

XIV CONVEGNO ANNUALE
DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

***"IMPRESE, MERCATI E SOSTENIBILITÀ: NUOVE SFIDE PER IL DIRITTO
COMMERCIALE"***

Roma, 26-27 maggio 2023

BRUNO INZITARI

PROFESSORE DI DIRITTO CIVILE

UNIVERSITÀ BOCCONI MILANO

Il concorso dei creditori tra sostenibilità dell'impresa ed ESG

SOMMARIO: 1. Premessa: sostenibilità e responsabilità sociale nella continuità aziendale disposta nella crisi d'impresa; 2. Interesse dei creditori ed altri interessi, nel fallimento (oggi liquidazione giudiziale) e negli altri percorsi e strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza; 3. Dalla Legge Fallimentare al Codice della Crisi, CCII; 4. Interessi dei creditori ed interessi diversi al rispetto della sicurezza sul lavoro ed alla tutela dell'ambiente ed alla tutela dei crediti di lavoro nel CCII.; 5. L'impegno di spesa conseguente alle misure volte al rispetto e attuazione degli obblighi della sostenibilità sociale e ambientale, gravano anche sui creditori privilegiati, quali oneri di gestione della procedura.

1. Premessa: sostenibilità e responsabilità sociale nella continuità aziendale disposta nella crisi d'impresa.

La progressiva affermazione e riconoscimento dei principi della sostenibilità e della responsabilità sociale dell'impresa sul piano normativo dell'Unione Europea e dell'ordinamento italiano, impone una riflessione sulla possibile proiezione di questi principi sull'impresa in crisi ed insolvente.

La disciplina delle procedure concorsuali, particolarmente nel rinnovato testo del Codice della Crisi, così come modificato dal Decreto *Insolvency* del 2022, risulta a differenza della abrogata disciplina della legge fallimentare del 17 luglio 1942, potenzialmente suscettibile di confrontarsi con gli obiettivi volti ad includere i temi della sostenibilità nei processi gestionali delle società appartenenti ai vari settori dell'economia, al fine di ridurre gli impatti negativi sui diritti sociali e sull'ambiente.

Il perseguimento e l'attuazione di questi obiettivi comporta una responsabilizzazione di tutti coloro che operano nel governo societario e di gestione. Essi devono tenere conto dell'esigenza di volgere l'attività di impresa alla transizione verso un'economia sostenibile e conseguentemente hanno il dovere di valutare i rischi connessi all'attività della società stessa.

Tutto questo si traduce in una accresciuta dimensione degli obblighi di diligenza di cui all'art. 1176 c.c. Il rispetto dei doveri di sostenibilità comporta necessariamente una integrazione della diligenza professionale, la quale deve essere intesa, piuttosto che secondo la generale ma anche imprecisa formula, che vorrebbe quella professionale un livello più elevato di diligenza, deve essere intesa quale dovere all'osservanza delle *regole tecniche* proprie della professione o comunque dei compiti professionali che ricadono sul debitore dal momento in cui ha assunto una obbligazione che esige la conoscenza, il rispetto e l'applicazione di specifiche *regole tecniche*.

L'avvento dei principi e dei doveri ESG comporta l'inserimento tra le *regole tecniche* da osservare, perché l'attività di governo e gestione dell'impresa sia conforme alla diligenza professionale richiesta, oltre alle consuete regole del governo dell'impresa, anche quelle relative alla valutazione degli effetti delle scelte gestionali sui diritti umani, sul cambiamento climatico e sull'ambiente, la cui omissione o inosservanza configurerebbe inadempimento ai doveri di corretta gestione cui gli amministratori sono tenuti.

Anche la fase di crisi ed insolvenza dell'impresa richiede l'osservanza di tali doveri, particolarmente quando le misure di regolazione della crisi trovano attuazione in un quadro di continuità aziendale. Infatti se pure queste fossero indirizzate alla sola conservazione e riallocazione dei valori produttivi, l'attuazione di tali misure comporterebbe comunque l'esercizio dell'impresa.

2. Interesse dei creditori ed altri interessi, nel fallimento (oggi liquidazione giudiziale) e negli altri percorsi e strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

L'interesse dei creditori ha contrassegnato l'impresa in crisi o insolvente e le procedure che dalla crisi e dall'insolvenza derivano. In realtà va anche rilevato che l'interesse dei creditori non può essere l'unico unidimensionale interesse sotteso alla procedura di liquidazione, in quanto possono essere registrati anche altri interessi ritenuti meritevoli di tutela da parte del legislatore (quali la competitività secondo l'articolo 216 CCII, i parametri di scelta dell'affittuario articolo 212 CCII, i presupposti e limiti per l'esercizio provvisorio dell'impresa¹) che concorrono con l'interesse, comunque prevalente, dei creditori.

