"FILING DUTY", RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI E ADEGUATI ASSETTI NELLA GESTIONE DELLA CRISI DI IMPRESA

GIOVANNI CIRILLO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il confronto con il diritto nordamericano. Il "trasferimento" dei doveri fiduciari (*Shifting Fiduciary Duties*). – 3. Filing duty, riforma della *governance* societaria e adeguati assetti. – 4. Ambito soggettivo di applicazione del *filing duty*. – 5. Ambito di applicazione oggettiva del *filing duty*. – 6. L'obbligo giuridico di denuncia. – 7. Il regime di eccezione: la sospensione dell'obbligo e la tutela equivalente. – 8. Responsabilità civile degli amministratori. – 9. I criteri di accertamento del danno. – 10. La giurisdizione sull'azione di responsabilità per violazione del *filing duty*. – 11. *Filing duty,* adeguati assetti organizzativi e responsabilità degli amministratori. – 12. Il sistema italiano di prevenzione ed emersione tempestiva della crisi e la riforma della *governance* societaria ex Dlgs. 47/2026. – 13. Pre-crisi, crisi, insolvenza. – 14. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel linguaggio giuridico, *to file* (depositare) indica la consegna di un documento alla cancelleria di un tribunale e la sua accettazione da parte del cancelliere ai fini dell'inserimento negli atti ufficiali del procedimento.

L'espressione *"filing duty"* (o *"duty to file for insolvency"*) è di marca unionale, è stata coniata e standardizzata in tavoli tecnici presso i quali la Commissione Europea e gli esperti accademici internazionali redigono bozze di direttive, studi comparatistici o rapporti d'impatto, al fine di riassumere sotto un unico ombrello concettuale istituti nazionali simili e indica di

Riproduzione riservata

massima *l'obbligo giuridico degli amministratori societari di chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza nel caso di crisi d'impresa.*

2. Il confronto con il diritto nordamericano. Il "trasferimento" dei doveri fiduciari (*Shifting Fiduciary Duties*)

Negli Stati Uniti non esiste un tale dovere: si parla quindi di mancanza di un obbligo generale di deposito - *No Duty to File*[1]. La decisione di accedere alle tutele del Chapter 11 U.S. Bankruptcy Code (ristrutturazione aziendale in continuità) o del Chapter 7 (liquidazione) è considerata una scelta di business e di gestione strategica (*business judgment rule*). Al contrario di molti sistemi europei, dove il mancato deposito tempestivo genera responsabilità civile o penale per gli amministratori (es. per "aggravamento del dissesto"), negli USA gli amministratori non vengono sanzionati per il solo fatto di aver continuato a far operare un'azienda insolvente, a patto che abbiano agito nel tentativo di preservare o massimizzare il valore aziendale. E tuttavia, sebbene non esista un *filing duty* in senso tecnico, nel diritto societario statunitense (fortemente influenzato dalla giurisprudenza dello Stato del Delaware) si verifica un fenomeno chiamato shifting of fiduciary duties (trasferimento di doveri fiduciari), quando la società entra nella "zona di insolvenza". In condizioni normali, i doveri fiduciari degli amministratori (*Duty of Care* e *Duty of Loyalty*) sono dovuti esclusivamente nei confronti della società e dei suoi azionisti (*shareholders*); in condizione di insolvenza, i beneficiari residui del valore aziendale non sono più gli azionisti (il cui patrimonio è virtualmente azzerato), ma diventano i creditori (*creditors*). Gli amministratori espandono quindi i propri doveri fiduciari per proteggere la massa dei creditori, evitando di dissipare gli asset residui in scommesse eccessivamente rischiose.

[1] Jennifer HILL, Shifting Contours of Directors' Fiduciary Duties and Norms, in Comparative Corporate Governance, Published: 20 Jan 2020.

3. Filing duty, riforma della *governance* societaria e adeguati assetti

Il *filing duty* è quindi l'obbligo di chiedere l'apertura di una procedura d'insolvenza, introdotto dagli artt. 40-42 della direttiva (UE) 2026/799[2]. Il presente contributo intende studiare i riflessi che l'introduzione di questo strumento, *previa l'intermediazione del diritto interno degli Stati membri,* potrà produrre nel sistema generale della crisi d'impresa ed in quello della responsabilità degli amministratori societari. In particolare, vorrei qui riflettere sulle modalità di funzionamento del *filing duty* anche in relazione alle assai diverse procedure messe a disposizione degli operatori economici dal Codice della crisi d'impresa in presenza di manifestazioni sintomatiche del rischio di insolvenza e sul possibile atteggiarsi di questo strumento in relazione ai singoli modelli societari di riferimento, tenendo conto delle modifiche apportate dalla riforma della *governance* societaria, introdotta nel nostro ordinamento giuridico dal D.Lgs. n. 47 del 27 marzo 2026 e in vigore dal 29 aprile 2026. Va da sé che una simile riflessione debba altresì tener conto dell'impatto che questa nuova figura avrà con il modello degli adeguati assetti organizzativi, disciplinato dall'art. 2086 comma 2 del codice civile e dall'art. 3 CCII, nonché dei reciproci condizionamenti che ne seguiranno. Da questo punto di vista, non sarà inutile stabilire da subito alcuni "paletti", a mò di utile *actio finium regundorum,* la cui necessità discende dalle previsioni della direttiva 2026/799 e che dovrà essere poi riletta

[2] Stefania PACCHI, Adeguati assetti e *filing duty* nella gestione dell'insolvenza: profili sistematici della direttiva (UE) 2026/799, in Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 24.8.2026. Tra i primi, a segnalare l'esigenza di sancire in capo agli amministratori un «obbligo di rendere manifesto lo stato di decozione» e ad osservare che l'organo amministrativo resta il soggetto chiamato in prima battuta ad attivarsi, va ricordato Stefano AMBROSINI, Amministrazione, controlli e responsabilità nella società per azioni, Torino, 2026, spec. 238-240.

Riproduzione riservata

alla luce di quelle che saranno le opzioni del legislatore domestico, ancora di là da venire[3].

4. Ambito soggettivo di applicazione del *filing duty*

Il *filing duty,* previsto dal Titolo IV della direttiva 799, agli artt. 40 e 41 e ai Considerando 57-61, ma ancor prima dall'art. 1 comma 1 lett. d) intitolato all'"obbligo degli amministratori di presentare una domanda di apertura di una procedura di insolvenza", è strutturato dal legislatore europeo specificamente attorno alla figura degli amministratori di società e ai relativi obblighi e responsabilità in relazione ai poteri di gestione e decisione esercitati all'interno dell'organizzazione societaria[4].

[3] La Direttiva (UE) 2026/799 del 30 marzo 2026 deve ancora essere attuata dal legislatore italiano, richiedendo rilevanti modifiche al diritto nazionale. I termini per il recepimento e le relative disposizioni, alla stregua dell'art. 55 della direttiva medesima, prevedono scadenze differenziate, esistendo un termine generale, quello del 22 gennaio 2029, entro il quale gli Stati membri dovranno adottare e pubblicare le misure nazionali necessarie a conformarsi alla maggior parte delle norme della direttiva e un termine specifico, il 10 luglio 2029, per le disposizioni specifiche relative all'accesso rapido alle informazioni sui conti bancari (articoli 15, 16 e 17). Per un primo commento generale alla direttiva (UE) 2026/799, Stefania PACCHI, La direttiva (UE) 2026/799 e il nuovo cantiere europeo del diritto della crisi, in Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 13 aprile 2026.

[4] Il legislatore unionale parla di *directors,* tradotto in lingua italiana con *amministratori.* Occorre tenere presente che nel contesto del diritto societario internazionale e dei testi legislativi dell'Unione Europea, la traduzione dei ruoli aziendali segue regole ben precise. In particolare, nel sistema societario anglosassone, regolato dalla *Common Law*, i "members of the board of directors" sono i componenti del consiglio di gestione o del consiglio di amministrazione. Di conseguenza, *director* non corrisponde al concetto italiano di dirigente dipendente o *manager* o *head of department,* ma indica la figura che ha la rappresentanza legale, il potere di gestione economica e la responsabilità strategica della società. Del resto, nel nostro ordinamento giuridico gli obblighi di istituire adeguati assetti organizzativi e di attivarsi tempestivamente in caso di crisi ricadono unicamente sugli amministratori, ai sensi dell'art. 2086 del Codice Civile e dalle norme del Codice della Crisi e dell'Insolvenza. Per una riflessione sui rapporti tra diritto unionale e disciplina interna della crisi, Sabino FORTUNATO, Il diritto della crisi nella prospettiva unionale, in Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 21 febbraio 2026; Alberto MAZZONI, Procedure concorsuali e standards internazionali: norme e principi di fonte Uncitral e Banca Mondiale, in Giurisprudenza commerciale, 2018, I, 43 ss.

La direttiva medesima, all'art. 1 par. 3, esclude espressamente dal suo ambito di applicazione generale le persone fisiche che non sono imprenditori, quindi anzitutto i *consumatori,* ai quali si applicano le *procedure di sovraindebitamento* e, *quanto alle imprese individuali e alle società di persone, lascia la facoltà ai singoli Stati membri di estensione*, in fase di recepimento domestico (art. 36, letto in combinato disposto con le definizioni dell'art. 2 e dei Considerando 57-61). Ben a ragione, dunque, si è detto che *la direttiva ruota intorno ai soggetti ai quali l'ordinamento attribuisce la responsabilità delle decisioni gestorie*[5]. Ne deriva che la direttiva traccia un limite applicativo invalicabile per intrinseca coerenza interna, quello delle persone fisiche non imprenditori, ed uno superabile dai legislatori degli Stati membri, quello degli imprenditori individuali e delle società di persone. Naturalmente, la previsione di *non applicazione* della direttiva a determinati soggetti, in relazione a una materia, quale quella della crisi d'impresa, che non costituisce oggetto di potestà legislativa esclusiva in capo all'Unione europea, prevista esclusivamente per i settori specifici elencati nell'art. 3 TFUE, ma che rientra piuttosto nel settore del mercato interno e nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dove vige la competenza concorrente tra l'Unione e gli Stati membri ex art. 4 TFUE (e dove è ammessa un'azione di armonizzazione del Parlamento e del Consiglio UE), non significa *non applicabilità.* Come chiarito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, infatti, ben può il legislatore nazionale, per ragioni di coerenza interna dell'ordinamento nazionale, applicare le stesse regole di una direttiva europea anche a situazioni o materie che la direttiva espressamente escludeva, con il limite del rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione e delle libertà fondamentali stabilite dal TFUE (libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone; non discriminazione)[6].

[5] Stefania PACCHI, op. cit., 16.

