

## Doveri degli amministratori di società in “crisi”: quale legge applicabile?

Il Codice della Crisi d'impresa ha introdotto un nuovo comma all'art. 2086 c.c., in base al quale gli imprenditori sono tenuti, in primo luogo, a “istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato”, anche al fine di rilevare tempestivamente lo stato di “crisi” o la perdita della continuità aziendale. In secondo luogo, gli imprenditori devono attivarsi senza indugio per adottare uno degli strumenti previsti per il superamento della crisi. Si tratta, quindi, di doveri generali che incombono su tutti gli “imprenditori”, qualunque ne sia la forma giuridica e la natura. In altri articoli, inoltre, il Codice della Crisi estende questi doveri agli amministratori di società, di qualunque tipo esse siano. Questi enunciati, ovviamente, fanno sorgere più di un dubbio interpretativo. In primo luogo, occorre chiedersi se si tratti di enunciati innovativi oppure di una (forse opportuna) codificazione di norme già implicite nel sistema. Dietro alle questioni di diritto nazionale, però, si staglia un problema di più ampia portata, legato all'applicazione della libertà di stabilimento nella UE. È noto, infatti, come la giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza Centros del 1999, abbia radicalmente liberalizzato la possibilità di costituire società negli Stati Membri della UE, anche se esse svolgono interamente la propria attività in altro Stato Membro. La sentenza Überseering del 2002, inoltre, richiede allo Stato ospitante di riconoscere le società costituite in altro Stato Membro, secondo la loro legge nazionale e rispettando la *lex societatis* del paese d'origine. Gli Stati che “ospitano” *pseudo foreign corporations*, peraltro, hanno interesse a non sottrarre al circuito decisionale democratico nazionale e alla propria sovranità le regole che toccano interessi locali, tipicamente gli interessi dei creditori e dei lavoratori. Per reazione, infatti, in alcuni Stati Membri le norme poste a protezione dei creditori, segnatamente i doveri e le responsabilità degli amministratori nella fase di “crepuscolo” dell'impresa, sono state “riqualificate” e sottratte alla *lex societatis*, considerandole regole di diritto fallimentare. Questa tendenza è stata recentemente accettata dalla Corte di Giustizia della controversa sentenza Kornhaas. La Corte di Giustizia, in particolare, ha affermato che doveri degli amministratori nella fase di “crisi” riguardino le condizioni per l'apertura della procedura di insolvenza e, quindi, possano essere classificate come “diritto fallimentare”. La conseguenza è la loro applicazione anche a società straniere che abbiano il Centro degli Interessi principali sul territorio nazionale. Il legislatore italiano, introducendo doveri degli amministratori nella fase di crisi, non ha chiarito in maniera esplicita se tali doveri appartengano alla *lex societatis*, alla *lex concursus*, o se siano da qualificare in altra maniera ai fini internazionalprivatistici. Il presente lavoro intende sviscerare gli argomenti a favore e contro le diverse qualificazioni, proponendo una soluzione innovativa.

