcaso.it*; il Trib. di Pescara del 27 maggio 2021, in *ilcaso.it*, con nota di L. GAMBI, *Il cram down è applicabile anche al diniego erariale espresso*, 17 giugno 2021, in *ilcaso.it*;

il quale la novella prevista dall'art. 180 quarto comma l.f. è applicabile anche in presenza di un diniego espresso dall'Agenzia Entrate/Enti previdenziali (e quindi non solo in caso di "silenzio"), fermo restando la sussistenza degli ulteriori presupposti previsti dalla norma, ossia il rispetto delle condizioni circa la convenienza e la decisività del voto ai fini del raggiungimento delle maggioranze prescritte *ex lege*.

Tale interpretazione c.d. "estensiva", che permette il c.d. "*cram down fiscale e previdenziale*" anche in presenza del diniego espresso da parte del creditore Erario e/o ente previdenziale, è apparsa fin da subito quella più conforme alla *ratio* sottesa alla novella legislativa, al di là delle diverse locuzioni utilizzate (originariamente) dal legislatore per il concordato preventivo ("*mancanza di voto*") e gli accordi di ristrutturazione dei debiti ("*mancata adesione*"), che è quella di favorire l'approvazione (e di conseguenza l'omologazione) dei concordati preventivi (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti) nonostante l'inerzia o il voto negativo dell'Erario/Ente previdenziale.

Le principali argomentazioni a sostegno della tesi estensiva possono così riassumersi:

(i) In primo luogo, va rilevato che i nuovi artt. 180 quarto comma l.f. e 182 *bis* quinto comma l.f. trovano la loro genesi unitaria nella previsione di cui all'art. 48 quinto comma CCII, di cui rappresentano l'anticipata attuazione e di cui pertanto costituiscono espressione della medesima volontà del legislatore¹⁰, così come chiarita nella Relazione Illustrativa del D.Lgs. n. 14/2019 secondo cui la predetta norma è stata introdotta "*al fine di superare ingiustificate resistenze alle soluzioni concordate, spesso registrate nella prassi*"¹¹ (resistenze dell'Erario, ovviamente).

È fuori di dubbio che tali "resistenze" possono concretizzarsi sia quando l'Ente ritardi irragionevolmente nei tempi di risposta alla proposta *ex art* 182 *ter* l.f., sia nell'ipotesi in cui la rigetti espressamente.

Trib. di Roma del 31 maggio 2021, in *ntplusfisco.ilsole24ore.com*; Trib. di Roma del 30 giugno 2021, in *ilfallimentarista.it*.

¹⁰ Come sostenuto da G. ANDREANI-A. TUBELLI, *Transazione fiscale omologabile anche con il rigetto del Fisco*, in *Fisco*, 2021, 6, p. 507 e ss.: "affermare il contrario equivarrebbe a sostenere che soltanto per il brevissimo periodo "transitorio" intercorrente tra il 4 dicembre 2020 (data di entrata in vigore della Legge n. 159/2020) e il 1° settembre 2021 (data di entrata in vigore del suddetto Codice) il legislatore avrebbe inteso stabilire sul punto due discipline diverse per il *cram down* (una per il concordato preventivo, una per gli accordi di ristrutturazione dei debiti), mentre una tale impostazione appare irragionevole oltre che del tutto priva di giustificazione. Alle due locuzioni dovrebbe essere perciò attribuita la medesima latitudine, in considerazione della comune genesi".

¹¹ Invero nella prassi (soprattutto) delle procedure di concordato preventivo, si è assistito alla mancata adesione (sia in termini di espressione di un voto negativo, sia di mancato voto) da parte dell'Agenzia delle Entrate e/o degli Enti previdenziali, con esiti negativi per l'approvazione della proposta concordataria, spesso basata sulle indicazioni contenute nelle circolari, peraltro in alcuni casi financo confliggenti con le disposizioni della legge fallimentare.

Pertanto, qualora si ritenesse che la “*mancaza di voto*” dell’Agenzia Entrate/Ente Previdenziale fosse suscumbibile esclusivamente al silenzio/mancata espressione del voto (nei termini di cui all’art. 178 l.f.) - e non anche all’ipotesi del voto espresso contrario - si andrebbero *de facto* a vanificare l’utilità e le potenzialità della novella di cui all’art. 180 quarto comma l.f., ancor più nell’attuale contesto economico nel quale, la situazione generalizzata di *crisi* derivante dalla pandemia da Covid-19, non è argomentazione che possa guidare l’atteggiamento degli Uffici, legati viceversa alla prassi interna ed alla preoccupazione della rilevazione nel loro agire di una qualsivoglia fattispecie generatrice di danno erariale.

