

***Cram down* fiscale: reclamo precluso al Fisco che non si sia opposto alla omologazione**

di

Giulio Andreani e Angelo Tubelli

1. Premessa

Il *cram down* fiscale disciplinato dall'art. 180, comma 4, l.fall. e, attualmente, dagli artt. 48 e 88 del Codice della crisi, alla luce della sua reale natura, non dà luogo ad un *tertium genus* di giudizio di omologazione rispetto a quanto previsto dall'art. 180 l.fall. (ora dall'art. 48 del Codice della crisi) in assenza di omologazione forzosa. Lo ha stabilito, con articolate argomentazioni, la Corte di cassazione, Sez. I, con l'ordinanza 10 gennaio 2024 (udienza dell'8 novembre 2023), n. 1033.

2. La fattispecie esaminata

La vicenda oggetto della pronuncia della Suprema Corte prende spunto dal decreto del 24 maggio 2021 con cui il Tribunale di Bari aveva dichiarato ammissibile la domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo in continuità aziendale, assistita da una proposta di transazione fiscale ex art 182-ter l. fall., presentata da una società a responsabilità limitata. Poiché all'esito dell'adunanza dei creditori non erano state raggiunte le maggioranze previste dall'art. 177 l.fall. a causa del voto contrario (e determinante) espresso dall'Agenzia delle Entrate, la società debitrice richiese al medesimo giudice di provvedere all'omologazione forzosa del concordato preventivo ai sensi dell'art. 180, comma 4, l. fall., una volta appurata la convenienza della proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione rispetto all'alternativa liquidatoria. Conseguentemente, con decreto del 20 giugno 2022 il Tribunale, acquisito il parere favorevole dei commissari giudiziali, reputò conveniente la proposta (ritenendo “non ostante le ragioni contestative espresse dal creditore dissenziente”) e assunse quindi come favorevole il voto dell'Agenzia delle Entrate, dando così atto dell'avvenuto raggiungimento della percentuale prevista dall'art. 177 l.fall. e provvedendo all'omologazione della proposta concordataria ai sensi dell'art. 180, comma 3, l.fall., considerato che nessun creditore dissenziente si era costituito nel giudizio di omologa. Avverso il decreto di omologazione del concordato preventivo, riproponendo le medesime ragioni che aveva esplicitato a supporto del voto contrario all'approvazione della proposta concordataria, l'Agenzia delle Entrate presentò reclamo ai sensi dell'art. 183 l.fall., di cui la società debitrice eccepì l'inammissibilità ai sensi del comma 3 del

medesimo art. 183, giacché proposto da un creditore dissenziente ma non opponente. Poiché con decreto n. 1066/2022 del 24 febbraio 2023 la Corte di Appello di Bari accolse il reclamo dell’Agenzia delle Entrate revocando l’omologazione del concordato, la società debitrice presentò infine il ricorso per la cassazione di detto ultimo provvedimento, lamentando in particolare la violazione dell’art. 180 l.fall. per non avere l’Agenzia delle Entrate previamente proposto dinanzi al Tribunale di Bari opposizione all’omologa della proposta concordataria.

3. Il giudizio di omologazione del concordato preventivo in vigenza della legge fallimentare

Nell’esaminare il ricorso della società debitrice, i giudici di legittimità si sono innanzitutto soffermati sulle diverse modalità con cui, in vigenza della legge fallimentare, si poteva articolare il giudizio di omologazione ai sensi degli artt. 177 e 180 di tale legge. Con riguardo al concordato approvato dai creditori a norma dell’art. 177, comma 1, l’art. 180 l.fall. prevedeva la fissazione di un’udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo in particolare che il provvedimento venisse notificato agli eventuali creditori dissenzienti¹, i quali dovevano costituirsi almeno dieci giorni prima dell’udienza fissata. A questo punto la norma da ultimo citata imponeva per il giudizio di omologazione:

- a) **in assenza di opposizioni, una procedura semplificata** consistente nella omologazione del concordato da parte del tribunale con decreto motivato non soggetto a gravame (previa verifica della regolarità della procedura e dell’esito della votazione);
- b) **in presenza di opposizioni, una procedura ordinaria** in base alla quale il tribunale, dopo avere assunto i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d’ufficio, provvedeva all’omologazione del concordato oppure a dichiararne l’inammissibilità mediante decreto motivato reclamabile *ex art. 183* dinanzi la Corte di appello, la quale a propria volta si sarebbe pronunciata in camera di consiglio.

