

Cram down fiscale e concordato in continuità: un rapporto complicato

di Giulio Andreani e Angelo Tubelli

Le due sentenze, pur riguardando fattispecie sostanzialmente simili, giungono a conclusioni diametralmente opposte sull'ammissibilità dell'omologazione forzata della transazione fiscale e contributiva nell'ambito del concordato in continuità aziendale, su cui, proprio per superare le incertezze sollevate dall'attuale enunciato normativo, interviene il decreto correttivo del Codice della crisi approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri il 10 giugno 2024.

Although they concern substantially similar cases, the two judgements reach diametrically opposite conclusions on the issue of the forced approval of the tax settlement proposed within a business continuity bankruptcy proceeding, on which a recent legislative decree approved by the Italian Government is taking position, in order to overcome interpretative uncertainties.

Premessa

Le sentenze del Tribunale di Napoli e il Tribunale di Ancona, fra loro sostanzialmente coeve, rappresentano un'efficace sintesi degli opposti indirizzi che in questi primi due anni di applicazione del Codice della crisi sono stati espressi da dottrina e giurisprudenza sull'omologazione forzata della transazione fiscale nel concordato preventivo in continuità aziendale (su cui, in precedenza, con un orientamento contrario a quella del Tribunale di Napoli erano pervenuti il Tribunale di Lucca e la Corte di Appello di Firenze, con le sentenze nel prosieguo richiamate) e di conseguenza anche sulla ristrutturazione trasversale di cui al secondo periodo della lett. d) del comma 2 dell'art. 112 CCII (di seguito anche solo "Codice").

La posizione del Tribunale di Napoli

La vicenda esaminata dai giudici partenopei ha riguardato un concordato di gruppo in continuità in cui si prevedeva il pagamento integrale di alcuni crediti privilegiati e il pagamento parziale dei restanti crediti suddivisi in cinque classi, di cui le prime tre costituite da crediti contributivi e tributari (degradati a chirografari o chirografari *ab origine*), attraverso la distribuzione (1) del valore di liquidazione nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione e (2) del valore eccedente in modo da attribuire ai crediti inclusi nelle classi dissenzienti un trattamento complessivamente pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevoli rispetto a quelle di grado inferiore. Nessuna delle cinque classi aveva espresso un voto favorevole al concordato, ma, visto il dissenso rappresentato dalle tre classi di creditori pubblici, le società proponenti hanno richiesto l'omologazione forzata della transazione fiscale ("*cram down* fiscale") e quindi del concordato in base al disposto degli artt. 88, comma 2-*bis*, e 112, comma 2, CCII.

Tale domanda ha trovato accoglimento da parte del Tribunale di Napoli, il quale:

- a) preliminarmente, ha ritenuto applicabile anche al concordato in continuità il *cram down* fiscale ai sensi del citato comma 2-*bis* dell'art. 88, sussistendone nel caso di specie i presupposti costituiti dalla convenienza della proposta e dal carattere determinante (ai fini del raggiungimento della maggioranza delle classi) dell'adesione dell'agenzia delle Entrate e degli Enti previdenziali;
- b) ha quindi convertito il voto negativo di detti creditori pubblici in voto favorevole;
- c) ha conseguentemente preso atto del fatto che, a seguito della conversione del voto, la proposta concordataria doveva intendersi approvata dalla maggioranza delle classi (tre su cinque), almeno una delle quali era formata da creditori titolari di diritti di prelazione;
- d) ha, infine, omologato il concordato, ricorrendo in tal modo tutti i requisiti richiesti a tal fine dall'art. 112, comma 2.

La posizione del Tribunale di Ancona

La fattispecie al vaglio dei giudici anconetani, del pari, ha riguardato una proposta di concordato in continuità che prevedeva la suddivisione dei creditori in classi con attribuzione di percentuali di soddisfazione rispettose delle cause legittime di prelazione e dei valori dei beni oggetto di garanzia, con valorizzazione della maggiore utilità dei flussi di cassi derivanti dalla continuazione dell'attività rispetto all'alternativa liquidatoria. Poiché il voto favorevole era stato manifestato da una sola classe a fronte del dissenso espresso da tutte le altre classi, compresa quella costituita dall'agenzia delle Entrate - Riscossione (il cui credito rappresentava circa il 9% dei crediti complessivi da soddisfare) che aveva rigettato la proposta di transazione fiscale, la società debitrice ha richiesto l'omologazione del concordato in base al disposto degli artt. 88, comma 2-*bis*, e 112, comma 2, CCII.

Tuttavia tale richiesta è stata respinta dal Tribunale di Ancona che ha ritenuto il *cram down* fiscale non applicabile al concordato preventivo in continuità, perché alla ristrutturazione trasversale dei debiti potrebbe darsi corso solo se l'agenzia delle Entrate - Riscossione avesse espressamente approvato la proposta di transazione fiscale (in questo caso, infatti, la proposta concordataria sarebbe stata approvata almeno da una classe di creditori rispondente ai requisiti indicati nella seconda parte della lett. d) del comma 2 dell'art. 112, di cui si dirà nel successivo paragrafo).

Segnatamente, secondo il tribunale marchigiano, ai fini della ristrutturazione trasversale non rileva la *fiction iuris* del *cram down* fiscale che consente di valorizzare un voto non espresso o un voto negativo quale voto favorevole; ciò perché la Dir. UE 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 (di seguito per brevità "Direttiva *Insolvency*") imporrebbe che l'approvazione della proposta concordataria da parte della maggioranza delle classi ovvero dalla c.d. "classe svantaggiata" sia effettiva, cioè riferibile a un'esplicita manifestazione di volontà della classe dei creditori, e non derivi dunque dalla conversione del voto prodotta dal *cram down*.

La questione controversa: il *cram down* fiscale nel concordato preventivo è compatibile con la Direttiva *Insolvency* in tema di ristrutturazione trasversale dei debiti?

La questione, che vede attualmente divisa non solo la giurisprudenza ma anche la dottrina, presenta, da un lato, profili più articolati e complessi di quelli che emergono dalla lettura delle due sentenze e, dall'altro lato, è destinata a essere risolta con l'emanazione del terzo decreto correttivo del Codice, approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 10 giugno 2024, con cui il legislatore si propone di dare risposta ai dubbi interpretativi sorti al riguardo.

Come si evince dalle motivazioni utilizzate dai giudici di merito, il contrasto giurisprudenziale concerne l'effetto che l'omologazione forzata della transazione fiscale finisce per generare sull'applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 112, comma 2, CCII, che consente al debitore di chiedere al Tribunale l'omologazione della proposta di concordato preventivo in continuità aziendale, ancorché non approvata ai sensi dell'art. 109, comma 5, CCII da tutte le classi di creditori, quando ricorrono congiuntamente le condizioni di seguito indicate:

- a) il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione;
- b) il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall'art. 84, comma 7, CCII;
- c) nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito;
- d) (i) la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure (ii) la proposta è approvata almeno da una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione (c.d. "classe svantaggiata" o "maltrattata").

Attraverso tale norma il legislatore ha dunque applicato al concordato preventivo in continuità il meccanismo noto come "ristrutturazione trasversale dei debiti", previsto dall'art. 11 della Direttiva *Insolvency*¹; ciò in deroga al principio generale per cui il piano di ristrutturazione dovrebbe essere

¹ L'art. 11, par. 1, della Direttiva *Insolvency* stabilisce quanto segue:

adottato solo se sostenuto dalla maggioranza richiesta in ciascuna classe interessata e quindi all'unanimità delle classi ammesse al voto². Infatti, chiarisce la suddetta Direttiva che il meccanismo di ristrutturazione trasversale dei debiti consente di approvare il piano di ristrutturazione anche se non approvato da tutte le classi, se è sostenuto almeno dalla maggioranza delle classi (considerando 53) oppure, ove neppure quest'ulteriore condizione si sia verificata³, se è sostenuto da almeno una classe di creditori interessati (o che subiscono un pregiudizio a causa della riduzione del valore dei propri crediti), i quali abbiano votato a favore della proposta nonostante pur ricevendo una soddisfazione inferiore a quella che avrebbero potuto ricevere attraverso l'applicazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione previsto dal diritto nazionale in caso di liquidazione⁴ (considerando 54). Ivi si precisa altresì che, nel caso della ristrutturazione trasversale dei debiti, gli Stati membri dovrebbero assicurare che le classi dissenzienti di creditori interessati non siano ingiustamente pregiudicate dal piano proposto e gli Stati membri dovrebbero garantire loro una tutela sufficiente, garantendo che ricevano un trattamento

“Gli Stati membri provvedono affinché il piano di ristrutturazione che non è approvato da tutte le parti interessate di cui all'articolo 9, paragrafo 6, in ciascuna classe di voto, possa essere omologato dall'autorità giudiziaria o amministrativa, su proposta del debitore o con l'accordo del debitore, e possa diventare vincolante per le classi di voto dissenzienti se esso soddisfa almeno le condizioni seguenti:

a) è conforme all'articolo 10, paragrafi 2 e 3;

b) è stato approvato:

i) dalla maggioranza delle classi di voto di parti interessate, purché almeno una di esse sia una classe di creditori garantiti o abbia rango superiore alla classe dei creditori non garantiti;

oppure, in mancanza,

ii) da almeno una delle classi di voto di parti interessate o, se previsto dal diritto nazionale, di parti che subiscono un pregiudizio, diversa da una classe di detentori di strumenti di capitale o altra classe che, in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale, non riceverebbe alcun pagamento né manterrebbe alcun interesse o, se previsto dal diritto nazionale, si possa ragionevolmente presumere che non riceva alcun pagamento né mantenga alcun interesse se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale;

c) 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; e

d) nessuna classe di parti interessate può ricevere o conservare in base al piano di ristrutturazione più dell'importo integrale dei crediti o interessi che rappresenta.

