

**ORDINANZA**

sul ricorso iscritto al n. 6925/2023 R.G. proposto da:

SIPAM SRL, elettivamente domiciliata in

)

-ricorrente-

contro

AGENZIA DELLE ENTRATE, domiciliata *ex lege* in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO (ADS 80224030587) che la rappresenta e difende *ope legis*

-resistente-

nonché contro

-intimati-

avverso il DECRETO della CORTE D'APPELLO di BARI n. 1066/2022 depositato il 24/02/2023;

udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 08/11/2023 dal Consigliere PAOLA VELLA.

### **RILEVATO CHE**

1. – Con ricorso del 20/12/2019 Sipam s.r.l. ha proposto domanda prenotativa di concordato in continuità aziendale indiretta ex art. 186-bis l.fall. e, ottenuta dal Tribunale di Bari la fissazione del termine, in data 04/09/2020 ha depositato il piano, la proposta e la documentazione previsti dall'art. 161, commi 2 e 3 l.fall., nonché una proposta di transazione fiscale ex art. 182-ter l.fall.

1.1. – Con decreto del 24/05/2021 è stata dichiarata aperta la procedura di concordato preventivo e contestualmente disposto l'avvio del procedimento competitivo ex art. 163-bis l.fall.

1.2. – All'esito dell'adunanza dei creditori del 07/12/2021 non sono state raggiunte le maggioranze previste dall'art. 177 l.fall., stante il voto contrario del creditore chirografario Agenzia delle Entrate, che non ha aderito alla proposta di transazione fiscale ex art. 182-ter l.fall.; trattandosi di voto determinante, con istanza del 04/03/2022 la debitrice ha invocato l'omologazione "forzosa" del concordato preventivo secondo il meccanismo del cd. "cram down" di cui all'art. 180, comma 4, l.fall.

1.3. – Il tribunale ha fissato l'udienza del 09/05/2022 per la discussione dell'omologa, disponendo la notifica del provvedimento al P.M. e all'unico creditore dissenziente, l'Agenzia delle Entrate, che ha ricevuto la notifica il 17/03/2022.

1.4. – Con decreto del 20/06/2022 il tribunale, considerato che nonostante la notifica ricevuta nessun creditore dissenziente si era costituito nel giudizio di omologa, acquisito il parere favorevole

dei commissari giudiziali e dato atto dell'esito della verifica ex art. 180, comma 4, l.fall. (c.d. *cram-down* fiscale), ha omologato il concordato, ritenendo in particolare «*non ostante le ragioni contestative espresse dal creditore dissenziente Agenzia delle Entrate*», il quale aveva eccepito: i) la non fattibilità giuridica del piano in relazione al sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. di una parte dei beni di proprietà della debitrice, disposto a seguito della contestazione del reato di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di frodi fiscali (cd. "carosello"); ii) il trasferimento di ricchezza da s.r.l. a I.T.I. s.r.l. (società controllante e garante delle obbligazioni assunte da Pro s.r.l. per la stipula del contratto di cessione di azienda e il pagamento della somma di € 1.407.000,00) mediante la sottoscrizione di un contratto di "rete"; iii) la non fattibilità economica del piano in relazione alle azioni di simulazione e revocatoria proposte dalla curatela del Fallimento s.r.l. nei confronti di s.r.l. e del contratto di cessione di azienda con patto di riservato dominio; iv) la deliberata e sistematica violazione degli obblighi tributari.

1.5. – Avverso il decreto di omologazione del concordato preventivo l'Agenda delle Entrate ha interposto reclamo ai sensi dell'art. 183 l.fall.

1.6. – La debitrice ha resistito al reclamo eccependo: preliminarmente, l'improcedibilità del gravame, in quanto l'atto introduttivo e il decreto presidenziale di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti non risultava notificato, nei termini assegnati, ai commissari giudiziali; sempre in via preliminare, gradatamente, l'inammissibilità del reclamo ai sensi dell'art. 183, comma 3, l.fall., perché proposto da un creditore dissenziente ma non opponente; in via ulteriormente gradata, la carenza di legittimazione attiva della reclamante; infine, nel merito, l'infondatezza dei motivi dell'impugnazione.