¹ Per “creditori dissenzienti” si intendono i creditori che hanno espresso voto contrario all’approvazione della proposta concordataria, con conseguente esclusione da detta nozione di quelli che non hanno espresso alcun voto, definiti perciò “creditori non votanti”, sicché solo ai primi, quali portatori di uno specifico e attivo interesse, va notificata la fissazione dell’udienza per il giudizio di omologazione. Cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2020; Trib. Rovigo, 15 giugno 2017; Trib. Udine, 28 febbraio 2017. In dottrina si veda in tal senso F. Iozzo, “Profili processuali e sostanziali del procedimento tributario”, in *Crisi e insolvenza del nuovo Codice* (a cura di S. Ambrosini), 2012, pagg. 470 e 471.

È in questo (non modificato) contesto normativo che va collocata la previsione relativa al *cram down* fiscale aggiunta al quarto comma dell'art. 180 dal decreto-legge 7 ottobre 2020 n. 125, in forza della 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 maggioranze di cui all'articolo 177 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria”.

Ciò posto, sotto il profilo procedimentale detta modifica normativa aveva originato dubbi circa il tipo di rito da adottare per il *cram down* fiscale, atteso il mancato inserimento, da parte del legislatore, di disposizioni specifiche sul punto. In proposito in dottrina era stato rilevato che avverso il decreto di omologazione l'amministrazione finanziaria sarebbe stata legittimata a proporre reclamo solo ove si fosse costituita ai sensi dell'art. 180, comma 2, l.f. (e non per il semplice fatto di avere espresso voto contrario alla proposta), giacché “la qualità di parte si acquista solo per effetto della costituzione in giudizio”². In maniera differente si era indirizzata proprio la Corte di Appello di Bari con l'impugnato decreto n. 1066/2022, osservando che la legge fallimentare si limita a disciplinare soltanto l'ipotesi in cui la proposta non sia stata approvata (nell'art. 179³) o al contrario sia stata approvata con il raggiungimento “effettivo” delle maggioranze previste dall'art. 177 (nell'art. 180). Secondo i giudici di secondo grado, tuttavia, le testé citate disposizioni non avrebbero potuto applicarsi in via analogica alla differente fattispecie in cui la proposta avesse raggiunto le maggioranze richieste solo grazie al *cram down* fiscale, rigettando così l'eccezione di non reclamabilità.

In senso diametralmente opposto ai giudici di appello, invece, con l'ordinanza in esame si sono espressi i giudici di legittimità, partendo dalla considerazione della natura dell'istituto del *cram down* fiscale, testualmente qualificato come “una dirompente novità dell'ordinamento concorsuale attraverso cui, in un'ottica di *favor* per la soluzione concordataria, si mira a superare le farraginosità burocratiche sovente registrate

² Così testualmente G. Frasoni, “Trattamento dei debiti tributari e concordato preventivo: dal procedimento al processo”, in *Rassegna Tributaria* n. 2/2021, pag. 318.

³ L'art. 179 disciplinava infatti la diversa fattispecie in cui la proposta non ha raggiunto le maggioranze richieste dal primo comma dell'art. 177.

nell'espressione del consenso da parte dei creditori pubblici. Si tratta di una **regola sostanziale del giudizio di omologazione**, al pari del tradizionale *cram-down* ordinario" disciplinato anch'esso dal quarto comma dell'art. 180 l.fall." ⁴ e perciò ivi inserito dal legislatore. Tuttavia, mentre il *cram down* ordinario origina dalla specifica contestazione della convenienza della proposta da parte di un creditore dissenziente appartenente a una classe dissenziente (ovvero, in caso di mancata formazione delle classi, di creditori dissenzienti rappresentanti il 20% dei creditori ammessi al voto), il *cram down* fiscale "attinge al segmento precedente dell'approvazione della proposta, poiché 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", purché il tribunale ritenga in questo caso (a prescindere da una specifica contestazione) che la proposta sia conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria: pertanto "attraverso questo meccanismo è come se fosse realizzato il presupposto dell'approvazione del concordato 'a norma del primo comma dell'articolo 177', come prevede l'art. 180, comma 1, l.fall."