La centralità della procedura di fallimento ha contrassegnato il panorama delle procedure concorsuali sino al primo decennio di questo secolo, per poi iniziare a tramontare prima per effetto della intensa novellazione della legge fallimentare e poi con l'entrata in vigore del Codice della Crisi, così come modificato nel 2022.

La procedura fallimentare, oggi liquidazione giudiziale, che un tempo costituiva pressoché l'unica soluzione alla crisi ed all'insolvenza

¹ Cfr. D'Attorre, *Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi di impresa*, *Diritto della crisi* 2021.

(considerati i deludenti risultati dell'amministrazione controllata, abrogata con il D.L.vo 9 gennaio 2006, n. 5, e la natura sostanzialmente liquidatoria del concordato preventivo, così come previsto nella legge fallimentare), nel confronto con la nuova disciplina del Codice della Crisi, rappresenta, l'ultima *ratio* alla crisi all'insolvenza dell'impresa. Un ventaglio molto ampio di percorsi e procedure, quali la composizione negoziata, il piano attestato, l'accordo di ristrutturazione, il concordato preventivo nella sua duplice tipologia di concordato liquidatorio e in continuità, consente infatti, la soluzione della crisi e dell'insolvenza, attraverso meccanismi del tutto diversi dalla mera liquidazione dei beni.

Si tratta di percorsi e procedure nei quali il debitore provvede- in modo diretto o indiretto, eventualmente anche con intervento sempre più frequente di terzi (attraverso i diversi *tools*, messi oggi a disposizione per effetto dell'attuazione della Direttiva *Insolvency*), a riorganizzare l'esercizio dell'impresa, in modo tale da consentire, anche con la continuazione dell'attività aziendale, la soddisfazione dei creditori, in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale.

Questo ha comportato una sostanziale modificazione nel modo di intendere la situazione di crisi e di insolvenza. Già nella prima versione del codice della crisi ha trovato ampio spazio la previsione e la regolazione di una attività che deve essere svolta dal debitore nella fase in cui si manifesta la crisi e si determina l'insolvenza.

Gli art. 3 e segg. del codice della crisi disciplinano gli obblighi dei soggetti che partecipano alla regolazione della crisi e dell'insolvenza prevedendo espressamente gli obblighi del debitore e i doveri delle parti, costruendo specifiche regole tecniche, rafforzate da specifici obblighi di buona fede ai quali, con diverse articolazioni sono tenuti il debitore e gli stessi creditori.

Si tratta di doveri che l'imprenditore e gli amministratori debbono osservare ed applicare secondo criteri di diligenza professionale e che risultano integrati da interessi più ampi e diversi rispetto alla mera soddisfazione dei creditori².

L'imprenditore e segnatamente gli amministratori della società, sono chiamati in prima persona alla rilevazione tempestiva della crisi e ad assumere senza indugio tutte le iniziative necessarie per farvi fronte. Tali compiti e doveri si snodano, quindi, nell'accesso ai diversi percorsi e procedure che si attuano nella composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa, art. 12, 13 CCII e nell'accesso ai diversi strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, per il quale sono direttamente obbligati gli amministratori, con espressa esclusione dei soci, secondo quanto stabilito dall'articolo 120 *bis* e seguenti, CCII ³.

L'attribuzione in via esclusiva agli amministratori di tali poteri di intervento si pone in continuità con i doveri degli amministratori stessi, di cui agli artt. 2086 c.c. e 3 e 4 del CCII. L'attività di ristrutturazione, di regolazione della crisi e dell'insolvenza, per effetto delle modifiche introdotte con il recepimento della Direttiva Insolvency, costituisce uno specifico dovere che incombe sugli amministratori, quale attività di governo della società, che deve essere svolta in una fase di crisi, quale possibile fase dell'esercizio dell'impresa ⁴.

² Inzitari, *Crisi, insolvenza, prospettica, allerta, nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, *Dir fall*, 2020, I, 541.

³ Inzitari, *Le mobili frontiere della responsabilità patrimoniale: distribuzione del valore tra creditori e soci nel concordato in continuità secondo la negoziabilità concorsuale del codice della crisi*, *Diritto della crisi*, 2023.

