



TRIBUNALE DI AREZZO
UFFICIO PROCEDURE CONCORSUALI
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

riunito in camera di consiglio nelle persone dei seguenti Magistrati:

- | | |
|---|------------------------|
| - dott. Federico Pani | Presidente est. |
| - dott. Andrea Turturro | Giudice |
| - dott.ssa Elisabetta Rodinò di Miglione | Giudice |

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

AI SENSI DELL'ART. 48, ULTIMO COMMA, CCII

PREMESSO CHE

- con provvedimento emesso in data 7.11.2022, questo Tribunale accoglieva il ricorso ex art. 44 CCII depositata da **INERTI COCCI S.R.L.** (C.F. 00190960518), con sede in Arezzo, Loc. Ponte Buriano n. 32, in persona dell'amministratore unico, Ildo Cocci, rappresentata e difesa dall'avv. Silvia Becucci, assegnando un termine di 60 giorni per la presentazione di uno strumento di regolazione della crisi, nonché nominando quale giudice relatore il dott. Federico Pani e come commissario giudiziale il dott. Luca Gori;
- con provvedimento del 28.12.2022, il termine suddetto veniva prorogato di ulteriori 60 giorni;
- con decreto del 29.3.2023, a seguito del deposito di proposta e piano concordatari, veniva dichiarata l'apertura del concordato e veniva previsto che le operazioni di voto si svolgessero tra il 14 e il 29 settembre 2023;
- in data 2.10.2023 il commissario giudiziale relazionava sull'esito del voto, dando atto che non erano state raggiunte le maggioranze previste dall'art. 109 CCII;
- con decreto emesso in pari data il Tribunale, letto l'art. 111 CCII e ritenuto che fosse opportuna la celebrazione di un'udienza, anche per consentire alla proponente di formulare (se del caso) la richiesta prevista dall'art. 112, comma 2, CCII, fissava l'udienza del 19.10.2023, ore 12:00;
- con ricorso del 2.10.2023, poi reiterato in data 18.10.2023, la **INERTI COCCI S.R.L.** richiedeva l'omologa ai sensi del comma 2 dell'art. 112 CCII, in combinato disposto con il comma 2 bis dell'art. 88;
- all'esito dell'udienza, il giudice relatore si riservava di riferire al collegio.

OSSERVA

Deve premettersi che il piano concordatario proposto da **INERTI COCCI S.R.L.** è imperniato sulla continuità aziendale ragion per cui, ai fini della verifica del raggiungimento della soglia

di approvazione, occorre fare riferimento al comma 5 dell'art. 109 CCII. Tale disposizione, innovando rispetto alla disciplina della legge fallimentare, non ritiene sufficiente la sola maggioranza dei crediti (e, se previste, la maggioranza delle classi), come tuttora previsto per il concordato liquidatorio (comma 1 dell'art. 109 CCII), piuttosto esigendo il voto favorevole di tutte le classi coinvolte.

Il rigore della regola è temperato, tuttavia, dalla previsione contenuta nel terzo periodo del suddetto comma quinto, che chiama il Tribunale alla verifica delle condizioni previste dall'art. 112, comma 2, CCII. In buona sostanza, l'ordinamento consente all'organo giudicante di omologare il concordato nonostante la mancanza di unanimità, purché ricorrano 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;
- 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, 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.

Tra le quattro condizioni appena riportate, indubbiamente assumono carattere preponderante la seconda e la quarta.

La seconda, infatti, esprime un concetto assolutamente innovativo per il nostro ordinamento, vale a dire la c.d. *relative priority rule* (già in linea generale espresso dall'art. 84, commi 6 e 7, CCII). Invero, in passato il nostro ordinamento, in rigoroso ossequio al principio generale desumibile dagli artt. 2740 e 2741 c.c., non consentiva che nel contesto di una ristrutturazione debitoria fosse possibile derogare alla graduazione delle cause legittime di prelazione (c.d. *absolute priority rule*), mentre invece oggi il rigoroso rispetto di tale graduazione è imposto soltanto quando viene in interesse il "valore di liquidazione" (vale a dire l'attivo verosimilmente ritraibile in caso di liquidazione giudiziale) ed i flussi di cassa della continuità, quindi, anziché essere distribuiti nel rispetto della graduazione, possono essere destinati anche alle classi inferiori purché – ed è proprio quanto sancito nella lettera b – 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. Insomma, il *surplus* generato dalla continuità può essere destinato ai creditori appartenenti alle classi di rango inferiore anche in assenza di soddisfazione integrale di creditori di rango superiore, a condizione che detto pagamento non sia globalmente più vantaggioso di quello riservato a questi ultimi.