## Doveri degli amministratori di società in “crisi”: quale legge applicabile?

### 1. I doveri degli amministratori e dell'imprenditore nella fase di crepuscolo

In molti ordinamenti, soprattutto in seguito alla crisi economia iniziata nel 2008, è sorto il problema di stabilire se i doveri degli amministratori di società mutino all'avvicinarsi dell'insolvenza per massimizzare gli interessi dei creditori e le prospettive di salvataggio dell'impresa. Gli amministratori, infatti, possono prevedere con un certo grado di certezza, impiegando indici patrimoniali e di liquidità, se e quando l'impresa non sarà più in grado di adempiere le proprie obbligazioni. Questa domanda investe entrambi gli aspetti dei doveri organici degli amministratori, ossia tanto il dovere di gestione diligente (*duty of care*), quanto il dovere di perseguire l'interesse sociale (*duty of loyalty*)<sup>1</sup>. Il primo riguarda l'interrogativo sul “come” gli amministratori devono gestire la società, ossia sulla qualità del loro lavoro e la quantità di sforzo profuso. Il dovere di perseguire l'interesse sociale, viceversa, riguarda la “direzione” dell'azione degli amministratori; in particolare, la questione principale, sempre immanente nel diritto delle società, è se gli amministratori debbano massimizzare solo l'interesse dei soci (nel qual caso occorre chiarire se i soci abbiano tutti il medesimo interesse e gli stessi orizzonti temporali di investimento) o se possano, o persino debbano, tenere conto anche degli interessi di creditori o altri *stakeholder* (in particolare dei lavoratori). Quando l'insolvenza diviene probabile, in particolare, occorre chiedersi se all'aumentare del rischio di insolvenza gli amministratori debbano considerare in misura sempre maggiore l'interesse dei creditori e, quindi, cercare di minimizzare il danno che essi potrebbero subire.

Questo interrogativo assume rilievo principalmente per le società i cui soci godono del beneficio della responsabilità limitata. Nei modelli societari in cui i soci sono illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali (ossia, in Italia, le società di persone), i creditori fanno affidamento anche sul patrimonio privato dei soci, oltre che su quello dell'impresa; pertanto, gli interessi dei soci e quelli dei creditori sono tendenzialmente allineati. Viceversa, nelle società i cui soci godono del beneficio della responsabilità limitata il problema è, notoriamente, più complesso. La responsabilità limitata, infatti, protegge il patrimonio privato dei soci dalle pretese dei creditori sociali, limitando così il rischio dei soci al solo capitale sottoscritto. Sul piano tecnico-giuridico, questo effetto è il prodotto della personalità giuridica separata dell'ente societario, il quale è autonomamente titolare di debiti e crediti, mentre i soci hanno solo una posizione, sia pur peculiare, nell'ente.

Il beneficio della responsabilità limitata potrebbe consentire ai soci di scaricare sui creditori una porzione del rischio d'impresa proprio nel momento in cui l'insolvenza si avvicina. In tale situazione, infatti, l'interesse dei creditori a ottenere il pagamento integrale del debito imporrebbe all'impresa una gestione prudente e, in certi casi, persino di anticipare l'emersione della crisi attivandosi per ottenere un accordo di ristrutturazione con i creditori. Queste scelte (gestione prudente e anticipata emersione della crisi), però, pur essendo nell'interesse dei creditori, potrebbero non essere nell'interesse dei soci. Questi ultimi, infatti, non hanno ormai più nulla da perdere (grazie alla limitazione del rischio dovuta al beneficio della responsabilità limitata) e potrebbero essere tentati dall'intraprendere attività, che potrebbero risollevare le sorti dell'attività, ma con basse possibilità di successo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Per una ricostruzione generale e accurata, da ultimo: V. CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, Torino, 2019, 275 ss.

<sup>2</sup> Un banale esempio numerico semplificato chiarirà il conflitto tra soci e creditori. La società Alfa srl ha un capitale pari a €25.000 e debiti con un finanziatore per €75.000. Immaginiamo che questa società abbia investito tutto il patrimonio (ossia il capitale di rischio e di debito) in titoli del Tesoro, i quali hanno rischio pari a 0 e un valore atteso pari all'investimento nominale (ipotizzando un mondo senza inflazione e tassi d'interesse bassissimi). A un certo punto, gli amministratori decidono di vendere i buoni del Tesoro e investire la somma in un'intrapresa più rischiosa, la quale ha le seguenti possibilità di riuscita: 50% di possibilità che il ritorno sia pari a €220.000 e 50% che l'investimento vada male e venga perduto del tutto. Il valore attuale netto di questo nuovo investimento è pari a €110.000, ossia è superiore a quello precedente. Però, ovviamente, per i creditori il pericolo è molto maggiore, a causa della responsabilità limitata che impedisce loro di escutere il patrimonio dei