[6] Le sentenze cardine della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) che disciplinano il meccanismo di estensione del diritto UE a situazioni escluse

La direttiva 799 quindi non costruisce il *filing duty* attorno alla figura dell'imprenditore in quanto tale, ma richiede che, nell'individuazione dei destinatari, si tenga conto delle *responsabilità esercitate rispetto alle decisioni concernenti la gestione della società*. Ciò in ragione della *posizione apicale* occupata da tali soggetti all'interno dell'organizzazione societaria che consente loro in concreto, anche per le funzioni esercitate, di disporre delle informazioni necessarie per rilevare l'insolvenza e assumere tempestivamente le decisioni conseguenti (cfr. il Considerando 57, primo e secondo periodo, della direttiva, a mente del quale "gli amministratori sovrintendono alla gestione degli affari di una società, hanno la

prendono il nome di giurisprudenza *Dzodzi*, consolidata e definita nei suoi limiti specifici da pronunce successive come le sentenze Romeo, Nolan e Caixa d'Estalvis. Con la sentenza *Dzodzi* (18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89), la Corte ha affermato per la prima volta la propria competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale su disposizioni di una direttiva (o di altri atti UE) estese dal legislatore nazionale a situazioni puramente interne o espressamente escluse dal diritto dell'Unione, in quanto l'ordinamento dell'Unione ha un "interesse manifesto" a che le sue norme ricevano un'interpretazione uniforme per evitare future divergenze interpretative. Nelle pronunce successive, la CGUE ha circoscritto questo potere del legislatore nazionale e la propria competenza, fissando precise condizioni. Con la sentenza *Romeo* (7 novembre 2013, causa C-313/12) e la sentenza *Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona* (20 marzo 2014, causa C-139/12), la Corte ha ribadito che l'estensione delle regole europee a fattispecie escluse è legittima e giustifica l'intervento interpretativo della CGUE solo se il rinvio operato dal diritto nazionale alle norme UE è diretto e incondizionato. Il legislatore nazionale deve cioè aver compiuto una scelta consapevole di allineamento totale per ragioni di coerenza interna, tesa a scongiurare discriminazioni a rovescio nei confronti dei propri cittadini. Il potere del legislatore domestico di estendere le regole della direttiva a materie escluse incontra tuttavia i limiti imposti dalla stessa Corte, sulla base del TFUE. In particolare, la sentenza *Nolan* (18 ottobre 2012, causa C-583/10) ha chiarito che non può esservi un'applicazione automatica del diritto UE se la direttiva conteneva un'esclusione esplicita e tassativa legata alle competenze dell'Unione, a meno che l'allineamento interno non rispetti pienamente i principi sovraordinati. Quando il legislatore nazionale estende il regime di una direttiva oltre il suo perimetro originario, la regolamentazione di tali situazioni escluse non può violare le libertà fondamentali stabilite dal TFUE (come la libera prestazione dei servizi o la libertà di stabilimento), né i principi generali del diritto dell'Unione (proporzionalità, legittimo affidamento, non discriminazione e diritti fondamentali della Carta).

migliore visione d'insieme della sua situazione finanziaria e sono pertanto tra i primi a capire se una società è insolvente").

Nell'attuare la direttiva 2026/799 sarebbe quindi auspicabile che il legislatore interno individuasse quali soggetti debbano essere ricondotti alla categoria dei *directors* secondo il diritto nazionale, tenendo conto dell'indicazione funzionale contenuta nel considerando 57, e stabilisse se ricorrano ragioni per differenziare il regime applicabile alla responsabilità degli amministratori in relazione ai diversi tipi societari, in ragione dei rispettivi poteri e dell'ambito e della natura delle rispettive responsabilità.

Qualora dovesse optare per una disciplina specifica della differenziazione delle posizioni degli amministratori per *tipi societari* (circostanza peraltro altamente improbabile, perché questo comporterebbe un recepimento fin troppo esteso), non par dubbio che le società di capitali e le società cooperative costituiscano la materia dove la funzione di prevenzione dell'insolvenza perseguita dallo strumento del *filing duty* tenderà a manifestarsi con maggiore evidenza, stante la netta separazione tra patrimonio sociale e patrimoni individuali dei soci e la distinzione tra proprietà e gestione e autonomia decisionale dell'organo amministrativo. In particolare, nelle società di capitali pure, come S.r.l. e S.p.A., dove vigono il principio di responsabilità limitata dei soci e quello di responsabilità gestoria degli amministratori per danni (mala gestio) e non una responsabilità diretta per i debiti dell'Ente, l'ordinamento italiano l'obbligo di denuncia si modella in forza di un complesso sistema normativo che comprende doveri di segnalazione, adeguati assetti organizzativi (art. 2086 c.c.) e tutela risarcitoria concorsuale.

La direttiva prende espressamente in considerazione l'ipotesi in cui i *directors* siano persone fisiche personalmente responsabili per tutti i debiti della società e rimette alla valutazione dei singoli Stati membri se farli rientrare nella sfera di applicazione del *filing duty*. Tali sono i soci amministratori delle società di persone con responsabilità illimitata, ossia: i soci

delle s.n.c.; i soci accomandatari delle s.a.s.; i soci accomandatari delle società in accomandita per azioni (s.a.p.a.) che, sebbene siano società di capitali, registrano una disciplina della responsabilità patrimoniale mutuata dalle società di persone, e dove in particolare i soci accomandatari sono amministratori di diritto e rispondono illimitatatamente e solidalmente con il proprio patrimonio personale per le obbligazioni sociali, sebbene solo in via sussidiaria e potendo contare sul beneficio di preventiva escussione del patrimonio societario; i soci delle società semplici, qualora esercitino attività commerciale nei casi residuali consentiti o agiscano in nome e per conto della società.

In conclusione, osservo che l'unico limite che, quanto all'ambito soggettivo di applicazione, il legislatore italiano dovrà osservare nel dare attuazione alla direttiva unionale 2026/799 sarà rappresentanto dal rispetto della coerenza interna del nostro sistema giuridico, che esige la separazione tra consumatori da un lato e imprenditori singoli e collettivi dall'altro; e, in questa seconda categoria, pretende di attentamente considerare, con apposita regolamentazione o quantomeno mediante rinvio al sistema normativo complessivo, la responsabilità degli amministratori dei diversi tipi societari e la differente regolamentazione delle imprese individuali soprattutto con riferimento agli adeguati assetti organizzativi.

Ne consegue che, tenuto conto di ciò, il nostro legislatore verosimilmente opterà per l'applicazione del meccanismo del *filing duty* a tutte le società, di persone e di capitali, con esclusione degli imprenditori individuali e dei consumatori, rinviando espressamente o implicitamente, quanto alle rispettive responsabilità, alla disciplina *per tipi societari* del codice civile.

5. Ambito di applicazione oggettiva del *filing duty*

Dal punto di vista oggettivo, la direttiva 2026/799 pone la soluzione di una questione pregiudiziale. Per un verso, l'art. 1 comma 2 dispone che i titoli II, III e VI si applicano alle procedure concorsuali, quali definite all'articolo 2, punto 1, del

regolamento (UE) 2015/848, disciplinate dalle norme in materia di insolvenza, *ad eccezione delle procedure di ristrutturazione preventiva*. I titoli richiamati sono quelli delle azioni revocatorie (titolo II), del rintracciamento dei beni appartenenti alla massa fallimentare (titolo III) e del comitato dei creditori (titolo VI). Ne resta fuori, quindi, il titolo V, che è quello rubricato "Obbligo degli amministratori di chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza e responsabilità civile" (artt. 40-43), relativo allo strumento del *filing duty*. E tuttavia, in apparente contrasto con quanto sopra, la stessa direttiva prevede al titolo V, art. 40, commi 1 e 2, che "gli Stati membri provvedono affinché gli amministratori di una società che diventa insolvente conformemente al diritto nazionale abbiano l'obbligo di depositare una domanda di apertura di una procedura di insolvenza*, fatta eccezione per le procedure di ristrutturazione preventiva"*; e che *"*gli Stati membri in cui si applica il regolamento (UE) 2015/848, l'obbligo di depositare una domanda di apertura di una procedura di insolvenza si riferisce alle procedure di cui all'allegato A di tale regolamento, *fatta eccezione per le procedure di ristrutturazione preventiva".*

Qui si impone una riflessione approfondita.

Ricordiamo che i *quadri di ristrutturazione preventiva* sono stati introdotti dalla direttiva 2019/1023 al fine di anticipare l'emersione della crisi, prevenire l'insolvenza e favorire la continuità aziendale in una fase in cui vi è solo una *probabilità* di insolvenza[7]. E tuttavia, secondo il nostro ordinamento giuridico interno non esiste una incompatibilità assoluta tra procedure di ristrutturazione preventiva e insolvenza, trattandosi di strumenti e concetti che cooperano per salvaguardare la continuità aziendale, come appare con solare evidenza dalla disciplina in tema di concordato preventivo. È vero, piuttosto, che i quadri di ristrutturazione preventiva nascono specificamente quando sussiste una *probabilità di insolvenza* e

[7] Per tutti, L. STANGHELLINI, Il Codice della crisi dopo il d.lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della direttiva europea in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva", in Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 21.7.2022.

che il loro obiettivo principale è quello di impedire che l'insolvenza si verifichi, permettendo alle imprese in difficoltà finanziaria ma ancora salvabili di ristrutturarsi precocemente e preservare i posti di lavoro e il valore aziendale. E tuttavia, parte degli strumenti di ristrutturazione preventiva, come gli accordi di ristrutturazione dei debiti o il concordato preventivo, non sono preclusi alle società già insolventi neppure se per insolvenza si intenda quella in senso stretto descritta dall'art. 2 comma 1 lett. b) CCII. Né mancano strumenti flessibili, come la composizione negoziata della crisi, che fungono da vera e propria "porta di accesso" metodologica, consentendo di valutare se lo stato di difficoltà (sia esso crisi o insolvenza) sia superabile attraverso trattative e successivi piani di ristrutturazione.

Non pare che l'esperienza del nostro ordinamento sia in linea con l'art. 40 della direttiva *in parte qua.* Nè sposta i termini del problema l'ulteriore riferimento che la medesima disposizione fa agli Stati membri cui si applica il regolamento UE 2015/848 (è il regolamento in tema di procedure di insolvenza transfrontaliere valido all'interno dell'U.E., con l'esclusione della Danimarca), come modificato dal regolamento (UE) 2025/2073, per stabilire che per essi l'obbligo di deposito riguarda le procedure comprese nell'allegato A del regolamento, perché ancora una volta vengono escluse le procedure di ristrutturazione preventiva. Per parte sua, il rinvio all'allegato A fornisce un elenco positivo di procedure in astratto rilevanti anche per l'attivazione dell'obbligo di denuncia, annoverando la liquidazione giudiziale, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria, gli accordi di ristrutturazione, il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione.

Preso alla lettera, l'art. 40 della direttiva sembra escludere dalla disciplina del *filing duty* non solo la procedura di *concordato preventivo in continuità aziendale,* ma anche tutti i restanti strumenti di regolazione della crisi di tipo conservativo e non liquidatorio annoverati all'interno del Codice della Crisi

d'Impresa, quali la composizione negoziata della crisi (strumento stragiudiziale, come tale non compreso nell'allegato A), il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Al punto che se il rinvio all'allegato A fornirebbe il criterio positivo di individuazione delle procedure rilevanti, l'esclusione delle procedure di ristrutturazione preventiva introdurrebbe un secondo criterio, destinato a selezionare, all'interno di quel catalogo, quelle attraverso le quali il *filing duty* deve essere adempiuto.