⁴ La conferma della limitazione del potere dei soci e del prevalente interesse alla realizzazione degli strumenti di regolazione della crisi emerge dalla previsione dell'art. 120 *bis* co. 4, ultima parte, che sospende l'efficacia della delibera di revoca e la condiziona all'approvazione da parte della sezione specializzata del tribunale delle imprese, cui è

In questo quadro del tutto rinnovato, l'esercizio dell'impresa in crisi o insolvente, non può prescindere dall'esigenza della valutazione degli effetti delle scelte gestionali sui diritti umani, sul cambiamento climatico e sull'ambiente. Conseguentemente, le iniziative volte alla regolazione della crisi e dell'insolvenza dovranno necessariamente contemperare l'esigenza della soddisfazione dei creditori e della continuazione dell'attività aziendale, con i doveri connessi alla sostenibilità sociale ed ambientale, allo stesso modo e nella stessa misura in cui gli stessi doveri debbono essere osservati dall'impresa *in bonis*.

3.Dalla Legge Fallimentare al Codice della Crisi, CCII.

Le prospettive per una concreta attuazione dei principi ESG anche nella crisi d'impresa richiede una verifica degli spazi offerti dalla rinnovata disciplina delle procedure concorsuali. Per effetto delle radicali modificazioni dei principi che governano l'intero sistema concorsuale e degli spazi offerti dall'ampio ventaglio di percorsi e strumenti di regolazione della crisi, il Codice della Crisi appare suscettibile di accogliere nuovi interessi e finalità, quali quelli della sostenibilità sociale ed ambientale.

rimessa la competenza ed il compito di approvare o meno la delibera di revoca, sentiti gli interessati. Il giudice della sezione specializzata è chiamato ad una valutazione più ampia della verifica della correttezza formale del comportamento degli amministratori. Ad esso spetta infatti l'ulteriore e più rilevante compito di approvare la deliberazione di revoca. Un siffatto e del tutto inedito intervento del giudice volto all'approvazione o meno della delibera di revoca, investe direttamente il merito del comportamento degli amministratori, in relazione alle esigenze imposte dalla crisi d'impresa.

Il Codice della Crisi, così come modificato nel 2022 col recepimento della Direttiva *Insolvency*, costituisce una netta svolta del nostro diritto concorsuale.

La disciplina della legge fallimentare era infatti costruita come processo esecutivo concorsuale, quale parte della codificazione del 1942, secondo una formulazione del tutto coerente con l'impostazione sistematica e con lo stesso linguaggio del codice di procedura civile e del codice civile, al punto che si poteva dire che costituisse un vero e proprio settimo libro, in perfetta continuità con il sesto libro, Della tutela dei diritti.

Le altre procedure concorsuali alternative al fallimento erano viste, nella sostanza, quale eccezionale deroga alla regola dell'esecuzione collettiva sui beni del debitore e conseguentemente per la loro ammissibilità veniva richiesto che il debitore assicurasse, almeno prospetticamente, un livello di soddisfazione diverso è più elevato rispetto a quello della liquidazione fallimentare.

Con il CCII viene, definitivamente superato il criterio, introdotto nella passata disciplina fallimentare all'art. 180 l. fall. (sostituito dall'art. 16, co. 2, del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169), secondo il quale la soddisfazione dei creditori non doveva essere inferiore alle alternative concretamente praticabili, e viene introdotto il nuovo più chiaro e lineare criterio del *soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale*.

Non si richiede che il debitore soddisfi i creditori in misura più elevata rispetto alla liquidazione giudiziale, ma soltanto non inferiore e, quindi, anche nella stessa misura raggiungibile in sede di liquidazione. Questo criterio risulta costantemente reiterato nella medesima formulazione nei diversi strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, i quali pertanto concorrono e prevalgono rispetto alla liquidazione a parità di livello di soddisfazione.

A tale criterio fa riferimento l'art. 62 co. 2, *lett. c)* della Convenzione di moratoria; l'art. 64-bis) co. 8, del Piano di ristrutturazione soggetto a ristrutturazione; l'art. 70 co. 9, nell'omologazione del piano nelle procedure di sovraindebitamento; l'art. 80 co. 3, nell'omologazione del concordato minore, co. 8; l'art. 84 commi 1, nel concordato liquidatorio ed in continuità; l'art. 88 co. 1, sul trattamento dei debiti tributari e previdenziali; l'art. 112, co. 3, in relazione all'omologa del concordato in continuità aziendale.