Il contrasto tra interessi dei soci e quello degli altri *stakeholder* non coinvolge solo i creditori attuali, ma anche quelli futuri, ossia in primo luogo i lavoratori. Il loro interesse, infatti, non si limita al pagamento degli stipendi e dei contributi passati, ma riguarda il futuro del loro lavoro e, quindi, lo stesso futuro dell'impresa<sup>3</sup>. Sugli *stakeholder* che fanno un investimento nell'impresa che sia specifico e non diversificabile (o non diversificato), come i lavoratori o i fornitori mono-committente, incombe un rischio maggiore di quello del socio, che può diversificare il portafoglio degli investimenti e che, soprattutto, viene protetto dal beneficio della responsabilità limitata.

Possiamo concludere, quindi, che tanto più si avvicina l'insolvenza, quanto maggiore è il rischio per i creditori, perché aumenta l'incentivo per i soci a "scommettere" su operazioni rischiose, certi di non avere più nulla, o molto poco, da perdere. E questo fenomeno viene amplificato dalla progressiva erosione del livello del capitale minimo per costituire una s.r.l., fenomeno in atto da anni in moltissimi Stati membri della UE, compresa l'Italia. Avendo presente questi effetti perversi della responsabilità limitata, diviene evidente perché sorga il dubbio se gli amministratori nelle fasi di "crepuscolo" dell'impresa debbano proteggere il più possibile gli interessi dei creditori, invece di considerare prioritariamente l'interesse dei soci.

Questo interrogativo sorge in tutti gli Stati membri della UE e, probabilmente, si pone, in tutti i paesi a capitalismo maturo. In astratto, si potrebbero ipotizzare tre soluzioni alternative: (1) l'interesse dei creditori non assume rilievo sin tanto che la società non diviene effettivamente insolvente (quindi gli amministratori devono continuare a massimizzare solo l'interesse dei soci); (2) l'interesse dei creditori, al contrario, diviene l'obiettivo prioritario degli amministratori anche prima dell'insolvenza, quando questa diviene probabile e man mano che essa si avvicina (dovendosi poi stabilire il momento a partire dal quale i loro doveri mutano direzione); (3) gli amministratori devono bilanciare l'interesse dei soci con quello dei creditori durante la crisi, ma prima dell'effettiva insolvenza, tenendo comunque conto di entrambi. Queste ipotesi astratte devono poi essere concretizzate in soluzioni operative reali, che tengano conto anche del rapporto tra doveri degli amministratori e le possibili soluzioni a disposizione sul piano delle procedure concorsuali o dei possibili accordi coi creditori. In particolare, occorre chiedersi: (a) se gli amministratori siano tenuti a domandare l'apertura di una procedura concorsuale immediatamente quando rilevano l'insolvenza; (b) se gli amministratori siano tenuti a modificare la propria azione nella fase di crisi, ma prima dell'insolvenza, facendo emergere la crisi il più presto possibile e, ovviamente, sulla base di un criterio cronologico flessibile e basato su standard.

L'esempio tipico di una soluzione basata su un criterio cronologico rigido è dato dal diritto tedesco, su cui torneremo in seguito e che conviene illustrare brevemente. Prima di tutto, il diritto concorsuale tedesco si fonda su specifiche "ragioni di apertura" di procedure d'insolvenza (*Eröffnungsgründe*). Le due ragioni principali sono la impossibilità ad adempiere le proprie obbligazioni<sup>4</sup> e la situazione in cui il passivo ha superato l'attivo di bilancio (ma la società potrebbe avere ugualmente accesso al credito e non avere ancora problemi di liquidità)<sup>5</sup>. Quando una di queste situazioni si verifica, la società, attraverso i suoi amministratori, ha il dovere di chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza e gli amministratori che violano quest'obbligo sono tenuti a risarcire il maggior danno subito dai creditori a causa del ritardo<sup>6</sup>. Inoltre, gli amministratori sono assoggettati a un generale divieto di fare pagamenti che non siano compatibili con la diligenza dovuta da un amministratore, al fine di garantire il pagamento dei creditori in maniera ordinata e tempestiva<sup>7</sup>. È interessante notare come quest'ultimo divieto scatti dal momento in

---

soci. Dal punto di vista dei creditori, infatti, il valore attuale del nuovo investimento è  $€75.000 * 0,5$  (ossia il valore del debito per la probabilità di successo del nuovo investimento) = €37,500, ossia molto inferiore al ritorno atteso precedente.

