

Procedure di insolvenza e doveri degli amministratori

Prosegue, a livello comunitario, il processo di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in materia di disciplina delle crisi. Si tratta di un processo le cui “tappe” vanno sempre più nitidamente caratterizzandosi come il frutto di due precisi convincimenti: da un lato, quello della necessità del superamento delle divergenze fra i sistemi nazionali nella materia in questione, divergenze che sono sempre state e tuttora sono notevoli e che vengono ormai avvertite come uno dei principali ostacoli al funzionamento di un mercato unico efficiente; dall’altro, quello dell’estrema difficoltà, proprio per le ricordate divergenze, di armonizzare taluni profili centrali dei meccanismi di composizione e soluzione delle crisi (per esempio, le condizioni per l’avvio delle procedure di insolvenza, la definizione di insolvenza, il rango dei crediti, ecc.), data la loro intima connessione con delicati settori dei diritti nazionali.

Da qui alcuni dei connotati che tendono a contraddistinguere le nuove normative; in particolare:

– per un verso, l’armonizzazione è parziale e lo è in doppio senso: perché riguarda solo alcuni istituti e meccanismi e perché le norme sono destinate, in principio, ad applicarsi solo agli imprenditori, secondo un’impostazione allora dualistica;

– per altro verso, l’armonizzazione è minima, lasciando così amplissimo spazio a scelte differenziate da parte degli ordinamenti nazionali.

Il processo è iniziato con la Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014, nella quale si erano invitati gli Stati membri a dotarsi sia di efficaci procedure preventive per aiutare i debitori economicamente validi a ristrutturarsi ed evitare l’insolvenza sia di disposizioni sulla «seconda opportunità» che consentano agli imprenditori di essere ammessi al beneficio della liberazione dai debiti entro tre anni dalla dichiarazione di insolvenza. È seguita la direttiva 20 giugno 2019, n. 1023, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l’esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione,

che è stata attuata in Italia con il d.lgs. n. 83/2022, che ha profondamente innovato il Codice della crisi.

Una ulteriore tappa è ormai vicina. Nel dicembre 2022 è stata infatti presentata, dalla Commissione, una proposta di direttiva che prevede, appunto, il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri della UE su alcuni aspetti delle procedure di insolvenza, tra i quali quelli relativi: alle azioni revocatorie; alla tracciabilità dei beni del debitore e all'accesso ai registri pubblici da parte del rappresentante della procedura; ai c.d. pre-packaged plans; ai doveri degli amministratori nella fase di insolvenza della società; alle misure ad hoc per la liquidazione delle microimprese insolventi; al ruolo del comitato dei creditori¹. Su tale proposta è maturato fra il dicembre 2024 ed il giugno 2025 un orientamento largamente favorevole in seno al Consiglio europeo: si è in attesa dell'accordo con il Parlamento europeo.

Fra gli aspetti delle procedure di insolvenza oggetto della proposta di direttiva figura quello relativo ai doveri di comportamento degli amministratori di fronte all'insolvenza della società, che costituisce un capitolo non secondario del c.d. diritto societario della crisi e che – nonostante l'atteggiamento scettico di qualche commentatore della proposta, che si è spinto a parlare di “modesto impatto” della normativa in oggetto² – appare meritevole di particolare considerazione, per gli importanti riflessi sistematici che tale disciplina, ove introdotta in Italia, sembra destinata ad avere.

Il titolo V della proposta, recante la rubrica «Obblighi degli amministratori di chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza e responsabilità civile», contiene due disposizioni:

- l'art. 36, per il quale «Gli Stati membri provvedono affinché, in caso di insolvenza di un soggetto giuridico, i suoi amministratori siano tenuti, entro tre mesi da quando sono venuti a conoscenza o si può ragionevolmente presumere che fossero a conoscenza dell'insolvenza, a presentare all'organo giudiziale una richiesta di apertura di una procedura di insolvenza»;

¹ Sulla quale v., fra gli altri, PANZANI, *Osservazioni ragionate sulla proposta di una nuova direttiva di armonizzazione delle leggi sull'insolvenza*, in *dirittodellacrisi.it*, 10 gennaio 2023; SILVESTRI, *La proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto dell'insolvenza*, *id.*, 17 gennaio 2023; FERRO, *L'insolvenza societaria nella Direttiva Insolvency III*, in *giustizainsieme.it.*, 19 giugno 2023.