Si deve concedere che il dato letterale dell'art. 40, nella parte in cui esclude dal *filing duty* le procedure di ristrutturazione preventiva, appare insuperabile, sebbene contrastante logicamente con altre norme della direttiva, ed in particolare con l'art. 1 comma 2, e incomprensibile alla stregua della *ratio* complessiva della direttiva. Al tempo stesso, non può non sottolinearsi come esso segni un pericoloso passo indietro del modo di intendere le procedure di regolazione della crisi di impresa ad oggi acquisito sia a livello unionale sia nel nostro diritto interno, almeno a far tempo dalle Riforme del 2005-2007.

D'altra parte, se è vero che nel caso di contrasto insanabile tra norma e Considerando prevale la prima[8], è altrettanto vero che non esiste una definizione unionale di "stato di insolvenza" e che le fondamenta sostanziali dei presupposti per l'apertura di una procedura concorsuale rimangono di stretta competenza

[8] Il principio è pacifico. La pietra miliare è rappresentata dalla sentenza *Nilsson* (19 novembre 1998, C-162/97, punto 54), secondo la quale *«il preambolo di un atto comunitario non ha valore giuridico vincolante e non può essere fatto valere per derogare alle disposizioni stesse dell'atto di cui trattasi»*. Ad essa hanno fatto seguito la sentenza Deutsches Milch-Kontor, C-136/04 del 24 novembre 2005 (punto 32); la sentenza *A e a.* del 2 aprile 2017, C-158/14, che ha ribadito (punto 85) che il preambolo ha la sola funzione di chiarire il perimetro di applicazione della direttiva e non è rilevante ai fini dell'interpretazione delle norme e, da ultimo, la sentenza *Puppinck e a. c. Commissione* (19 dicembre 2019, C-418/18 P, punto 76), che più ampiamente e chiaramente afferma che *«il preambolo di un atto dell'Unione non ha alcun valore giuridico vincolante e non può essere invocato né per derogare alle disposizioni stesse dell'atto in questione, né per interpretare queste disposizioni in un senso manifestamente contrario al loro tenore letterale».*

nazionale. I principali interventi dell'U.E. in materia di insolvenza si fondano sull'art. 81 del TFUE (cooperazione giudiziaria in materia civile con implicazioni transfrontaliere). Questa norma attribuisce all'Unione il potere di adottare misure intese a garantire il riconoscimento reciproco delle decisioni e la compatibilità delle regole sui conflitti di legge e di giurisdizione, ma non la competenza a creare un diritto concorsuale unico o per ridefinire i concetti civilistici e commerciali intrinseci di ciascuno Stato. Lo stesso Regolamento (UE) 2015/848 all'art. 7 sancisce il principio della *lex concursus*: la legge dello Stato membro nel quale la procedura è aperta stabilisce sia le condizioni di apertura sia lo svolgimento della procedura stessa. Di conseguenza, stabilire *se* un debitore sia effettivamente insolvente (ad esempio se serva un'impossibilità strutturale di adempiere o basti un mero squilibrio patrimoniale o un flusso di cassa negativo) dipende esclusivamente dal diritto interno. Ed anche nella evoluzione legislativa più recente - dalla Direttiva (UE) 2019/1023 fino alla Direttiva (UE) 2026/799 - il legislatore europeo ha sempre deliberatamente evitato di imporre una nozione comune di insolvenza.

In ogni caso, anche qualora debba giungersi a ritenere insuperabile il dato letterale dell'art. 40 della direttiva 2026/799 e impossibile la sua "neutralizzazione", nella parte in cui esclude le procedure di ristrutturazione preventiva del debito dal *filing duty,* ad opera dei principii fondanti l'U.E. con esso contrastanti e ribaditi dai Considerando dello stesso atto normativo, l'aporia conseguente resta comunque rimediabile, sulla base di quanto detto sopra, al paragrafo 4, circa la potestà discrezionale del legislatore domestico di ampliare la portata applicativa obiettiva della direttiva in materie soggette alla potestà legislativa concorrente tra U.E. e Stati membri e in assenza di divieti derivanti dai principii fondanti dell'Unione. In forza di essa, *spetta al singolo Stato membro, oltre che la valutazione della nozione di insolvenza da adottare in tema di obbligo di presentazione delle domande di apertura di una procedura di insolvenza e in diretta connessione con essa, anche l'individuazione delle procedure di regolazione della crisi*

d'impresa cui applicare quell'obbligo, senza alcuna limitazione che non discenda dalla complessiva coerenza interna degli strumenti messi a disposizione del debitore.

Certamente da escludere è quindi che il *filing duty* imponga al legislatore domestico di attuare la direttiva 2026/799 limitandolo alla sola domanda di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Piuttosto, una volta raggiunta la soglia di insolvenza rilevante secondo il legislatore interno, gli amministratori, salvo optare per la sospensione, dovranno assolvere all'obbligo giuridico di denuncia, scegliendo, tra le procedure di regolazione della crisi di cui all'Allegato A del regolamento (UE) 2015/848 e ss. mm., comprensivo delle procedure di ristrutturazione preventiva, previa applicazione estensiva della direttiva 2026/799 ad opera del legislatore italiano, quella più confacente allo stato di "crisi" dell'organismo societario[9].

Se si ragiona in questi termini, come pare corretto, dal punto di vista della applicazione oggettiva della direttiva non pone particolari problemi la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, salvo, per la sola procedura cd. accelerata (Legge Marzano - D.L. 347/2003), rimettere all'interprete, in assenza di un intervento legislativo *nel segno della co-decisione*, un'opera di coordinamento tra l'obbligo gravante sugli amministratori e le specifiche regole che disciplinano l'apertura della procedura, rimessa, per i gruppi

[9] Parzialmente conforme Stefania PACCHI, op. cit., 42 e ss., secondo la quale "non sembra possibile identificare aprioristicamente il *filing duty* con la sola domanda di liquidazione giudiziale. Altre procedure comprese nell'Allegato A possono essere astrattamente idonee all'adempimento dell'obbligo quando, senza rientrare nell'area della ristrutturazione preventiva esclusa dalla direttiva, realizzino una presa in carico istituzionale e collettiva dell'insolvenza. È precisamente questo dato comune, più che la finalità liquidatoria della procedura, a suggerire una diversa lettura dell'obbligo europeo". Ritengo che proprio l'aspetto della "presa in carico istituzionale e collettiva dell'insolvenza" ad opera del legislatore domestico possa rappresentare la *ratio* di coerenza interna e sistematica del CCII che consentirà l'allargamento dello spettro obiettivo della direttiva in sede di attuazione anche alle procedure di ristrutturazione preventiva.

industriali di grandissime dimensioni, alla decisione del Ministero delle Imprese e del Made in Italy.

Anche la procedura di liquidazione coatta amministrativa è espressamente inclusa nell'Allegato A, ed anche qui i problemi in sede di recepimento riguarderanno il coordinamento tra il dovere di denuncia imposto agli amministratori e la particolare distribuzione dei poteri, fortemente sbilanciata a favore dell'autorità amministrativa di vigilanza e degli organi da essa nominati, con una quasi totale esautorazione del debitore e una forte compressione dei poteri dei creditori rispetto alla liquidazione giudiziale. In particolare, poiché spetta in via esclusiva all'Autorità amministrativa di vigilanza il potere di impulso che decreta l'apertura della procedura, mentre la società debitrice subisce uno spossessamento quasi totale, finalizzato alla tutela del pubblico interesse, con perdita dei poteri di amministrazione e disposizione dalla data del provvedimento di apertura, il decreto di attuazione della direttiva dovrà intervenire con norme apposite prevedendo una co-gestione del *filing duty,* al fine di contemperare l'interesse pubblico generale ad eliminare dal mercato aziende la cui crisi o cattiva gestione minaccia la stabilità del sistema economico, la tutela del risparmio o la fede pubblica e quello dei creditori ad evitare danni derivanti dalla omessa prevenzione dell'insolvenza.

Abbiamo visto sopra che la esclusione dei quadri di ristrutturazione preventiva dalla applicazione della direttiva non è di ostacolo alla sua estensione ad opera del legislatore domestico, in sede attuativa. Vengono così in rilievo in particolare il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, ma anche gli accordi di ristrutturazione e, soprattutto, il concordato preventivo, la cui disciplina comprende modelli profondamente diversi per funzione e contenuto. Nessuno di essi, tuttavia, rischia di resta fuori della normativa di recepimento, se si condivide quanto osservato in precedenza[10].

[10] Diversamente, sul punto, Stefania PACCHI, op. cit., 39, 44. L'autrice osserva che il concordato preventivo figura unitariamente nell'Allegato A, ma l'art. 40 sottrae al *filing duty* le procedure di ristrutturazione preventiva, sicché occorre

Nell'Allegato A è inclusa anche la procedura di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, che è inequivocabilmente liquidatoria, ma per l'accesso alla quale è pregiudiziale lo svolgimento della composizione negoziata e la sussistenza delle condizioni indicate dall'art. 25-sexies CCII; sicché essa non costituisce uno strumento direttamente attivabile dall'amministratore nel momento stesso in cui sorge il *filing duty*, ma semmai esperibile successivamente.

Infine, viene in rilievo la *composizione negoziata*, che non è compresa nell'allegato A del regolamento (UE) 2015/848 e non costituisce né una procedura concorsuale, né uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. m-bis), CCII, sicché la sua attivazione non può di per sé integrare l'adempimento del *filing duty*. Si tratta peraltro di una procedura che può essere intrapresa anche quando l'imprenditore versi già in stato di insolvenza, purché sussistano concrete possibilità di risanamento (l'art. 21 CCII contempla espressamente questa situazione, imponendo in tal caso che la gestione avvenga nel prevalente interesse dei creditori). In particolare, l'art. 20 CCII consente all'imprenditore, mediante la dichiarazione prevista dalla norma, di sospendere determinati obblighi relativi al capitale e la causa di scioglimento per la sua perdita; ciò non significa, tuttavia, che l'accesso al percorso sospenda automaticamente anche il futuro *filing duty*. Se l'impresa è già insolvente, la permanenza nella composizione negoziata potrà assumere rilievo rispetto all'art. 41, par. 3, della direttiva, soltanto se il legislatore italiano eserciti l'opzione concessa e il percorso concretamente intrapreso sia idoneo ad assicurare ai creditori la tutela equivalente richiesta dalla norma. È dunque possibile che la società sia legittimamente sottratta, per effetto dell'art. 20 CCII, alle conseguenze societarie della perdita del capitale e che, nondimeno, si ponga autonomamente

stabilire se tale esclusione investa il concordato preventivo nella sua interezza oppure se sia possibile distinguere, all'interno del medesimo istituto, la funzione svolta dai diversi modelli concordatari, consentendo almeno di esperire la procedura di concordato preventivo liquidatorio, escludendo solo quello in continuità.

il problema dell'adempimento del *filing duty*. Sul presupposto che risanamento e insolvenza per il legislatore italiano non sono concetti incompatibili, si è quindi proposto che questa figura di *insolvenza ancora risanabile* possa giustificare la sospensione del *filing* quando il risanamento sia sostenuto da elementi oggettivi e, contemporaneamente, risulti verificabile la salvaguardia della posizione della massa dei creditori secondo il parametro richiesto dalla direttiva[11]. Ben si vede, tuttavia, come anche questa soluzione sia influenzata dalla nozione di insolvenza che il legislatore interno riterrà di fare propria, soprattutto se essa verrà "anticpata" alla fase della pre-crisi, come suggerito anche dai Considerando della direttiva e come pare preferibile (sul punto si tornerà oltre, al paragrafo 13).