<sup>3</sup> P.G. JAEGER, *Par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, 1984, 89.

<sup>4</sup> §17 *InsO*.

<sup>5</sup> §19 *InsO*.

<sup>6</sup> §15 *InsO*. Fino alla riforma del 2008 (c.d. "MoMiG"), questa norma era contenuta nei previgenti §64GmbHG e §91AktG.

<sup>7</sup> §92(2) *AktG*.

sui si verifica l'insolvenza, non con l'apertura di una procedura<sup>8</sup>. Il diritto fallimentare tedesco, peraltro, affronta anche la situazione precedente all'incapacità di adempiere le obbligazioni, in cui questa evenienza è divenuta probabile, ancorché non ancora attuale (*drohende Zahlungsunfähigkeit*); in tale circostanza, il debitore ha la facoltà, ma non l'obbligo, di chiedere l'apertura di una procedura d'insolvenza<sup>9</sup>. Inoltre, se l'incapacità di adempiere è divenuta probabile (ma non ancora attuale), agli amministratori è fatto divieto di effettuare trasferimenti a favore dei soci, qualora simili trasferimenti possano condurre all'insolvenza<sup>10</sup>.

È più articolata e flessibile la disciplina Britannica, fondata essenzialmente su due fattispecie previste nel *Insolvency Act* del 1986. In primo luogo (*Fraudulent Trading*), qualora durante una procedura di liquidazione (anche se a causa dell'insolvenza) il giudice si accorga che l'attività era stata condotta con l'intento specifico di defraudare i creditori, o alcuni tra essi, può condannare chiunque abbia coscientemente preso parte a queste attività fraudolente al risarcimento del danno<sup>11</sup>. La seconda fattispecie è più nota: si tratta del *Wrongful Trading*, in base al quale gli amministratori possono essere condannati risarcire il patrimonio della società, durante la procedura di liquidazione per insolvenza, se, prima dell'insolvenza stessa: (a) sapevano, o avrebbero dovuto concludere, che non esistevano ragionevoli prospettive che la società potesse evitare l'insolvenza; (b) non ha adottato ogni possibile soluzione a disposizione al fine di minimizzare il rischio potenziale per i creditori della società<sup>12</sup>. Di conseguenza, sin da prima dell'insolvenza, quando quest'ultima è divenuta probabile, gli amministratori devono agire al solo fine di minimizzare i danni che i creditori subiranno e, quindi, dovranno evitare di innalzare il profilo di rischio dell'impresa e non potranno effettuare distribuzioni a favore dei soci (sotto qualsiasi forma). È interessante notare come il momento determinante, che fa "mutare" l'orientamento dei doveri degli amministratori, è individuato sulla base di una clausola generale, la quale implica che siano gli stessi amministratori a valutare, secondo diligenza, se in un dato momento non vi erano ragionevoli possibilità di evitare l'insolvenza<sup>13</sup>.

## 2. Gli amministratori di società in crisi e il nuovo art. 2086(2) c.c.

### 2.1. Il dibattito sul crepuscolo delle società

Da alcuni anni, la crisi o il pericolo di insolvenza sono oggetto di attenzione anche da parte della dottrina italiana. È ormai diffusa l'idea che gli amministratori debbano, da un lato, organizzare l'impresa in maniera tale da rilevare tempestivamente il pericolo d'insolvenza e, dall'altro, attivarsi tempestivamente per porre rimedio alla crisi stessa, in un'ottica prudenziale di tutela dei creditori. Questa opinione ormai molto diffusa, tanto da farne il pilastro del "diritto societario della crisi", viene però motivata seguendo vari percorsi argomentativi, i quali potrebbero condurre a conclusioni parzialmente diverse.