² Mi riferisco a SILVESTRI, *La proposta*, cit.

- *l'art. 37, per il quale* «Gli Stati membri provvedono affinché gli amministratori del soggetto giuridico insolvente siano responsabili dei danni subiti dai creditori a seguito del mancato rispetto dell'obbligo di cui all'art. 36» (§ 1) e «Il par. 1 lascia impregiudicate le norme nazionali in materia di responsabilità civile per violazione dell'obbligo degli amministratori di presentare una richiesta di apertura di una procedura di insolvenza di cui all'art. 36 che siano più rigorose nei confronti degli amministratori» (§ 2).

Le ragioni a fondamento delle due disposizioni – le quali, per un verso, si collegano a quanto previsto dall'art. 19 della direttiva n. 2018/1023³ e, per altro verso, traggono ispirazione palesemente dal § 15 dell'Insolvenzordnung tedesca⁴ – sono chiare e, in qualche misura, ovvie. Come si rileva nel Considerando 32, gli amministratori, per la loro stessa posizione, sono o dovrebbero essere i primi a capire se il “soggetto giuridico” da loro amministrato è prossimo all'insolvenza o è già insolvente e, d'altra parte, una richiesta tardiva di apertura della procedura può comportare valori di recupero inferiori per i creditori. D'altra parte, come si rileva nel Considerando n. 33, occorre garantire che gli amministratori non agiscano nel loro interesse personale, ritardando deliberatamente la richiesta di apertura della procedura di insolvenza, quando di questa ricorrono i segni: di qui, la previsione, almeno, di una responsabilità civile degli amministratori, nei confronti dei creditori, per la violazione dell'obbligo in questione, ferma restando la possibilità per gli Stati di adottare misure più rigorose.

³ Per il quale «*Gli Stati membri provvedono affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, i dirigenti tengano debitamente conto come minimo dei seguenti elementi: a) gli interessi dei creditori, e dei detentori di strumenti di capitale e degli altri portatori di interessi; b) la necessità di prendere misure per evitare l'insolvenza; e c) la necessità di evitare condotte che, deliberatamente o per grave negligenza, mettono in pericolo la sostenibilità economica dell'impresa.*»

⁴ Per il quale, in caso di insolvenza di una società di capitali, gli amministratori sono tenuti a presentare senza indugio, al più tardi tre settimane dopo il verificarsi della medesima, un'istanza di avvio della procedura di insolvenza.

Va ricordato che in molti ordinamenti europei l'obbligo è posto formalmente a carico del *debitore* (così nell'art. L 621-1 del *code de commerce* francese, per il quale il debitore deve chiedere l'apertura della procedura di insolvenza entro 15 giorni dalla cessazione dei pagamenti; o l'art. 5 della *ley concursal* spagnola in base al quale il debitore deve chiedere il proprio *concurso* entro due mesi dal momento in cui ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscere il proprio stato di insolvenza): ovviamente, l'obbligo gravante in generale sul debitore si traduce, nel caso di “soggetti collettivi” in obblighi gravanti sugli amministratori del medesimo.

È difficile prevedere se queste disposizioni rimarranno, nella loro formulazione attuale⁵, nella versione definitiva della direttiva. Se così dovesse essere, la loro attuazione nell'ordinamento italiano comporterebbe modifiche di non irrilevante portata, in particolare con riguardo all'art. 36.

a. Qui va, in primo luogo, ricordato che la legislazione comunitaria in materia di disciplina delle crisi, a partire dal Regolamento n. 2015/848, sembra essersi ormai orientata nel senso di una netta divaricazione, per non dire contrapposizione, fra procedure di ristrutturazione, aventi a loro presupposto il rischio di insolvenza, e procedure di insolvenza, che hanno come presupposto appunto l'insolvenza in senso stretto⁶: e la proposta nel suo insieme, e quindi anche l'art. 36 della medesima, per come è formulato, parrebbero collocarsi proprio in quel solco. Il che si ripercuote direttamente sulla stessa direttiva n. 2019/1023, contribuendo a consacrarne, in modo chiaro e definitivo, l'area di operatività, circoscritta alle situazioni di mera probabilità dell'insolvenza, da gestire in modo da impedire l'insolvenza medesima⁷.