1.7. – Disposta la notifica del reclamo ai commissari giudiziali, i quali hanno depositato il parere, con il decreto indicato in epigrafe la Corte di Appello di Bari ha rigettato le eccezioni preliminari della debitrice ed accolto i motivi di reclamo dell'Agenda delle entrate, revocando l'omologazione del concordato.

2. – Avverso detta decisione Sipam s.r.l. ha proposto ricorso per cassazione in cinque motivi, illustrato da memoria. L'Agenda delle entrate ha depositato un mero atto di costituzione, mentre i restanti intimati non hanno svolto difese.

### **CONSIDERATO CHE**

2.1. – Con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 183 l.fall., in relazione al rigetto dell'eccezione di improcedibilità del reclamo per omessa notifica ai commissari giudiziali dell'atto di gravame e del pedissequo decreto presidenziale di fissazione dell'udienza di comparizione davanti alla corte d'appello, nonché violazione dell'art. 291 c.p.c. con riguardo al provvedimento con cui quest'ultima ha ordinato detta notifica.

2.2. – Il secondo mezzo lamenta, in relazione all'art. 360, comma 1 nn. 3 e 5 c.p.c., la violazione o falsa applicazione dell'art. 180 l.fall., con riguardo al rigetto dell'eccezione di inammissibilità del reclamo per non avere la reclamante previamente proposto opposizione all'omologa (art. 180, comma 3, l.fall.), nonché lesione del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24 Cost., poiché, pur avendo svolto articolate argomentazioni di merito in sede di reclamo, tutte orientate ad una opposizione avverso l'omologa del concordato preventivo, l'Agenda delle entrate non ha mai proposto dinanzi al tribunale alcuna opposizione alla richiesta di omologa formulata da Sipam s.r.l., nonostante avesse debitamente ricevuto la notifica dell'istanza di fissazione dell'udienza ex art. 180 l.fall.

2.3. – Il terzo motivo deduce violazione o falsa applicazione degli artt. 180 e 183 l.fall., stante la carenza di legittimazione attiva della reclamante per la mancata costituzione nel giudizio di omologa, nonché omesso esame della relativa eccezione da parte della corte d'appello, in relazione all'art. 360, comma 1 n. 5 c.p.c.

2.4. – Il quarto mezzo prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 160, 162, 163 e 186-bis l.fall. per avere la corte territoriale ritenuto che, benché presentata come concordato con continuità indiretta, la proposta in nulla differisse da un concordato liquidatorio, perciò inammissibile per mancato rispetto della prescrizione di cui all'art. 160, comma 4, l.fall.

2.5. – Il quinto motivo denuncia violazione degli artt. 160, 162, 163 e 180 l.fall., per avere la corte d'appello ritenuto la non fattibilità giuridica del concordato preventivo a causa del sequestro penale ex art. 321 c.p.p. di una porzione dell'immobile della debitrice, nonché omesso esame del fatto decisivo dell'assenza di effetti di detto sequestro preventivo (e finanche dell'eventuale confisca) sulla fattibilità giuridica del concordato preventivo in rapporto alle caratteristiche del piano, con conseguente indebita valutazione del profilo della convenienza della proposta.

3. – Il primo motivo è infondato ma il secondo va accolto, con assorbimento dei restanti tre, nei termini che si vanno ad illustrare.

4. – L'infondatezza del primo mezzo deriva da principi consolidati ai quali s'intende dare continuità.

4.1. – La corte territoriale ha giustamente osservato che, quand'anche i commissari giudiziali fossero stati litisconsorti necessari, l'omessa notifica nei loro confronti del reclamo ex art. 183 l.fall. non avrebbe potuto comportare l'invocata sanzione di improcedibilità del reclamo, dovendo invece il giudice disporre l'integrazione del contraddittorio, come in effetti avvenuto.