In primo luogo, i doveri degli amministratori di società che si avvicinano all'insolvenza potrebbero essere ricavati da generali doveri organici o da doveri imprenditoriali che incombono sugli amministratori; secondo una prima ipotesi, in particolare, il fondamento degli specifici doveri degli amministratori posti di fronte alla crisi dell'impresa sarebbe da rinvenire nei doveri di corretta gestione imprenditoriale della capogruppo, i quali esprimono generali doveri imprenditoriali che incombono sugli amministratori<sup>14</sup>; inoltre, è stato da più parti sottolineato come la responsabilità degli amministratori verso i creditori per

<sup>8</sup> BGH 16 marzo 2009, II ZR 280/07.

<sup>9</sup> §18 *InsO*.

<sup>10</sup> § 92(2) terza frase *AktG*.

<sup>11</sup> Art. 213 *Insolvency Act 1986*.

<sup>12</sup> Art. 214 *Insolvency Act 1986*.

<sup>13</sup> P. DAVIES – S. WORTHINGTON, *Gover Principles of Modern company Law*, 2016, 10<sup>a</sup> ed., 216 – 218.

<sup>14</sup> A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber amicorum A. Piras*, Torino, 2010, 813 ss. (standard di corretta gestione imprenditoriale, ricavabile anche dall'art 2497 c.c., che impone di tutelare i creditori all'avvicinarsi dell'insolvenza).

lesione dell'integrità patrimoniale della società sia indice del fatto che, all'avvicinarsi della crisi, siano gli interessi dei creditori a divenire progressivamente più rilevanti e, quindi, come tale responsabilità stia a fondamento del dovere di evitare comportamenti che aggravino la crisi<sup>15</sup>; infine, altri autori hanno ricavato i doveri specifici degli amministratori di società in crisi dal dovere generale di gestione diligente dell'impresa<sup>16</sup>.

Secondo altri percorsi argomentativi, alle società in crisi si applicherebbe il dovere di gestione "conservativa" previsto durante la liquidazione delle società<sup>17</sup>, in quanto la sottocapitalizzazione materiale sopravvenuta<sup>18</sup> o la perdita di continuità aziendale integrerebbero la causa di scioglimento per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale o, almeno, farebbero scattare obblighi di ricapitalizzazione derivanti dalla clausola generale di diligenza<sup>19</sup>. Secondo altri autori, dall'art. 182-sexies, comma 2, l.f., in base al quale l'applicazione dell'art. 2486 c.c. "resta ferma" nel periodo anteriore al deposito della domanda di concordato o della proposta di accordo di ristrutturazione, deriverebbe l'applicazione anticipata del dovere di gestione conservativa sin dal momento della crisi e indipendentemente da una causa di scioglimento<sup>20</sup>.

Il minimo comune denominatore di queste tesi è che gli amministratori non possano accrescere il profilo di rischio dell'impresa dal momento in cui l'insolvenza si profila come un evento probabile. D'altro canto, l'applicazione dell'obbligo di gestione solo conservativa, previsto in generale per la liquidazione di società, potrebbe non attagliarsi a situazioni in cui la continuità aziendale può essere recuperata continuando l'attività gestionale, secondo strategie ovviamente non dissipative, e magari accedendo a nuovi finanziamenti, in vista di un accordo coi creditori<sup>21</sup>. Inoltre, la legge fallimentare punisce gli amministratori che aggravano il dissesto dell'impresa non chiedendone il fallimento<sup>22</sup>, oppure che ricorrono al credito

---

<sup>15</sup> G. GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola*, in *Scritti in onore di Belviso*, Cacucci, 2011, vol. 2, 1240; V. CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione* (nt); N. BACCETTI, *La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento*, in *Riv. soc.*, 2016, 601 - 609; A.L. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016, 70 - 79 (dovere degli amministratori di tutelare i creditori in base all'art. 2394 c.c., che "lievita" man mano che si avvicina l'insolvenza).

