

Cross class cram down, altrimenti detta ristrutturazione trasversale dei debiti dell'impresa

Seminario per Associati F&S – 07 aprile 2025

1) La ristrutturazione trasversale dei debiti dell'impresa

L'applicazione dell'istituto del *cross class cram down*, disciplinato dall'articolo 112, comma 2, del Codice della Crisi (CCII), ovvero la ristrutturazione trasversale dei debiti dell'impresa, che consente l'omologazione del concordato preventivo in continuità da parte del Tribunale, pur in mancanza dell'adesione di tutte le classi nella quali siano stati suddivisi i creditori, è oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale a far data dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

Tra gli strumenti di regolazione della crisi che permettono la più ampia estensione degli effetti anche ai non aderenti, un ruolo preminente è attribuito al concordato preventivo in continuità aziendale, che costituisce uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza che il Codice tende a privilegiare, mediante l'introduzione di norme che consentono di rendere più agevole il raggiungimento del giudizio di omologazione, sia rispetto alla precedente formulazione contenuta nella legge fallimentare, sia in raffronto al concordato liquidatorio, sì da favorire la conservazione dell'impresa, non solo nell'ottica del favor per il soddisfacimento dei creditori, ma soprattutto in ottemperanza alla "clausola generale" della sostenibilità economica dell'impresa (ovvero: attenzione ai livelli occupazionali, mantenimento dell'impresa nell'interesse dei fornitori, recupero dell'equilibrio dell'impresa nel generale interesse dell'assetto socioeconomico, ecc.).

La disposizione che maggiormente esalta tale *favor* del legislatore è rappresentata, per l'appunto, dall'art. 112, comma 2, CCII, il quale disciplina i presupposti per ottenere l'omologa di una proposta di concordato in continuità aziendale, per il quale vige il principio dell'obbligatorietà della suddivisione in classi, che non abbia raggiunto il voto favorevole di tutte le classi di creditori, come previsto dall'art. 109, comma 5, CCII ¹.

L'unanimità è, però, fin da subito, minata nel suo significato generale comunemente inteso, dalla definizione di classe favorevole. In ciascuna classe, infatti, 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.

In altri termini, per l'approvazione da parte della classe, è sufficiente che:

- sia stato raggiunto il quorum di partecipazione al voto dei creditori che rappresentino la metà più uno dei crediti;

¹ Cross-class cram-down: dubbi interpretativi e prima soluzione giurisprudenziale

Francesco Aliprandi, Dottore Commercialista in Brescia

Alessandro Turchi, Dottore Commercialista in Milano

3 Maggio 2023 in Dirittodellacrisi.it

- di questa "metà più uno", i due/terzi siano favorevoli.

Poiché i due/terzi del 50%, corrispondono al 33,3(periodico)% dei crediti ammessi al voto e poiché non è più previsto, come nella vecchia legge fallimentare, che il concordato in continuità per classi debba essere approvato anche dalla maggioranza generale dei crediti ammessi al voto, ne discende che il concordato preventivo in continuità può essere approvato da una minoranza qualificata, di fatto solo un terzo dei crediti complessivi, facenti capo ai creditori ammessi al voto (purché tale percentuale di approvazione sia raggiunta in ciascuna delle classi).

Stabilito, quindi, che, ai sensi dell'art. 109, comma 5, CCII, l'unanimità è concetto solo formale e che non è neppure la maggioranza il principio che governa la fase di approvazione del concordato preventivo in continuità, tale assunto è ulteriormente confermato dalla disciplina dell'omologazione.

L'art. 112, comma 2, stabilisce, infatti, le condizioni che permettono al debitore di richiedere al tribunale l'omologazione anche in caso di una o più classi dissenzienti, ossia quando non si è raggiunta, in tutte le classi, neppure l'approvazione "a minoranza" del 33,34%.

La norma assume un ruolo centrale nel sistema concorsuale interno in quanto la difficoltà di conseguire il consenso unanime delle classi imposto dal legislatore per ottenere l'omologazione di una proposta di concordato in continuità, induce molte imprese a ricorrere al meccanismo noto come cross-class-cram-down, ai sensi del secondo comma dell'art. 112 CCII.

La formulazione della norma, frutto della più intensa influenza esercitata dalla Direttiva 2019/1023 (nota come Direttiva Insolvency) sebbene mostri un evidente favor verso soluzioni che prevedono la prosecuzione dell'attività aziendale (diretta o indiretta), si prestava, nella precedente formulazione, talune perplessità interpretative che hanno dato luogo a controversie in sede di applicazione della stessa.