6. L'obbligo giuridico di denuncia

L'art. 40 del titolo V introduce un vero e proprio obbligo giuridico di richiedere l'apertura di una procedura d'insolvenza entro tre mesi dal momento in cui gli amministratori abbiano avuto conoscenza, o possa ragionevolmente ritenersi che abbiano avuto conoscenza, dell'insolvenza della società. Il *filing duty* costituisce quindi un obbligo giuridico autonomo degli amministratori[12], che non è tuttavia senza eccezioni o deroghe, la cui individuazione spetta agli Stati membri, ai sensi dell'art. 41 della direttiva 2026/799. Allo stesso modo, gli Stati membri possono disporre che l'obbligo di richiedere l'apertura di una procedura di insolvenza sia adempiuto informando il pubblico dell'insolvenza della società mediante notifica in un registro pubblico, prima della scadenza dei tre mesi, in modo da garantire che i creditori siano messi in grado di chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza.

[11] Stefania PACCHI, op. cit., 51, 56-60, 84.

[12] Stefania PACCHI, op. cit., 88.

7. Il regime di eccezione: la sospensione dell'obbligo e la tutela equivalente

Gli Stati membri possono, ai sensi dell'art. 41 comma 3 della direttiva, disporre che l'obbligo di deposito della richiesta di apertura *sia sospeso*, se gli amministratori adottano misure intese ad evitare danni ai creditori della società insolvente e che garantiscano un livello di tutela della massa dei creditori equivalente alla tutela fornita dall'obbligo di richiedere l'apertura di una procedura di insolvenza. La deroga ai principi impone tuttavia una particolare assunzione di responsabilità in capo agli amministratori societari, sancita dall'art. 42 comma 2 della direttiva, quante volte i creditori risentano un danno che non si sarebbe verificato se avessero richiesto l'apertura di una procedura di insolvenza e sempre che gli amministratori non siano in grado di dimostrare, applicando le regole interne in tema di onere probatorio, di avere adottato misure ragionevolmente idonee a garantire ai creditori un risultato equivalente o migliore di quello che sarebbe stato possibile ottenere richiedendo tempestivamente l'apertura di una procedura di insolvenza.

Appare evidente come il regime di sospensione del *filing duty* risenta della logica della *business judgment rule.* La direttiva, tuttavia, non introduce una regola generale di insindacabilità delle scelte imprenditoriali: stabilisce più tosto un parametro specifico per la responsabilità derivante dal differimento del *filing*. Netta resta quindi la distinzione tra il dovere di deposito e le scelte gestorie che possono precederlo o, ricorrendone le condizioni, giustificarne la sospensione. Il primo costituisce un obbligo imposto dalla legge; le seconde conservano, invece, uno spazio di discrezionalità imprenditoriale, sia pure delimitato dalle condizioni poste dalla direttiva, fermo restando che spetta pur sempre al giudice verificare la sussistenza delle condizioni legali che consentono la sospensione del *filing* ed in particolare la qualità delle informazioni disponibili, la razionalità della valutazione compiuta e l'esistenza di circostanze oggettive capaci di sostenerla[13]. La valutazione delle scelte economiche

[13] Stefania PACCHI, op. cit., 50 e ss.

mediante le quali gli amministratori abbiano concretamente perseguito il risultato richiesto dalla norma, però, rimane riservata all'imprenditore. E questa, come vedremo studiando le possibili concrete ricadute in materia di responsabilità, non è una circostanza di secondario momento per gli amministratori.

Secondo il Considerando 61, nel caso in cui gli amministratori abbiano optato per la sospensione dell'obbligo di deposito della domanda di apertura di una procedura di insolvenza, e sia derivato un danno ai creditori della società in crisi, questi *dovranno essere posti nelle condizioni in cui si sarebbero trovati se la domanda di apertura di una procedura di insolvenza fosse stata tempestivamente depositata.*

Come autorevolmente osservato, così come, del resto, la dichiarata intenzione di risanare non è sufficiente a giustificare il differimento del *filing duty,* allo stesso modo l'insuccesso del tentativo intrapreso dagli amministratori con l'opzione per la sospensione dell'obbligo di deposito della domanda non può di per sé costituire prova della sua originaria irragionevolezza[14].

I parametri ai quali gli amministratori dovranno fare riferimento - per assolvere all'onere della prova su di essi incombente, della non deteriorità delle conseguenze patrimoniali dannose per i creditori della società in crisi rispetto al danno che si sarebbe concretizzato qualora non si fosse intrapresa la strada della sospensione e l'obbligo di deposito della domanda di apertura di una procedura di insolvenza fosse stato correttamente e tempestivamente adempiuto - non sono stati indicati nella direttiva e dovranno essere individuati dal legislatore domestico. Fermo restando che, come di dirà meglio oltre al paragrafo 9, *un passaggio fondamentale sarà quello della scelta, rimessa al legislatore domestico, della regole in tema di onere della prova da applicare al caso di specie in sede di attuazione della direttiva,* non è dubbio, però, che di massima la valutazione delle misure alternative richiederà di considerare il valore ragionevolmente preservabile, i tempi e i costi necessari

[14] Stefania PACCHI, op. cit., 48.

alla loro attuazione, il rischio di esecuzione, gli effetti sulla posizione dei creditori e il *possibile deterioramento del patrimonio durante il periodo di differimento*[15]. Di certo, *non* sarà sufficiente per gli amministratori dare la prova, al fine di escludere la propria responsabilità, di avere avviato trattative meramente esplorative, o di avere redatto piani di ristrutturazione o industriali non supportati da dati attendibili o ancora di essere in procinto di reperire *nuova finanza,* facendo difetto il requisito della *attualità e concretezza* delle misure di riorganizzazione e ri-patrimonializzazione escogitate. Di contro, secondo le circostanze, potrebbero essere adeguate a garantire una tutela *corrispondente* o *equivalente* ai creditori soluzioni consistenti nella conclusione di convenzioni di moratoria, accordi preliminari conclusi con i principali creditori (banche, istituti finanziari, fondi o nuovi investitori) sufficienti a definire i capisaldi di un futuro accordo di risanamento o di una ristrutturazione del debito, sempre che sufficientemente definiti, impegni di ricapitalizzazione, offerte vincolanti per la cessione di attività o dell'azienda, disponibilità documentate di nuova finanza, piani finanziari sostenibili e intese in fase avanzata con creditori primari.

8. Responsabilità civile degli amministratori

L'art. 42 della direttiva 2026/799, intitolato alla responsabilità civile degli amministratori di una società insolvente, distingue l'ipotesi generale del danno per i creditori che sia derivato dall'omesso adempimento dell'obbligo giuridico di *filing duty* da quella in cui gli amministratori si siano avvalsi dell'opzione di sospensione dell'obbligo di *filing duty*, adottando vanamente talune misure alternative.

Beninteso, si tratta in entrambi i casi di una responsabilità *ex lege* di natura speciale, riconducibile alle *variae causarum figurae* di cui all'art. 1173 c.c. ("*ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento*

[15] Stefania PACCHI, op. cit., 48.

giuridico"), che non deriva dalla circostanza dell'essere intervenuta una qualche forma di accertamento dell'insolvenza della società, che non integra di per sé alcuna responsabilità degli amministratori, sibbene dall'essere *quella specifica crisi d'impresa conseguenza:*

a) o della violazione dell'obbligo giuridico di domandare nei termini di legge l'apertura di una procedura di insolvenza;

b) o della opzione per la sospensione dell'obbligo di domanda, cui tuttavia non abbia fatto seguito la neutralizzazione del rischio di insolvenza in ragione dell'inadeguatezza dei rimedi alternativi prescelti.

È poi necessario che si sia determinato un *danno di natura patrimoniale* in pregiudizio ai creditori sociali e che questo danno rappresenti ex art. 1223 c.c. la conseguenza diretta e immediata della condotta negativa e inerte (nel caso sub a) ovvero della condotta positiva (nel caso sub b), accompagnata quest'ultima da ulteriori note descrittive, che rappresentano altrettanti elementi costitutivi della responsabilità degli amministratori. In particolare, nel caso sub b) le misure alternative adottate devono avere avuto la seguente proprietà negativa: non essere state idonee ad evitare la concretizzazione di danni patrimoniali per i creditori che non si sarebbero verificati se fosse stata chiesta tempestivamente l'apertura della procedura di insolvenza[16].

[16] Non è ipotizzabile una responsabilità *non patrimoniale* degli amministratori verso i creditori sociali per omissioni nell'attivazione del *filing duty* ovvero per erronea opzione della sospensione e i connessi aspetti relativi alla causazione di un danno derivante dal deterioramento del patrimonio durante il periodo di differimento. Nel diritto societario italiano, il danno risarcibile nell'ambito dei rapporti tra creditori e amministratori è quantificato nella perdita patrimoniale subìta, pari alla differenza tra ciò che il creditore avrebbe percepito con una corretta conservazione del patrimonio e quanto effettivamente ricavabile dall'attivo residuo. La responsabilità così nascente dalla direttiva 2026/799 è quindi in parte diversa da quella prevista dall'art. 2394 del codice civile in tema di s.p.a. (applicabile anche alle s.r.l. tramite il richiamo dell'art. 2476, comma 6, c.c.), a mente del quale gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, ogniqualvolta il patrimonio sociale risulti oggettivamente

9. I criteri di accertamento del danno

Dunque, nel primo caso gli amministratori rispondono del danno patrimoniale arrecato con dolo o colpa ai creditori per effetto della violazione dell'obbligo di attivarsi con il *filing duty*; nel secondo, del danno patrimoniale cagionato con dolo o colpa ai creditori sociali per avere gli amministratori optato per la sospensione del *filing duty* adottando misure che si sono rilevate non idonee a garantire un livello di tutela equivalente della massa dei creditori.

I criteri di accertamento del danno applicabili ai due casi non sono granché diversi.