Il passaggio è certamente significativo, in quanto, se non è richiesto un maggiore livello di soddisfazione rispetto alla liquidazione giudiziale, la finalità degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza risiede nell'interesse dei creditori ad una più efficiente e celere soddisfazione, rispetto alla liquidazione giudiziale, ormai considerata procedura residuale e soprattutto, sul piano complessivo, meno conveniente⁵, oppure potrebbe

⁵ Questo principio orienta l'intera disciplina e trova concreta e significativa applicazione operativa, in caso di opposizione all'omologa del concordato in continuità aziendale, da parte di un creditore dissenziente, anche appartenente ad una classe assenziente. Il difetto di convenienza fatto valere in via d'eccezione dall'opponente, è suscettibile, se accolto, di impedire l'omologa del concordato approvato all'unanimità da tutte le classi, quando secondo la proposta, il credito risulta soddisfatto in misura inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. Analogamente nel concordato con liquidazione del patrimonio in caso di opposizione da parte di un creditore dissenziente, appartenente ad una classe dissenziente art. 112, co. 5. Nel concordato in continuità il principio acquista una ulteriore rilevanza, con una disposizione del tutto innovativa in relazione alla tutela assegnata al creditore, che lamenta un eventuale difetto di convenienza. Secondo quanto disposto dall'art. 53 co. 5 bis, al creditore opponente può spettare il solo risarcimento del danno, determinato nella eventuale differenza tra il trattamento che avrebbe potuto conseguire nella liquidazione giudiziale rispetto a quello assegnatogli nel concordato in continuità.

Ben diverso è il discorso per il concordato liquidatorio del quale va considerata la particolare disciplina prevista dall'art. 84, co. 4, il quale richiede, da un lato l'apporto di risorse esterne che incrementino di almeno il 10% l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e dall'altro che la proposta assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati in chirografo in misura non inferiore al 20 % del loro ammontare complessivo. Questi ultimi principi si sovrappongono a quello generale dell'art. 84, co. 1, secondo cui è sufficiente che la soddisfazione dei creditori avvenga in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale. Considerata la necessità dell'apporto di risorse esterne, la soglia della soddisfazione dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, finisce in concreto per essere difficilmente applicabile e piuttosto superata per effetto degli oneri quantitativi imposti al debitore.

anche risiedere, in modalità soddisfattive che prescindono del tutto da una attribuzione patrimoniale monetaria e cioè, come previsto dall'art. 84, comma 3, in un'utilità per ciascun creditore, specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione dei rapporti contrattuali con il debitore o con i suoi aventi causa.

4. Interessi dei creditori ed interessi diversi al rispetto della sicurezza sul lavoro ed alla tutela dell'ambiente ed alla tutela dei crediti di lavoro nel CCII.

Le conseguenze di questi cambiamenti di prospettiva non sono di poco momento. Il ridimensionamento e la relativizzazione dell'interesse dei creditori, che non può essere più considerato l'interesse portante e pressoché assoluto delle procedure concorsuali, consente l'ingresso anche nei procedimenti e nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza dei nuovi interessi e conseguenti obblighi volti a realizzare la sostenibilità sociale e ambientale dell'impresa. Ma l'ingresso di questi nuovi obblighi non può che recare con sé anche nuovi oneri che impegnano risorse dell'attivo e quindi gravano ed incidono sulle stesse prospettive di soddisfazione dei creditori, le quali per effetto dell'accennato mutamento di prospettiva, possono subire un ridimensionamento ed una relativizzazione del loro interesse rispetto all'affermarsi di altri interessi, quali, appunto, il riconoscimento e l'attuazione di finalità volte alla sostenibilità sociale o ambientale.

A questo riguardo va considerato che il Codice della Crisi presenta significative e potenzialmente anche idonee aperture. La rilevanza di interessi diversi e di livello sovraordinato rispetto agli interessi dei creditori viene per la prima volta riconosciuta nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza nella disciplina che prevede la

formazione di un piano da sottoporre ai creditori ed agli organi della procedura.

Secondo quanto previsto negli artt. 87, comma 1, *lett. f)*, per il concordato in continuità e dall'art. 64, *bis*, che per il Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, fa espresso rinvio al citato art. 87, comma 1, il debitore, nel determinare il contenuto del piano di concordato, non solo deve indicare i diversi elementi dai quali gli organi della procedura ed i creditori possono trarre elementi di valutazione della fattibilità ed affidabilità del piano⁶ ma per la prima volta, richiede *ove sia prevista la prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta, l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente, art. 82, comma 1, lett. f*.