Con il D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83, che dà attuazione alla Direttiva Insolvency, è stata profondamente innovata la disciplina dell'omologazione del concordato preventivo, che ora è contenuta negli artt. 48 e 112 CCII. Il primo contiene le norme processuali del giudizio di omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione ed è stato rivisto dal decreto Insolvency al fine di renderlo maggiormente rispondente alle modifiche apportate alla disciplina del concordato preventivo in continuità aziendale in termini di contenuto della proposta, formazione delle classi, diritto di voto e ristrutturazione trasversale, quest'ultima disciplinata dall'art. 112, comma 2, CCII.

Diversamente dalla precedente formulazione contenuta nell'art. 180, comma 4, L. fall., l'art. 112 pone anzitutto un criterio discrezionale a seconda che si tratti di concordato liquidatorio o in continuità aziendale. In particolare, il secondo comma dell'art. 112 CCII dispone che nel concordato preventivo in continuità aziendale, se una o più classi sono dissenzienti, il tribunale, su richiesta del debitore, omologa, superando l'ambizioso requisito dell'unanimità, se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:

- 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'articolo 84, comma 7 per i dipendenti, che non ammette deroga al criterio della priorità assoluta;

c) nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito;

d) la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione (evidentemente, aventi diritto al voto, in quanto non integralmente soddisfatti), oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

Tale norma disciplina la ristrutturazione trasversale dei debiti dell'impresa, che consente di imporre alle classi di creditori dissenzienti la ristrutturazione che esse hanno respinto con il loro voto contrario, in forza di un piano omologato dall'autorità giudiziaria, su specifica richiesta del debitore.

Perché l'omologazione sia possibile nel dissenso di una o più classi, occorre che ricorrano congiuntamente le quattro condizioni descritte, che richiamano i concetti di "absolute priority rule" (APR) e "relative priority rule" (RPR), introdotti dalla Direttiva Insolvency quale strumento di gestione della crisi dell'impresa.

L'APR è la regola che deriva dall'applicazione dei principi generali sulla responsabilità patrimoniale, sanciti, in particolare dall'art. 2740 cod.civ., secondo cui "il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri", e dall'art. 2741 cod.civ., rubricato "concorso dei creditori e cause di prelazione", che stabilisce che "i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione".

In forza dei richiamati principi generali, nel vigore della vecchia legge fallimentare, erano sorti dubbi sulla possibilità che i flussi derivanti dalla continuità aziendale eccedenti il valore di liquidazione come stimato dal professionista ex art. 160, II comma, L.F., potessero essere liberamente distribuiti ai creditori con grado di privilegio inferiore, senza aver prima integralmente soddisfatto i creditori con prelazione di grado superiore.

L'art. 84, comma 6, CCII ha definitivamente introdotto la regola della priorità relativa (RPR), chiarendo il principio per il quale "nel concordato in continuità aziendale il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; per il valore eccedente quello di liquidazione (ovvero il valore del patrimonio generato dalla prosecuzione dell'attività d'impresa), è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore".

In altre parole, in applicazione della RPR, nel concordato in continuità, una volta esaurite le risorse attive che corrispondono al valore dell'attivo stimato come realizzabile nell'alternativa liquidatoria,

le risorse eccedenti che derivano dalla continuità aziendale (su cui si fonda il piano di concordato in continuità) possono essere liberamente distribuibili in deroga agli articoli 2740 e 2741 cod. civ., purché i creditori con privilegio più alto non siano trattati peggio dei creditori con privilegio di rango inferiore o chirografari, fermo restando il trattamento riservato a maggior tutela dei dipendenti. Ne consegue che il valore derivante dalla continuità, rientrando pure sempre nel patrimonio del debitore, viene considerato “separabile” nella prospettiva economico – aziendale dal valore di liquidazione.

La RPR subisce eccezione solo con riferimento ai crediti dei lavoratori dipendenti, che, in presenza di flussi derivanti dalla continuità, non possono mai subire lo stralcio. L'art. 84, comma 7, recita, infatti, che, con riferimento ai suddetti crediti, si applica sempre la APR, ossia: "I crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751-bis, n. 1, del codice civile sono soddisfatti, nel concordato in continuità aziendale, nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione sul valore di liquidazione e sul valore eccedente il valore di liquidazione".

Per comprendere compiutamente il significato dell'art. 112, 2 comma, è necessario rifarsi alla disciplina della Direttiva Insolvency e segnatamente al suo art. 11 sul c.d. cross-class cram-down, e, ancor prima, ad alcuni considerando contenuti nella stessa, in quanto permettono di comprendere la portata e il significato della disposizione stessa.