In presenza della omessa attivazione ingiustificata o addirittura dolosa del *filing duty,* il legislatore interno con ogni probabilità opterà per un aggravamento dei profili di prova tipici del sistema della responsabilità extracontrattuale, in base al quale sarà sufficiente ai creditori provare che un danno patrimoniale vi sia stato e che a monte sia stato violato un obbligo giuridico, quale quello del *filing duty,* finalizzato ad impedire il danno da insolvenza, mentre agli amministratori sociali spetterà il compito di dimostrare che l'attivazione della condotta doverosa non avrebbe comunque, con elevata probabilità statistica o logica, evitato il danno in concreto verificatosi. E dunque, a parte i casi di responsabilità a titolo di dolo (che non sono certo un caso di scuola: si pensi all'insolvenza originatasi da condotte integranti bancarotta fraudolenta), nel corso del giudizio di responsabilità dovrà anzitutto essere accertato se l'agente, nelle concrete condizioni

insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti a causa di atti illeciti o gestioni negligenti degli amministratori e dove la funzione dell'istituto è quella di reintegrare il patrimonio della società, quale garanzia generica dei creditori ex art. 2740 c.c. Nella fattispecie in commento, la responsabilità non nasce dalla semplice inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, ma da un *quid pluris,* rappresentato o dall'inadempimento di un obbligo di denuncia ovvero dalla scelta di rimedi alternativi rivelatasi non adeguatamente idonea a fronteggiare e prevenire l'insolvenza. Si può forse dire che *i due tipi di responsabilità stanno tra loro in rapporto di continenza.*

di tempo e di luogo, fosse strutturalmente e materialmente in grado di attivare l'obbligo prescritto dalla legge; quindi che il danno sia conseguenza "normale" e "ordinaria" della condotta omissiva, nel senso di rappresentare la *concretizzazione del rischio specifico* che la norma violata mirava a prevenire; infine, dovrà essere accertata la sussistenza del nesso di causalità materiale tra condotta omissiva ed evento di danno patrimoniale con la tecnica del cd. giudizio controfattuale, fondato su una prognosi formulata *ex ante e in concreto,* la quale si sostanzia nella sostituzione ideale della condotta omissiva con l'azione doverosa prescritta dalla legge e quindi nella verifica confermativa rappresentata da ciò, che il danno patrimoniale per i creditori sociali, ipotizzando l'attivazione tempestiva dell'obbligo di legge, non si sarebbe verificato con una probabilità logica o statistica qualificata secondo la regola civilistica del *"più probabile che non"*.

Ma qui, come anticipato, si inserisce forse l'aspetto più delicato dell'attuazione della direttiva, attinente al criterio dell'onere della prova prescelto dal legislatore domestico e rimesso alla sua esclusiva valutazione[17]. Se infatti la regola generale resta pur sempre quella di cui all'art. 2697 c.c.[18], è assai probabile che il legislatore domestico, sulla spinta della *ratio* della direttiva 799 e quasi a titolo di "corrispettivo" della violazione dell'obbligo di denuncia, decida di aggravare l'onere della prova in capo all'amministratore, imponendogli di dimostrare specificamente che, qualora egli si fosse tempestivamente attivato presentando denuncia per l'apertura di una procedura di insolvenza, il danno patrimoniale in capo ai

[17] Nel Considerando 60 si legge infatti che *"nella misura in cui la presente direttiva non prevede norme specifiche, tutti gli altri aspetti della responsabilità civile, quali il calcolo dei danni o l'onere della prova, dovrebbero essere disciplinati dal diritto nazionale"*.

[18] Secondo il quale il creditore danneggiato ha l'onere di dimostrare l'esistenza della norma di legge che impone l'obbligo giuridico di attivare il *filing duty*, la condotta omissiva dell'amministratore, il danno ingiusto subìto e il nesso causale controfattuale, mentre l'amministratore può liberarsi dimostrando il caso fortuito, la forza maggiore o l'intervento del fatto del terzo o dello stesso danneggiato come causa autonoma ed efficiente nella produzione del danno, ex art. 1227 c.c.

creditori si sarebbe ugualmente verificato (*an)* e avrebbe avuto, sotto il profilo del *quantum,* i medesimi effetti pregiudizievoli che si sono effettivamente ed in concreto verificati. In questo senso sembra anzi spingere, senza nemmeno troppi giri di parole, la direttiva 2026/799 sia nell'art. 42 che nei Considerando 57 e 60, dove si legge che *"gli amministratori sovrintendono alla gestione degli affari di una società e hanno la migliore visione d'insieme della sua situazione finanziaria. Sono pertanto tra i primi a capire se una società è insolvente. La presentazione tardiva, da parte degli amministratori, della domanda di apertura della procedura di insolvenza può comportare valori di recupero inferiori per i creditori…al fine di garantire che gli amministratori non agiscano contro gli interessi dei creditori ritardando il deposito di una domanda di apertura di una procedura di insolvenza nonostante vi siano segni di insolvenza, gli Stati membri dovrebbero prevedere disposizioni che rendano gli amministratori civilmente responsabili del mancato deposito di tale domanda. In tali casi gli amministratori dovrebbero risarcire i creditori per tutti i danni derivanti dal deterioramento del valore di recupero della società rispetto alla situazione che si sarebbe verificata se la domanda fosse stata depositata entro i termini…Gli Stati membri dovrebbero inoltre 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 domanda di apertura di una procedura di insolvenza".*

Qui però verrà in rilievo *un ulteriore profilo di potenziale aggravamento probatorio*. Ed infatti ci si deve chiedere in relazione a quale tipologia di procedura l'amministratore dovrà dare la prova della equivalenza del danno per i creditori, dal momento che l'accesso alle procedure di insolvenza sarà verosimilmente, anche in forza di quanto detto sopra, al paragrafo 5, diversificato, potendo l'amministratore optare per quella che, in concreto, ed in relazione alla situazione specifica di difficoltà patrimoniale o finanziaria o di dissesto della società, si appalesi come la procedura di insolvenza maggiormente

conveniente e confacente, anche in applicazione della regola del *business judgment.* Di tutte e di ciascuna le procedure potenzialmente utilizzabili ovvero solo di quella teoricamente più conveniente? E sarà l'opzione indicata come preferita dall'amministratore sindacabile dal giudice o varrà in assoluto la *b.j.r.*? A quest'ultimo riguardo, pensiamo che un buon punto di compromesso possa essere rappresentanto dal consentire al giudice il sindacato sulla scelta imprenditoriale solo quando essa sia *macroscopicamente incongrua o irragionevole* in relazione alle condizioni economico-patrimoniali-finanziarie della società piuttosto che in relazione al risultato determinatosi che, come noto, è sempre l'insolvenza. Vedremo quale sarà la scelta del legislatore italiano in sede di attuazione della direttiva ma, *in disparte la gigantesca difficoltà di ricostruire "a tavolino" l'esito di procedure di insolvenza sovente estremamente complesse e dall'esito incertissimo,* è altissimo il rischio che a carico dell'amministratore venga posta di fatto una *probatio diabolica*. Pensiamo soltanto al caso in cui gli amministratori debbano dimostrare che, anche qualora si fossero attivati tempestivamente, presentando una domanda (se del caso prenotativa) di concordato preventivo in continuità, il danno patrimoniale per i creditori si sarebbe ugualmente verificato e negli stessi esatti termini quantitativi. Ebbene, potranno venire in considerazione i termini e i contenuti di predisposizione di piani industriali e del relativo cronoprogramma e così i profili di reale sostenibilità economica dell'impresa, l'analitica indicazione delle coperture finanziarie e il rispetto del principio di non deteriorità per i creditori, la capacità dell'azienda di generare flussi d'auto-finanziamento idonei al risanamento. Ulteriormente, potrà preliminarmente venire in rilievo la opzione tra continuità diretta e indiretta, e nel secondo caso gli effetti, anche in termini di flussi patrimoniali, derivanti dalla cessione, dall'affitto o dal conferimento dell'azienda. L'amministratore dovrà inoltre dimostrare che la prosecuzione dell'attività non avrebbe generato un margine operativo positivo, e ciò imporrà che vengano dettagliati analiticamente i costi e i ricavi attesi, evidenziando le risorse finanziarie

necessarie e le relative modalità di copertura. Il tutto, mappando con precisione tutte le scadenze operative (ristrutturazione industriale, dismissioni, target di vendita) e finanziarie (rimborsi) e i flussi di cassa in entrata (derivanti dalla gestione o da finanza esterna) e in uscita (costi correnti e pagamenti concorsuali). Appare quindi evidente come, in concreto, stante la sostanziale impossibilità di dimostrazione della prova contraria che l'amministratore societario dovrà fornire in caso di omessa attivazione dell'obbligo di *filing duty,* si profila all'orizzonte un'altissima percentuale di adesione e di ottemperanza all'obbligo di legge: che è probabilmente lo scopo *preventivo* che la direttiva si riprometteva di raggiungere.

Con riferimento al secondo caso, quello del danno patrimoniale cagionato ai creditori sociali con dolo o colpa per avere gli amministratori optato per la sospensione del *filing duty* adottando misure che si sono rilevate non idonee a garantire un livello di tutela equivalente della massa dei creditori, danni che non si sarebbero prodotti o non si sarebbero prodotti nella stessa entità se l'apertura della procedura fosse stata tempestivamente richiesta (art. 42 comma 2 della direttiva), il criterio di accertamento del danno sarà sostanzialmente identico a quello visto per la violazione del *filing duty,* perché, ad eccezione dell'aspetto attinente alla violazione dell'obbligo giuridico di agire, il dato decisivo che viene qui in rilievo è pur sempre quello della *comparazione* del risultato (danno) determinatosi con quello che è ipotizzabile si sarebbe verificato qualora fosse stato tempestivamente assolto il *filing duty*. A questo scopo, il Considerando 61 della direttiva suggerisce che "*qualora autorizzino gli amministratori ad adottare misure per tutelare gli interessi della massa dei creditori diverse dall'assolvimento dell'obbligo di depositare una domanda di apertura di una procedura di insolvenza, gli Stati membri dovrebbero altresì stabilire disposizioni che garantiscano che gli amministratori siano responsabili per tutti i danni causati ai creditori derivanti da ogni deterioramento del valore di recupero della società rispetto alla situazione che si sarebbe verificata se fosse stata depositata la domanda di apertura della procedura di*

insolvenza", ed è di particolare interesse quando afferma che *"in tali casi i creditori dovrebbero essere posti nelle condizioni in cui si sarebbero trovati se la domanda di apertura di una procedura di insolvenza fosse stata depositata dagli amministratori entro il termine fissato dagli Stati membri"*.

Ancora una volta, quindi, l'accertamento assume struttura controfattuale, avendosi un giudizio comparativo condotto *ex ante* e in concreto, occorrendo confrontare la situazione determinatasi a seguito del differimento con quella che presumibilmente si sarebbe verificata ove il *filing* fosse stato tempestivamente effettuato. Valgono quindi tutte le osservazioni e le considerazioni svolte sopra, con riferimento alla fattispecie della violazione dell'obbligo giuridico di attivarsi con il deposito della domanda di apertura di una procedura di insolvenza. Non a caso, ancora una volta il Considerando 61 individua il danno nel deterioramento del valore di recupero dei creditori e chiarisce che essi dovrebbero essere ricondotti alla posizione nella quale si sarebbero trovati se la domanda fosse stata presentata nel termine previsto. Si propone così una valutazione ipotetica basata su una sorta di *restitutio in integrum patrimoniale.* In questo senso, la categoria del *danno differenziale* - utilizzato nel nostro ordinamento in materia di danno biologico da infortuni sul lavoro e malattie professionali nonché di sinistri stradali o responsabilità medica soprattutto in caso di aggravamento di lesioni o patologie preesistenti, dove viene in definitiva in rilievo il maggior danno determinato dall'evento lesivo rispetto alla situazione preesistente - può offrire un utile termine di confronto, essendo rimesso al diritto nazionale di dettare la disciplina delle modalità di accertamento del danno e dell'onere probatorio[19].