4.2. – Tale rilievo è conforme al principio per cui l'omessa notifica dell'impugnazione ad un litisconsorte necessario non determina l'inammissibilità del gravame, ma impone al giudice, al fine di evitare una nullità rilevabile anche d'ufficio nei successivi gradi del processo, di disporre l'integrazione del contraddittorio, anche laddove il litisconsorte necessario pretermesso non sia stato neppure indicato nell'atto di impugnazione (Cass. 8065/2019, 27616/2018, 18364/2013; cfr. da ultimo Cass. 5816/2023), mentre solo qualora non si ottemperi all'ordine di integrazione del contraddittorio il gravame può essere dichiarato inammissibile (Cass. 2551/2019).

4.3. – Nel caso di specie risulta però dirimente l'indirizzo nomofilattico, parimenti evocato dai giudici d'appello, per cui il commissario giudiziale, pur dovendo partecipare necessariamente al giudizio di omologazione del concordato preventivo ex art. 180 l.fall., attraverso la comparizione all'udienza in camera di consiglio

(comma 1), la costituzione in giudizio e il deposito di un parere motivato (comma 2), e pur essendo destinatario della comunicazione del decreto conclusivo del tribunale, al fine di darne notizia ai creditori (comma 5), riveste in quel giudizio il ruolo di parte solo formale, in quanto organo ausiliario del giudice (Cass. 18987/2011), senza diventarne parte anche in senso sostanziale, non essendo portatore di specifici interessi da far valere in sede giurisdizionale, né in nome proprio, né in veste di sostituto processuale, con la conseguenza di non essere abilitato all'esercizio di azioni e di essere perciò privo della legittimazione a proporre ricorso per cassazione, così come a svolgere difese con controricorso (Cass. 40483/2021; cfr. Cass. 5273/2018, 4183/2014 in tema di revoca ex art. 173 l.fall.; conf. Cass. 10632/2007, 11604/1998, 7152/1992, 3676/1987, 178/1987, 1342/1967).

4.4. – Di recente si è poi sottolineato, con specifico riguardo al giudizio di reclamo ex art. 183 l.fall., che, essendo attribuite al commissario giudiziale funzioni di vigilanza, informazione, consulenza e impulso (volte complessivamente al controllo della regolarità del comportamento del debitore ed alla tutela dell'effettiva informazione dei creditori), ma non anche di amministrazione o gestione, né di rappresentanza del debitore o del ceto creditorio, detto organo non è legittimato a costituirsi in giudizio in rappresentanza della massa dei creditori concordatari, rispetto ai quali non riveste il ruolo di sostituto processuale (Cass. 14052/2015, 11662/1998, 4800/1998), essendo ciascuno di essi legittimato personalmente ad assumere simili iniziative; di qui l'ulteriore conseguenza che tale difetto di *legitimitatio ad causam* – rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento (Cass. Sez. U, 2951/2016; Cass. 17092/2016, 7776/2017, 11744/2018) – comporta che il commissario giudiziale è radicalmente sprovvisto di legittimazione passiva nel procedimento di reclamo ex art. 183 l.fall. (Cass. 16562/2021).

4.5. – E' allora evidente che la mancata notifica del reclamo ai commissari giudiziali non poteva comportare alcuna conseguenza invalidante di carattere processuale.

5. – La fondatezza del secondo motivo deriva da una corretta esegesi sistematica delle norme in tema di approvazione ed omologazione del concordato preventivo.

5.1. – L'art. 179 l.fall. disciplina l'ipotesi in cui non siano state raggiunte le maggioranze richieste dal primo comma dell'art. 177, disponendo che in quel caso «il giudice delegato ne riferisce immediatamente al tribunale, che deve provvedere a norma dell'art. 162, secondo comma», e cioè, «sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato».

5.2. – L'art. 180 l.fall. disciplina invece l'ipotesi in cui il concordato sia «stato approvato a norma del primo comma dell'articolo 177», nel qual caso «il giudice delegato riferisce al tribunale il quale fissa un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento venga pubblicato a norma dell'articolo 17 e notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti» (primo comma).

In base al comma successivo, «il debitore, il commissario giudiziale, gli eventuali creditori dissenzienti e qualsiasi interessato devono costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata. Nel medesimo termine il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere» (secondo comma).