<sup>16</sup> M. MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Scritti in onore di Belviso*, Bari, 2011, vol. 1, 615 ss.; F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017, 393 - 400.

<sup>17</sup> Art. 2486 c.c.

<sup>18</sup> G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, 76 ss.; O. CAGNASSO, *Profili relativi alla fattispecie 'sopravenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale'*, in *Studi in onore di G. Cottino*, vol. 1, Padova, 1997, 171 ss.; A. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, 223 - 227 (dovere di diligenza che impone di considerare la situazione di manifesta sottocapitalizzazione) e 236 ss. (causa di scioglimento); una sintesi del dibattito in G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle Società per Azioni*, a cura di G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2004, vol. 1(2), 71 - 79.

<sup>19</sup> F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 1027 ss.; ID, *Crisi d'impresa e doveri di gestione nelle società di capitali*, Milano, 2010, 88 ss.; ID, *La mala gestione degli amministratori in prossimità dello stato di insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, 59 *Giust. civ.*, 2009, 2441; G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010 I, 223; N. DE LUCA, *Riduzione del capitale e interessi protetti: un'analisi comparatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 259, 263; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 627; A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016, 176 - 180; M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017, 94 - 102. Quest'opinione, peraltro, è molto controversa e la giurisprudenza non pare averla mai accolta. Si vedano: G. NICCOLINI, *Lo scioglimento*, in *Trattato delle Società per Azioni*, a cura di G.E. Colombo - G.B. Portale, Torino, 1997, vol. 7(3) 273; C. MONTAGNANI, *Disfunzione degli organi collegiali e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale*, Milano, 1993, 90; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2 *Diritto delle società*<sup>9</sup>, Torino, 2015, 537; G. GUERRIERI, *La responsabilità dell'amministratore nell'impresa in crisi*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2016, 571, 579.

<sup>20</sup> V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, a cura di F. Barachini, Torino, 2014, 8; ID., *L'amministrazione* (nt) 310; in senso contrario però: M. MIOLA, *Riduzione e perdita del capitale di società in crisi: l'art. 182-sexies l.fall. - Parte II*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 421; C. IBBA, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa (diritto societario quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2016, 1042.

<sup>21</sup> N. BACCETTI, (nt) 596 - 600; GUIZZI (nt) 1242.

<sup>22</sup> Art. 217, comma 1, n. 4 l.f.

dissimulando il proprio dissesto<sup>23</sup>. Secondo molti autori, si potrebbe ricavare da queste sanzioni penali una responsabilità in capo agli amministratori per mancata richiesta tempestiva di fallimento, analogamente alla legislazione tedesca, spagnola o francese<sup>24</sup>. Anche questa conclusione, peraltro, è controversa, poiché le indicazioni derivanti dalla norma penale potrebbero non essere sufficientemente specifiche a determinare doveri civilistici e corrispondenti responsabilità, in situazioni in cui gli amministratori hanno a disposizione comunque un ampio ventaglio di scelte per far fronte a situazioni di crisi.

## *2.2. Il nuovo art. 2086, secondo comma, c.c.*

In questo contesto alquanto incerto, il legislatore italiano, nel riformare la disciplina della crisi d'impresa, introduce alcuni articoli nel codice civile dal tenore apparentemente innovativo. In primo luogo, viene aggiunto un secondo comma all'art. 2086 del codice civile, cui viene anche mutata la rubrica (da "direzione e gerarchia nell'impresa" a "gestione dell'impresa"). Il nuovo secondo comma, a differenza del primo riguarda solo gli imprenditori che operino in forma societaria o collettiva, non gli imprenditori individuali. Si tratta già *ictu oculi* di una delimitazione singolare, non solo per la collocazione della norma entro le norme generali sull'imprenditore, che sono tendenzialmente neutre rispetto alla natura del soggetto, ma perché non è chiara la ragione di voler limitare questa norma a imprese gestite da società, associazioni e fondazioni, escludendo l'imprenditore individuale<sup>25</sup>. Questo dubbio viene acuito dal fatto che il nuovo art. 2086, comma secondo, c.c. si presenta come una specificazione del principio generale di cui all'art. 3, in base al quale, da un lato, gli imprenditori individuali devono "adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte" e, dall'altro, gli imprenditori collettivi devono "adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative."