In questo caso, come nel precedente, per calcolare *l'an* e il *quantum* del danno patrimoniale cagionato ai creditori sociali possiamo utilizzare di massima un criterio principale ed uno sussidiario (art. 2486 comma 3 c.c.):

[19] Conforme, Stefania PACCHI, op. cit., 50.

a) il criterio principale è quello detto della differenza dei netti patrimoniali, in base al quale il danno viene calcolato sottraendo il patrimonio netto calcolato al momento in cui l'insolvenza si è manifestata (e l'amministratore avrebbe dovuto attivarsi) dal patrimonio netto al momento dell'apertura della procedura concorsuale. La formula base è: Danno = Patrimonio Netto Iniziale - Patrimonio Netto Finalizzato. Da questo importo vanno obbligatoriamente detratte le cd. detrazioni di normalità, vale a dire i costi sostenuti e da sostenere secondo un criterio di normalità durante la liquidazione (es. spese di conservazione dei beni, costi vivi di procedura);

b) il criterio sussidiario è quello cd. del deficit fallimentare, utilizzato qualora vi sia mancanza o grave irregolarità delle scritture contabili, che impedisca il calcolo dei netti patrimoniali: in questo caso, il danno viene identificato nella differenza tra l'attivo e il passivo accertati nell'ambito della procedura concorsuale[20].

È poi individuabile anche una terza evenienza: quella del *deposito tardivo*, oltre i tre mesi, termine non modificabile dagli Stati membri, della domanda di accesso a una procedura di insolvenza. Qui, occorre anzitutto chiedersi se il termine sia perentorio; e la risposta non può che essere affermativa, come si desume con chiarezza dalla lettera dell'art. 40 comma 3 della direttiva ("*entro tre mesi*"). Non è detto peraltro che il legislatore domestico senta la necessità di disciplinare espressamente anche questa fattispecie, non prevista dalla direttiva 799 sebbene desumibile dal sistema; né è prevedibile se possa venire in rilievo eventualmente qualche causa di giustificazione del ritardo, difficile comunque da concepire in presenza della perentorietà del termine: secondo i principi, potrebbe residuare spazio per provare la forza maggiore o il caso fortuito, ma essendo il solo corollario possibile quello della remissione in termini, concesso *ex post,* è chiaro che esso non sarebbe utile

[20] Cfr., per ogni possibile approfondimento, Maria ZINNO, Appunti sulla quantificazione del danno ex art. 2486, 3° comma, c.c., in Istituzioni Diritto Economia, 2021, II, pp. 81-105.

nella fattispecie al nostro esame, dove il postulato è che l'insolvenza si sia ormai verificata. In questo quadro, è facile immaginare quali saranno le difficoltà che si avranno in concreto a stabilire con esattezza un *dies a quo* per calcolare il rispetto del termine[21], posto che occorre preliminarmente stabilire *il momento in cui gli amministratori sono venuti a conoscenza* o si può ragionevolmente presumere che siano venuti a conoscenza del fatto che la società è insolvente; il che implica *a sua volta la precisa determinazione, nel caso specifico, del concetto in insolvenza*, del che diremo tra poco, al paragrafo 13. La soluzione è complessa, e bisognerà anche vedere quale sarà al riguardo la scelta della normativa interna di recepimento, ma in linea di massima può dirsi forse che il ritardo (e non la omissione) nel deposito, in assenza di sospensione, condurrà a una sorta di onere aggravato di prova a carico degli amministratori, i quali dovranno dimostrare, in ipotesi di danno per i creditori che, in caso di deposito tempestivo della denuncia, l'entità del danno patrimoniale comunque verificatosi sarebbe stato identico, tale quindi da non essere ascrivibile al fatto del ritardo in sè. Ancora una volta, dunque, un *giudizio relazionale, comparativo.*

Infine, dev'essere tenuto presente che l'art. 42 comma 3 della direttiva 799 prevede che gli Stati membri possano disporre che la responsabilità degli amministratori sia esclusa se, e nella misura in cui, costoro possano dimostrare, sulla base di circostanze oggettive (e, aggiunge il Considerando 61, di informazioni verificabili al momento dell'adozione delle misure in questione), che le misure adottate fossero ragionevolmente in

[21] Ma quali saranno le fonti cui l'amministratore potrà o dovrà attingere in concreto per accertare la sussistenza dell'obbligo di attivarsi e presentare la denuncia entro il termine di tre mesi (secondo quanto da noi sostenuto nel testo, gli indici rilevatori della pre-crisi)? Secondo Stefania PACCHI, op. cit., 79, potranno assumere rilievo, secondo le regole nazionali, i bilanci e le situazioni contabili infrannuali, i dati di tesoreria, le proiezioni dei flussi di cassa, i *report* destinati all'organo amministrativo, le comunicazioni delle banche, le richieste di rientro, le segnalazioni dell'organo di controllo e del revisore, i verbali consiliari, le informazioni relative agli inadempimenti tributari e previdenziali, nonché la documentazione prodotta nell'ambito di eventuali percorsi di ristrutturazione.

grado di garantire ai creditori un risultato equivalente o migliore di quello che sarebbe stato possibile ottenere col rispetto del *filing duty*. È una fattispecie *esimente, valida solo per il caso della sospensione del filing duty e non anche per la sua violazione* (nel quale va compreso il ritardo colpevole)*,* la quale finisce per introdurre di fatto un ulteriore criterio di valutazione del danno, alternativo al precedente, ma alleggerisce e non di poco l'onere della prova gravante sugli amministratori societari, i quali potranno in questo caso andare esenti da responsabilità per mancanza di colpa dimostrando *non già che il risultato (danno patrimoniale)* nei due casi sarebbe stato lo stesso per i creditori, bensì che *la previsione del risultato* sarebbe stata ragionevolmente la stessa*,* così *la comparazione ponendosi tra due valutazioni prognostiche*, *tra due evenienze possibili*, piuttosto che, come di regola, *tra un dato certo e uno solo pronosticabile.*

10. La giurisdizione sull'azione di responsabilità per violazione del *filing duty*

Spetta al legislatore domestico di individuare il giudice competente per valutare l'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali contro gli amministratori per i danni subìti da omesso rispetto del *filing duty* o da irragionevole sospensione dell'obbligo non assistito da adeguate misure finalizzate a prevenire il pericolo dell'insolvenza. In mancanza di specifiche previsioni, vale quanto segue. La regola generale è che l'azione di responsabilità contro gli amministratori sia proposta, secondo le regole generali, dinanzi al Tribunale delle Imprese - Sezione Specializzata in Materia di Impresa[22]. Ma la regola generale cede il passo non appena si apra una procedura concorsuale, applicandosi allora il *principio di attrazione della competenza del Tribunale concorsuale* per tutte le azioni che derivano dalla

[22] Cfr., per la individuazione della giurisdizione nella vigenza della legge fallimentare, R. DEL PORTO, Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e controllo delle società di capitali nella giurisprudenza di legittimità più recente, in Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 28.10.2024.

procedura stessa. In particolare, in assenza di specifiche disposizioni introdotte in sede attuativa, che assegnino come pare possibile ai creditori sociali una autonoma e specifica legittimazione attiva concorrente (anche per evitare problemi di violazione dell'art. 24 Cost.), dovrebbe avvenire che, constatata l'insolvenza all'interno della procedura di *liquidazione giudiziale,* spetti al curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, avviare l'esercizio dell'azione di responsabilità ex art. 255 CCII, in particolare ai sensi del comma 1 lett. b) c.c., in relazione all'art. 2476 sesto comma, interpretato facendo rientrare la violazione del *filing duty* tra i casi di violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale[23].

11. *Filing duty,* adeguati assetti organizzativi e responsabilità degli amministratori

In questo contesto, le norme della direttiva sul *filing duty* e quelle attuative che il legislatore interno riterrà di adottare si vanno a saldare e integrare con quelle dettate in tema di "adeguati assetti" organizzativi dagli artt. 2086 comma 2 c.c. e 3 CCII, che assumeranno una funzione particolarmente significativa anche in chiave di accertamento ex post dei profili di responsabilità degli amministratori, determinando quali informazioni l'organizzazione societaria fosse tenuta a produrre, con quale periodicità dovessero essere aggiornate e attraverso quali flussi dovessero raggiungere l'organo amministrativo. Resta fermo, tuttavia, che dalla sola inadeguatezza dell'organizzazione non può desumersi automaticamente che gli amministratori avrebbero dovuto conoscere l'insolvenza in una data anteriore, perché dall'insolvenza successivamente accertata non può ricavarsi, per ciò solo, che gli assetti fossero precedentemente inadeguati, così come, vicendevolmente, dall'inadeguatezza degli assetti non può inferirsi che l'insolvenza dovesse necessariamente essere conosciuta in quel

[23] Francesco DIMUNDO, Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali, 2^ ed., Wolters Kluwer, 2026, 47 e ss., 58 e ss., ma spec. 67 e ss.

momento[24]. Tuttavia, non può negarsi che la inadeguatezza degli assetti introduca di fatto un irrigidimento dell'onere probatorio a carico degli amministratori, costringendoli a un *surplus* dimostrativo e fondando un *sintomo* o *indice* di *responsabilità per colpa in caso di concretizzazione dell'insolvenza*; viceversa, il robusto funzionamento degli "assetti adeguati", verificato in concreto, in uno con la fluidità della circolazione delle informazioni, può reagire in funzione difensiva, sebbene non sciminante, a vantaggio degli amministratori, beninteso sempre che dimostrino di avere adottato decisioni e condotte logiche, congruenti e in linea con le informazioni disponibili. La documentazione dei flussi informativi, delle analisi finanziarie, delle richieste rivolte agli organi delegati, delle valutazioni compiute e delle ragioni per le quali determinati elementi non siano stati eventualmente ritenuti ancora espressivi di insolvenza rappresentano un patrimonio valutativo prezioso per il giudice investito dell'azione di responsabilità, consentendogli di ricostruire *ex post* la base conoscitiva effettivamente disponibile in capo agli amministratori. Da questo punto di vista, l'art. 2086 c.c. e l'art. 3 del Codice della crisi attribuiscono all'organizzazione dell'impresa una funzione essenziale nella tempestiva rilevazione delle difficoltà e nell'attivazione delle iniziative necessarie. La direttiva non disciplina gli adeguati assetti e non può essere utilizzata per ricavarne nuovi contenuti organizzativi; e tuttavia, il criterio della conoscenza o ragionevole conoscibilità dell'insolvenza rende necessario interrogarsi sulla qualità delle informazioni che l'organizzazione societaria è in grado di produrre e di far pervenire agli amministratori. "Gli assetti" adeguati, dunque, sono fondamentali nell'intero svolgimento del *filing duty* perché possono consentire di individuare tempestivamente gli elementi dai quali può emergere l'insolvenza; forniscono la base informativa per stabilire se ricorrano le condizioni per l'attivazione; permettono di valutare le eventuali misure adottate in alternativa al deposito, ove l'opzione per la sospensione venga

[24] In questi termini, Stefania PACCHI, op. cit., 19, 80, 90.

recepita dallo Stato italiano; rendono infine ricostruibile, nell'eventuale successivo giudizio di responsabilità, ciò che gli amministratori conoscevano o avrebbero ragionevolmente dovuto conoscere e le ragioni delle scelte compiute. Assumeranno rilievo, a questo scopo, assetti, flussi informativi, dati di tesoreria, verbali consiliari, segnalazioni degli organi di controllo e documentazione finanziaria[25].