In particolare, il considerando n. 53 riconosce la possibilità che un piano di ristrutturazione non approvato dalla maggioranza richiesta in ciascuna classe possa essere omologato dall'autorità giudiziaria su proposta di un debitore o con l'accordo del debitore. In caso di ristrutturazione trasversale, precisa il considerando in esame, il piano per essere omologato dovrebbe essere sostenuto dalla maggioranza delle classi di voto di parti interessate, di cui almeno una dovrebbe essere una classe di creditori garantiti o avere rango superiore alla classe dei creditori non garantiti. Qualora la maggioranza delle classi non sostenga il piano di ristrutturazione, prosegue il successivo considerando n. 54, dovrebbe essere consentito che il piano venga comunque omologato qualora la proposta sia approvata “da almeno una classe di creditori interessati o che subiscono un pregiudizio che, in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale, riceveranno pagamenti o manterranno interessi o, se previsto dal diritto nazionale, si possa ragionevolmente presumere che ricevano pagamenti o mantengano interessi se fosse applicato l'ordine delle cause legittime di prelazione previsto dal diritto nazionale in caso di liquidazione”. In tal caso, gli Stati membri non dovrebbero esigere il consenso di tutte le classi, se sono soddisfatte le altre condizioni per l'applicazione del meccanismo di ristrutturazione trasversale dei debiti. Infine, il considerando n. 55 precisa che gli Stati membri dovrebbero assicurare che le classi dissenzienti di creditori interessati non siano ingiustamente pregiudicate dal piano proposto e, pertanto, è necessario garantire che i creditori di una classe dissenziente ricevano “un trattamento tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori”.

Anche alla luce dei considerando sopra esposti, la Direttiva Insolvency disciplina la ristrutturazione trasversale nell'art. 11, dal quale trae origine il secondo comma dell'art. 112 della normativa nazionale. L'art. 11, per quel che qui interessa, così stabilisce:

“1. 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: ...

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”.

Le condizioni previste dalla Direttiva Insolvency ai fini dell'applicazione del meccanismo del cross-class cram-down si riflettono in quelle introdotte dal legislatore nazionale nel secondo comma dell'art. 112 CCII. Le condizioni individuate dal legislatore sono quattro, le prime tre riguardano il trattamento riservato ai creditori, mentre la quarta concerne la necessaria sussistenza di un voto comunque qualificato.

La prima condizione prevede che, secondo il piano predisposto dal debitore, il valore di liquidazione venga distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione. In tal caso, pertanto, il legislatore esige di valutare il rispetto del criterio di cui all'art. 84, comma sesto, CCII (regola della priorità assoluta).

La seconda condizione posta dal legislatore concerne i criteri di distribuzione del valore eccedente quello di liquidazione. Quest'ultimo deve essere 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 la previsione di cui al settimo comma dell'art. 84 CCII. Tale disposizione risulta coerente con l'art. 11, par. 1, lett. c) della Direttiva Insolvency sopra richiamato.

La terza condizione costituisce la trasposizione letterale dell'art. 11, par. 1, lett. d) della Direttiva Insolvency sopra richiamato, per cui il legislatore esige che nessun creditore riceva più dell'importo

del proprio credito. Tale disposizione è volta ad evitare che vengano formulate promesse ai creditori di benefici aggiuntivi (es. interessi non dovuti) al fine di ottenere il voto favorevole in violazione delle regole del concorso.

La quarta condizione prevista dall'art. 112, secondo comma, CCII ai fini dell'applicazione del meccanismo del cram down, che rappresenta il vero snodo essenziale dell'istituto, riflette le previsioni dell'11, par. 1, lett. b) della Direttiva Insolvency. La disposizione formula due ipotesi tra loro alternative.

In primo luogo, la prima parte della lt. d) della norma in esame prevedeva che ai fini dell'omologazione del concordato in continuità non fosse necessaria l'unanimità delle classi, bensì occorreva che fosse raggiunta la maggioranza delle stesse. Tuttavia, anche quest'ultima non era sufficiente per ottenere l'omologazione forzata da parte del tribunale. Infatti, era necessario altresì che almeno una delle classi favorevoli fosse formata da creditori titolari di diritti di prelazione. Come noto, ai sensi dell'art. 109, comma 5, CCII, al voto partecipano anche i creditori assistiti da diritti di prelazione nel caso in cui non siano soddisfatti integralmente, in denaro ed entro 180 giorni (fatta eccezione per i lavoratori per i quali il legislatore introduce una previsione ad hoc).