La norma prevede poi una sorta di "doppio binario" del giudizio di omologazione: una procedura semplificata, ove non siano proposte opposizioni; la procedura ordinaria, in caso contrario.

In particolare, «se non sono proposte opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame» (terzo comma).

Quando invece «sono state proposte opposizioni, il tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio» (quarto comma) e quindi «provvede con decreto motivato comunicato al debitore e al commissario giudiziale, che provvede a darne notizia ai

creditori», decreto che «è pubblicato a norma dell'articolo 17 ed è provvisoriamente esecutivo» (quinto comma).

Solo in questo secondo caso «contro il decreto del tribunale può essere proposto reclamo alla corte di appello, la quale pronuncia in camera di consiglio» (art. 183, primo comma, l.fall.).

5.3. – Il d.l. 7 ottobre 2020 n. 125, convertito dalla l. 27 novembre 2020 n. 159, ha aggiunto nel quarto comma dell'art. 180 l.fall. l'istituto del cd. *cram-down* fiscale, in base al quale (a partire dal 3 dicembre 2020) «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».

5.4. – Quanto al quadro fattuale, è pacifico che l'Agenzia delle entrate, unico creditore dissenziente, non si è costituita nei termini di legge nel procedimento ex art. 180 l.fall. e non ha proposto opposizione, nonostante avesse ritualmente ricevuto, quale (unico) creditore dissenziente, la notifica del provvedimento con cui il tribunale aveva fissato l'udienza di comparizione delle parti per pronunciarsi in merito all'omologazione del concordato.

Al riguardo il ricorrente precisa che il tribunale, avendo registrato il mancato conseguimento delle maggioranze prescritte dall'art. 177 l.fall., aveva inizialmente disposto la convocazione della debitrice nella camera di consiglio del 07/03/2022, ai sensi degli artt. 179 e 162 l.fall., ma in quella sede, vista l'istanza del 04/03/2022 con cui la stessa debitrice aveva invocato l'omologazione "forzosa" mediante il meccanismo del *cram-down* fiscale, ha fissato l'udienza del 09/05/2022, con termine fino al 21/03/2022 per la notifica ai commissari giudiziali, al P.M. e ai creditori dissenzienti (la sola Agenzia delle entrate).

Quindi, riscontrata la regolare instaurazione del contraddittorio, il tribunale ha omologato il concordato, dando atto che nessuna opposizione era stata proposta dai creditori dissenzienti, che era stata verificata la regolarità formale della procedura (oltre all'assenza di atti in frode) e che il giudizio di *cram-down* fiscale aveva avuto esito positivo ai sensi dell'art. 180, comma 4, l.fall.

6. – In siffatto contesto normativo e fattuale, la corte d'appello (che, contrariamente a quanto dedotto con il terzo mezzo, ha espressamente rigettato l'eccezione di non reclamabilità del decreto di omologa da parte di Agenzia delle entrate), ha ritenuto: i) che la legge fallimentare disciplina solo l'ipotesi in cui la proposta non sia stata approvata (art. 179) o viceversa sia stata approvata (art. 180), ma nulla dispone in ordine all'iter che il procedimento deve seguire nel caso di *cram-down* fiscale, in particolare non prevedendo né la fissazione di un'udienza di comparizione delle parti, né l'assegnazione di un termine per la costituzione in giudizio da parte di chiunque vi abbia interesse, né l'assolvimento di alcun onere oppositivo prodromico alla definizione del giudizio di omologazione; ii) che il terzo comma dell'art. 180 l.fall. (giudizio semplificato) riguarda la sola ipotesi in cui siano state raggiunte le maggioranze previste dall'art. 177 comma 1 l.fall. e non siano state proposte opposizioni; iii) che non sussistono le condizioni per un'applicazione analogica dell'art. 180, comma 3, l.fall. all'ipotesi di omologazione a seguito del cd. *cram down* fiscale, poiché difetta il presupposto del raggiungimento delle maggioranze, non ricorre la *eadem legis ratio* e si tratta di situazioni ontologicamente diverse (la prima con tratti privatistici, la seconda con tratti autoritativi), potendosi altrimenti ipotizzare una deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio garantito dall'art. 24 Cost.