12. Il sistema italiano di prevenzione ed emersione tempestiva della crisi e la riforma della *governance* societaria ex Dlgs. 47/2026

In che termini l'obbligo giuridico di denuncia gravante sugli amministratori societari stabilito dalla direttiva 2026/799 si coordina con la diversa posizione dei singoli componenti dell'organo amministrativo nel diritto interno italiano?

In linea di massima, si può dire che, in presenza di deleghe, i dati operativi e finanziari possono raggiungere gli amministratori esecutivi prima di essere portati all'attenzione del consiglio di amministrazione, mentre per gli amministratori non esecutivi occorrerà considerare i flussi informativi ricevuti, le circostanze che avrebbero richiesto ulteriori approfondimenti e l'esercizio dei poteri informativi loro spettanti. Ed ancora in linea di principio, la collegialità della funzione non elimina la

[25] Come ricostruito da Stefania PACCHI, op. cit., 89-90. Sugli adeguati assetti in generale, cfr. Vincenzo CARIDI - Dario VATTERMOLI, Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa, in Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, a cura di Antonio CARRATTA, I, Bologna, 2026, 41 ss.; Oreste CAGNASSO - Giulia GARESIO - Maurizio IRRERA - Mia CALLEGARI - Riccardo RANALLI, Gli assetti adeguati, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali, Trattato giuridico Omnia, diretto da Oreste CAGNASSO e Luciano PANZANI, I, 2ª ed., Torino, 2025, 681 ss.; Giovanni MERUZZI, Le mobili frontiere degli assetti adeguati, in Contratto e impresa, 2026, 1 ss.; Paolo BENAZZO, Assetti organizzativi, diritto dell'impresa e diritto delle società: dal passato a un (possibile) futuro, in dirittodellacrisi.it, 2 gennaio 2025. Sulla dimensione strategica, informativa e programmatoria degli adeguati assetti e sul loro rapporto con il processo decisionale, cfr. Paolo BASTIA, La continuità aziendale e la dimensione strategica degli assetti, in Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 31 ottobre 2024.

necessità di verificare, ai fini della responsabilità, la concreta posizione del singolo amministratore.

Conviene partire dall'art. 2086, comma 2, c.c., che impone all'imprenditore collettivo di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale. Alla rilevazione si accompagna il dovere di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità. L'adeguatezza dell'organizzazione entra, così, direttamente nella valutazione della correttezza della gestione. Gli assetti non costituiscono soltanto strumenti interni di amministrazione, ma concorrono a definire i parametri attraverso i quali può essere valutata la condotta degli amministratori, poiché rendono possibile l'acquisizione tempestiva delle informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa e la loro utilizzazione nel processo decisionale.

Ora, questo nesso tra organizzazione, gestione e informazione trova ulteriore conferma nella riforma della *governance* societaria introdotta dall'art. 9 del d.lgs. 27 marzo 2026, n. 47, che, nel ridisegnare la disciplina dell'amministrazione e del controllo delle società per azioni, rende più immediato e chiaro il collegamento tra funzione gestoria, istituzione e valutazione degli assetti, circolazione delle informazioni e dovere degli amministratori di agire in modo informato[26].

[26] Cfr., per diverse prospettive, Maurizio IRRERA, Il diritto societario dell'"organizzazione": assetti, controlli interni e gestione dei rischi, in Giurisprudenza italiana, fasc. 7, 1690, 2026. Massimo FABIANI, Il Big Bang delle azioni di responsabilità: legittimazione e decadenza, in Procedure concorsuali e crisi d'impresa, fasc. 7, 845, 2026. Michele MOZZARELLI, Assetti organizzativi, amministrativi e contabili, adeguatezza e business judgment rule, in Banca borsa titoli di credito, fasc. 2, 185, 2026. Sul carattere transtipico delle competenze attribuite agli amministratori nella gestione della crisi, è utile consultare Alessandro NIGRO, La nuova disciplina degli strumenti di regolazione della crisi

Il principio è quello della diligenza professionale differenziata (art. 2392 c.c.): la valutazione della diligenza richiesta all'amministratore è parametrata non solo alla natura dell'incarico, ma in modo più stringente alle sue specifiche competenze individuali. Chi possiede competenze tecniche, finanziarie o contabili specifiche subisce uno scrutinio di responsabilità più severo.

Gli *amministratori privi di delega* (non esecutivi) possono invocare il *ragionevole affidamento* sulle informazioni e sui flussi informativi ricevuti dagli organi delegati, ma tale affidamento è pur sempre valutato in base alle proprie competenze (art. 2381-ter c.c.). Vi è *limitazione di responsabilità*, circoscritta al fatto proprio (omissivo o commissivo), ma sèguita a sussistere un *obbligo di approfondimento* che scatta obbligatoriamente in presenza di *segnali di anomalia* ricavati dalle informazioni ricevute (che devono essere corrette ed esaustive) o da altre fonti. L'affidamento opera quindi come criterio di valutazione della condotta e non come sottrazione automatica alla responsabilità. La posizione dell'amministratore non esecutivo va di conseguenza ricostruita considerando la qualità delle informazioni ricevute, l'eventuale presenza di elementi di allarme, la complessità dell'operazione e le competenze specifiche del singolo consigliere. Un amministratore dotato di particolare esperienza finanziaria, contabile, industriale o giuridica potrebbe essere tenuto a cogliere profili critici che, in relazione alla sua professionalità, risultino riconoscibili con maggiore immediatezza. La richiesta di chiarimenti rappresenta una modalità ordinaria di esercizio del dovere di agire informati; il dissenso, quando motivato e documentato, non è un elemento patologico del funzionamento collegiale, ma può divenire lo strumento attraverso il quale l'amministratore segnala l'insufficienza dell'istruttoria o l'inadeguatezza della decisione proposta.

e dell'insolvenza delle società, in Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 11 ottobre 2022.

La riforma del *management societario* ha altresì inciso sugli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, rafforzando l'obbligo, collegato anche al Codice della Crisi d'Impresa, di istituire assetti adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa. La mancata adozione o il cattivo funzionamento di tali assetti viene sanzionato severamente come *grave irregolarità di gestione*.

Gli *organi delegati* hanno l'obbligo di riferire periodicamente al consiglio di amministrazione (almeno ogni 6 mesi o con cadenza più stretta prevista dallo statuto), rendendo la tracciabilità e la circolarità delle informazioni un elemento cardine per determinare eventuali esoneri da responsabilità solidale. Nasce una concezione dell'amministrazione come *governo complessivo dell'impresa organizzata.* Nella nuova formulazione dell'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c. il profilo di maggiore interesse consiste nella precisazione secondo cui *agli amministratori spetta, oltre alla "gestione", anche l'"organizzazione" dell'impresa*, comprensiva dell'istituzione "dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile"; al tempo stesso, *le attività degli amministratori vengono riferite a ciò che è "strumentale" all'attuazione dell'oggetto sociale, con abbandono del precedente riferimento al carattere "necessario" delle operazioni*. Il che significa che gli amministratori non compiono soltanto atti indispensabili alla sopravvivenza della società, ma assumono decisioni organizzative, strategiche e operative funzionali alla realizzazione del programma sociale. *L'organizzazione diviene quindi, in modo ancora più esplicito, un parametro della corretta amministrazione*. *L'adeguatezza degli assetti* non può essere valutata in astratto, perché *dipende dalla natura, dalle dimensioni e dalla complessità dell'impresa*; nondimeno, una società priva di procedure contabili affidabili, di flussi informativi coerenti, di strumenti di pianificazione proporzionati e di presidii idonei a rilevare tempestivamente situazioni di difficoltà presenta una debolezza che attiene direttamente all'esercizio della funzione amministrativa.

Riproduzione riservata

Sempre nell'ambito della disciplina degli organi delegati, il nuovo art. 2381-*bis* c.c. conserva la distinzione tra consiglio e amministratori esecutivi, ma conferma che *la delega non priva il consiglio del potere di indirizzo e avocazione*. La ripartizione delle competenze, così ricostruita, evita tanto la concentrazione opaca della gestione negli organi delegati quanto una responsabilizzazione indistinta del consiglio priva di un effettivo fondamento informativo. Agli organi delegati spetta la cura dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, mentre al *board* spetta valutarne l'adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute.

Il Consiglio di amministrazione valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società ed *esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società*, valutando, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione. E soprattutto, per quanto di interesse in questa sede, *l'art. 2381-bis comma 3 secondo periodo c.c. stabilisce espressmente che le decisioni relative all'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, compresa la determinazione del contenuto della proposta e delle condizioni del piano, non possono essere delegate, ferma restando la possibilità di delegarne l'attuazione*. L'accesso a uno strumento di regolazione della crisi non è quindi trattato come un atto esecutivo, né come una scelta ordinaria rimessa alla gestione corrente, poiché esso incide sulla continuità aziendale, sui rapporti con i creditori, sulla posizione dei soci e sulla prospettiva stessa dell'impresa. La riserva al consiglio valorizza il momento collegiale proprio là dove la decisione richiede un confronto informato sulle alternative disponibili, sulla sostenibilità del piano, sulle conseguenze della proposta e sulla coerenza della soluzione prescelta con l'interesse sociale.

Possiamo quindi concludere che, alla stregua della normativa civilistica vigente, la regola generale porta ad attribuire il *filing duty* al consiglio di amministrazione nella sua interezza e non consente, allo stato, di delegarne il deposito all'amministratore

esecutivo o delegato. Non è detto, però, che sia questa la decisione finale del legislatore che attuerà la direttiva 2026/799, anche perché occorrerà tenere presente le pecularità di ciacun tipo o categoria di società, e quindi in altre realtà intestare l'obbligo di denuncia ai soci illimitatamente responsabili e in altre ancora a procedure di co-decisione tra amministratori societari e Autorità amministrativa.

13. Pre-crisi, crisi, insolvenza

Trattiamo da ultimo quella che probabilmente è la *base fondante* l'intera costruzione del *filing duty* che risulterà dal connubio direttiva U.E. 2026/799-decreto attuativo del legislatore italiano: la nozione di insolvenza da porre a fondamento della finalità preventiva perseguita dall'obbligo di denuncia.

In base a quanto sinora esposto, sarà ormai chiaro che tutto ruota intorno alla previa individuazione, allo stato sconosciuta, perché rimessa alle scelte del legislatore interno, del concetto di insolvenza che si riterrà di utilizzare ai fini che qui interessano. Insolvenza qui intesa in senso ampio, e non tecnico, che nel nostro ordinamento riceve di massima tre specificazioni tra pre-crisi, crisi e insolvenza.

Il Considerando 57, sesto periodo, della Direttiva 2026/799, stabilisce che "*qualora uno Stato membro abbia più di una soglia di insolvenza, spetta a tale Stato membro stabilire quale di tali soglie determini l'obbligo di presentare una domanda di apertura di una procedura di insolvenza*". Ed aggiunge, al quarto periodo, che "*gli Stati membri dovrebbero poter definire l'insolvenza in modo da distinguerla dall'evento che determina l'apertura di una procedura di insolvenza*".