Invero, la novella legislativa di cui all’art. 180 quarto comma l.f. (e comunque anche dell’art. 182 bis quinto comma l.f.) – stante il dichiarato intento del legislatore – è diretta a mitigare gli effetti economici della pandemia favorendo le soluzioni concordatarie alla crisi d’impresa rispetto all’alternativa liquidatoria (in presenza di un credito erariale/previdenziale *determinante* ai fini del raggiungimento delle maggioranze per l’approvazione del concordato e della valutazione dell’attestatore circa la convenienza per tali creditori del concordato rispetto al fallimento): soluzione (concordataria) che sarebbe altrimenti compressa oltremisura laddove si limitasse l’esercizio del potere sostitutivo del Tribunale ai sensi dell’art. 180 quarto comma l.f. alle sole ipotesi di inerzia del creditore pubblico nell’esercizio del diritto di voto.

(ii) Da un punto di vista puramente semantico, l’avverbio “*anche*”, posto prima della locuzione “*in mancaza di voto*”, consente di ritenere che l’art. 180 quarto comma l.f. può trovare attuazione sia nel caso in cui l’Ente voti in modo espressamente contrario sia nell’ipotesi di inerzia nell’esercizio del voto (e “*anche*”, dunque, in mancaza di voto).¹²

Laddove il legislatore avesse voluto, in ipotesi, limitare il *cram down* dei crediti erariali e previdenziali alla sola ipotesi di mancaza di voto, non avrebbe avuto la premura di inserire la congiunzione “*anche*”.

(iii) Per altro verso, nel sistema attuale del concordato preventivo l’astensione, il silenzio o il mancato voto del creditore sono sempre parificati, nel calcolo delle maggioranze, al voto contrario: i creditori che non esprimono alcun voto sono conteggiati fra i dissenzienti, essendo equiparati tra quelli che hanno espresso in modo palese il loro voto contrario alla proposta concordataria.

Conseguentemente, la locuzione “*mancaza di voto*” di cui all’art. 180 quarto comma l.f. deve necessariamente intendersi sia in termini di silenzio/diniego che di voto espresso negativo, posto che dalle condotte testè indicate discende il *medesimo effetto giuridico*, ossia il dissenso/voto contrario (che *equivale* alla mancata adesione) del creditore alla proposta di concordato preventivo.

¹² Si veda in tal senso L. GAMBI, *Alcune note sul nuovo cram down nella transazione fiscale e contributiva*, 13 gennaio 2021, in *ilcaso.it*, che valorizza la funzione svolta dall’avverbio “*anche*” a supporto dell’interpretazione letterale estensiva.

Invero, posto che il creditore può esprimere il proprio dissenso sulla proposta concordataria sia palesemente sia tacitamente, non ha senso distinguere ai fini dell'applicabilità dell'art. 180 quarto comma l.f., tra mancato voto, ove l'omologazione coattiva da parte del Tribunale sarebbe consentita, e voto espresso negativo, in presenza del quale l'omologazione coattiva non sarebbe consentita. Pertanto, il dato letterale della norma sarebbe solo apparentemente ostativo, dal momento che nella mancanza di voto o nella mancata adesione rientrano non solo il silenzio ma anche il diniego espresso.

(iv) Sotto un altro aspetto, l'estensione del *cram down* all'ipotesi di voto negativo dei creditori pubblici, previa verifica della convenienza per siffatti creditori della proposta concordataria, sembra realizzare un ragionevole *equilibrio* tra le *esigenze* di tutela dell'amministrazione e le esigenze di tutela degli altri interessi rilevanti, con particolare riferimento ai principi di uguaglianza e ragionevolezza, ex art. 3 Cost. e di efficienza della Pubblica Amministrazione, ex art. 97 Cost.¹³