La norma prevedeva una condizione alternativa "in mancanza" di quella sopra esaminata, utilizzando tuttavia una locuzione grammaticale non proprio eccelsa. In tale evenienza, ai fini dell'omologazione occorre che abbia votato favorevolmente, approvando la proposta, almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

Per poter effettuare correttamente la verifica circa la soddisfazione conseguita in applicazione della regola della priorità assoluta anche sul valore eccedente quello di liquidazione, occorre sommare tutto l'attivo del debitore (valore di liquidazione e surplus), e controllare che, in caso di distribuzione di tale attivo secondo le regole della graduazione, la classe in questione riceverebbe almeno un pagamento parziale (classe di creditori c.d. in the money). Pertanto la deroga alla graduazione secondo la priorità assoluta che consente la distribuzione del surplus concordatario secondo la più flessibile regola della priorità relativa deve risultare gradita da almeno una classe di creditori per i quali tale deroga potrebbe risultare economicamente svantaggiosa. In sostanza, se i creditori svantaggiati, fermo restando la waterfall di cui all'art. 84 CCII (ovvero la logica con cui i pagamenti fluiscono verso i creditori in una sequenza predeterminata, secondo una precisa gerarchia che rispecchia il livello di priorità o di garanzia associato ai loro crediti), approvano il concordato preventivo in continuità aziendale, il tribunale può omologare la proposta. Il concordato preventivo in continuità, in conclusione, passa il filtro dell'omologa se è favorevolmente accolto da una classe di creditori in esso "maltrattati", in quanto titolari di una aspettativa virtuale di miglior soddisfazione alla stregua del proprio rango creditorio.

In questo contesto, come autorevolmente osservato, la disposizione di cui alla seconda parte della lt. d) dell'art. 112, comma 2, CCII sancisce senza ombra di dubbio che il principio di maggioranza è stato divelto: la classe degli svantaggiati ha l'asso nella manica in quanto il loro voto favorevole fa premio su tutti gli altri creditori.

La disposizione, frutto della più intensa influenza esercitata dalla Direttiva Insolvency, assumeva ed assume tuttora un ruolo centrale nel sistema concorsuale alla luce delle presumibili difficoltà di conseguire il consenso unanime delle classi imposto dal legislatore per ottenere l'omologa di una proposta di concordato in continuità.

La locuzione "in mancanza" utilizzata dal legislatore nella norma in esame, tuttavia, si prestava a talune perplessità e dubbi interpretativi, poiché non chiariva se ciò significasse che dovessero non essere presenti classi di creditori privilegiati o se l'omologa potesse avvenire anche se nessuna classe di privilegiati, in ipotesi esistente, avesse votato a favore. Due, pertanto, pareva che fossero le possibili interpretazioni: (i) se la locuzione si riferisce alla mancanza dell'approvazione da parte della maggioranza delle classi, allora sarà sufficiente il voto favorevole di una sola classe, seppure con le caratteristiche indicate nel periodo finale del comma secondo; (ii) se la locuzione si riferisce alla classe formata da creditori titolari di diritti di prelazione, allora il voto favorevole della maggioranza delle classi dovrà comunque essere raggiunto.

Gli orientamenti giurisprudenziali registratisi nel vigore della normativa ante correttivo-ter sono eterogenei: quello prevalente (ex multis: Tribunale Bergamo, 11.4.2023, sentenza n. 65; Tribunale Milano, 30.5.2024, sentenza n. 382; Tribunale Mantova, 14.3.2024; ma ve ne sono altri contrari, come Tribunale Lecce, 31.5.2024) militava verso l'interpretazione "ampia" della lettera d), ovvero nel senso che deve votare favorevolmente almeno una classe di privilegiati che subirebbero un pregiudizio con il concordato (insomma, la classe maltrattata vota "sì" perché ha fiducia nel progetto e nella bontà della proposta di rilancio dell'impresa). Tale criterio si radica su una interpretazione conforme al diritto unionale².