Pertanto, la proposta concordataria approvata grazie al (determinante) voto favorevole sulla transazione fiscale (espresso dal tribunale "in sostituzione" dell'amministrazione finanziaria, con funzione di supplenza) è da considerare del tutto equiparata dal legislatore a quella approvata con le maggioranze previste dall'art. 177 l.fall. senza *cram down* fiscale; di conseguenza le disposizioni contenute nell'art. 180 l.fall. con riferimento alla proposta approvata dai creditori trovano applicazione diretta (e non in via analogica) nel caso della proposta che raggiunge le maggioranze previste dall'art. 177 l.fall. solo grazie al *cram down* fiscale. Rilevano infatti condivisibilmente i giudici di legittimità che non si tratta "di un *tertium genus* rispetto alle ipotesi in cui la proposta non sia stata approvata (art. 179) o viceversa sia stata approvata (art. 180), bensì di una regola di omologazione che, proprio in virtù del suo funzionamento, si colloca nella seconda ipotesi, ove è infatti disciplinata".

Ne discende che in vigenza della legge fallimentare il rito da applicare nel giudizio di omologazione della proposta approvata grazie al *cram down* fiscale dipende dalla presenza o meno di opposizioni. Infatti:

⁴ La prima parte del quarto comma dell'art. 180 disponeva che, nell'ipotesi di cui al secondo periodo del primo comma dell'art. 177, se un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il 20 per cento dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

- a) in assenza di opposizioni, rileva la procedura semplificata prevista dall'art. 180, comma 3, l.fall.;
- b) in presenza di opposizioni, che comunque l'Amministrazione finanziaria ha facoltà di proporre indipendentemente dalla possibilità del *cram down* fiscale, rileva la procedura ordinaria prevista dai commi successivi, con attribuzione del diritto di reclamo *ex art.* 183 l.fall. al creditore che si è opposto all'omologazione del concordato preventivo.

Per altro verso, il medesimo discrimine riguardava anche gli **accordi di ristrutturazione dei debiti** omologati ai sensi dell'art. 182-*bis* l.fall., in quanto al comma 5 detta norma stabiliva che il decreto del tribunale disponente l'omologazione "è reclamabile alla corte di appello ai sensi dell'articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese". In tal senso si è espressa la Corte di Appello di Milano con il decreto n. 464/2022 depositato in data 10 febbraio 2022, la quale ha confermato l'inammissibilità del reclamo proposto ai sensi degli artt. 183 e 182-*bis* l.fall. dall'Agenzia delle Entrate contro il decreto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti emesso dal Tribunale di Milano in data 3 giugno 2021, poiché in tal caso l'Agenzia aveva rigettato espressamente la proposta di transazione fiscale senza tuttavia proporre opposizione all'omologazione della stessa nei termini previsti dal comma 5 del citato art. 182-*bis*⁵. Più precisamente tale Corte ha, infatti, stabilito che il procedimento di reclamo ha "natura di gravame e [costituisce] acquisizione pacifica in giurisprudenza che la qualità di parte [...], e quindi di soggetto legittimato all'impugnazione, si determina, nei gradi e nelle fasi ulteriori del giudizio, anche nei procedimenti disciplinati dagli artt. 737 e seg. c.p.c., esclusivamente *per relationem* rispetto alla qualità di parte assunta formalmente nei gradi e nelle fasi anteriori [...]. Ne consegue che, secondo i principi generali, il rimedio previsto dal citato articolo 182-bis L. Fall., certamente ascrivibile al novero dei procedimenti in camera di consiglio, è esperibile solo dai creditori opposenti".

⁵ Per altro verso, il Tribunale di Bergamo, con la sentenza 9 dicembre 2023, n. 242/2023 riguardante la domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti con *cram down* fiscale ai sensi dell'art. 63 del Codice contro cui si era ritualmente costituita l'Agenzia delle Entrate opponendo le medesime le ragioni in sede di diniego, ha rammentato che la regola di giudizio cui deve attenersi il tribunale non consiste in una "valutazione di legittimità sostanziale, ammissibilità, ritualità, fattibilità della proposta, bensì di vera e propria convenienza", ponendosi dunque la necessità di operare la "valutazione comparativa fra la proposta articolata dalla ricorrente e l'ipotetica liquidazione giudiziale, ove aperta in luogo degli accordi".