In sede di attuazione della nuova direttiva, inevitabilmente si dovrebbe ripensare la scelta del legislatore del d.lgs n. 83/2022 di consentire l'accesso alle procedure di ristrutturazione preventiva introdotte in sede di attuazione della direttiva del 2019 anche a società (e, in genere, a imprenditori collettivi) già in stato di insolvenza.

b. In secondo luogo.

⁵ Che prospetta già di per sé non pochi problemi interpretativi, a cominciare da cosa si debba intendere rispettivamente per “soggetto giuridico” e per “amministratori”.

⁶ La distinzione in questione emerge, quanto al Regolamento del 2015, dalla specificazione contenuta nel *Considerando* n. 14, dove si precisa, da un lato, che «Le procedure concorsuali che sono disciplinate nel presente Regolamento dovrebbero comprendere tutti i creditori, o una parte significativa di essi ai quali un debitore deve tutti o una parte sostanziale dei suoi debiti in essere, purché non siano pregiudicati i crediti di quei creditori che non sono coinvolti in tali procedure», e, dall'altro, che «Le procedure che non comprendono tutti i creditori di un debitore dovrebbero avere come obiettivo il salvataggio del debitore stesso», mentre «Le procedure che portano ad una cessazione definitiva delle attività del debitore o alla liquidazione dei suoi beni dovrebbero comprendere tutti i creditori».

⁷ Come è stato giustamente evidenziato, la regola posta dall'art. 36 «*impatta...in modo frontale sui quadri di ristrutturazione preventiva, per più ordini di ragioni: l'obbligo di chiedere l'apertura della procedura d'insolvenza, almeno programmaticamente, si giustappone – senza confondersi – agli strumenti di emersione anticipata della crisi o insolvenza, scolpendo in modo netto l'area di operatività, con tale precetto, delle rispettive discipline*» (M. FERRO, *L'insolvenza*, cit., p. 3, dell'estratto).

In base alla disciplina attuale, quale delineata dagli artt. 2086 c.c. e 3 Codice della crisi, gli amministratori di una società di capitali, in presenza di una situazione di insolvenza della società, hanno, nel quadro dell'obbligo di adottare uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il "superamento" della crisi, la possibilità di scegliere lo strumento a loro avviso più idoneo nell'ambito di una gamma assai ampia, che va dall'avvio del procedimento di composizione negoziata, alla domanda di accesso ad una delle procedure compositive, alla istanza per l'apertura di una procedura liquidativa. Essi godono, sul punto, di ampia discrezionalità, da esercitare, ovviamente, nel rispetto dei canoni della diligenza e della correttezza e dei principi di adeguatezza e di ragionevolezza. Si tratta di un sistema elastico, che presenta, naturalmente, tutti i pregi e tutti gli inconvenienti propri della elasticità.

Con l'adozione, in sede di attuazione della nuova direttiva, di una regola come quella posta dall'art. 36 il sistema diventerebbe rigido: verificata l'esistenza di uno stato di insolvenza, gli amministratori avrebbero una sola strada, quella della presentazione, entro un breve lasso di tempo⁸, di una istanza di apertura di una procedura di insolvenza⁹.

Non ci si può, però, fermare a questo punto.

Si imporrebbe infatti – oltre a modifiche normative di rilievo, tutto sommato, marginale: come il ritocco della disciplina della composizione negoziata, per eliminare qualsiasi riferimento alla insolvenza; o il collegamento con l'art. 330, lett. b) Codice della crisi che sanziona penalmente il comportamento degli amministratori che «hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge» – l'introduzione di una apposita definizione delle procedure di insolvenza (che manca nella proposta di direttiva¹⁰). Il nostro attuale ordinamento – dopo il d.lgs. n. 83/2022 – già conosce la categoria in questione: essa compare infatti in molte norme, a partire da quelle definitorie dell'art. 2, lett. n) e q) per arrivare agli artt. 7, co. 1, 26, co. 1, 27, co. 1, ecc., dove si trova siste-

⁸ Un termine di tre mesi che, peraltro, gli Stati membri, ai sensi del § 2 dell'art. 37, potrebbero ridurre.