In deroga al primo comma, gli Stati membri possono limitare il requisito di ottenere l'accordo del debitore ai casi in cui quest'ultimo è una PMI. Gli Stati membri possono aumentare il numero minimo di classi di parti interessate, o, se previsto dal diritto nazionale, di parti che subiscono un pregiudizio necessario per l'approvazione del piano ai sensi della lettera b), punto ii), del presente paragrafo.

2. In deroga al paragrafo 1, lettera c), gli Stati membri possono prevedere che i diritti dei creditori interessati di una classe di voto dissenziente siano pienamente soddisfatti con mezzi uguali o equivalenti se è previsto che una classe inferiore riceva pagamenti o mantenga interessi in base al piano di ristrutturazione. Gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni che derogano al primo comma, qualora queste siano necessarie per conseguire gli obiettivi del piano di ristrutturazione e se il piano di ristrutturazione non pregiudica ingiustamente i diritti o gli interessi delle parti interessate”.

² Ai sensi dell'art. 2, par. 2, n. 2), della Direttiva *Insolvency*, per “classi interessate” si intendono i creditori sui cui rispettivi crediti o interessi incide direttamente il piano di ristrutturazione.

³ Secondo il Trib. Lecce 31 maggio 2024 e secondo una parte della dottrina (cfr. M. Binelli, *L'omologazione del concordato in continuità non approvato*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 27 dicembre 2022, 15; F. Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, 2023, 577; F. Lamanna, *Il codice della crisi dopo il secondo correttivo*, 2022, 562; A. Teodoldi, *Crisi, insolvenza, sovraindebitamento*, 2022, 275), la condizione *sub* (ii) prevista dalla lett. d) del comma 2 dell'art. 112 potrebbe essere fatta valere purché la maggioranza delle classi abbia espresso voto favorevole, e quindi soltanto quando a favore del concordato abbia votato la maggioranza delle classi ma nessuna delle classi favorevoli sia risultata formata da creditori titolari di diritti di prelazione; ciò perché, se così non fosse, la volontà della maggioranza votante verrebbe sovvertita da quella della minoranza dei creditori. Tuttavia si ritiene che, anche alla luce della (più) chiara punteggiatura presente in proposito nell'art. 11, lett. b), della Direttiva *Insolvency*, tale condizione alternativa subentri quando la proposta concordataria non è stata approvata dalla maggioranza delle classi (cfr. G. D'Attorre, *Dal principio di maggioranza al principio di minoranza*, in questa *Rivista*, 2023, 306; G. Bozza, *Le maggioranze per l'approvazione della proposta concordataria*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 3 agosto 2022, 32; M. Fabiani, *Il diritto diseguale nella concorsualità concordataria postmoderna*, in questa *Rivista*, 2022, 1535; A. Jorio, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, 2023, 214; S. Leuzzi, *L'omologazione del concordato preventivo in continuità*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 24; F. Santangeli - M. Cortese, *Sub art. 112*, in il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 2023, 757). Questa seconda interpretazione è destinata ad essere esplicitamente recepita nel Codice in base allo schema di decreto correttivo, in cui si precisa che la condizione alternativa contemplata dall'art. 112, comma 2, lett. d), CCI opera “in mancanza dell'approvazione a maggioranza delle classi”.

⁴ Per tale ragione questo tipo di classe viene perciò ormai usualmente indicata, in dottrina come in giurisprudenza, come “classe svantaggiata” o “maltrattata”, da identificarsi in quella dei creditori che riceverebbero maggiore soddisfazione anche parziale con l'applicazione della regola di priorità assoluta, anche sul plusvalore di continuità. Pertanto, i creditori titolari di diritti di prelazione sono da ricercarsi in concreto nei creditori prelazionari non soddisfatti integralmente in denaro entro centottanta giorni dall'omologazione o che vengono pagati nei limiti della capienza della garanzia (ai quali è perciò attribuito il diritto di voto), mentre non vi rientrerebbero (almeno per la parte degradata) i creditori titolari di crediti privilegiati degradati a chirografo per incapacienza del bene oggetto della prelazione. Così F. Lamanna, cit., 562; A. Turchi - F. Aliprandi, *Cross class cram-down: dubbi interpretativi e prima soluzione giurisprudenziale*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 3 maggio 2023, 7.

tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori (considerando 55)⁵.

Poiché la ristrutturazione trasversale dei debiti rende vincolante la proposta formulata dal debitore anche per le classi di voto dissenzienti (c.d. “*cross class cram down*”), se ricorrono tutti i presupposti dell’art. 11 della Direttiva *Insolvency* ripresi nell’art. 112, comma 2, CCII, è dunque insorta la particolare questione relativa alla possibilità di combinare o meno il *cross class cram down* con il *cram down* fiscale previsto dall’art. 88, comma 2-*bis*, in forza del quale “Il tribunale omologa 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 all’articolo 109, comma 1, e, 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 o non deteriore rispetto all’alternativa liquidatoria”⁶.

La tesi contraria al *cram down* fiscale nel concordato in continuità

Come riferito in premessa, la possibilità di attuare il *cram down* fiscale nel concordato preventivo in continuità è stata invero esclusa, ancor prima che dal Tribunale di Ancona, dalla sentenza Trib. Lucca 18 luglio 2023, n. 5⁷, in quanto:

- 1) l’art. 88, comma 1, CCII inizia con la locuzione “Fermo restando quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall’articolo 112, comma 2”⁸, proprio per salvaguardare le disposizioni presenti nella norma da ultimo citata per la ristrutturazione trasversale dei debiti;
- 2) il comma 2-*bis* dell’art. 88 richiama testualmente solo il comma 1 dell’art. 109 CCII, il quale dispone in merito al concordato liquidatorio, mentre nessun rinvio diretto è presente con riguardo al comma 5 dell’art. 109, relativo al concordato in continuità, né al comma 2 dell’art. 112 CCII, che ne regola la ristrutturazione trasversale.

Poiché sul piano letterale non parrebbe possibile combinare l’art. 88, comma 2-*bis*, con il concordato preventivo in continuità e considerato che sia il citato comma 2-*bis* dell’art. 88 sia il comma 2 dell’art. 112 (siccome derogatorie dei principi generali) costituiscono norme eccezionali insuscettibili di applicazione analogia ai sensi dell’art. 14 delle preleggi, occorre necessariamente verificare se tale possibilità possa considerarsi ammessa attraverso una interpretazione estensiva che consenta di superare la *littera legis*. Questa possibilità è stata però anch’essa esclusa dal Tribunale di Lucca, perché:

- i. l’art. 11 della Direttiva *Insolvency*, nel dettare le condizioni della ristrutturazione trasversale dei debiti, non fa mai riferimento alla possibilità di considerare un voto non espresso da un creditore, o

⁵ In alternativa, gli Stati membri dovrebbero tutelare una classe dissenziente di creditori interessati facendo sì che una tale classe dissenziente sia pagata integralmente se è previsto che una classe inferiore riceva qualsiasi distribuzione o mantenga un qualsiasi interesse ai sensi del piano di ristrutturazione (regola della priorità assoluta).

⁶ L’art. 88 CCII si riferisce sia alla transazione fiscale sia alla transazione contributiva, per il che nel prosieguo per comodità espositiva le locuzioni “transazione fiscale” e “*cram down* fiscale” si intendono rispettivamente estese alla “transazione contributiva” e al “*cram down* contributivo”.

⁷ In questa *Rivista*, 2023, 1535, con nota di M. Spadaro, *Concordato preventivo in continuità aziendale e cram down fiscale e contributivo*.