L'ultima condizione, invece, detta sostanzialmente la nuova regola del voto, che dà vita a quella che in dottrina è stata ribattezzata "ristrutturazione trasversale" (o *cross class cram*

down). Ai fini dell'omologa, infatti, torna sufficiente la maggioranza delle classi, purché però almeno una di esse sia formata da creditori privilegiati o, in mancanza, 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. In pratica, l'ordinamento ritiene meritevole di omologa quel concordato che, fermo restando il rispetto della regola del *liquidation value*, abbia visto "investire" sull'impresa con il proprio voto una classe di creditori che non traggono alcun beneficio economico dall'applicazione della *relative priority rule*.

Ciò posto, nel caso di specie non è stata raggiunta l'unanimità delle classi richiesta dall'art. 109 CCII e, inoltre, non risulta aver votato favorevolmente la maggioranza delle classi, come invece richiesto dall'art. 112, comma 2, lettera d), CCII. Più esattamente, hanno approvato il concordato la classe n. 1 (denominata "ipotecari"), la classe n. 2 (privilegiati ex art. 2751-bis n. 1 c.c.), la classe n. 3 (privilegiati ex art. 2751-bis n. 2 c.c.), la classe n. 4 (privilegiati ex art. 2751-bis nn. 4 e 5 c.c.) e la classe n. 13 (chirografario impresa minore). Tutte le altre 9 classi, invece, non hanno approvato il concordato; classi composte in parte dai chirografari e, soprattutto, da tutti i privilegiati pubblicistici (classi da 5 a 9).

È in questo quadro d'insieme che si inserisce la richiesta della INERTI COCCI S.R.L., volta all'applicazione dell'art. 88, comma 2-bis, CCII, che così recita: «*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*». Trattasi del c.d. *cram down* fiscale e previdenziale, che consente al Tribunale di convertire l'astensione o addirittura il voto negativo da parte dei creditori pubblici statali (amministrazione finanziaria, INPS e INAIL) in voto favorevole qualora la proposta concordataria riservi loro un trattamento "non deteriore" rispetto all'alternativa liquidatoria. Per meglio dire, la ricorrente ha chiesto di applicare il *cram down* in combinato disposto con l'art. 112, comma 2, lettera d), ossia convertire il voto negativo relativo alle classi con creditori pubblici statali (da 5 a 9) in voto positivo, facendo sì che sia raggiunta la «*maggioranza delle classi*» e dischiudendo le porte della c.d. ristrutturazione trasversale.

Ai fini di un corretto inquadramento normativo (anche storico-evolutivo), giova rammentare che l'istituto del c.d. *cram down* era già conosciuto dall'ordinamento italiano prima dell'avvento del Codice, sebbene introdotto in tempi assai recenti. In particolare, nel 2020 venivano modificati l'art. 180 l.f. (che disciplinava l'omologazione del concordato preventivo, che esso fosse liquidatorio o in continuità) e l'art. 182-bis l.f. (che disciplinava le modalità di conclusione degli accordi di ristrutturazione dei debiti) prevedendo che il Tribunale dovesse omologare concordato od accordo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione risultasse determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di

cui all'articolo 161, terzo comma, l.f. la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie fosse conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.

In buona sostanza, in entrambe le tipologie di concordato preventivo (per le quali era prevista l'approvazione in caso di maggioranza dei crediti ammessi al voto e di maggioranza nel maggior numero di classi, ai sensi dell'art. 177 l.f.), era consentito al Tribunale di omologare il concordato imponendolo anche all'amministrazione finanziaria o agli enti previdenziali/assistenziali, sempre che la conversione in voto favorevole del non voto (o finanche del voto contrario) di tali soggetti fosse stato sufficiente per raggiungere le maggioranze.

Nel Codice della crisi l'istituto in questione aveva trovato in un primo momento collocazione nell'art. 48, comma 5. Con la novella apportata dal D.Lgs. 17 giugno 2022 n. 83, tuttavia, il comma quinto dell'art. 48 è stato eliminato e la *cram down* è stato diversamente disciplinato negli accordi di ristrutturazione e nel concordato preventivo.

Precisamente, la regola prima dettata dall'art. 48, comma 5, risulta riprodotta pedissequamente nel (nuovo) comma 2-bis dell'art. 63, collocato nel Capo I del Titolo IV, Sezione II, concernente gli accordi di ristrutturazione. Per quanto concerne il concordato preventivo, invece, la novella del giugno 2022 ha apportato (per quello che interessa in questa sede) una tripla modifica riguardante l'art. 88, l'art. 109 e l'art. 112.