⁹ Per una valutazione critica proprio della rigidità della regola v. NIGRO, "Principio" di ragionevolezza e regime di responsabilità degli amministratori di s.p.a., in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 474.

¹⁰ Vi si legge solo, al Considerando n. 3, che «Le procedure di insolvenza assicurano la liquidazione o la ristrutturazione ordinata di imprese o imprenditori in difficoltà finanziarie ed economiche».

maticamente contrapposta alla categoria dei c.d. strumenti di composizione della crisi e dell'insolvenza. Il fatto è che, mentre gli strumenti sono definiti, dalla nuova lettera m-bis) dell'art. 2, co. 1, dove si precisa che per tali debbono intendersi «le misure, gli accordi e le procedure, diversi dalla liquidazione giudiziale e dalla liquidazione controllata, volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività (...)». le procedure di insolvenza non godono di una corrispondente definizione; con la conseguente incertezza su quali siano esattamente gli ambiti delle due categorie.

Ad avviso di chi scrive, i dati normativi ai quali si è accennato sono sufficientemente probanti nel senso che per procedure di insolvenza si debbano intendere, propriamente, le procedure che abbiano come presupposto solo lo stato di insolvenza e prescindano da una fase “negoziata” con i creditori¹¹; ma sembra evidente che l'efficienza di una regola come quella dell'art. 36 esige un intervento chiarificatore del legislatore.

Si tratterà (tratterebbe) di un passaggio assai delicato.

Il futuro legislatore, infatti, se vorrà restare fedele sia allo spirito della direttiva sia ai dati positivi già acquisiti, non potrà che dettare una definizione di procedure di insolvenza tale da includere solo le procedure propriamente liquidative aventi come unico presupposto lo stato di insolvenza, con la conseguenza di escludere dalle soluzioni che gli amministratori possono adottare in presenza di uno stato di insolvenza tutte le procedure compositive, a cominciare dal concordato preventivo. Il che, allora, inevitabilmente avrebbe ricadute ulteriori sul piano sistematico, in termini di revisione dei presupposti stessi di tutte, o di alcune, delle procedure compositive. Non si dimentichi, sotto questo aspetto, che il nostro attuale sistema si caratterizza, fra l'altro, proprio per il fatto di non contemplare praticamente alcuno strumento di composizione che trovi il proprio presupposto esclusivamente nello stato di crisi.

Minori problemi sembrerebbe prospettare l'attuazione, nell'ordinamento italiano, della regola di cui all'art. 37 della proposta di direttiva,

¹¹ V. NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*⁷, Bologna, 2025,

in materia di responsabilità civile degli amministratori. Ad avviso di chi scrive, andrebbe qui valorizzata l'affinità fra la fattispecie considerata appunto dall'art. 37 e quella disciplinata dall'art. 2486 c.c., come integrato dall'art. 378 Codice della crisi.; in entrambi i casi si tratta di responsabilità da ritardo, nel primo caso in punto di avvio di una procedura di insolvenza, nel secondo caso di accertamento di una causa di scioglimento¹². E valorizzata precisamente nel senso di costruire la relativa azione come azione della massa, esercitabile, durante la procedura, dall'organo tecnico della procedura medesima, nell'interesse ed a vantaggio di tutti i creditori. [ALESSANDRO NIGRO]

COMMISSIONE EUROPEA – Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che armonizza taluni aspetti del diritto in materia di insolvenza, presentata il 7 dicembre 2022.