⁸ Per completezza espositiva si riporta di seguito il testo dell’art. 88, comma 1, CCII:

“1. Fermo restando quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall’articolo 112, comma 2, con il piano di concordato il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l’invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede la soddisfazione 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 o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista indipendente. Se il credito tributario e contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie. Se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, anche a seguito di degradazione per incapienza, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri crediti chirografari che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie. Se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, anche a seguito di degradazione per incapienza, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri crediti chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei crediti rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole”.

da una classe di creditori, come un voto adesivo per effetto di una *fiction iuris*, ma richiede che la proposta sia approvata dalla maggioranza delle classi o da una particolare classe (svantaggiata o interessata), dovendosene quindi desumere che presupposto indefettibile della ristrutturazione trasversale dei debiti è la sussistenza di un'approvazione del piano di ristrutturazione "esplicita", "effettiva e riferibile ad una manifestazione di volontà della classe dei creditori" (e quindi non discendente da un meccanismo legale che equipara la mancata adesione dei creditori pubblici all'adesione);

ii. il *cram down* fiscale è stato elaborato e introdotto nel nostro ordinamento in un contesto in cui non esisteva la regola della priorità relativa ("*relative priority rule*" o "RPR"), ma solo la regola della priorità assoluta ("*absolute priority rule*" o "APR"), ragion per cui non si potrebbe applicare la stessa soluzione alla diversa ipotesi in cui la distribuzione dei beni futuri avviene in base alla RPR anziché all'APR⁹;

iii. il *cram down* fiscale non sarebbe consentito negli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, in cui l'accordo è imposto anche a creditori non aderenti, perché altrimenti si produrrebbe "l'effetto di estendere l'efficacia dell'accordo non solo al creditore pubblico contrario o non aderente, ma anche a tutti gli altri creditori non aderenti";

iv. l'art. 64-*bis* CCII, nel disciplinare il "piano di ristrutturazione soggetto a omologazione" ("PRO"), consente al debitore di distribuire l'attivo in deroga all'APR, ma senza alcun richiamo all'art. 88 e tantomeno al comma 2-*bis* della medesima norma, risultando tale strumento di risoluzione della crisi retto dal principio per cui la "la deroga va approvata dal creditore o, *rectius*, dalla classe dei creditori interessata con le regole di maggioranza previste dalla legge" (a ulteriore dimostrazione che l'approvazione da parte dei creditori deve essere effettiva e non frutto di un meccanismo legale);

v. sempre dalla disciplina del PRO (e segnatamente dall'art. 64-*quater* CCII) si ricava che al debitore, la cui proposta - rispettosa delle prime tre condizioni poste dal comma 2 dell'art. 112 - non sia stata approvata dall'unanimità delle classi, è data la possibilità di modificare la domanda formulando una proposta di concordato preventivo, per cui si sarebbe di fronte a "un'evidente incoerenza di sistema" se si ritenesse possibile l'approvazione della proposta di concordato preventivo dal contenuto assolutamente analogo per il solo effetto del *cram down* fiscale disciplinato (per questo diverso istituto) dall'art. 88, comma 2-*bis*.

La conclusione a cui sono giunti i giudici lucchesi ha trovato successiva conferma, seppur non propriamente per i medesimi motivi¹⁰, da parte della sentenza App. Firenze 31 ottobre 2023, n. 1647¹¹, che ha ritenuto infondata la censura dell'impresa reclamante secondo la quale nella fattispecie avrebbero potuto essere applicate le regole dell'art. 112, comma 2, dovendosi ritenere la proposta approvata dalla maggioranza delle classi aggiungendo, alle tre classi che avevano espressamente approvato la proposta (sulle sei classi in cui erano stato suddivisi i creditori), l'adesione della classe rappresentata dall'Erario quale conseguenza del *cram down* fiscale previsto dal comma 2-*bis* dell'art. 88. In particolare, i giudici del reclamo hanno escluso questa possibilità perché la norma da ultimo citata "fa riferimento solo all'art.

⁹ Com'è noto, la regola di distribuzione contenuta nell'art. 84, comma 6, CCII detta due principi distinti da osservare nella ripartizione dell'attivo concordatario, dipendenti dalla natura delle risorse distribuite, in forza dei quali il valore di liquidazione dell'impresa deve essere distribuito nel pieno rispetto delle cause legittime di prelazione, ovvero secondo la regola della priorità assoluta (che impedisce la soddisfazione del creditore di rango inferiore se non vi è stata la piena soddisfazione del credito di grado superiore); viceversa il valore ricavato dalla prosecuzione dell'impresa (ovvero il "plusvalore da continuità") può essere distribuito osservando il criterio della priorità relativa, secondo il quale è sufficiente che i crediti di una classe siano pagati in ugual misura rispetto alle classi di pari grado e in misura maggiore rispetto alla classe di rango inferiore.

¹⁰ Come si avrà modo di rilevare a breve, le argomentazioni indicate *sub* iii., iv. e v., non sono state riprese dai giudici di merito che hanno condiviso la posizione dei giudici lucchesi. Difatti non pare metodologicamente corretto individuare la disciplina della transazione fiscale nel concordato in continuità sulla base delle norme che regolano il PRO, perché in questa procedura la transazione fiscale non è proprio prevista ed è da escludere che tale mancato richiamo possa essere frutto di una dimenticanza. Conseguentemente, dal fatto che nel PRO non sia attuabile l'omologazione forzosa non può farsi discendere che quest'ultima non si applica nemmeno nel concordato, poiché in base al medesimo principio dovrebbe pervenirsi anche alla conclusione che, poiché nel PRO non è prevista la transazione fiscale, questa non dovrebbe trovare applicazione (neppure senza omologazione forzosa) nel concordato preventivo, mentre è pacifico il contrario. Il fatto è che nel PRO non vi è spazio per il *cram down* della transazione fiscale innanzitutto perché non è prevista la transazione fiscale stessa; una disciplina differente da quella del concordato è quindi pienamente fisiologica. Inoltre, nel concordato preventivo vige il principio maggioritario, mentre il PRO è fondato sull'integrale adesione di tutte le classi di creditori.

¹¹ In questa *Rivista*, 3, 2024, 370, con nota di M. Spiotta, *Il connubio cram down fiscale-previdenziale più cross class: "se questo è un voto"*.

109 co. 1 CCII” e non anche al comma 5; inoltre, lo stesso *incipit* dell’art. 88, comma 1, “mantiene fermo quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall’articolo 112, comma 2”. Infine, oltre che dall’argomento letterale, l’incompatibilità tra il *cram down* fiscale e il *cross class cram down* si desumerebbe anche da quanto affermato dall’Ufficio del Massimario della Corte di cassazione nella relazione n. 15 del 15 settembre 2022, “in cui si legge: ‘Non si ritiene, invece, stante la già individuata specialità di questa norma, che i medesimi effetti del *cram down*, limitatamente a tributi e contributi, possano essere raggiunti attraverso la *cross class cram down* di cui all’art. 112 comma 2, giacché altrimenti rischierebbe di non avere senso la formulazione conservata dell’art. 88 comma 2 *bis*. Del resto, la esclusività che la norma in commento [vale a dire l’art. 88, comma 2-*bis*, N.d.A.] continua a declamare non può essere ‘annacquata’ dal ricorso ad un istituto che la medesima norma non richiama: la stessa mantiene fermo l’art. 109 comma 1, ma nessun rilievo è dato all’art. 112 comma 2 che, stante la specialità della presente disposizione, appare perciò arduo ritenere possa trovare spazio rispetto ai debiti erariali, anche in via analogica”¹².

Come dianzi riferito, la tesi che ritiene non combinabili tra loro il *cram down* fiscale disciplinato dall’art. 88, comma 2-*bis*, e il *cross class cram down* disciplinato dall’art. 112, comma 2, è stata altresì condivisa dal Tribunale di Ancona con la sentenza in commento, avente ad oggetto una proposta di concordato preventivo in continuità approvata solo da una classe (rappresentativi di crediti pari a euro 3.271.498,72) a fronte del voto sfavorevole di tutte le altre classi (rappresentative di crediti pari a euro 17.003.258,33), con conseguente mancato raggiungimento dell’unanimità delle classi votanti prevista dall’art. 109, comma 5. In questa fattispecie l’impresa debitrice aveva chiesto ai giudici di primo grado di applicare il *cram down* fiscale e, per l’effetto, di dichiarare verificata (insieme alle altre tre condizioni previste) la “condizione suppletiva” prevista dall’art. 112, comma 2, lett. d), poiché il Fisco avrebbe conseguito un miglior soddisfacimento delle proprie ragioni creditorie in caso di applicazione dell’APR anche al valore dell’attivo eccedente il valore di liquidazione.

Al riguardo i giudici anconetani hanno invece ritenuto non “immaginabile l’applicabilità del *cram down* fiscale al concordato preventivo in continuità”, (anche in questo caso) perché sotto il profilo letterale “il nuovo *incipit* dell’articolo 88 CCII tiene conto della possibilità trasversale dei debiti di cui all’articolo 112 comma 2 nonché delle novità in materia di concordato in continuità aziendale” e perché nell’art. 88, comma 2-*bis* “è fatto espresso richiamo all’articolo 109 comma 1 che ha ad oggetto le maggioranze nel concordato preventivo ma non anche dell’articolo 109 comma 5 e, soprattutto, l’articolo 112, comma 2 lettera d) afferente al concordato in continuità con ristrutturazione trasversale dei debiti, ciò con conseguente inapplicabilità del combinato disposto delle due menzionate disposizioni al concordato in continuità”¹³. Così come il Tribunale di Lucca, il Tribunale di Ancona ha dunque ritenuto “inammissibile un’interpretazione estensiva dell’art. 88, comma 2-*bis* che vada oltre il dato letterale”, in considerazione del fatto che in base alla Direttiva *Insolvency* presupposto per la ristrutturazione trasversale dei debiti (ovverosia per imporre ai creditori un trattamento peggiore rispetto a quello cui avrebbero diritto applicando l’APR sull’intero attivo invece che sul solo valore di liquidazione) è che l’approvazione della proposta concordataria almeno da parte di una classe “deve essere effettiva e riferibile ad una manifestazione di volontà delle o della classe dei creditori che risponda ai requisiti” richiesti dall’art. 112, comma 2, lett. d), seconda parte¹⁴.