Il piano, con il quale il debitore, attraverso la prosecuzione dell'attività d'impresa, intende regolare la crisi o l'insolvenza, deve pertanto individuare il fabbisogno finanziario, tenendo conto oltre che dei costi e dei ricavi attesi, anche degli ulteriori costi che derivano dal rispetto della

⁶ Il piano deve contenere la descrizione delle cause e dell'entità della crisi o dell'insolvenza, le strategie di intervento, il valore di liquidazione del patrimonio, le modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, il piano industriale con indicazione degli effetti sul piano finanziario dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria, gli eventuali apporti di finanza nuova e le ragioni per cui questi sono necessari per l'attuazione del piano, le azioni risarcitorie recuperatorie esperibili, le iniziative da adottare qualora si verifichi uno scostamento degli obiettivi pianificati, le parti interessate al piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, lamentare dei relativi crediti e interessi, con indicazione dell'ammontare eventualmente contestato, le classi in cui le parti interessate sono suddivise ai fini del voto, con indicazione dei criteri di formazione utilizzati. e del valore. Dei rispettivi crediti e degli interessi di ciascuna classe, le eventuali parti non interessate al piano, individuate. Individualmente o descritte per categorie di debiti, unitamente a una descrizione dei motivi per i quali non sono interessate, le modalità di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, nonché gli effetti della ristrutturazione sui rapporti di lavoro, sulla loro organizzazione o sulle modalità di svolgimento delle prestazioni.

normativa in materia di sicurezza del lavoro e tutela dell'ambiente. In altre parole, non è ammissibile che la regolazione della crisi o dell'insolvenza venga attuata a danno della sicurezza sul lavoro o con pregiudizio dell'ambiente.

Con questa previsione, non solo è avvenuto il riconoscimento espresso di interessi diversi rispetto all'interesse dei creditori al soddisfacimento dei crediti di cui questi sono portatori ma è stato specificamente prescritto il percorso attraverso il quale questi nuovi interessi possono essere rispettati ed attuati. Tali interessi e finalità debbono infatti essere “spesati” nel piano con analitica individuazione dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa sulla sicurezza del lavoro e di tutela dell'ambiente, obiettivi ai quali, entro limiti di ragionevole sostenibilità, può essere anche aggiunto quello di preservare i posti di lavoro *nella misura possibile*, come previsto dall'art. 84, comma 2 nel determinare le finalità del concordato in continuità.

Conseguentemente, una parte dell'attivo, proveniente dal *valore di liquidazione* e dal *valore eccedente quello di liquidazione*, art. (art. 84, comma 6), che, per effetto del superamento del *criterio della prevalenza*⁷, concorre con il ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta (art. 84, comma 3), piuttosto che essere destinato ai creditori, deve essere destinato alla realizzazione di questi interessi e quindi agli ulteriori obiettivi riconducibili alla sostenibilità sociale e ambientale.

⁷ La prima versione dell'art. 84, co. 3, CCII, imponeva una selezione delle fonti di provenienza delle risorse destinate alla soddisfazione dei creditori, attraverso un rigido collegamento tra la mano d'opera impiegata ed i ricavi attesi dalla continuità, secondo una visione che individuava nel valore proprietario dei beni, degli strumenti di produzione e dimensione della mano d'opera occupata, i fattori funzionali della continuità e della soddisfazione dei creditori. Tutto questo è stato definitivamente superato dal rinnovato testo dell'art. 84 CCII, che non solo ha cancellato il criterio di prevalenza, ma ha espressamente stabilito come irrilevante la proporzione tra l'apporto delle risorse derivanti dalla continuazione dell'attività e quelle ottenute dalla liquidazione, essendo sufficiente che i creditori vengano soddisfatti con le prime anche in misura non prevalente.

Con altre previsioni viene poi accordata una particolare tutela ai crediti di lavoro, i cui titolari sono definiti creditori *non interessati*., in quanto l'integrale soddisfazione viene salvaguardata da un insieme di norme collegate che escludono la possibilità di incidere sulla prelazione loro riconosciuta.

Anche in questo caso un interesse di carattere sociale, consistente nella intangibilità della retribuzione spettante al prestatore di lavoro ed ai crediti ad essa connessi, si contrappone e prevale sull'interesse della massa dei creditori non solo chirografari ma anche privilegiati, considerato che il credito di lavoro a differenza degli altri crediti privilegiati, risulta, nella sostanza, indisponibile nella negoziazione concorsuale degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Diverse sono le previsioni contenute nella disciplina degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, che assicurano una tutela pressoché assoluta dei crediti di lavoro.