Occorrerà quindi stabilire a quale dei concetti fatti propri dal CCII il legislatore interno darà prevalenza per l'attivazione del *filing duty*.

Ricordiamo che la crisi, ai sensi dell'art. 2 CCII, è lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle

obbligazioni nei dodici mesi successivi; l'insolvenza è, invece, lo stato che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori dai quali risulti che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Ma, *se si vuole far andare d'accordo filing duty e adeguati assetti*, forse nessuno di questi due concetti risulta in definitiva utile, mentre dovrebbe più probabilmente darsi prevalenza al concetto di pre-crisi, che si colloca temporalmente (art. 3 CCII) in una fase ancora anteriore, rappresentando uno stadio iniziale di difficoltà in cui non vi è ancora la incapacità di cassa a 12 mesi, ma sussistono segnali di squilibrio che preannunciano il deterioramento della situazione aziendale: *è quanto accade nella composizione negoziata della crisi,* dove l'accesso a questo strumento volontario e stragiudiziale è consentito non solo a chi si trova in stato di crisi o insolvenza, ma anche a chi vive uno squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rende *probabile* la crisi o l'insolvenza (art. 12, c. 1, CCII) e che sotto questo profilo può essere considerata come l'archetipo della preferenza del nostro legislatore per una emersione quanto più possibile rapida dei segnali di crisi.

In questo senso ci pare indirizzi altresì il Considerando 57 quarto periodo, consigliando agli Stati membri di differenziare la soglia della vera e propria insolvenza da quella necessaria e sufficiente a fondare l'obbligo di denuncia, evidentemente spingendo per l'arretramento della soglia di allarme e, quindi, tentando di scongiurare il rischio di "chiudere la stalla dopo che i buoi sono già fuggiti".

È quindi quella di *pre-crisi*, a nostro parere, la nozione maggiormente utile a tenere insieme adeguati assetti, *filing duty* e responsabilità degli amministratori ed è ad essa che il legislatore di recepimento della direttiva dovrebbe fare riferimento. Se così fosse, ai sensi dell'art. 3 comma 3 CCII, l'obbligo di *filing duty* scatterebbe ogniqualvolta gli assetti consentano di:

a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;

b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4;

c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento.

Ai sensi dell'art. 3 comma 4 CCII, costituirebbero segnali che, anche prima dell'emersione della crisi o dell'insolvenza, agevolano la previsione di cui al comma 3:

a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;

b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;

c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma, purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni;

d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie nei confronti dei creditori pubblici qualificati.

14. Conclusioni

In sintesi, riportiamo di seguito le conclusioni che possiamo trarre da quanto sopra esposto.

1) Nell'introdurre per la prima volta il *filing duty* come strumento di prevenzione della crisi d'impresa, la direttiva UE 2026/799 ha lasciato spazi di manovra agli Stati membri con riferimento a tre aspetti fondamentali:

a) il regime di sospensione del *filing duty;*

b) l'ambito di applicazione soggettiva e oggettiva, lasciando ai singoli Stati membri la scelta di estendere il *filing duty*, in sede di recepimento, alle imprese individuali e alle società di persone, mentre l'esclusione dei quadri di ristrutturazione preventiva dallo spettro delle procedure attivabili a scelta degli amministratori non impedisce al legislatore domestico, in applicazione delle regole valide in tema di potestà normativa concorrente e nel rispetto dei principi fondamentali U.E., di ampliarne l'applicazione in sede attuativa;

c) la nozione di insolvenza prescelta ai fini del *filing duty*, quando gli ordinamenti degli Stati membri abbiano più di una soglia di insolvenza.

Mentre il primo e il secondo "spazio di manovra" rappresentano una concessione della Commissione e del Parlamento U.E., il terzo è un atto dovuto, perché in base ai principi del TFUE si tratta di scelta rimessa alla valutazione discrezionale dei Parlamenti nazionali.

2) Quanto all'ambito soggettivo di applicazione del *filing duty*, il legislatore italiano dovrà, in sede attuativa, preoccuparsi di rispettare la coerenza interna del nostro sistema giuridico, che esige la separata considerazione tra imprenditori singoli e collettivi con riferimento agli adeguati assetti organizzativi e, all'interno della seconda categoria, impone di disciplinare diversamente la responsabilità degli amministratori dei diversi tipi societari.

3) Qualora il legislatore domestico dovesse optare per l'applicazione del meccanismo del *filing duty* a tutte le società, di persone e di capitali, con esclusione degli imprenditori individuali e dei consumatori, con ogni probabilità il regime delle responsabilità per violazione dell'obbligo di denuncia verrà dettato mediante rinvio, espresso o implicito, alla disciplina *per tipi societari* del codice civile.

4) Sempre con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione del *filing duty,* in sede di attuazione il legislatore italiano, alla stregua della normativa civilistica vigente, potrebbe fare propria la regola generale che attribuisce l'obbligo di

denuncia al *consiglio di amministrazione* nella sua interezza, senza possibilità di deleghe, ma dovrà comunque tenere presente le pecularità di ciacun tipo o categoria di società, e così di volta in volta intestare il *filing duty* ai soci illimitatamente responsabili ovvero a procedure di co-decisione tra amministratori societari e Autorità amministrativa.

5) In relazione all'ambito oggettivo di applicazione del *filing duty,* una volta raggiunta la soglia di insolvenza rilevante secondo il legislatore interno, che è opportuno sia quella della pre-crisi, gli amministratori, salvo optare per il regime sospensivo, dovranno assolvere all'obbligo giuridico di denuncia scegliendo, tra le procedure di regolazione della crisi, quella più confacente allo stato di "crisi" dell'organismo societario, in base alla regola del *business judgment,* senza limitazioni di sorta, ben potendo il legislatore italiano includervi anche le procedure riconducibili ai "quadri di ristrutturazione preventiva", primo fra tutti il concordato preventivo, esclusi dalla direttiva senza che tuttavia questo significhi divieto di inclusione, in applicazione delle regole valide in tema di potestà normativa concorrente e nel rispetto principi generali del diritto dell'Unione e delle libertà fondamentali stabilite dal TFUE.

6) La responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali discende direttamente dalla legge ex art. 1173 c.c. e attiene ai soli danni patrimoniali arrecati in conseguenza della omessa (o ritardata senza giustificazione) denuncia ovvero, in caso di sospensione del *filing duty* con opzione per soluzioni alternative, quando queste si siano rilevate non idonee a neutralizzare il rischio di insolvenza. L'accertamento che il giudice dovrà esperire avrà in entrambi i casi struttura controfattuale, sostanziandosi in un giudizio comparativo condotto *ex ante* e in concreto, confrontando la situazione determinatasi a seguito dell'omessa denuncia ovvero in conseguenza del differimento con quella che presumibilmente si sarebbe verificata ove il *filing* fosse stato tempestivamente rispettato. L'onere della prova della assenza di responsabilità graverà con ogni probabilità sugli amministratori e sarà resa più

complessa in caso di mancata predisposizione degli adeguati assetti organizzativi, integrando di fatto gli estremi di una *probatio diabolica,* dal momento che, per dimostrare la inesistenza di un *danno differenziale,* costoro dovranno provare che, se si fossero tempestivamente attivati presentando denuncia per l'apertura di una procedura di insolvenza, il danno patrimoniale in capo ai creditori si sarebbe ugualmente verificato (*an)* e avrebbe avuto, sotto il profilo del *quantum,* i medesimi effetti pregiudizievoli che si sono effettivamente ed in concreto verificati. A tutto ciò si aggiunge la gigantesca difficoltà di ricostruire "a tavolino" l'esito di procedure di insolvenza, attivabili in caso di osservanza dell'obbligo di denuncia in alternativa alla soluzione liquidatoria, sovente estremamente complesse e dall'esito incertissimo, con l'ulteriore interrogativo circa la portata e i limiti, in questa evenienza, della *business judgment rule*.

7) Il legislatore domestico potrà però prevedere una fattispecie *esimente*, valida solo per il caso della sospensione del filing duty e non anche per la sua violazione (nel quale va compreso il ritardo colpevole), la quale alleggerisce l'onere probatorio e consente agli amministratori di andare esenti da responsabilità, dimostrando che la previsione del risultato negativo (e non semplicemente il risultato negativo) sarebbe stata ragionevolmente la stessa anche nel caso in cui fosse stata depositata tempestiva denuncia.

8) Il criterio principale di accertamento del danno derivante dalla violazione del *filing duty* è quello che consiste nel calcolare la differenza tra i netti patrimoniali, sottraendo il patrimonio netto calcolato al momento in cui la pre-crisi si è manifestata e l'amministratore avrebbe dovuto attivarsi dal patrimonio netto al momento dell'apertura della procedura concorsuale, con detrazione dei costi sostenuti e da sostenenedi; quello sussidiario è rappresentato dal deficit fallimentare ed è utilizzabile qualora vi sia mancanza o grave irregolarità delle scritture contabili, identicandosi allora il danno nella differenza tra l'attivo e il

passivo accertati nell'ambito della procedura concorsuale, che è quella liquidatoria;

9) Il giudice competente a decidere sulla azione di responsabilità nei confronti degli amministratori per violazione del *filing duty* o per irragionevole sospensione dell'obbligo non assistito da adeguate misure finalizzate a prevenire il pericolo dell'insolvenza, dovrà essere individuato dal legislatore domestico. In mancanza, ipotizzando il solo caso che qui interessa, vale a dire che sia sia in concreto determinata l'insolvenza, varrà il *principio di attrazione alla competenza del Tribunale concorsuale* di tutte le azioni che siano conseguenza della procedura di liquidazione giudiziale. In particolare, in assenza di specifiche disposizioni introdotte in sede attuativa, che assegnino come pare possibile ai creditori sociali una autonoma e specifica legittimazione attiva concorrente, dovrebbe avvenire che, constatata l'insolvenza all'interno della procedura di liquidazione giudiziale, spetterà al curatore, previa autorizzazione del giudice delegato, avviare l'esercizio dell'azione di responsabilità ex art. 255 CCII, in particolare ai sensi del comma 1 lett. b) c.c., in relazione all'art. 2476 sesto comma c.c.

10) La pre-condizione per ogni scelta strategica del legislatore domestico in sede di attuazione della direttiva 2026/799 è la chiara individuazione della soglia di "crisi" societaria necessaria e sufficiente a fondare l'obbligo di denuncia. Nell'ottica di un pieno contemperamento tra *filing duty*, adeguati assetti e tutela dei creditori sociali, ed in ossequio al Considerando 57 quarto periodo della direttiva, parrebbe logico fare riferimento al concetto di pre-crisi fatto proprio dal CCII all'art. 3, idoneo ad esprimere l'emersione di segnali di squilibrio che preannunciano il deterioramento della situazione aziendale. Se dovesse essere questa l'opzione del legislatore italiano, l'obbligo di *filing duty* scatterebbe ogniqualvolta ricorrano gli *indizi sintomatici o segnali* analiticamente indicati all'art. 3 commi 3 e 4, CCII.

Riproduzione riservata