Considerato infatti che spesso in concreto tali principi non vengono perseguiti anche al fine di evitare al singolo funzionario amministrativo l'assunzione di responsabilità per il timore della *spada di damocle* del "danno erariale", il legislatore ha inteso ridefinire il sindacato di convenienza, delegandolo in via sostitutiva al Tribunale in sede di omologazione ex art. 180 quarto comma l.f., così consentendo il superamento per via giudiziale del voto dissenziente (anche in caso di "silenzio") del creditore erariale quando sia posto in essere in pregiudizio rispetto alla realizzazione del migliore interesse pubblico.¹⁴

(v) L'applicabilità dell'art. 180 quarto comma l.f. anche nei casi di espressione di un voto negativo da parte dell'Erario/Enti previdenziali, consente una reale tutela giurisdizionale a favore della società debitrice che ha avuto accesso al concordato preventivo, contro decisioni assunte dall'Erario/Enti previdenziali in violazione dell'art. 182 *ter* l.f., così attribuendo al Tribunale fallimentare il potere di giudicare la legittimità dei provvedimenti di diniego/rigetto della proposta di transazione

¹³ Cfr. Trib. La Spezia del 14 gennaio 2021 in *ilcaso.it*, in relazione all'omologazione di un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, ai sensi degli artt. 11 e 12 della L. 3/2012. I Giudici spezzini ha ritenuto operante l'estensione dell'accordo anche all'Agenzia delle Entrate nonostante avesse votato contro, statuendo che la recente modifica apportata all'art. 12, co. 3 quater, L. 3/2012, determina, fermo restando il rispetto delle condizioni prescritte dalla norma, la "conversione ipso jure in voto positivo del voto negativo espresso dall'Agenzia delle Entrate" e che ciò trova giustificazione nel fatto che la "novella normativa costituisce applicazione dell'art. 97 della Costituzione ovvero del principio di buon andamento nel senso di efficienza della Pubblica Amministrazione";

¹⁴ Sul punto si vedano: D. GIUFFRIDA-A. TURCHI, *Diniego di transazione fiscale e cram down tra dottrina e giurisprudenza*, 20 maggio 2021 in *dirittodellacrisi.it*; L. CALÒ, *La transazione fiscale e contributiva in mancanza di adesione da parte dell'Agenzia delle entrate e degli istituti previdenziali*, in *Il Fallimentarista*, gennaio 2021.

fiscale/previdenziale ove l'approvazione delle stesse sia determinante ai fini dell'approvazione della proposta concordataria.¹⁵

(vi) L'argomentazione dei sostenitori dell'orientamento restrittivo secondo la quale l'estensione del *cram down* anche in presenza del voto espresso negativamente sarebbe incompatibile con i principi sanciti nella Direttiva UE n. 1023/2019 sulla ristrutturazione e sull'insolvenza (c.d. "Direttiva Insolvency"), posto che esclusivamente l'interpretazione "restrittiva" non creerebbe conflitti con il diritto dell'UE, sarebbe priva di pregio in quanto come rilevato dalla giurisprudenza di merito "non pare neppure che l'interpretazione estensiva prescelta determini un contrasto con la direttiva Insolvency 1023/2019 sulle ristrutturazioni trasversali, non contrastando in astratto nè con quanto previsto all'art. 10 par. 3 né con quanto sancito all'art. 11 par. 1 lett. a) e men che mai con il considerando 55 della direttiva medesima: deve escludersi in particolare che detta interpretazione arrechi un pregiudizio ingiusto a carico dell'Erario ovvero che faccia difetto una tutela sufficiente per il Fisco, risultando rispettato il disposto degli artt. 2740 e 2741 c.c. Invero, nella "ristrutturazione trasversale dei debiti", il piano può essere omologato e può diventare vincolante per le classi di voto dissenzienti se soddisfa, tra l'altro, la condizione per cui "assicura che le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori" (art. 11, par. 1, lett. c, Dir. 1023/2019); è questa la regola della c.d. "relative priority rule" ("RPR"), secondo la quale è possibile il pagamento di creditori di rango inferiore anche in assenza di pagamento integrale dei creditori di rango superiore, a condizione che il primo sia di misura inferiore. Detta condizione dovrà quindi essere verificata in concreto, ma non rende già in ipotesi o in astratto illegittima o non applicabile l'interpretazione estensiva sopra accolta".¹⁶