Nel Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, l'art. 64 riconosce la più ampia possibilità al debitore di prevedere nel piano la soddisfazione dei creditori, distribuendo il valore generato dal piano secondo criteri che derogano alle regole della *par condicio creditorum* e quindi in deroga agli artt. 2740, 2741 c.c., ed alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione, purché la proposta sia approvata dalla unanimità delle classi ma, va osservato che lo stesso art. 64 *bis* prevede anche che i crediti assistiti da privilegio di cui agli artt. 2751 bis, n. 1, c.c., siano soddisfatti in denaro integralmente entro trenta giorni dall'omologazione.

Allo stesso modo, l'art. 84, comma 7, prevede che i crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751 *bis*, n. 1, c.c. siano 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 ed inoltre prevede la tutela anche dei crediti previdenziali, stabilendo che la proposta e il piano assicurino il rispetto quanto previsto dall'art. 2116, n. 1, del Codice civile.

L'art. 86, moratoria nel concordato in continuità, stabilisce che il piano può prevedere una moratoria per il pagamento dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, ma limita significativamente tale possibilità per i creditori assistiti dal privilegio previsto dall'art. 2751 bis, n. 1, e stabilisce che per tali crediti il limite massimo della moratoria non può superare i sei mesi.

Nel concordato con continuità aziendale, l'art. 109 prevede la possibilità di ritardare di centoottanta giorni il pagamento dei creditori prelatizi, ma per i crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2741, bis, n. 1, limita a trenta giorni tale possibilità.

La tutela del credito di lavoro risulta poi particolarmente rafforzata al punto di resistere anche al principio della *relative priority rule* declinato al secondo comma dell'art. 112, secondo il quale 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. L'applicazione di tale principio ai crediti di lavoro viene esclusa attraverso un espresso rinvio all'appena citato, art. 84, comma 7.

Analoghe disposizioni escludono l'applicazione delle misure protettive ai crediti di lavoro sia nella Composizione negoziata, art. 18, comma 3, che nella generale disciplina delle misure protettive di cui all'art. 54, comma 7 (disciplinato in sequenza al procedimento unitario).

Per la prima volta vengono posti a carico del datore di lavoro specifici obblighi di informazione e consultazione. Questi sono previsti

dall'art. 4, in relazione sia al percorso di composizione negoziata, sia alle trattative ed ai procedimenti di accesso agli strumenti di regolazione negoziata della crisi e dell'insolvenza. Tali obblighi, rubricati come doveri delle parti, sono specificamente regolati dal terzo comma dell'art. 4 ed accompagnano, nella sostanza, qualsiasi iniziativa del datore di lavoro nella regolazione della crisi, consentendo alle rappresentanze sindacali e dei lavoratori di acquisire consapevolezza del manifestarsi, delle evoluzioni e dei possibili sbocchi della crisi, aprendo anche possibili percorsi di condivisione delle soluzioni e comunque consentendo ai lavoratori di operare scelte più informate ed ordinate, particolarmente sulle prospettive occupazionali.

Nella disciplina della liquidazione giudiziale, relativa agli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti, che investe tutti i contratti in corso, entra a pieno titolo e con un'ampia disciplina la regolazione dei rapporti di lavoro subordinato, nel nuovo testo del codice disciplinati agli artt. 189, 190, 191.

L'insieme di queste previsioni del codice della crisi segna un significativo e rilevante cambiamento di prospettiva degli interessi tutelati e perseguiti nella soluzione della crisi di impresa.

5. L'impegno di spesa conseguente alle misure volte al rispetto e attuazione degli obblighi della sostenibilità sociale e ambientale, gravano anche sui creditori privilegiati, quali oneri di gestione della procedura.

La ricerca e la realizzazione di tali obiettivi ed interessi comportano oneri che si ripercuotono sul trattamento dei creditori, il quale inevitabilmente viene ridimensionato nella misura in cui risorse che potrebbero essere distribuite tra di essi, vengono indirizzate alla tutela della

sicurezza sul lavoro, alla tutela dell'ambiente, alla prioritaria soddisfazione dei crediti privilegiati di lavoro-

Con l'ingresso dei nuovi obblighi volti a realizzare la sostenibilità sociale e ambientale dell'impresa, nuovi e significativi oneri potranno gravare sui creditori.