2. La nuova formulazione dell'art. 112, comma 2, CCII

Il correttivo-ter ha rinnovato, con funzione chiarificatrice rispetto alla precedente versione della disposizione, il comma 2, dell'articolo 112, C.C.I.I., introducendo quanto segue:

1. in caso di proposta concorrente, il "veto" del debitore alla richiesta di cross class cram down esiste solo in caso di PMI (evidente la volontà di togliere lacci e laccioli, favorendo la circolazione e percorrendo tutte le strade possibili, a maggior ragione per grandi imprese che occupano più lavoratori).
2. il concetto di "valore di liquidazione" contiene un esplicito rinvio all'articolo 87 ("il valore di liquidazione alla data della domanda di concordato, corrispondente al valore realizzabile, in sede di liquidazione giudiziale, dalla liquidazione dei beni e dei diritti, comprensivo dell'eventuale maggior valore economico realizzabile nella medesima sede dalla cessione dell'azienda in esercizio nonché delle ragionevoli prospettive di realizzo delle azioni esperibili, al netto delle spese"), pertanto ne discendono un armonico coordinamento e una maggior chiarezza definitoria;
3. viene finalmente modificata la lett. d): la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi (così viene risolto il dubbio generatosi dalla precedente formulazione letterale!), purché almeno una sia

² Edizione di martedì 29 Ottobre 2024

News Euroconference

Brevi considerazioni sulle recenti novità in punto di "cross class cram down"

di Emanuele Artuso

formata da creditori titolari di diritti di prelazione; oppure, in mancanza dell'approvazione a maggioranza delle classi, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori:

- . ai quali è offerto un importo non integrale del credito;
- . che sarebbero soddisfatti in tutto o in parte qualora si applicasse l'ordine delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

Con la modifica dell'articolo 112, comma 2, C.C.I.A.A., il Correttivo-ter chiarisce che l'espressione "in mancanza", recata da detta norma, è riferita all'ipotesi in cui difetti la maggioranza delle classi che, quindi, è sufficiente, ma non indispensabile, ai fini della omologazione del concordato in continuità. In tale circostanza, il concordato può essere omologato anche in assenza del voto della maggioranza delle classi, qualora sia approvato "da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione" (cioè da quella che può essere definita "classe maltrattata").

Il voto determinante per ottenere l'omologa forzata del concordato deve provenire, pertanto, da una classe di creditori che sarebbe pregiudicata nei propri interessi dall'applicazione, in ambito concordatario, della regola del relative priority rule (RPR) in luogo della absolute priority rule (APR), sul valore eccedente quello di liquidazione (c.d. surplus concordatario o valore di ristrutturazione).

Per individuare l'ambito di applicazione dei due richiamati principi (RPR e APR), all'interno del concordato preventivo in continuità (anche indiretta), occorre effettuare una scomposizione astratta del patrimonio in un "prima" (il patrimonio secondo il valore di liquidazione giudiziale) e in un "dopo" (il c.d. "surplus da continuità" o "plusvalore da continuità"), rispetto all'attuazione del piano concordatario.

Mentre il patrimonio secondo il valore di liquidazione giudiziale deve sottostare necessariamente alla regola della APR, il surplus da continuità può essere distribuito secondo la regola dell'RPR.

Orbene, tornando ad analizzare il significato dell'art. 112 comma 2 lett. d secondo periodo, si può ritenere che il concordato in continuità possa essere omologato (forzosamente) quando almeno una classe di creditori muniti di diritto di prelazione abbia votato in maniera sfavorevole ai propri interessi (trattasi della c.d. classe "maltrattata" ovvero secondo altra parte degli interpreti c.d. classe "interessata" alla prosecuzione dell'attività di impresa facente capo alla società in concordato).

Tale situazione si realizza quando una classe munita di prelazione abbia votato favorevolmente a un piano che prevede che il surplus concordatario, sulla base di una libera scelta economicamente strategica dell'imprenditore, venga distribuito secondo la regola del RPR piuttosto che del APR, riconoscendo alla suddetta classe una somma inferiore rispetto a quanto avrebbe potuto ricavare dall'applicazione della regola dell'APR anche con riferimento al surplus concordatario.

Al fine di accertare l'avveramento del requisito di cui sopra occorre predisporre un calcolo ad hoc in cui:

- a) in primo luogo venga sommato il valore presunto di liquidazione giudiziale e il surplus concordatario;
- b) secondariamente venga simulata una distribuzione di tutto l'attivo concordatario secondo la regola dell'APR;
- c) da ultimo venga verificato se, applicando il criterio dell'APR, vi sia una classe di creditori privilegiati che avrebbe potuto, con l'utilizzo di questo criterio (APR), incassare una somma maggiore rispetto a quanto riconosciuto nel piano concordatario basato (per ciò che attiene al surplus concordatario) sulla regola del RPR e che, nonostante ciò, abbia votato favorevolmente a tale piano concordatario, subendo così un trattamento deteriore (trattasi della c.d. classe "maltrattata").