(vii) Il legislatore è intervenuto anche in merito all'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, prevedendo la conversione del voto negativo del creditore pubblico in positivo quando la proposta è maggiormente favorevole rispetto all'alternativa liquidatoria e la relativa adesione è determinante ai fini dell'approvazione della proposta, così come risulta dal nuovo art. 12 quater terzo comma L. n. 3/2012

¹⁵ Si veda G. ANDREANI, *op. cit.*, ove l'autore precisa che l'approvazione di una proposta di transazione conforme alle previsioni del citato art. 182-ter, che sia conveniente per l'Erario, costituisce per la Pubblica amministrazione un obbligo, la cui violazione non può rimanere priva di rimedio e che pertanto, nonostante il contrario avviso dell'amministrazione finanziaria (Circolare n. 19/E/2015), è da ritenersi che un rimedio giurisdizionale all'illegittimo rigetto alla proposta transattiva debba sussistere, "posto che l'esame di tali proposte deve essere informato al principio della convenienza sancito dall'art. 182 ter L. fall. e, pur richiedendo valutazioni e comparazioni, non lascia spazio alla discrezionalità". Ne discende il diritto del debitore/contribuente di impugnare dinanzi al Giudice quei provvedimenti che siano adottati in violazione di tale principio, ovvero siano fondati su valutazioni errate.

¹⁶ Così il citato Trib. di Teramo del 19 aprile 2021, in *ilfallimentarista.it*; in senso conforme si veda anche il Trib. di Pescara del 27 maggio 2021, in *ilcaso.it*.

(novellato dall'art. 4 ter primo comma lett. f) del D.L. n. 137/2020, convertito in L. 176/2020). La suddetta disposizione si uniforma all'intervento con il quale il legislatore dell'emergenza, con il D.L. 7 ottobre 2020, n. 125, ha introdotto all'interno della legge fallimentare il *cram down* in ambito di trattamento dei crediti tributari e contributivi.

Pertanto, poiché la mancata espressione di voto nel sovraindebitamento equivale al voto espresso, con la conseguenza che l'omologazione coattiva di siffatto accordo può essere disposta dal Tribunale *solo* se l'Erario o gli Enti previdenziali disapprovano espressamente la proposta di composizione, non si comprenderebbe l'utilità dell'istituto nel *cram down* qualora lo si ritenesse non applicabile al diniego espresso dell'Erario/Enti previdenziali esclusivamente nella fattispecie del concordato preventivo.

Per altro verso, non si comprenderebbero neppure le ragioni per le quali il legislatore avrebbe voluto differenziare l'applicazione del nuovo istituto della transazione fiscale tra concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art.* 182 bis l.f., da un lato, e accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, dall'altro, nonostante, la disciplina di tali istituti sia compresa in un unico corpo normativo (ossia il nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza¹⁷, già – va ricordato – legge positiva).

Del resto, come incisivamente affermato, differenziare l'applicazione del *cram down* tra i suddetti istituti, risulterebbe incoerente con una lettura costituzionalmente orientata del nuovo art. 182 ter l.f.¹⁸.

Conseguentemente anche nel concordato preventivo l'approvazione coattiva deve trovare applicazione anche a seguito del voto negativo del creditore pubblico, e non solo quando tali soggetti non si pronunciano sulla proposta.

(viii) L'orientamento estensivo è risultato ulteriormente rafforzato a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁹ a cui peraltro hanno fatto riferimento le successive pronunzie di merito che hanno aderito alla tesi c.d. "estensiva".²⁰

Invero, le Sezioni Unite - in relazione peraltro ad una fattispecie dell'anno 2018, cui pacificamente si applicano pertanto le disposizioni della legge fallimentare *anteriori* alle recenti innovazioni del dicembre

¹⁷ Tanto è vero che oramai anche l'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento è considerato alla stregua di una procedura concorsuale: cfr. D. GIUFFRIDA-A. TURCHI, *Diniego di transazione fiscale e cram down tra dottrina e giurisprudenza*, del 20 maggio 2021 in *dirittodellacrisi.it*.

¹⁸ G. ANDREANI-F. CESARE, *Il voto espressamente negativo come presupposto del cram down fiscale*, 2 marzo 2021, in *ilcaso.it* p. 10; gli autori ricordano che "con la sentenza n. 245/2019, la Corte Costituzionale ha dichiarato al contrario l'incostituzionalità dell'art. 7 comma primo della L. 3/2012 proprio richiamando l'art. 3 della Costituzione perché nel sovraindebitamento non era prevista la possibilità di falcidiare l'IVA mentre nel concordato il tributo poteva essere regolato nelle forme di cui all'art. 182-ter, L. fall."