Prima della modifica nessuna delle tre disposizioni aveva a che fare con il *cram down*, proprio perché regolato nell'art. 48, comma 5. Con la novella, l'art. 88 ha visto inserire un *incipit* al primo comma («*Fermo restando quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall'articolo 112, comma 2*») e ha visto inserire *ex novo* il comma 2-bis, che riprende pedissequamente la regola prima inserita nell'art. 48, comma 5, ma richiamando al suo interno solo le percentuali dell'art. 109, comma 1. L'art. 109, che prima della modifica disciplinava unitariamente l'approvazione del concordato preventivo, indipendentemente dal fatto che esso fosse liquidatorio o in continuità e replicando la regola della maggioranza contenuta nell'art. 177 l.f., vede nascere una biforcazione, sulla quale ci si è già soffermati: nel concordato liquidatorio è sufficiente la maggioranza (art. 109, comma 1), mentre nel concordato con continuità è richiesta l'unanimità, anche se, in caso di mancata approvazione, «*trova applicazione l'art. 112, comma 2*» (art. 109, comma 5). Infine, l'art. 112, che prima della novella del giugno 2022 aveva un contenuto piuttosto asciutto ed aveva come unico scopo quello di regolare l'opposizione all'omologa da parte dei dissenzienti (come tuttora fa la norma, sia pure in maniera più articolata, ai commi da 3 a 5), viene completamente rivisto e ivi trova spazio il comma secondo (richiamato tanto dal nuovo art. 88, quanto dal nuovo art. 109), disciplinante una forma di *cram down* completamente nuova rispetto a quello puramente e semplicemente fiscale.

Così ricostruito il quadro d'insieme della disciplina, ritiene questo collegio che la tesi prospettata dalla parte ricorrente, tesa a un'applicazione congiunta del comma 2-bis dell'art. 88 e dell'art. 112, comma 2, lettera d), non possa essere condivisa.

È facilmente constatabile come, con l'intervento riformatore del giugno 2022, alla vigilia dell'entrata in vigore del Codice, il legislatore abbia voluto (ancor di più) separare i destini

delle due tipologie di concordato note (liquidatorio e in continuità), preservando solo nel concordato liquidatorio la tradizionale regola della maggioranza dei crediti, abbinata al – per così dire – tradizionale meccanismo del *cram down*, comune anche agli accordi di ristrutturazione, e invece pretendendo l'unanimità delle classi del concordato in continuità, abbinando però questa regola al *cross class cram down* di nuovo conio.

Il *cram down* “tradizionale”, dunque, non ha più nulla a che vedere con il concordato in continuità, e il legislatore non poteva renderlo più chiaro che attraverso il solo richiamo al primo comma dell'art. 109 nel comma 2-*bis* dell'art. 88. Per superare un simile (fortissimo) argomento letterale dovrebbe postularsi che il legislatore sia incorso in una “svista” o sia caduto in un difetto di coordinamento, ma ciò pare difficilmente affermabile atteso che la novella del giugno 2022 ha operato allo stesso tempo sull'art. 88 e sull'art. 109.

Né – diversamente da quanto opinato dalla ricorrente – può svilirsi il richiamo al solo comma primo dell'art. 109 affermando che solo nel concordato liquidatorio si pone un problema di «*percentuali*», e che quindi sarebbe stato superfluo ogni riferimento indiretto al concordato in continuità. L'argomento deve essere infatti ribaltato. Anzitutto, le percentuali restano pur sempre fondamentali ai fini del raggiungimento della maggioranza all'interno della singola classe: il risultato auspicato proprio dalla ricorrente, non a caso, è quello di incidere sulle percentuali interne di voto nelle classi riservate ai creditori pubblici, così trasformando il voto delle classi interessate da negativo a positivo. In ogni caso, visto che l'obiettivo degli argomenti spesi dalla ricorrente è quello di “attivare” il meccanismo sancito dall'art. 112, comma 2, lettera d), se davvero il legislatore avesse voluto far interagire le due norme, lungi dal richiamare espressamente solo le «*percentuali di cui all'art. 109, comma 1*», avrebbe potuto richiamare anche la suddetta lettera d) o, quantomeno, riferirsi più genericamente alle “maggioranze” necessarie ai fini dell'omologazione del concordato.

L'espresso ed esclusivo richiamo all'art. 109, comma 1, osta a parere del collegio al tentativo di avallare interpretazioni di carattere estensivo. Sul punto risultano persuasivi i numerosi argomenti spesi dall'unico precedente edito ad essersi confrontato con il tema (Tribunale di Lucca, 18.7.2023, pubblicato in www.dirittodellacrisi.it). Dati per richiamati tali argomenti, qui si intende soffermare soprattutto l'attenzione sul primo, che valorizza il contenuto della c.d. Direttiva *insolvency* (Direttiva (UE) 2019/ 1023), di cui il Codice e soprattutto la novella del giugno 2022 sono il precipitato.