La citata disposizione richiede, cioè, di operare una comparazione tra una proposta concordataria "reale" e un contesto puramente ipotetico o virtuale, poiché l'applicazione alternativa non riguarda l'effettivo scenario della liquidazione giudiziale ma solo quello ipotetico, comprensivo anche del valore di ristrutturazione che non sussisterebbe in caso di liquidazione giudiziale e non verrebbe realmente attribuito alla classe di creditori "svantaggiata" (variamente denominata "interessata", "svantaggiata" o "golden class"). La predetta classe, per l'appunto, deve aver votato favorevolmente, nonostante l'interesse (teorico) alla completa applicazione dell'APR.

3. Il cram down fiscale

La Legge 27 novembre 2020, n. 159, ha introdotto nel tessuto della legge fallimentare, anticipando, attraverso le modifiche apportate agli articoli 180, 182 bis e 182 ter, l. fall., l'entrata in vigore delle disposizioni relative alla transazione fiscale e contributiva previste dall'art. 48, comma 5, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), rispondendo all'esigenza di far fronte alla situazione di crisi economica determinata dall'emergenza legata all'epidemia da Covid-19, e agevolando, ove possibile, l'accesso delle imprese a procedure concorsuali minori al fine di scongiurarne il dissesto.

In tale contesto, l'introdotta cram down fiscale e contributivo muove dalla consapevolezza che spesso l'inerzia del creditore istituzionale costituisce un ostacolo ai piani e ai progetti delle soluzioni alternative alla liquidazione, quand'anche foriere di scenari più convenienti per i crediti pubblici.

Con riferimento al concordato preventivo, il comma quarto dell'art. 180, l. fall., attribuiva al Tribunale il potere di omologare il concordato preventivo anche in "mancanza di voto" da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti previdenziali e assistenziali quando l'adesione da parte dei predetti enti fosse determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'articolo 177 l. fall., e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione dell'attestatore, la proposta di soddisfacimento del Fisco e/o degli enti previdenziali fosse conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.

Analogamente, per quanto concerne gli accordi di ristrutturazione, al comma quarto dell'art. 182 bis, l. fall., è stata inserita la possibilità per il Tribunale di omologare l'accordo in "mancanza di adesione" dell'Erario e degli enti di previdenza obbligatoria quando la predetta adesione sia decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale del 60% dei creditori aderenti, richiesta dal primo comma del medesimo art. 182 bis ai fini della conclusione degli accordi.

Con l'entrata in vigore del Codice della crisi, l'intersecazione dei due istituti del nostro diritto concorsuale, ovvero la possibilità per il Tribunale di omologare il piano concordatario malgrado la mancanza di adesione del creditore fiscale o previdenziale (cram down fiscale) e l'omologa del concordato in continuità tramite la ristrutturazione trasversale (cross class cram down), ha costituito tema di grande interesse nella pratica dei Tribunali.

E' sufficiente una mera elencazione degli interventi normativi sull'istituto dell'omologa del tribunale in mancanza di adesione delle amministrazioni previdenziali e fiscali a dare la misura della rilevanza dell'istituto, nell'intento del legislatore, al fine agevolare la ristrutturazione del debito d'impresa.

Ed infatti, già nell'originario ordito del D.Lgs. 14/2019 era stata introdotta la possibilità per l'imprenditore maggiore di ottenere l'omologa dell'accordo di ristrutturazione pur in mancanza dell'adesione degli enti previdenziali e fiscali e all'imprenditore minore di ottenere l'omologa del concordato minore in presenza di analoghi presupposti.

La relazione illustrativa del Codice spiegava molto chiaramente che tali disposizioni erano state introdotte al fine di superare: "ingiustificate resistenze alle soluzioni concordate spesso registrate nella prassi da parte degli enti impositori".

Col primo decreto correttivo al codice della crisi (147/2020) l'istituto è stato esteso al concordato preventivo.

Dopo pochissimi mesi, essendo stata posticipata dal legislatore l'entrata in vigore del Codice in presenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 in allora imperante, si è deciso di anticipare l'entrata in vigore di queste disposizioni tramite il loro innesto nel tessuto della legge fallimentare.

A distanza di poco più di un anno dall'entrata in vigore del Codice, i presupposti per l'omologa dei piani in difetto di adesione da parte degli enti sono stati oggetto di un ulteriore intervento normativo che ne ha limitato i presupposti per l'applicazione nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, al fine di limitare l'utilizzo distorto, e dunque l'abuso, della transazione fiscale, per effetto del quale sono state di fatto aggirate e vanificate le cause di prelazione che assistono i crediti tributari; abuso che non era tuttavia agevole contrastare sulla base delle disposizioni precedentemente vigenti e degli indirizzi espressi su tale tema dalla giurisprudenza.