In un sistema qual è quello che si è formato nel nostro ordinamento, in cui il trattamento dei creditori è così vistosamente differenziato tra crediti assistiti da prelazione e privilegi da un lato e crediti chirografari dall'altro, il rischio è quello di addossare a questi ultimi l'intero peso delle misure volte a realizzare la sostenibilità sociale ed ambientale.

A questo riguardo va tenuto conto delle evidenti distorsioni provocate dall'intervento dello Stato volto ad introdurre sempre nuovi privilegi e riconoscimento della prededuzione con traslazione dell'onere sui creditori chirografari.

Si potrebbe dire che molto spesso gli ostacoli politici, economici e di bilancio alla realizzazione di una politica di *deficit spending* sono stati aggirati, ponendo a carico dei creditori chirografari l'onere delle misure volte a risolvere o contenere crisi economiche e sociali più ampie e di sistema. Questa politica ha comportato una delle modifiche più rilevanti del nostro diritto delle obbligazioni

La parità di trattamento dei creditori, proclamata dal codice del 1865 (e prima ancora dal codice napoletano e dal codice napoleonico), ribadita nel Codice civile del 1942, costituiva la proiezione della unicità del soggetto di diritto nell'attuazione delle obbligazioni.

Limitate e giustificate erano nel Codice civile del 1942 le deroghe al principio della *par condicio creditorum*. Oltre alle garanzie reali di origine negoziale o giudiziale, i privilegi trovavano una forte giustificazione causale di carattere sociale e/o morale nelle stesse ragioni esistenziali delle circostanze che avevano portato al sorgere del credito (spese funebri, di

infermità, per bisogni fondamentali, alimenti, ecc.) Inoltre, per queste ragioni, risultavano applicabili prevalentemente al debitore persona fisica e non pesavano, comunque, nel concorso nel quale la *par condicio creditorum* poteva essere ampiamente rispettata.

La riforma del 1975 comportò un ampliamento dei privilegi, costruendo una disciplina razionale, proiettata prevalentemente a fornire una protezione adeguata dei crediti di lavoro e previdenziali, ma pur sempre assistita da una giustificazione causale ragionevole ed effettiva.

Negli anni successivi sono stati introdotti nel sistema nuovi strumenti volti a derogare alla *par condicio creditorum*. Oltre alla prededuzione, dapprima in occasione dell'introduzione delle procedure di amministrazione straordinaria ma poi diffusamente in tutte le procedure, nuove figure di privilegi sono state e vengono imposte da scelte politiche (talora anche contingenti), piuttosto che da giustificazioni organicamente connesse ad una ragionevole causa del credito meritevolezza del riconoscimento del privilegio⁸.

⁸ Va peraltro considerato che, secondo l'interpretazione della disciplina in vigore sino al 2005, alle cause legittime di prelazione veniva attribuita una portata che superava l'effettivo valore dei beni sui quali le stesse insistevano. Si affermava che nel concordato preventivo (e solo nel concordato preventivo ma non nell'esecuzione forzata), i creditori prelatizi avrebbero dovuto essere soddisfatti integralmente, grazie alla prelazione che assisteva il loro credito ed indipendentemente dall'effettivo valore di realizzo del bene oggetto della prelazione. Il debitore concordatario era obbligato quindi ad assicurare la piena soddisfazione all'ipotecario con garanzia su immobili privi di valore oppure ad ipotecari di secondo o terzo grado, privi sin dal momento della iscrizione d'ipoteca di qualsiasi prospettiva di realizzo. Lo stesso diritto veniva riconosciuto ai privilegiati mobiliari, anche in assenza di valori apprezzabili dei beni ed assets aziendali. Si trattava di una interpretazione erronea ed ingiustificata, contrastante con i principi che regolano il diritto di prelazione che, nonostante le analitiche contestazioni e critiche della dottrina, evidentemente riteneva che la soddisfazione integrale anche dei prelatizi incapienti fosse un "prezzo" che il debitore concordatario dovesse pagare per evitare il fallimento e conseguire l'eccezionale beneficio degli effetti esdebitatori del concordato preventivo. Questa interpretazione fu analiticamente contrastata dalla dottrina, cfr. Inzitari, *Il soddisfacimento dei creditori forniti di prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. Comm.*, 1990, I, p. 383; Balbi, *I creditori con diritto di prelazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, p. 418.