Anzitutto, è la Direttiva ad imporre che, nel concordato in continuità (che contempla una "ristrutturazione" per come definita dall'art. 2 della stessa Direttiva), la regola sia quella della unanimità delle classi (art. 9, paragrafo 6: «*il piano di ristrutturazione è adottato dalle parti interessate purché in ciascuna classe sia ottenuta la maggioranza dell'importo dei crediti o degli interessi. Inoltre gli Stati membri possono richiedere che in ciascuna classe sia ottenuta la maggioranza del numero di parti interessate. Le maggioranze richieste per l'adozione del piano di ristrutturazione sono stabilite dagli Stati membri. Tali maggioranze non sono superiori al 75 % dell'importo dei crediti o degli interessi di ciascuna classe o, se del caso, del numero di parti interessate di ciascuna classe*»). Il giudice, peraltro, deve vigilare sull'effettività di diritto di voto e non è contemplato alcun meccanismo di silenzio-assenso (art. 9, paragrafo 2). È poi sempre la Direttiva a prevedere la regola della ristrutturazione

trasversale (art. 11), imponendo la condizione di cui alla lettera d), ossia quella dell'approvazione da parte della maggioranza delle classi; approvazione – s'intende – espressa. E così, ritenere che la ristrutturazione trasversale sia possibile anche quando la maggioranza di classi sia ottenuta attraverso il *cram down* fiscale, e quindi con la sostituzione "forzosa" dell'astensione o finanche del diniego dell'amministrazione fiscale o degli enti previdenziali/assistenziali con un'adesione, contrasterebbe per certo con la Direttiva europea. Detto in altri termini, posto che sul giudice di uno Stato membro incombe l'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo (quantomeno a partire da Corte di Giustizia, sentenza 10 aprile 1984, Von Colson et Kamann, causa C-14/83, ma si veda anche la più nota Corte di Giustizia, sentenza 13 novembre 1990, Merleasing et La Comercial Internacional de Alimentación SA, causa C-106/89), il contenuto degli artt. 9 e 11 della Direttiva osta a che sia data all'art. 112, comma 2, lettera d) del Codice della crisi un'interpretazione nel senso suggerito dall'odierna ricorrente, teso cioè a ritenere soddisfatto il requisito della maggioranza di classi approvanti attraverso la *fictio iuris* rappresentata dal *cram down* fiscale.

Agli argomenti di carattere sistematico spesi dal Tribunale lucchese, peraltro, può essere aggiunta un'ulteriore considerazione che indubbiamente suggerisce l'adozione di un'interpretazione quanto più restrittiva possibile.

Come più volte osservato, nell'assetto delineato dal Codice dopo la novella del 2022, per l'approvazione del concordato liquidatorio, è necessaria la maggioranza dei crediti ammessi al voto, mentre per l'approvazione del concordato in continuità è necessaria l'unanimità delle classi o, qualora scatti la ristrutturazione trasversale, la maggioranza delle classi. Ecco, la regola dell'unanimità delle classi rispetto a quella della maggioranza dei crediti solo apparentemente risulta maggiormente gravosa, tenuto conto del fatto che il quinto comma dell'art. 109 CCII ritiene che una singola classe abbia approvato il concordato non solo quando sia stata raggiunta la maggioranza dei crediti, ma anche quando «*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*». Ciò significa – come fatto acutamente notare in dottrina – che un concordato potrebbe astrattamente essere omologato con il consenso di anche solo il 33,33%. Ecco, se in questo scenario collochiamo il *cross class cram down*, e cioè si considera sufficiente l'approvazione da parte della sola maggioranza delle classi, in linea astratta è possibile che all'omologa si giunga con il consenso di ancora meno crediti ammessi al voto, in ipotesi limite anche inferiore al 10%.

Ciò posto, è lapalissiano che addirittura sostituire il voto espresso con la *fictio iuris* cui si abbina il *cram down* rischia di generare fortissime tensioni sistematiche, e cioè di condurre all'omologa di un concordato nemmeno lontanamente vicino a una maggioranza numerica di crediti ammessi al voto e contro il voto espresso di numerosissimi creditori trasformando dei voti contrari (quelli dei creditori pubblici statali) in voti favorevoli.

Per tutte le ragioni che precedono, la domanda di omologa non deve trovare accoglimento. Non essendo pendenti domande in questo senso, non deve provvedersi all'apertura della liquidazione giudiziale.

P.Q.M.

rigetta la domanda di omologa del concordato preventivo proposto da INERTI COCCI S.R.L.

Manda alla cancelleria di comunicare il presente provvedimento alla ricorrente, e al commissario giudiziale, nonché di eseguire le comunicazioni e pubblicazioni previste dall'art. 45 CCII;

dispone che il commissario giudiziale depositi l'istanza di liquidazione del compenso per sé e per gli ausiliari di cui si è avvalso, esegua i pagamenti del dovuto con il fondo cassa e restituisca l'eventuale residuo alla società ricorrente.

Così deciso in Arezzo, nella camera di consiglio del 25 ottobre 2023.

Il Presidente est.
dott. Federico Pani