La tesi favorevole al *cram down* fiscale nel concordato in continuità

¹² Tuttavia, l’Ufficio del Massimario con questa affermazione ha inteso solo evidenziare che gli effetti del *cram down* fiscale possono essere ottenuti unicamente attraverso le regole sancite dall’art. 88, comma 2-*bis*, CCII e non anche attraverso quelle definite dall’art. 112, comma 2, CCII, perché altrimenti la esclusività della norma in commento (ovverosia del citato comma 2-*bis*) perderebbe ogni rilievo.

¹³ A favore di questa conclusione si vedano anche Trib. Cosenza 12 giugno 2024, Trib. Genova 13 giugno 2024 e Trib. Roma 10 luglio 2024.

¹⁴ Secondo F. Randazzo, *Osservazioni in tema di cram down fiscale e contributivo nel codice della crisi*, in *Diritto e pratica tributaria*, I, 3, 2024, 947 e 948, l’inapplicabilità dell’omologazione forzata della transazione fiscale nel concordato in continuità potrebbe trovare ragione nel fatto che in questo tipo di concordato l’applicazione del criterio della priorità relativa è ammessa in maniera più accentuata rispetto a quanto accada nel concordato liquidatorio (con riguardo al quale – secondo tale tesi - il criterio della priorità relativa risulterebbe invece limitato alle sole “risorse esterne”).

A favore del *cram down* fiscale, in aggiunta al *cross class cram down*, si è invece schierato il Tribunale di Napoli, con la sentenza qui annotata, che ha omologato ai sensi degli artt. 88, comma 2-*bis*, e 112, comma 2, una domanda di concordato preventivo in continuità che contemplava la suddivisione in cinque classi dei creditori per i quali non era prevista la soddisfazione integrale, costituiti dai creditori pubblici (per crediti retrocessi a chirografo e per crediti chirografari *ab origine*) e da altri creditori chirografari (rappresentativi di una quota assai minimale di crediti). I giudici napoletani, infatti, hanno risposto in senso positivo all'interrogativo concernente la possibilità - nel concordato in continuità - di aggiungere le norme contenute nell'art. 112, comma 2, a quelle dell'art. 88, comma 2-*bis*.

A questa conclusione il Tribunale di Napoli è pervenuto rilevando che, sotto il profilo letterale, è sì vero che la disposizione da ultimo citata richiama solo il comma 1 dell'art. 109, ma è altrettanto vero che la seconda parte del comma 2 dell'art. 88 stabilisce che l'attestazione del professionista indipendente deve avere ad oggetto - anche - la convenienza del trattamento proposto con il concordato rispetto alla liquidazione giudiziale e, nel concordato in continuità aziendale, la sussistenza di un trattamento non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria; pertanto ciò "evidentemente porta in direzione opposta al disconoscimento dell'applicazione dell'art. 88 comma 2 CCII al concordato con piano di continuità aziendale, perché il concetto di non deteriorità del trattamento da offrire rispetto all'alternativa liquidatoria è riferibile precipuamente al concordato con continuità aziendale (...) e ne costituisce condizione di ammissibilità, ove si consideri peraltro che l'art. 87 comma 3 CCII, nel determinare il contenuto della relazione del professionista indipendente, nel concordato in continuità aziendale, prescrive che lo stesso debba attestare non più, come nella precedente versione, che la prosecuzione di attività di impresa sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, ma che il piano di continuità aziendale conduca almeno al risultato della non deteriorità del trattamento riservato ai creditori rispetto all'alternativa liquidatoria". Inoltre, il comma 1 dell'art. 109 richiamato dal comma 2-*bis* dell'art. 88 a propria volta (facendone salve le relative disposizioni) contiene un espresso richiamo al successivo comma 5, che a propria volta ancora rinvia alla regola presente nell'art. 112, comma 2, assistendosi a un sistema di rimandi idoneo a giustificare sotto il profilo letterale l'applicazione del *cram down* fiscale anche nel concordato preventivo in continuità¹⁵.

Del resto, anche ponendosi nella prospettiva della Direttiva *Insolvency*, non sarebbe rinvenibile alcun motivo valido che potrebbe giustificare l'inapplicabilità del *cram down* fiscale al concordato in continuità, considerata la *ratio* che sorregge detto istituto, potendosi quindi concludere (proprio in forza del nuovo *incipit* del comma 1 dell'art. 88) che le disposizioni contenute nell'art. 112, comma 2, vanno a integrare, completandone le relative prescrizioni ove ve ne siano la necessità e le condizioni, quelle contenute nell'art. 88, comma 2-*bis*, e non invece ad escluderne l'applicazione al concordato in continuità aziendale.

I giudici campani hanno preso atto del fatto che in base all'attuale sistema normativo strutturato per ipotesi discendenti, (i) il concordato in continuità aziendale risulta approvato e omologato se tutte le classi votano favorevolmente ovvero, in mancanza dell'unanimità del voto delle classi, (ii) l'omologazione può essere comunque disposta se la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori con diritto di prelazione, oppure ancora, in mancanza anche di tale condizione¹⁶, (iii) se la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero meglio

¹⁵ Per completezza espositiva si riportano di seguito i commi 1 e 5 dell'art. 109 CCII:

"1. Salvo quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dal comma 5, il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Nel caso in cui un unico creditore sia titolare di crediti in misura superiore alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, il concordato è approvato se, oltre alla maggioranza di cui al primo periodo, abbia riportato la maggioranza per teste dei voti espressi dai creditori ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se la maggioranza dei crediti ammessi al voto è raggiunta inoltre nel maggior numero di classi. (...)

5. Il concordato in continuità aziendale è approvato se tutte le classi votano a favore. In ciascuna classe la proposta è approvata se è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure, in mancanza, se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe. In caso di mancata approvazione si applica l'articolo 112, comma 2. I creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Nel caso di crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751 bis, n. 1, del codice civile, il termine di cui al quarto periodo è di trenta giorni. Se non ricorrono le condizioni di cui al primo e secondo periodo, i creditori muniti di diritto di prelazione votano e, per la parte incapiante, sono inseriti in una classe distinta".

¹⁶ In proposito si veda quanto precisato nella nota n. 3.

soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione; conseguentemente, reputando verificata quest'ultima condizione in base alla decisività dell'adesione dei creditori pubblici, attesa la convenienza della proposta concordataria per questi ultimi rispetto al trattamento spettante loro in sede di liquidazione giudiziale, ne hanno quindi pronunciato l'omologazione.

Analisi delle diverse ragioni a supporto delle due tesi

Come condivisibilmente rilevato su questa *Rivista*¹⁷, la formulazione della norma si presta a interpretazioni ambivalenti, con il risultato che tutte le due letture si fondano, a ben vedere, su argomenti confutabili. In quest'ottica anche l'esame degli atti parlamentari e la discussione intercorsa in sede di approvazione del D.Lgs. n. 83/2022 non si dimostra di particolare ausilio, perché la conclusione cui sembrava voler giungere l'estensore delle modifiche recate all'art. 88 non collima con l'enunciato normativo.

A tal proposito, a seguito dell'approvazione in prima lettura dello schema di decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, il parere Cons. Stato n. 359/2022, aveva segnalato testualmente quanto segue: “la scelta di mantenere il c.d. test di convenienza d'ufficio, in ipotesi di mancata adesione determinante dei creditori fiscali e previdenziali, effettuata con entrambe tali ultime disposizioni (al cui testo è qui sufficiente fare rinvio), non appare in linea con la previsione dell'art. 10, par. 2, comma 1, lett. d) e comma 2 della direttiva (la quale stabilisce che il rispetto della verifica del ‘migliore soddisfacimento dei creditori’ dissenzienti è esaminato dal Tribunale ‘solo se il piano di ristrutturazione è stato contestato per tale motivo’). Sebbene si comprendano le ragioni di tutela dei creditori pubblici sottese a tale scelta, il rispetto della direttiva impone di privilegiare soluzioni alternative alla verifica d'ufficio”. Parimenti, nel rilasciare parere favorevole allo schema di decreto correttivo, la XIV Commissione Permanente (Politiche dell'Unione europea) aveva chiesto di valutare “l'opportunità di espungere l'obbligo della verifica d'ufficio, in sede di omologazione” e così precisare come “il cosiddetto test di convenienza non possa essere eseguito d'ufficio ma solo su opposizione del creditore dissenziente”. L'estensore della versione definitiva del D.Lgs. n. 83/2022, tuttavia, non accolse la richiesta di integrare in tal senso il comma 2-*bis* dell'art. 63 (relativo agli accordi di ristrutturazione dei debiti) e dell'art. 88 (relativo al concordato preventivo), ritenendo l'omologazione forzosa della transazione fiscale non in conflitto con il paragrafo 2 dell'art. 10 della Direttiva *Insolvency*, in quanto quest'ultima disposizione non riguarda la valutazione di convenienza della proposta di transazione fiscale sancita dal comma 2-*bis*, bensì la valutazione circa l'effettivo rispetto del criterio del “migliore soddisfacimento”¹⁸ richiesta all'Autorità giudiziaria dal creditore dissenziente.