Relazione

(Omissis)

Il titolo V sugli obblighi degli amministratori fa parte delle misure volte a massimizzare il valore della massa fallimentare. Sebbene la direttiva proposta non fornisca una definizione armonizzata di amministratori, al momento del recepimento delle disposizioni contenute in questo titolo, gli Stati membri dovrebbero tenere conto del fatto che il termine amministratore dovrebbe essere inteso in senso lato. Ciò è in linea con il suggerimento della Guida legislativa sul diritto in materia di insolvenza della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL)²⁸, secondo cui “come guida generale una persona può essere considerata un amministratore quando è incaricata di adottare o di fatto adotta o dovrebbe adottare decisioni fondamentali in merito alla gestione di un’impresa”. In genere gli amministratori sono tra i primi a capire se un’impresa è prossima all’insolvenza o è già insolvente. Essi dovrebbero pertanto essere tenuti a presentare tempestivamente una richiesta di apertura di una procedura di insolvenza. La direttiva proposta stabilisce un termine per l’adempimento di tale obbli-

¹² Una affinità resa ancor più stringente, per così dire, dal fatto che nell’attuale sistema l’apertura di una procedura liquidativa costituisce causa di scioglimento della società.

go, associato alla responsabilità civile. Poiché le disposizioni di questo titolo sono norme minime di armonizzazione, gli Stati membri possono mantenere o introdurre obblighi più rigorosi per gli amministratori delle imprese prossime all'insolvenza.

(Omissis)

Proposta di direttiva

(Omissis)

considerando che

(Omissis)

(32) Gli amministratori sovrintendono alla gestione degli affari di un soggetto giuridico e hanno la migliore visione d'insieme della sua situazione finanziaria. Sono pertanto tra i primi a capire se un soggetto giuridico è prossimo all'insolvenza o è già insolvente. Una richiesta tardiva di apertura della procedura di insolvenza da parte degli amministratori può comportare valori di recupero inferiori per i creditori. Gli Stati membri dovrebbero pertanto introdurre l'obbligo per gli amministratori di presentare tale richiesta entro un determinato termine. Gli Stati membri dovrebbero inoltre definire a chi dovrebbero applicarsi gli obblighi degli amministratori tenendo conto del fatto che la nozione di "amministratore" dovrebbe essere interpretata in senso lato, in modo da includere tutte le persone incaricate di adottare o che di fatto adottano decisioni fondamentali in relazione alla gestione di un soggetto giuridico.

(33) Al fine di garantire che gli amministratori non agiscano nel loro interesse personale ritardando, nonostante i segni di insolvenza, la presentazione di una richiesta di apertura di una procedura di insolvenza, gli Stati membri dovrebbero prevedere disposizioni che rendano gli amministratori civilmente responsabili della violazione dell'obbligo di presentare tale richiesta. In tal caso gli amministratori dovrebbero risarcire i creditori per i danni derivanti dal deterioramento del valore di recupero del soggetto giuridico rispetto alla situazione in cui la richiesta fosse stata presentata entro i termini. Gli Stati membri dovrebbero poter adottare o mantenere norme nazionali più rigorose di quelle previste dalla presente direttiva per quanto riguarda la responsabilità civile degli amministratori in relazione alla presentazione della richiesta di apertura di una procedura di insolvenza.

(Omissis)

Titolo V

Obbligo degli amministratori di chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza e responsabilità civile

Articolo 36

Obbligo di chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza

1. Gli Stati membri provvedono affinché, in caso di insolvenza di un soggetto giuridico, i suoi amministratori siano tenuti, entro tre mesi da quando sono venuti a conoscenza o si può ragionevolmente presumere che fossero a conoscenza dell'insolvenza, a presentare all'organo giurisdizionale una richiesta di apertura di una procedura di insolvenza.

Articolo 37

Responsabilità civile degli amministratori

1. Gli Stati membri provvedono affinché gli amministratori del soggetto giuridico insolvente siano responsabili dei danni subiti dai creditori a seguito del mancato rispetto dell'obbligo di cui all'articolo 36.

2. Il paragrafo 1 lascia impregiudicate le norme nazionali in materia di responsabilità civile per violazione dell'obbligo degli amministratori di presentare una richiesta di apertura di una procedura di insolvenza di cui all'articolo 36 che siano più rigorose nei confronti degli amministratori.

(Omissis)