Nel pervenire a questa conclusione i giudici dell'appello non hanno invero nascosto che l'art. 182-*bis* non prevedeva un provvedimento di fissazione dell'udienza da notificare ai creditori dissenzienti per metterli nella condizione di opporsi all'omologazione, a differenza di quanto previsto dall'art. 180 nell'ambito del concordato preventivo. Tuttavia all'amministrazione finanziaria e agli altri creditori non aderenti agli accordi di ristrutturazione le medesime tutele procedurali, riconosciute nel concordato preventivo ai creditori dissenzienti dall'art. 180, venivano in detta sede garantite (seppur in termini diversi) dal comma 4 dello stesso art. 182-*bis*, a norma del quale, entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione nel registro delle imprese, i creditori e ogni altro interessato avrebbero potuto proporre opposizione contro l'omologazione di tale accordo.

Tuttavia, in merito all'opposizione dell'amministrazione finanziaria alla omologazione (sia forzosamente, sia non forzosamente) degli accordi di ristrutturazione dei debiti con transazione fiscale, occorre considerare che, con l'art. 1-*bis* del decreto-legge 13 giugno 2023, n. 69, a tutela dei creditori pubblici, è stato introdotto, in capo al debitore, l'onere di dare avviso della richiesta di omologazione alle agenzie fiscali e agli enti previdenziali, disponendo che il termine di trenta giorni di cui tali soggetti dispongono per opporsi alla omologazione decorre dalla ricezione di tale avviso. Scopo della previsione di tale onere è, con tutta evidenza, quello di rendere edotti i creditori pubblici della richiesta di omologazione, al fine di consentire loro di interporre tempestiva opposizione alla omologazione richiesta dal debitore, ove la ritengano necessaria, colmando una lacuna delle norme previgenti, le quali, non prevedendo un'analoga comunicazione, hanno di fatto talvolta impedito alle agenzie fiscali e agli enti previdenziali di potersi opporre tempestivamente alla omologazione di transazione oggetto di diniego, non avendo avuto conoscenza della richiesta di omologazione forzosamente formulata dall'impresa debitrice; con la ulteriore conseguenza, per le ragioni poc'anzi esposte, di non poter presentare reclamo avverso l'omologazione eventualmente pronunciata dal tribunale, per difetto di legittimazione attiva per non aver promosso opposizione avverso tale omologazione nel termine a tal fine previsto.

4. Riflessi sul procedimento di omologazione disciplinato dal Codice della crisi

Ciò detto, occorre chiedersi se il principio sancito dalla Corte di cassazione con riguardo alla legge fallimentare, secondo cui per la proposta approvata grazie al *cram down* fiscale non era previsto un rito diverso da quello ordinario, trovi applicazione anche a seguito dell'entrata in vigore del Codice della crisi e dell'insolvenza.

A questo proposito il nuovo assetto normativo, che ha conferito natura di sentenza (e non di decreto) al provvedimento che ai sensi dell'art. 48 definisce il giudizio di omologazione, è risultato caratterizzato da una proliferazione delle regole concernenti il "giudizio di omologazione", che rispecchia anche sotto questo aspetto la *summa divisio* tra concordato preventivo con continuità aziendale e concordato preventivo liquidatorio introdotta dal decreto legislativo 17 giugno 2022, n. 83 (cosiddetto "secondo correttivo"). Tra le nuove regole sancite dagli artt. 112 e segg. del Codice non sono però presenti disposizioni *ad hoc* dirette a disciplinare in modo differenziato il procedimento di omologazione in caso di raggiungimento, solo tramite il *cram down* fiscale, delle maggioranze richieste ai fini dell'approvazione del concordato da parte dei creditori. Altrettanto dicasi con riguardo al sistema di regole generali concernenti il procedimento unitario di omologazione del concordato, del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione e degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui agli artt. 40 e seguenti del Codice. Anche nel nuovo assetto normativo non è dunque previsto, relativamente all'omologazione della proposta che risulti approvata solo grazie al *cram down* fiscale, un rito differenziato, ma il rito camerale ordinariamente previsto, poiché - anche dopo l'entrata in vigore del Codice - tale istituto attiene al momento del computo delle maggioranze, restando collocato in un segmento temporale antecedente il giudizio di omologazione vero e proprio.

A differenza di quanto accadeva in vigenza della legge fallimentare, tuttavia, gli artt. 48 e 51 del Codice non contemplano più una procedura semplificata in assenza di opposizioni, ma un procedimento unitario per l'omologazione di tutti gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Dall'analisi delle disposizioni del Codice discende dunque che, a differenza di quanto accadeva sotto la legge fallimentare, il procedimento non varia più a seconda che siano presenti, o meno, opposizioni avverso la domanda di omologazione del concordato su cui il tribunale è chiamato a decidere⁶.