Nella relazione definitiva al D. Lgs. n. 83/2022, in sede di commento alle modifiche recate all'art. 48 CCII in tema di omologazione, si legge poi che “l'articolo 11 della direttiva è stato attuato solo in relazione al concordato preventivo in continuità aziendale, e non rispetto agli accordi di ristrutturazione”, e comunque che “la previsione sul test di convenienza d'ufficio è limitata alle ipotesi di concordato liquidatorio”. Inoltre, nell'illustrazione delle modifiche recate all'art. 88, si legge che il contrasto segnalato poteva essere escluso in quanto esse sono state introdotte “per circoscriverne la portata in ragione della nuova disciplina del concordato in continuità”; in particolare attraverso l'*incipit* del comma 1 dell'articolo 88 si sarebbe inteso chiarire che questa norma “contiene disposizioni applicabili ai concordati diversi da quello in continuità aziendale, per il quale valgono le regole di voto e di omologazione che possono sfociare nella ristrutturazione trasversale e nel giudizio di convenienza su domanda del creditore”¹⁹.

¹⁷ Cfr. M. Spiotta, *op. cit.*, 378.

¹⁸ L'art. 1, n. 6, della Direttiva *Insolvency* definisce la “verifica del migliore soddisfacimento dei creditori” come “la verifica che stabilisce che nessun creditore dissenziente uscirà dal piano di ristrutturazione svantaggiato rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale, sia essa una liquidazione per settori o una vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, oppure nel caso del migliore scenario alternativo possibile se il piano di ristrutturazione non fosse omologato”.

¹⁹ Secondo i giudici cosentini (si veda la sentenza citata nella nota n. 13), proprio quest'ultimo inciso consentirebbe di “fugare ogni dubbio interpretativo sulla corretta applicazione delle norme *de quibus*” circa l'inapplicabilità del *cram down* fiscale nel concordato in

Tuttavia, il carattere perentorio delle affermazioni presenti nella relazione illustrativa allo schema di decreto correttivo non trova adeguato riscontro nella formulazione definitiva delle disposizioni che ne sono derivate²⁰. Basti pensare che l'ormai famosa locuzione "Fermo restando quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall'articolo 112, comma 2" è stata inserita - come detto - "all'inizio del comma 1 dell'art. 88, sicché, se fosse vero che l'art. 88 avrebbe dovuto contenere norme applicabili soltanto ai concordati preventivi diversi da quelli in continuità aziendale" (secondo quanto testualmente riportato nella suddetta relazione), bisognerebbe concludere che tutte le disposizioni contenute nell'art. 88, sia quelle di natura sostanziale sia quelle di natura procedurale, non sarebbero applicabili agli altri concordati, cioè a quelli in continuità. Senonché escludere *in toto* la transazione fiscale per il concordato in continuità contrasta con la *ratio* dell'art. 88, atteso che il legislatore ha ritenuto necessario introdurre nella disciplina del concordato uno specifico sub-procedimento ai fini del trattamento dei crediti tributari e contributivi, fornendo alle agenzie fiscali e agli enti previdenziali lo strumento di cui necessitano per disporre la riduzione dei crediti di cui sono titolari, in deroga al principio della indisponibilità di tali crediti; deroga di cui hanno bisogno sia nel concordato liquidatorio sia in quello in continuità, salvo voler privare tali soggetti, in quest'ultimo caso, del diritto di esprimere un voto favorevole alla proposta concordataria che preveda la riduzione dei loro crediti, il che sarebbe oltremodo illogico e ingiustificabile e rischierebbe di impedire l'approvazione di concordati nonostante la volontà del Fisco e degli enti previdenziali di approvarli. Una simile conclusione è inoltre smentita (anche senza volerne sovraccaricare la portata) dal disposto del comma 2 dell'art. 88, a norma del quale l'attestazione del professionista indipendente, relativamente al trattamento riservato ai crediti tributari e contributivi, "ha ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale e, nel concordato in continuità aziendale, la sussistenza di un trattamento non deteriore".

Allo stesso modo, se l'intento del legislatore fosse stato davvero quello di escludere unicamente il *test* di convenienza da parte del Tribunale in mancanza di adesione da parte dei creditori pubblici alla proposta di transazione fiscale, la locuzione diretta a circoscrivere la portata dell'art. 88 avrebbe dovuto essere collocata semmai all'inizio del comma 2-*bis* della stessa, ma sicuramente non all'inizio del comma 1, che invece contiene regole generali e stabilisce il divieto di trattamento deteriore dei crediti tributari e contributivi, tanto privilegiati quanto chirografari (anche per degrado), in perfetta continuità con quanto sancito anteriormente all'entrata in vigore del Codice dall'omologo comma 1 dell'art. 182-*ter* l.fall.

La littera legis

È dunque in questo (non chiaro e contraddittorio) contesto normativo che la giurisprudenza di merito si è dovuta interrogare sulla reale portata dell'*incipit* aggiunto all'inizio del comma 1 dell'art. 88 CCII, pervenendo alle conclusioni illustrate nei precedenti paragrafi.

Ciò posto, tale *incipit* può essere interpretato, senza privarlo di rilevanza, nel senso che: (i) il tribunale omologa il concordato liquidatorio se, oltre a sussistere gli altri presupposti previsti dal comma 1 dell'art. 112 CCII, la proposta è approvata dai creditori a norma del comma 1 dell'art. 109 CCII, cioè con il voto favorevole della maggioranza dei crediti ammessi al voto, e inoltre, ove siano previste le classi, con quello del maggior numero di classi; (ii) il tribunale omologa il concordato in continuità, quando una o più classi di creditori sono dissenzienti, soltanto se sono rispettati gli ulteriori presupposti previsti dal comma 2 dell'art. 112 (tra i quali l'adesione della maggioranza delle classi o anche solo di una classe "svantaggiata" (o "interessata"), potendo l'adesione della classe dei crediti tributari derivare non soltanto dalla favorevole espressione del voto da parte del Fisco ma anche dal *cram down* fiscale, attraverso la conversione del voto dell'Amministrazione finanziaria (da negativo a positivo) o attraverso la sterilizzazione dello stesso²¹.

continuità.

²⁰ In senso analogo si veda G. Fichera, *Il giudizio di omologazione nei concordati liquidatori e in continuità aziendale*, in www.dirittodellacrisi.it, 15.

²¹ Pertanto, neppure nel caso in cui tale *incipit* fosse stato collocato nel comma 2-*bis* se ne sarebbe potuta trarre con certezza la volontà del legislatore di escludere l'omologazione forzata nel concordato in continuità, atteso che anche in tale ipotesi si sarebbe potuto ritenere semplicemente che a questo fine sarebbe stata necessaria la sussistenza dei presupposti previsti tanto dal comma 2-*bis* dell'art. 88 CCII quanto dal citato comma 2 dell'art. 112 CCII: in aggiunta, dunque, e non in sostituzione di quelle del menzionato comma 2-*bis*.

Sempre con riguardo al profilo letterale, il fatto che il comma 2-*bis* dell'art. 88 contenga un espresso riferimento soltanto alle maggioranze di cui al comma 1 dell'art. 109, relative al concordato liquidatorio e non anche a quello in continuità, non sembra ostacolare questa conclusione, sia perché comunque (come osservato dal Tribunale di Napoli nella sentenza qui annotata) la disposizione citata da ultimo fa espressamente salve le prescrizioni del successivo comma 5, sia perché il rinvio al comma 1 dell'art. 109 risponde a uno scopo diverso da quello di escludere l'applicazione del *cram down* fiscale nella procedura in continuità aziendale. Tale riferimento è infatti previsto da una norma che attiene alla omologazione del concordato e che ha a oggetto le percentuali di approvazione della proposta; sarebbe stato pertanto incoerente prevedere un analogo riferimento anche con riguardo al concordato in continuità, la cui omologazione di regola prescinde dall'approvazione della proposta da parte di una percentuale dei crediti ammessi al voto. Inoltre l'assenza di una espressa previsione riferita al carattere determinante dell'adesione dei creditori pubblici ai fini del raggiungimento dei presupposti previsti dalla lett. d) del comma 2 dell'art. 112 pare riconducibile al fatto che nel concordato in continuità la necessità della omologazione forzata dovrebbe essere meno frequente, grazie alle possibilità di ristrutturazione trasversale previste dalla citata lett. d), il che può avere indotto il redattore della norma a trascurare di disciplinare espressamente questa fattispecie, in quanto per così dire residuale, pur senza volerla escludere. Inoltre, se è vero che il concordato "con continuità prevalente o non prevalente" ha finito per assumere - in coerenza con la finalità di preservare, "nella misura possibile, i posti di lavoro" espressa dall'art. 84, comma 2, CCII - una funzione centrale nella disciplina del concordato preventivo, talché "il concordato in continuità si configura oggi come regola e gli altri [tipi di concordato, N.d.A.] come eccezione"²², appare irragionevole attribuire al legislatore l'intento di relegare la disciplina della transazione fiscale (e con essa le regole sul *cram down*) al solo concordato liquidatorio, ovverosia a un istituto cui nell'attuale assetto normativo dovrebbe farsi ricorso in maniera quasi residuale.