L'introduzione di nuovi privilegi ha svolto e svolge ancora ora (basti pensare al caso dei privilegi pubblici della SACE e del MCC⁹), la funzione di strumento di intervento nell'economia senza costi per lo Stato ma che comporta la traslazione integrale degli oneri sui creditori chirografari, le cui aspettative di soddisfazione sul patrimonio del debitore risultano direttamente ridotte in misura corrispondente all'aumento dei privilegi e quindi alla destinazione di parti sempre più ampie dell'attivo distribuibile alla nutrita schiera di titolari di cause di prelazione e di prededuzione.

Da tempo si dice che la materia dei privilegi deve essere rivista. La legge delega per la riforma del diritto fallimentare lo prevedeva espressamente ma la commissione allora istituita, in modo assai singolare dichiarò espressamente di non poter provvedere alla riforma dei privilegi, pur essendo più che evidente che particolarmente ai privilegi man mano introdotti dal legislatore, difficilmente corrisponde una causa del credito idonea a giustificare la prelazione e il trattamento privilegiato a danno dei creditori chirografari, le cui possibilità di soddisfazione si sono nel tempo sempre più assottigliate.

Irragionevole risulterebbe un'ulteriore traslazione degli oneri connessi al rispetto e all'attuazione di doveri di sostenibilità sociale e ambientale sui creditori chirografari. Se così fosse si configurerebbero profili di possibile violazione del principio di uguaglianza nel concorso dei creditori e di violazione degli art. 9 e 41 della Costituzione, così come modificati dalla legge costituzionale del 11 Febbraio 2022 numero 1, che hanno introdotto la tutela dell'ambiente, della biodiversità degli ecosistemi

⁹ Rordorf, *È privilegiato il credito di regresso spettante SACE in caso di escussione delle imprese in difficoltà a seguito della pandemia?* Giustizia civile, 2020; Delle Monache, *Garanzie rilasciate dalla SACE S.p.a., e privilegio ex art. 9 D.lgs. n. 123 del 1998*, Giustizia civile, 2020; Rumi, *Profili della garanzia SACE dopo il Decreto Liquidità*, Diritto dell'economia, 2021, 267; Fabiani, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese: la contraddizione tra il sistema dei privilegi e la ragion di Stato*, Fall, 2022, 493; Cass. 18 gennaio 2022, n. 1423.

anche nell'interesse delle future generazioni, i cui costi, anche per il principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione non possono ricadere esclusivamente sui creditori chirografari.

Gli oneri conseguenti alla previsione di misure volte al rispetto della sostenibilità sociale ambientale non potranno che essere addossate anche ai crediti che risultano assistiti da una causa di prelazione, ad eccezione dei crediti di lavoro, cui è riconosciuto una tutela assoluta ed inderogabile. La nuova articolazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza consente, almeno per quanto concerne il valore eccedente quello di liquidazione, di incidere sul trattamento dei creditori prelatizi, come pure sulla graduazione, in attuazione e nel rispetto dei principi la *relative priority rule*.

Questo potrebbe consentire, di addossare anche ai creditori prelatizi e privilegiati gli oneri conseguenti all'attuazione della sostenibilità sociale ed ambientale, sulla base della considerazione che il rispetto e l'attuazione di questi principi costituisce una nuova inderogabile regola dell'iniziativa economica e dell'esercizio dell'impresa, che si accompagna anche alla fase dell'esercizio dell'impresa nella fase di crisi, di cui la regolazione della crisi e dell'insolvenza è parte imprescindibile.

Laddove la soluzione all'insolvenza si realizzi esclusivamente attraverso la liquidazione, tali oneri potrebbero comunque essere addossati a tutti i creditori compresi i creditori prelatizi e privilegiati, se fossero trattati al pari delle spese di procedura, per le quali devono concorrere secondo regole di proporzionalità, anche i creditori prelatizi, intendendo gli oneri per le misure ESG, quale oneri che comunque si accompagnano anche a quel segmento di attività economica consistente nella liquidazione dei beni a favore di tutti i creditori non solo chirografari ma anche prelatizi e privilegiati.

Nella liquidazione si realizza infatti la destinazione di beni e di valori dell'impresa nel mercato, affinché da questi siano tratte nuove utilità mediante il riutilizzo o in qualsiasi altra forma. Si tratta, quindi, sempre di un'attività di gestione e di sfruttamento economico e produttivo, suscettibile di essere onerato anch'esso degli obblighi di sostenibilità sociale e ambientale, secondo i criteri ESG.

Bruno Inzitari