¹⁹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 25 marzo 2021, n. 8504.

²⁰ Tra cui il citato decreto di omologa del Trib. Milano del 3 agosto 2021.

2020 - hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario (fallimentare) e non del giudice tributario nella declinazione del giudice competente per la concessione di tutela giurisdizionale avverso il rigetto da parte della Agenzia delle Entrate di una proposta di transazione fiscale, confermando così una precedente soluzione ermeneutica che aveva ritenuto in via di principio non applicabile il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza come utile criterio interpretativo degli istituti della legge fallimentare, ad eccezione delle ipotesi in cui si possa configurare “nello specifico segmento un ambito di continuità tra il regime attuale e quello futuro”²¹. Ipotesi che le Sezioni Unite hanno ritenuto sussistente nel caso da loro affrontato (ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto dall'Agenzia delle Entrate, in merito alla causa originata dal rigetto della domanda di transazione fiscale che la società istante aveva impugnato dinanzi alla Commissione Tributaria).

In particolare, le Sezioni Unite hanno attribuito il medesimo significato alle disposizioni del CCII rispetto a quella della novella anticipatrice del dicembre 2020: “(...) le nuove versioni degli art. 180 quarto comma ultima parte, 182 bis, terzo comma, seconda parte, l.f. introdotta con il d.l. 125/2020 invece, danno un'indicazione molto più precisa e pregnante, essendo peraltro la stessa una mera riproduzione della omologa previsione di cui all'art. 48, comma 5 c.c.i.”. Pertanto, le Sezioni Unite hanno rilevato la continuità tra il regime attuale e quello futuro, evidenziando come la novella introdotta all'art. 180 quarto comma l.f. e 182 *bis* quinto comma l.f. rappresenta null'altro che l'*anticipazione* di quanto previsto nel (futuro) art. 48 quinto comma CCII, il quale, si ricorda, non prevede alcuna distinzione ai fini dell'applicabilità del *cram down* tra silenzio-diniego e voto espresso negativo. Per tale via le Sezioni Unite hanno di fatto *equiparato* in via interpretativa nomofilattica il *voto negativo* alla *mananza di voto*²².

6. Alcune riflessioni a seguito del D.L. n. 118/2022.

Il decreto in commento del Tribunale di Venezia, pur riconoscendo come superato il dibattito tra tesi c.d. “restrittiva” e quella “estensiva” circa l'applicabilità dell'art. 180 quanto comma l.f. anche alle ipotesi di diniego espresso da parte del creditore Erario e/o Ente previdenziale, alla luce della novella di cui al D.L. n. 118/2021, ha rilevato come le argomentazioni (suesposte) relative all'orientamento estensivo “risultino conformi alla norma attualmente in vigore che espressamente prevede l'omologa anche

²¹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 24 giugno 2020, n. 12476.

²² Sulla portata rafforzativa della tesi estensiva dell'ordinanza n. 12486/2021 delle Sezioni Unite, si vedano: D. GIUFFRIDA e A. TURCHI, *op. cit.*; G. ANDREANI, *Transazione fiscale: dalle Sezioni Unite un endorsement per la omologazione “coattiva” estensiva, in ilfallimentarista.it* del 1° aprile 2021; L. GAMBÌ, *Le Sezioni Unite si esprimono sul diniego erariale alla transazione fiscale*, del 4 aprile 2021, in *ilcaso.it*; F. SANTANGELI, *Le Sezioni Unite “impongono” al tribunale fallimentare di effettuare il cram down anche nell'ipotesi di voto contrario dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie*, del 10 maggio 2021, in *ilcaso.it*.

in caso di espresso diniego da parte dell'amministrazione finanziaria", ritenendo che per tali ragioni "anche nel concordato preventivo il regime del c.d. "cram down" deve trovare applicazione, come nel caso di specie, anche nel caso di voto negativo espresso dell'Agenzia delle Entrate/Enti previdenziali".