Infine, l'attuale comma 2-*bis* dell'art. 88 deriva dalle modifiche introdotte nel Codice con il D. Lgs. n. 83/2022, n. 83, con cui in detto comma è stata trasposta (sostanzialmente senza modifiche, salvo l'introduzione del concetto di non deteriorità del trattamento proposto) la norma precedentemente recata dal comma 5 dell'art. 48, la quale richiama, sì, il solo comma 1 dell'art. 109, ma ciò avveniva in un momento in cui quest'ultima disposizione, per quanto attiene alle regole di approvazione della proposta concordataria, non distingueva fra concordato liquidatorio e concordato in continuità e pertanto il richiamo al citato comma 1 dell'art. 109 era necessariamente riferito a entrambi i tipi di concordato; pertanto, detta circostanza può essere semplicemente il frutto di un mancato coordinamento, peraltro nemmeno essenziale, atteso che il comma 1 dell'art. 109, mediante il richiamo del comma 5 del medesimo articolo, in fin dei conti menziona anche il concordato in continuità. Se dunque si vuole porre l'accento sul testo della norma, allora non si può non rilevare come la modifica più rilevante apportata dal comma 2-*bis*, rispetto al previgente comma 5 dell'art. 48, riguardi la disposizione che richiede, ai fini della omologazione forzata, il carattere non deteriore del trattamento dei crediti tributari, in alternativa al requisito della convenienza. Ebbene tale integrazione ha senso solo se si assume che il *cram down* fiscale possa avere a oggetto anche la proposta di transazione presentata nel concordato in continuità, considerato il necessario legame fra l'ultima parte del comma 2-*bis* e quella del precedente comma 2. Infatti, il citato comma 2-*bis* letteralmente consente al tribunale di omologare il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dei creditori pubblici quando la proposta di soddisfacimento "è conveniente o non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria" e il riferimento al doppio criterio può assumere un significato solo se collegato ai due tipi di concordato preventivo (quello in continuità e quello non in continuità), tant'è che riflette esattamente la *summa divisio* dei criteri di valutazione previsti al comma 2 per l'attestazione del professionista indipendente: (a) convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale; (b) sussistenza di un trattamento non deteriore nel concordato in continuità²³.

²² Così S. Ambrosini, *Finalità del concordato preventivo e tipologie di piano: gli interessi protetti e lo "statuto" della continuità aziendale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 3-4, 2024, 475.

²³ Secondo Trib. Roma 10 luglio 2024, il riferimento al criterio di non deteriorità presente nel comma 2 dell'art. 88 CCII non costituirebbe argomento decisivo per sostenere l'applicabilità del *cram down* fiscale per il concordato in continuità, in quanto il citato comma 2 attiene al contenuto dell'attestazione del professionista prescrivendo specificamente per questo tipo di concordato la verifica della "sussistenza di un trattamento non deteriore". Senonché l'argomento non riguarda la presenza del riferimento di detto criterio nel

La ratio legis

Posto che l'applicabilità del *cram down* fiscale nel concordato in continuità non è ostacolata dalla (seppur non univoca) formulazione letterale delle disposizioni in commento, questa interpretazione (che perciò non deve essere necessariamente definita estensiva) appare avvalorata da argomentazioni di ordine logico-sistematico²⁴.

A questo riguardo con le sentenze dapprima illustrate i giudici di merito hanno respinto questa possibilità rilevando principalmente che essa si porrebbe in contrasto con le prescrizioni della Direttiva *Insolvency*, relativamente al fatto che la ristrutturazione trasversale dei debiti, da imporre ai creditori dissenzienti, richiede (tra gli altri presupposti indefettibili) che il concordato in continuità sia stato approvato almeno da una “classe maltrattata”²⁵. Inoltre in dottrina è stato osservato che la cumulabilità del *cram down* fiscale con il *cross class cram down*, quantomeno con riferimento alla verifica del raggiungimento del voto favorevole da parte della maggioranza delle classi dei creditori (di cui almeno una formata da creditori titolari di diritti di prelazione), equivarrebbe a un “doppio salto mortale” o una “*fictio iuris* al quadrato” dato dall'applicazione di un doppio meccanismo legale, che potrebbe paradossalmente condurre all'omologazione di un concordato preventivo non approvato da alcun creditore²⁶ (proprio come nella fattispecie sottoposta all'esame del Tribunale di Ancona cui la società debitrice aveva chiesto di rinvenire la classe indicata dalla seconda parte della lett. d) del comma 2 dell'art. 112 CCII in quella costituita dal creditore pubblico dissenziente, dopo la conversione d'ufficio in voto favorevole per effetto della valutazione di convenienza prevista dal comma 2-*bis* dell'art. 88 CCII)²⁷.

Tuttavia, posto che l'effetto paradossale testé segnalato potrebbe costituire il frutto di una norma mal scritta (o, meglio, di una norma che non appare idonea a far fronte all'anomalia rappresentata dai concordati preventivi in continuità in cui l'unica classe di creditori significativa è sostanzialmente rappresentata dai creditori pubblici²⁸), il contrasto rilevato dai suddetti giudici può essere superato alla luce del reale significato conferibile al *cram down* fiscale e alla “finzione” che ne deriva ai fini del computo dei voti.

Infatti, l'ordinanza Cass. Civ., Sez. I, 10 gennaio 2024, n. 1033 (udienza dell'8 novembre 2023), ha rilevato che con l'omologazione forzata, derivante dal giudizio positivo sulla convenienza della proposta e sul carattere determinante dell'adesione dei creditori pubblici, si “realizza, per una sorta di *fictio*, il raggiungimento delle maggioranze prescritte dall'art. 177, comma 1, l.fall. anche nel caso in cui esse non fossero state raggiunte per la mancata adesione determinante dell'amministrazione finanziaria (...). Pertanto, attraverso questo meccanismo è come se fosse realizzato il presupposto dell'approvazione del concordato”. L'arresto giurisprudenziale testé citato ha dunque contribuito a chiarire (tanto con riferimento alla legge fallimentare quanto con riferimento al Codice) che il meccanismo del *cram down* fiscale si traduce nella sostituzione (o conversione), a opera del tribunale, del voto contrario (o del mancato voto) dei creditori pubblici in un voto favorevole, da considerare come tale nel computo dei voti ai fini delle maggioranze richieste ai fini dell'approvazione della proposta concordataria²⁹; ciò fermo restando il diritto del creditore pubblico di tutelare le proprie ragioni dinanzi alla medesima sede

comma 2, bensì l'apposita aggiunta (ad opera del D.Lgs. n. 83/2022) del riferimento al criterio di non deteriorità anche nel comma 2-*bis* disciplinante il *cram down* fiscale, la quale finirebbe per restare priva di significato se detto meccanismo fosse applicabile al solo concordato liquidatorio.

²⁴ In tal senso si veda anche M. Spadaro, *op. cit.*, 1548-1550; G. Fichera, *op. cit.*, 16.

²⁵ Cfr. L. De Bernardin, *Ristrutturazione trasversale e transazione fiscale: non ce lo chiede il legislatore...e neanche l'Europa*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 29 gennaio 2024, 6 e 7.

²⁶ Così M. Spiotta, *op. cit.*, 380.

²⁷ Tuttavia, una tale situazione si potrebbe evitare se fosse considerata corretta la tesi propugnata da una parte della dottrina e dalla sentenza Trib. Lecce 31 maggio 2024 (si veda la nt. 3), secondo cui la condizione di cui alla seconda parte della lett. d) del comma 2 dell'art. 112 presupporrebbe comunque l'approvazione del concordato da parte della maggioranza delle classi.

²⁸ La medesima problematica è stata affrontata dal legislatore solo con riguardo agli accordi di ristrutturazione dei debiti omologati ai sensi dell'art. 57, grazie alla norma contenuta nell'art. 1-*bis*, D.L. 13 giugno 2023, n. 69.

²⁹ In tal senso si veda in dottrina. A. Nigro - D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 2023, 452. In senso opposto si è invece espresso M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, 2023, 258, secondo cui invece si risolverebbe nella sterilizzazione del voto contrario (o del mancato voto) dei creditori pubblici, per cui non bisognerebbe tenere conto di questi ultimi ai fini del raggiungimento delle maggioranze richieste (sostanzialmente come se, per effetto del *cram down* fiscale, i creditori pubblici fossero esclusi dal voto).

giurisdizionale, potendo sottoporre al vaglio del tribunale le eccezioni e le censure già manifestate in occasione dell'espressione del suo voto contrario (ovvero a illustrarle *ex novo* in caso di mancata espressione del voto). Del resto, lo scopo del *cram down* fiscale quale disciplinato dal comma 2-*bis* dell'art. 88 (e dell'art. 63 CCII) nonché ancora prima dall'art. 180 l.fall. (come modificato dal D.L. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito con modificazioni dalla L. 27 novembre 2020, n. 159) è proprio quello di fare in modo che il voto del creditore pubblico sia stato espresso correttamente in applicazione dei criteri prescritti al riguardo dallo stesso legislatore, ed è per questo motivo che il tribunale viene chiamato a sostituirsi alle amministrazioni pubbliche, ancorché non attraverso l'espressione di un voto vero e proprio ma solo in sede di giudizio di omologazione (di cui costituisce sotto il profilo logico una fase preliminare e propedeutica all'omologa).