Al riguardo si rammenta che, ai sensi dell'art. 51 del Codice, contro la sentenza del tribunale che pronuncia sull'omologazione del concordato preventivo "le parti" possono proporre reclamo con ricorso da depositare nella cancelleria della corte di appello (nel termine di trenta giorni decorrente, per le parti, dalla data della notificazione telematica

⁶ Cfr. F. Lamanna, *Il codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, 2022, pagg. 316 e 317; M. Fabiani, I. Pagni, "I giudizi di omologazione del codice della crisi", in www.dirittodellacrisi.it, pag. 5.

del provvedimento a cura dell'ufficio e, per gli altri interessati, dalla data della iscrizione nel registro delle imprese), con esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione e con indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti. Ciò significa che il reclamo non può limitarsi a riproporre i motivi di opposizione, ma deve esporre le specifiche ragioni di censura della sentenza di omologazione del concordato⁷.

Se è vero che la presenza o meno di opposizioni incide solo sul giudizio del tribunale e non sul rito da seguire, restano però legittimate a proporre il suddetto reclamo solo "le parti", vale a dire esclusivamente le parti che hanno partecipato al procedimento di omologazione⁸ (a differenza del reclamo avverso la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, che può essere presentata "da qualunque interessato"). Pertanto, così come nel regime previgente al Codice della crisi e dell'insolvenza (nel prosieguo anche solo "Codice") a cui si riferisce la sentenza in commento, l'amministrazione finanziaria può impugnare la sentenza di omologazione del concordato di cui fa parte la transazione fiscale solo se si è opposta alla omologazione della stessa nei termini di legge.

5. L'effetto prodotto dal *cram down* fiscale

L'arresto giurisprudenziale in commento si presta, infine, a un'ulteriore considerazione, che rileva tanto con riferimento alla legge fallimentare quanto con riferimento al Codice, circa il funzionamento del *cram down* fiscale e in particolare circa il fatto che esso si traduca: (i) nella **sostituzione**, 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 concordataria, ovvero (ii) nella **sterilizzazione del voto contrario** (o del mancato voto) dei creditori pubblici, risolvendosi quindi nel non tenere conto di questi ultimi ai fini del raggiungimento delle maggioranze richieste (sostanzialmente come se, per effetto del *cram down*, i creditori pubblici fossero dal voto).

Grazie all'ordinanza in commento il dubbio in merito è da considerare condivisibilmente sciolto a favore del primo indirizzo, avendo i giudici di legittimità espressamente stabilito che con l'omologazione forzata, derivante dal giudizio positivo sulla convenienza della proposta e sul carattere determinante dell'adesione dei creditori

⁷ Anche la corte di appello decide con sentenza (da notificare, a cura della cancelleria e in via telematica, alle parti, pubblicata e iscritta al registro delle imprese), contro la quale è possibile proporre ricorso per cassazione entro trenta giorni dalla notifica.

⁸ Cfr. M. Fabiani, I. Pagni, cit., pag. 25.

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”, sicché con il *cram down* fiscale ai fini del calcolo delle maggioranze i creditori pubblici si assumono come se avessero aderito alla proposta concordataria. Ed è questo aspetto che rende equiparabili, con riguardo alla procedura da seguire, la proposta concordataria approvata in virtù di detta *fictio* a quella effettivamente approvata con le maggioranze richieste, con conseguente riconduzione della prima nell’alveo dell’art. 180 l.fall.

La **sostituzione** del voto non espresso o del voto contrario espresso nel concordato preventivo dall’amministrazione finanziaria in un voto favorevole, operata dal tribunale, assume però rilevanza unicamente ai fini del computo dei voti, conservando il creditore pubblico il diritto di tutelare le proprie ragioni dinanzi alla medesima sede giurisdizionale, in cui può 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). Altrettanto dicasi anche con riferimento alla transazione fiscale presentata nell’ambito degli **accordi di ristrutturazione del debito** *ex* art. 63 del Codice con riferimento all’esercizio del diritto di proporre opposizione al relativo provvedimento di omologazione: infatti l’esercizio del potere del *cram down* fiscale non incide né sui diritti esercitabili né in generale sulla posizione del creditore pubblico, il quale resta da considerare a tutti gli effetti come **creditore dissenziente** (con conseguente diritto di opporsi alla omologazione) in caso di diniego alla proposta di transazione fiscale.

27 gennaio 2024