Risulta oramai chiaro, quindi, che con la modifica dell'art. 180 quarto comma, ultimo periodo, l.f. ad opera dall'art. 20, primo comma, lett. a), del D.L. n. 118 del 24 agosto 2021, il legislatore ha inteso porre fine al dibattito emerso a seguito della (prima) modifica all'art. 180 quarto comma l.f. - apportata dall'art. 3 comma 1 bis lett. a) del D.L. n. 125/2020, convertito in L. n. 159/2020 - al fine di superare le relative problematiche applicative che erano insorte.

Tale ultimo intervento ricollega il testo normativo alla *ratio* sottesa (ad entrambi gli interventi legislativi di cui al precedente D.L. n. 125/2020, convertito in L. n. 159/2020 nonché al D.L. n. 118/2021), ossia quella di ampliare la possibilità per le imprese di accedere a procedure concorsuali e, più in generale, a tutti gli strumenti alternativi al fallimento, nella prospettiva della ristrutturazione (ovvero risanamento) aziendale, quale risposta (o meglio, una delle risposte) alla crisi economica derivante dalla pandemia da Covid-19.

Pertanto, partendo da tale *ratio*, è auspicabile *de iure condendo* che il legislatore intervenga nuovamente sull'istituto del *cram down* estendendolo in modo diretto *anche* al nuovo strumento della *composizione negoziata* previsto dall'art. 2 e ss. del D.L. n. 118/2021, che rappresenta una vera e propria "rivoluzione" (almeno sulla carta) nell'ambito del sistema della soluzione della crisi e del risanamento dell'impresa.²³

Invero sono previste una serie di misure premiali (per lo più rappresentate dall'abbattimento di sanzioni ed interessi sui debiti tributari) onde favorire l'utilizzo – e l'esito positivo – della composizione negoziata, ma l'estensione del *cram down*, già previsto efficacemente per il concordato preventivo e per l'accordo di ristrutturazione, anche nell'ambito di tale istituto permetterebbe, probabilmente, di dare un vigoroso slancio all'applicazione di questa nuova misura. Ciò anche considerato da un lato il *more italico* dell'ingente indebitamento fiscale (ancor più se l'impresa è in crisi), dall'altro che nell'ambito della composizione negoziata potrebbero registrarsi nella prassi delle resistenze (ovvero inerzie) da parte dei creditori qualificati pubblici, già emerse *ante* riforma nell'ambito del concordato preventivo e dell'accordo 182 bis l.f.

Ecco allora che nell'ambito delle trattative (tra impresa debitrice e creditori) agevolate dall'esperto, ovvero anche all'esito negativo delle stesse per effetto del diniego espresso dell'Agenzia delle Entrate/Ente previdenziale, laddove fosse previsto il potere del Tribunale (coadiuvato dalla relazione dell'esperto) di sostituirsi a tali creditori qualificati -

²³ Suggestisce l'estensione del *cram down* fiscale anche alla composizione negoziata della crisi: F. SANTANGELI, *Il d.l. 118/2021. Spunti per la conversione*, in *dirittodellacrisi.it*, 21 settembre 2021, p. 3.

allorquando l'accordo risultasse conveniente per le loro ragioni creditorie e consentisse di perseguire il risanamento dell'impresa – ciò potrebbe implementare ulteriormente il ricorso a tale istituto.

Ad ogni buon conto si rileva che in sede di conversione in Legge del D.L. n. 118/2021²⁴ il legislatore non ha inteso perseguire questa strada; ciò non esclude tuttavia che dopo una prima fase applicativa del nuovo istituto – che avrà efficacia del 15 novembre 2021 – non emergano gli stessi problemi riscontrati nella prassi in relazione al concordato preventivo e all'accordo *ex art. 182 bis l.f.*, con necessità di un (probabile) nuovo intervento del legislatore.

Il rischio è che, come la nottola di Minerva di hegeliana memoria, che inizia il suo volo solo al crepuscolo quando il sole è già tramontato, l'intervento legislativo arrivi soltanto dopo che le conseguenze negative di tale mancata estensione dell'istituto si siano riverberate, inevitabilmente e pesantemente, nella prassi, acuendo gli effetti del già citato “diritto municipale”. In altri termini, il rischio è di ripetere ... *much ado about nothing*.

²⁴ In data 21 ottobre 2021, la Camera dei Deputati ha approvato il disegno di legge n. 2371 di conversione in legge, con modificazioni, del D.L. n. 118/2021, già precedentemente approvato dal Senato e trasmesso alla Camera in data 13 ottobre 2021.