Nella prospettiva delineata dal legislatore con il D.L. n. 125/2020, al dichiarato scopo di facilitare la conclusione della procedura concordataria, è stato completamente ribaltato l'assetto normativo vigente anteriormente, in quanto il voto del creditore pubblico, ai fini del computo delle maggioranze richieste, viene trattato come se fosse stato espresso direttamente dalle amministrazioni pubbliche competenti in luogo di queste ultime, ma ciò solo se esse non si sono attenute alle prescrizioni del legislatore, non certo per una valutazione autonoma, libera e discrezionale del tribunale, sul cui provvedimento invece incidono in maniera decisiva le conclusioni dell'attestatore indipendente. In questo modo si evita l'impugnazione del provvedimento illegittimo dinanzi alla giurisdizione ordinaria da parte dell'impresa debitrice ed è invece onere del creditore pubblico impugnare l'omologazione forzata se continua a ritenere conforme a detti precetti il proprio operato censurando l'attestazione del professionista indipendente. In altri termini, attraverso l'omologazione forzata è stata fornita alle imprese debtrici una reale tutela giurisdizionale contro i provvedimenti di rigetto delle proposte di transazione fiscale emessi dall'amministrazione finanziaria in contrasto con i principi che disciplinano questo istituto e con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione stabilito dall'art. 97 Cost.; tutela che sino all'introduzione di tale norma, pur essendo teoricamente sussistente, era risultata di fatto inattuabile. Escludere la omologazione forzata nel concordato in continuità significherebbe dunque lasciare il debitore privo di tutela di fronte a un illegittimo diniego del fisco, ostacolando il risanamento aziendale proprio nella procedura che il Codice della crisi incentiva più di altre. Conseguentemente il voto rilevante ai fini della ristrutturazione trasversale non può essere quello espresso dal fisco, bensì quello che risulta dal provvedimento del tribunale al quale venga eventualmente richiesto dal debitore di pronunciarsi sulla legittimità di tale voto, ove sia negativo e determinante ai fini della maggioranza richiesta dal citato comma 2 e, al tempo stesso, la transazione sia conveniente per l'Erario.

Viene così a cadere l'argomento relativo al paventato contrasto tra il presunto carattere "fittizio" attribuito al *cram down* fiscale e la Direttiva *Insolvency*, che riconosce la legittimità della ristrutturazione trasversale dei debiti a condizione che sussista un'approvazione del piano di ristrutturazione "esplicita", "effettiva e riferibile ad una manifestazione di volontà della classe dei creditori". Infatti, da un lato la sostituzione della mancata adesione dei creditori pubblici con l'adesione da parte del tribunale (sussistendo i presupposti richiesti dal legislatore) equivale a un voto favorevole da computare ai fini del raggiungimento delle maggioranze richieste per l'omologazione della proposta concordataria, dall'altro l'adesione dei creditori pubblici non può essere trattata allo stesso modo di quella dei creditori privati, che scelgono nella propria autonomia negoziale di aderire o meno a tale proposta; viceversa, l'adesione o il rigetto della proposta concordataria da parte dei creditori pubblici non costituisce il frutto di una scelta, ma ha natura di una vera e propria presa d'atto che le amministrazioni pubbliche dovrebbero assumere in stretta conformità con i canoni sanciti dal legislatore, supplendo al riguardo il tribunale qualora la loro condotta non sia stata rispettosa di tali canoni. Se così non fosse, qualora la mancata adesione dei creditori pubblici fosse risultata determinante per la mancata omologazione del concordato ai sensi dell'art. 112, comma 2 (non rappresentando le classi che hanno espresso un voto favorevole la maggioranza delle classi votanti) e la mancata adesione dei creditori pubblici fosse da reputare illegittima rispetto ai canoni prescritti nel comma 2-*bis* dell'art. 88, non resterebbero che due soluzioni per rimuoverla: la prima è quella di considerare il voto dei creditori pubblici come favorevole ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta dall'art. 112, comma 2, lett. d); la seconda è quella di consentire all'impresa che ha proposto il concordato di impugnare dinanzi alla giurisdizione ordinaria la mancata adesione dei creditori pubblici. Senonché proprio questa seconda soluzione è stata nel tempo

appositamente esclusa dal legislatore già in vigore dell'art. 182-ter l.fall., a causa della sua sostanziale inefficacia.

Quanto, infine, all'ulteriore argomento per cui il *cram down* fiscale sarebbe stato pensato nel nostro ordinamento in un contesto in cui non esisteva la regola della priorità relativa, ma solo quella della priorità assoluta, si è dapprima riferito che già prima dell'entrata in vigore del Codice tale regola trovava in realtà applicazione relativamente al trattamento dei debiti tributari ed era compatibile con la omologazione forzata della transazione fiscale. Infatti, in vigore della legge fallimentare, sebbene nell'ambito del concordato preventivo l'art. 160, comma 2, l.fall. imponesse l'adozione della sola APR, relativamente ai crediti tributari (e contributivi) privilegiati non trovava applicazione tale regola, bensì quella della RPR; ciò perché il trattamento di detti crediti era disciplinato dal principio della convenienza della proposta (oltre che da quello del divieto di trattamento deteriore rispetto a quelli di rango inferiore, sancito dall'art. 182-ter, comma 1, l.fall.) e detto principio - come confermato dall'ordinanza Cass. Civ. 26 maggio 2022, n. 1755 - comportava necessariamente una deroga alla regola della priorità assoluta, applicabile invece per la generalità dei crediti assistiti da una legittima causa di prelazione³⁰. Vi è altresì da considerare che la RPR è pacificamente applicabile nei confronti tanto dei creditori favorevoli al concordato quanto a quelli contrari, e questi ultimi non possono sottrarsi agli effetti da essa prodotti solo perché hanno espresso un voto contrario alla proposta concordataria.

Le modifiche previste dal decreto correttivo approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 giugno 2024

Ad ogni buon conto la questione qui affrontata è destinata a essere risolta in via legislativa con l'entrata in vigore del decreto correttivo del Codice della crisi approvato in prima lettura il 10 giugno 2024 dal Consiglio dei Ministri.

Le modifiche al momento approvate prevedono l'eliminazione dell'*incipit* attualmente presente nel comma 1 dell'art. 88 CCII e l'abrogazione del comma 2-bis, sostituito da due distinti commi disciplinanti rispettivamente il *cram down* fiscale nel concordato liquidatorio e nel concordato in continuità. Il primo sistema di regole rispecchia quello attualmente previsto dal comma 2-bis, continuando a prevedere che nel concordato liquidatorio il tribunale omologa il concordato liquidatorio anche in mancanza di adesione delle agenzie fiscali e degli enti previdenziali, quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'art. 109, comma 1, CCII, e la proposta di soddisfacimento di detti creditori è conveniente rispetto alla liquidazione giudiziale.

Il nuovo comma 4, concernente il *cram down* fiscale nel concordato in continuità, è invece quello di seguito riportato:

“Nel concordato in continuità aziendale, ferme restando le altre condizioni previste dall'articolo 112, comma 2, il tribunale omologa il concordato anche in mancanza di adesione, che comprende il voto contrario, da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazioni obbligatorie, se la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazioni obbligatorie risulta non deteriore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale. Nell'ipotesi di cui al primo periodo il tribunale omologa se tale adesione è determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza delle classi prevista dal primo periodo dell'articolo 112, comma 2, lettera d), oppure se la stessa maggioranza è raggiunta escludendo dal computo le classi dei creditori di cui al comma 1. In ogni caso, ai fini della condizione prevista dall'articolo 112, comma 2, lettera d), seconda parte, l'adesione dei creditori pubblici deve essere espressa”.