L'uso distorto dell'istituto è quello costituito soprattutto da proposte che hanno previsto soddisfacimenti irrisori dei crediti tributari, spesso formulate, per di più, nell'ambito di accordi sostanzialmente rivolti solo al Fisco e con notevole ritardo rispetto all'insorgenza della crisi finanziaria dell'impresa, dopo che i crediti tributari erano aumentati e quelli verso gli altri creditori

erano diminuiti per effetto di pagamenti finanziati proprio attraverso il mancato versamento delle imposte.

La modifica ha inasprito i limiti all'applicazione del cram down negli Accordi di ristrutturazione dei debiti, con l'introduzione di apposite soglie per l'applicazione del cram down nell'ambito dei piani in continuità aziendale, dalle iniziali percentuali del 30-40% di soddisfazione del debito alle attuali 50-60%.

E la portata dell'istituto in commento è ulteriormente valorizzata nella relazione illustrativa all'ultimo decreto correttivo, che a più riprese dà atto della necessità di un intervento normativo che chiarisca i dubbi interpretativi emersi nella prima applicazione delle norme.

La relazione illustrativa precisa quanto segue con riguardo all'art. 21 del decreto correttivo:

“Il comma 4 sostituisce l'articolo 88 (Trattamento dei crediti tributari e contributivi). Le disposizioni sulla transazione fiscale nel concordato preventivo sono modificate al fine di chiarire i rapporti con il concordato in continuità aziendale e per allinearle alle modifiche apportate all'articolo 63 in relazione alle modalità di adesione ed all'individuazione degli uffici competenti. La norma è, inoltre, modificata per chiarire il dubbio applicativo sorto in relazione al significato delle parole “mancanza di adesione” e, quindi, per esplicitare che essa sussiste non solo in presenza di un comportamento omissivo del creditore pubblico - che non fornisce alcun riscontro alla proposta - ma anche nei casi in cui venga espresso un voto contrario I commi 3 e 4 si occupano del cram-down nel giudizio di omologazione. Il primo nell'ambito del concordato liquidatorio, dettando disposizioni analoghe a quelle previste dalla disciplina vigente, ed il secondo per il concordato in continuità. Rispetto a quest'ultimo si chiarisce che se il trattamento è non deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale, l'omologazione può avvenire se il dissenso dei creditori pubblici è ostativo al raggiungimento della maggioranza che consente la ristrutturazione trasversale ma non se il creditore pubblico diventa, a seguito dello stesso cram-down, l'unica classe interessata consenziente. In altre parole, si può superare il dissenso del fisco o degli enti previdenziali per giungere alla ristrutturazione trasversale se non per giungere al requisito del voto favorevole della maggioranza delle classi (maggioranza che si può raggiungere anche non computando il voto sfavorevole o l'assenza di voto del creditore pubblico)”.

La ratio dell'istituto del cram down è pacificamente quella di contrastare il rischio di un voto espresso (o addirittura non espresso) che vada contro l'interesse dell'Eraio, rispetto a ipotesi concordatarie suscettibili di coniugare l'interesse di tale creditore e l'interesse, parimenti rilevante, alla continuità e sostenibilità dell'impresa.

4. Il connubio tra cross class cram down e cram down fiscale

La questione inerente l'applicabilità o meno del meccanismo di cui all'art. 88, comma 2 bis, CCII al concordato in continuità e, più precisamente, la sua applicabilità al fine di realizzare le condizioni previste dall'art. 112, comma 2, CCII, ha trovato soluzione nel testo del terzo decreto correttivo al Codice della Crisi e dell'Insolvenza.

Il decreto ha provveduto alla riscrittura in chiave chiarificatrice dell'art. 88, rubricato "Trattamento dei crediti tributari e contributivi" prevedendo, con specifico riguardo al concordato in continuità, che "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 (erario e previdenza). 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".

Il correttivo ter ha pertanto risolto il contrasto interpretativo della combinazione dell'art. 88 comma 2-bis con il cross class cram down.

La disposizione intende quindi chiarire che il Tribunale può disporre l'omologazione forzata anche del concordato in continuità, in mancanza di adesione delle Agenzie fiscali e degli Enti previdenziali, se il soddisfacimento di detti creditori risulta non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria.

L'introduzione della predetta modifica legislativa ha risolto la *querelle* interpretativa sorta nella giurisprudenza di merito, circa l'applicabilità del meccanismo regolato dall'art. 88 al concordato in continuità aziendale.