6.1. – Tale esegesi non è condivisibile.

6.2. – L'art. 180, comma 3, l.fall. disciplina inequivocabilmente l'ipotesi in cui nel giudizio di omologazione del concordato preventivo non siano state proposte opposizioni.

Nella fattispecie in esame è pacifico che non sono state proposte opposizioni.

Occorre dunque verificare se il fatto che vi sia stata applicazione dell'istituto del *cram-down* fiscale autorizzi una divergenza dalla regola per cui, in mancanza di opposizioni, il decreto di omologazione non è soggetto a gravame.

6.3. – L'istituto del *cram-down* fiscale rappresenta 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 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 e come questo inserito nel quarto comma dell'art. 180 l.fall.

Tale collocazione formale non è però decisiva ai fini dell'individuazione del regime procedurale applicabile, né preclusiva del rito semplificato dettato dal terzo comma della stessa norma.

6.4. – A differenza del *cram-down* ordinario, che origina dalla specifica contestazione della convenienza della proposta da parte di un creditore dissenziente appartenente a una classe dissenziente (ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, di creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti 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 (o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie), purché il tribunale ritenga – in questo caso a prescindere da una specifica contestazione, essendo già sufficiente la mancata adesione – 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.

6.5. – E' allora evidente che nel caso in esame sussistono entrambi i presupposti necessari per l'applicazione del regime

semplificato di cui all'art. 180, comma 3, l.fall., e cioè sia il raggiungimento delle maggioranze previste (benché fittizio, in quanto "forzoso"), sia la mancanza di opposizioni.

Il che significa che non è in questione l'applicazione analogica dell'art. 180, comma 3, l.fall., bensì la sua applicazione diretta.

6.6. – Ciò spiega anche perché il legislatore non ha sentito l'esigenza di dettare una specifica disciplina sull'iter procedurale da seguire in caso di *cram-down* fiscale: non si tratta infatti, come supposto dal giudice *a quo*, 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.

E dunque potranno aversi casi nei quali il *cram-down* fiscale opera in costanza di opposizioni (con applicazione del regime procedurale ordinario) e casi – come quello in esame – in cui, nonostante la mancata adesione dell'amministrazione finanziaria (o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie), essa opera in assenza di opposizioni (restando l'amministrazione pubblica libera di proporla o meno), con conseguente applicazione del regime procedurale semplificato, che non ammette gravame.

7. – Va dunque affermato il seguente principio di diritto:

L'istituto del c.d. *cram-down* fiscale disciplinato nell'art. 180, comma 4, l.fall. non dà luogo ad un *tertium genus* di giudizio di omologazione del concordato preventivo, ma segue il regime procedurale ordinario, che contempla il reclamo ex art. 183 l.fall. (art. 180, comma 4, l.fall.) ovvero quello semplificato, che ne esclude la proponibilità (art. 180, comma 3, l.fall.), a seconda che siano proposte o meno opposizioni.

8. – Dall'accoglimento del secondo motivo deriva che il reclamo ex art. 183 l.fall. non poteva essere proposto, con conseguente assorbimento delle restanti censure.

Il decreto impugnato va allora cassato senza rinvio, ai sensi dell'art. 382, comma 3, c.p.c., in quanto il processo non poteva essere proseguito.

9. – Ricorrono giusti motivi, in ragione della novità della questione e della non perspicua tessitura delle norme implicate, per disporre l'integrale compensazione delle spese processuali tra le parti in relazione all'intero giudizio.

10. – L'esito della lite esclude la ricorrenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, d.P.R. n. 115 del 2002 (cfr. Cass. 11144/2018).

**P.Q.M.**

La Corte cassa senza rinvio il decreto impugnato poiché il giudizio non poteva essere proseguito e compensa integralmente le spese processuali.

Ai sensi del d.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, dà atto della non sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente principale, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello previsto a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 08/11/2023.