La nuova disciplina, quindi, risolve definitivamente (ancorché solo per il futuro, atteso che troverà applicazione solo relativamente alle proposte di transazione fiscale presentate successivamente

³⁰ Alla medesima conclusione era peraltro giunta, sebbene cripticamente, con la circ. n. 34/E del 29 dicembre 2020, anche l'agenzia delle Entrate, la quale, pur nell'assunto della natura "endogena" dei flussi di cassa generati dalla prosecuzione dell'attività economica (come tali da considerare facenti parte del patrimonio del debitore), aveva comunque ammesso che tale natura non ne avrebbe impedito l'utilizzo per soddisfare crediti di rango inferiore a quelli fiscali, a patto che questi ultimi avessero in ogni caso ricevuto un soddisfacimento migliore e la proposta di transazione (proprio grazie alla prosecuzione dell'attività d'impresa consentita anche dall'applicazione della regola della priorità relativa) fosse risultata comunque conveniente per l'Erario (la prassi delle direzioni provinciali e regionali dell'agenzia delle Entrate è generalmente stata improntata a un atteggiamento di buon senso corrispondente a questi criteri di valutazione).

all'entrata in vigore del correttivo) i contrasti interpretativi emersi, circa l'omologazione forzosa nel concordato in continuità, nei primi due anni di applicazione del Codice della crisi, disponendo innanzitutto in maniera espressa l'ammissibilità del *cram down* fiscale anche in tale tipo di concordato. Tuttavia, l'uso della congiunzione (con valore disgiuntivo) "oppure" rischia di generare nuove incertezze interpretative, perché induce a ritenere (invertendo l'ordine dei fattori) che per verificare il raggiungimento della maggioranza delle classi, oltre al criterio che esclude dal computo i creditori pubblici, sussista un altro criterio per computare il raggiungimento della maggioranza delle classi dai contorni non espressamente precisati in via legislativa. Poiché alla luce del dibattito finora sviluppatosi questo criterio alternativo dovrebbe essere rappresentato dalla "conversione" del voto sfavorevole in voto favorevole, la norma - così com'è attualmente scritta - prevedrebbe due criteri alternativi per l'omologazione forzosa, ovverosia:

- (i) uno che, corrispondendo la norma a quella attualmente pacificamente applicabile al concordato liquidatorio, dovrebbe essere quello della conversione del voto, adottabile se tale adesione è determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza delle classi prevista dal primo periodo dell'art. 112, comma 2, lett. d), CCII;
- (ii) l'altro (residuale) che consiste nell'esclusione del voto pubblico dal computo della maggioranza delle classi.

Il criterio *sub* (ii), però, comportando la sterilizzazione o neutralizzazione del voto dei creditori pubblici ai fini del computo delle maggioranze, appare assorbito da quello *sub* (i), che, seppur nella laconicità della disposizione, corrispondendo alla norma attuale applicabile al concordato liquidatorio - come rilevato - attribuirebbe all'omologazione forzosa l'effetto di convertire la mancata adesione del creditore pubblico in un voto favorevole ai fini di tale computo. Pertanto, se si assume che la norma individui due criteri, la previsione del secondo sarebbe quindi del tutto inutile, poiché non sarebbe mai necessario fare a esso ricorso, attesa la sufficienza del primo a consentire tutte le omologazioni consentite dal secondo. Si pensi al caso in cui, i creditori siano suddivisi in cinque classi e che due classi approvino la proposta di concordato, mentre le altre tre, di cui una costituita dall'Amministrazione finanziaria, esprimano un voto negativo. In questo caso il voto del fisco è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze e, se viene convertito da negativo in positivo, la maggioranza è raggiunta (divenendo le classi favorevoli tre contro due contrarie); se invece viene escluso dal computo, la maggioranza non è raggiunta (poiché le classi favorevoli rimangono due, come rimangono due quelle contrarie). Se in tale circostanza il novellato comma 4 dell'art. 88 dovesse essere interpretato nel senso che in virtù della prima parte del suo secondo periodo genera la conversione del voto del creditore pubblico, allora sarebbe inutile prevedere (nella seconda parte del secondo periodo) anche l'esclusione del computo del voto, essendo l'effetto di tale seconda parte matematicamente assorbito da quello originato dal disposto della prima parte.

Così scritta, infatti, la norma sembra porre in alternativa la prima parte del secondo periodo del citato comma 4 con la seconda parte del medesimo periodo. Ciò è illogico, perché tali disposizioni sono necessariamente complementari, sussistendo buone ragioni, anche alla luce dei lavori preparatori del correttivo, per ritenere che la disposizione debba essere letta nel senso che, quando la proposta di transazione è non deteriore e l'adesione dei creditori pubblici è determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza di legge, il tribunale omologa il concordato se tale maggioranza risulta raggiunta escludendo dal computo le classi formate da detti creditori.

Inoltre, con riferimento al secondo dei criteri di cui trattasi la norma indica l'effetto sul voto generato dal *cram down*, individuandolo nella "sterilizzazione" del voto, mentre con riferimento al primo non indica alcun effetto, che deve essere quindi ricercato dall'interprete, nella conversione del voto, in base a quanto è sinora stato affermato al riguardo dalla Corte di cassazione e dalla giurisprudenza di merito. E, ancora, la norma non stabilisce quando dovrebbe essere utilizzato l'uno e quando l'altro (ferma restando l'inutilità del secondo criterio in presenza della possibilità di applicare il primo). Tutto ciò depone nel senso che la norma voglia affermare qualcosa di diverso da ciò che può apparire. Sarebbe quindi opportuno che la congiunzione "oppure" (con funzione disgiuntiva) venisse sostituita con la congiunzione "e" (con funzione aggiuntiva fra le due parti del menzionato secondo periodo), disponendo in tal modo con chiarezza che il tribunale omologa anche in mancanza dell'adesione dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazioni

obbligatorie, quando la proposta di soddisfacimento risulta non deteriore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale e l'adesione dei creditori pubblici è determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza delle classi prevista dal primo periodo dell'art. 112, comma 2, lett. d), se la stessa maggioranza è raggiunta escludendo dal computo le classi delle agenzie fiscali e degli enti previdenziali. Ove si intendesse invece adottare una diversa soluzione normativa, si dovrebbe allora prevedere l'omologazione forzosa, quando la proposta di soddisfacimento risulta non deteriore rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, se l'adesione dei creditori pubblici è determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza delle classi prevista dal primo periodo dell'art. 112, comma 2, lett. d), convertendo in voto favorevole la mancata adesione delle agenzie fiscali e degli enti previdenziali e assicurativi; salvo richiedere la necessità del voto espresso ai fini della ristrutturazione trasversale, per scongiurare l'omologazione in assenza del voto favorevole di alcuna classe, pur trattandosi di una conclusione che sarebbe in linea con la *ratio* del *cram down* fiscale.

In altri termini, pare opportuno evitare una soluzione "ibrida" e adottare una soluzione univoca e chiara, orientata nell'uno o nell'altro verso, come in effetti era previsto da due formulazioni del medesimo comma prospettate nel corso dei lavori preparatori del decreto correttivo:

1) un primo testo prevedeva il *cram down* fiscale "se tale adesione è determinante ai fini dell'approvazione della proposta di concordato da parte della maggioranza delle classi di cui al primo periodo dell'articolo 112, comma 2, lettera d), e della omologazione, anche quando la predetta maggioranza è raggiunta solo escludendo dal computo delle classi quelle relative ai crediti" dei creditori pubblici;

2) un secondo testo prevedeva il *cram down* fiscale "non tenendo conto del voto dei medesimi creditori [pubblici, N.d.A.] ai fini del calcolo della maggioranza necessaria per l'approvazione della proposta se tale adesione è determinante ai fini dell'approvazione della proposta di concordato da parte della maggioranza delle classi di cui al primo periodo dell'articolo 112, comma 2, lettera d)".

Invero, considerati i dubbi sorti con riguardo al possibile contrasto con le prescrizioni dell'art. 11 Direttiva *Insolvency*, la scelta legislativa di prevedere l'esclusione del voto dei creditori pubblici dal computo della maggioranza (cioè la "sterilizzazione" del voto), anziché quella della "conversione" dello stesso da negativo a positivo, assolve la funzione di evitare che il concordato possa essere approvato - mediante la conversione del voto decisivo - sostanzialmente del tribunale (com'è accaduto nel caso oggetto della sentenza pronunciata dal Tribunale di Napoli), cioè persino senza il voto favorevole di alcuna classe. Evita, inoltre, che la ristrutturazione trasversale possa derivare dal voto favorevole della "classe svantaggiata" costituita dal fisco e dagli enti previdenziali, che risulti tale, non in quanto positivamente espresso da detti creditori, ma per effetto della conversione dello stesso discendente dal *cram down* fiscale.

Nel testo dell'art. 88 novellato dal decreto correttivo, per superare anche in questo caso una possibile criticità interpretativa (ancorché con il rischio di generarne un'altra), il citato comma 4 prevede inoltre che, per rilevare ai fini della ristrutturazione trasversale, il voto della "classe svantaggiata" costituita dai creditori pubblici deve essere espresso. Questa previsione è ultronea se si adotta il criterio della sterilizzazione, mentre assolve invece una funzione essenziale ove si applichi quello della conversione del voto; tuttavia, per come è nata, non può indurre a ritenere che il testo attuale prevede anche il criterio della conversione del voto.

Infine, la disposizione recata dal nuovo comma 3 dell'art. 88, relativa al concordato liquidatorio, non contiene un'analoga previsione circa gli effetti del provvedimento forzoso del tribunale e pertanto si potrebbe ritenere che relativamente a tale fattispecie il legislatore, non facendo alcun riferimento alla sterilizzazione, abbia voluto prevedere l'opposto criterio della conversione del voto. Tuttavia, sarebbe illogico assumere due diversi effetti del provvedimento forzoso del tribunale, in quanto non giustificati dal differente tipo di concordato.