La giurisprudenza si era invero espressa giungendo a conclusioni diametralmente opposte sull'ammissibilità dell'omologazione forzata nell'ambito del concordato in continuità aziendale, su cui, proprio per superare le incertezze sollevate dall'enunciato normativo, è intervenuto il terzo decreto correttivo del Codice della crisi.

Il contrasto giurisprudenziale nasceva dalla formulazione della norma, che si prestava a interpretazioni ambivalenti, e, in particolare:

a) dall'incipit del comma 1 dell'art. 88, il quale, nel disciplinare la transazione fiscale nel concordato preventivo, precisa che resta «fermo quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall'articolo 112, comma 2»;

b) dal comma 2-bis dell'articolo 88, che richiamava solo l'articolo 109, comma 1, il quale riguarda il concordato liquidatorio e non anche quello in continuità, sollevando un ulteriore dubbio circa la possibilità dell'omologazione forzata in questo tipo di concordato.

In questo (non chiaro e contraddittorio) contesto normativo, la giurisprudenza di merito si era interrogata sulla reale portata dell'incipit aggiunto all'inizio del comma 1 dell'art. 88 CCII, pervenendo a conclusioni difformi.

Un primo orientamento riteneva non combinabili tra loro, salva l'ipotesi del concordato liquidatorio, il cram down fiscale disciplinato dall'art. 88, comma 2-bis e il cross class cram down disciplinato dall'art. 112, comma 2, ritenendo inammissibile un'interpretazione estensiva dell'art. 88, comma 2-bis che andasse oltre il dato letterale, atteso che l'incipit dell'articolo 88 CCII tiene conto sia della possibilità di ristrutturazione trasversale dei debiti di cui all'articolo 112 comma 2, sia delle novità in materia di concordato in continuità aziendale e, inoltre, che nell'art. 88, comma 2-bis è fatto espresso richiamo solo all'articolo 109 comma 1, che ha ad oggetto le maggioranze nel concordato preventivo liquidatorio, ma non anche al comma 5 dello stesso articolo e, soprattutto, all'articolo 112, comma 2 lettera d), afferente al concordato in continuità con ristrutturazione trasversale dei debiti.

A favore del cram down fiscale, in aggiunta al cross class cram down, anche in ipotesi di concordato in continuità, si erano invece schierate altre pronunce di merito, che valorizzavano la lettura sistematica delle norme, richiamando in particolare la seconda parte del comma 2 dell'art. 88, laddove 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: 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. Le suddette pronunce, inoltre, sottolineavano come il comma 1 dell'art. 109, richiamato dal comma 2-bis dell'art. 88, a propria volta (facendone salve le relative disposizioni) contenesse un espresso richiamo al successivo comma 5, che rinviava alla regola disciplinata 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 continuità.

A prescindere da tali considerazioni di ordine tecnico, risultava preminente la ratio dell'omologazione forzata soprattutto in presenza di concordati che assicuravano la continuità dell'impresa, volta a superare ingiustificati dinieghi da parte degli enti finanziari e previdenziali in presenza di proposte non deteriori rispetto all'alternativa liquidatoria.

In tale contrasto interpretativo, si inseriscono le disposizioni introdotte dal terzo correttivo, di recente entrata in vigore.

Il correttivo ha modificato l'art. 88, suddividendo l'omologazione forzata in due distinti commi:

Comma 3: Specifico per il concordato liquidatorio, permette al tribunale di homologare anche in assenza di adesione da parte delle agenzie fiscali e degli enti previdenziali, a condizione che la proposta sia conveniente rispetto alla liquidazione giudiziale.

Comma 4: Riferito esclusivamente al concordato in continuità, consente al tribunale di homologare la proposta se il soddisfacimento dei creditori pubblici non è deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria.

In sostanza, il terzo correttivo ha consentito di chiarire definitivamente, come anche risulta dalla Relazione di accompagnamento al D.Lgs, i dubbi interpretativi e l'orientamento del legislatore, così

superando l'orientamento restrittivo creato dal difetto di coordinamento normativo, già sottolineato da diversi Tribunali e dalla dottrina, di ben tre interventi legislativi, successivi all'entrata in vigore del nuovo codice.

Il Correttivo-ter (d.lgs. n. 136/2024), pur se applicabile alle proposte di transazione fiscale presentate successivamente alla sua entrata in vigore, appare costituire "un non trascurabile indice normativo" ai fini dell'interpretazione dell'art. 88 c.c.i.i. nella sua versione previgente, nel senso dell'ammissibilità del "cram down" anche per il concordato in continuità aziendale.