A tale riguardo, occorre ricordare come il Codice della Crisi preveda una definizione di "crisi", intesa come "stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate"<sup>26</sup>. Questa nozione sembra fotografare la situazione in cui l'impresa non è ancora insolvente, ma in cui l'incapacità di adempiere sia divenuta un evento probabile<sup>27</sup>.

Il nuovo art. 2086, secondo comma c.c., così come l'art. 3, del Codice della Crisi, contengono due distinti precetti, che conviene descrivere analiticamente. In primo luogo, l'imprenditore collettivo deve "istituire" un assetto organizzativo interno che sia adeguato a dimensioni e natura dell'impresa e che, soprattutto, consenta di rilevare tempestivamente la "crisi" dell'impresa e la perdita della continuità aziendale; analogamente, l'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare lo stato di crisi. In secondo luogo, l'imprenditore collettivo è tenuto – in una situazione di crisi – ad adottare uno degli strumenti previsti dall'ordinamento (ossia dal codice della crisi stesso) per superare la crisi e recuperare

---

<sup>23</sup> Art. 218 l.f.

<sup>24</sup> L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 42 ss.; VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 128 ss.; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 304 ss.; CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione* (nt) 311.

<sup>25</sup> Si veda: M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 260 ss. Forse, l'esclusione degli imprenditori individuali potrebbe marcare la differenza tra essi e le società, intese come forme di organizzazione e finanziamento dell'impresa, non come soggetti (es: FERRI JR *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 413 ss.).

<sup>26</sup> Art. 1, comma 1, lett. a Codice della Crisi.

<sup>27</sup> D'altro canto, la definizione in questione viene posta ai soli fini del Codice delle Crisi, mentre i doveri degli amministratori che qui si discutono sono contenuti in una norma del codice civile, cosicché potrebbe sorgere il dubbio che la nozione di crisi ai fini dell'art. 2086 c.c. possa essere diversa: A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCI alla resilienza della twilight zone*, in *Il Fallimento*, 2019, 297.

la continuità aziendale; analogamente, gli imprenditori individuali devono “assumere senza indugio le iniziative necessarie a far[e] fronte [alla crisi]”.

Focalizzando la nostra attenzione sulle sole società, occorre chiarire come questi doveri si innestino nella loro organizzazione interna e nelle relazioni tra gli organi. A tal fine, la riforma precisa, introducendo un identico inciso in tutte norme sugli amministratori di ciascun tipo di società, che “la gestione dell’impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all’art. 2086, secondo comma, c.c. e spetta esclusivamente agli amministratori [...]”. Mentre il dovere di istituire un assetto organizzativo adeguato a rilevare le situazioni di crisi era già desumibile dal sistema vigente e dai doveri che già incombono su amministratori e organi di controllo<sup>28</sup>, il dovere di “reazione” ha contorni più articolati e incerti. Se preso alla lettera, l’articolo 2086, secondo comma, c.c. si limita a prevedere che, in una situazione di crisi, gli amministratori debbano adire un OCRI o realizzare uno degli strumenti di regolazione della crisi indicati nel Titolo IV del Codice della Crisi. L’art. 3 del Codice della Crisi non è molto d’aiuto al fine di comprendere quale sia il contenuto dei doveri degli amministratori, poiché si limita a prevedere che essi debbano assumere la “idonee iniziative”, senza specificare a quale scopo tali iniziative debbano essere rivolte, ossia a cosa esse debbano essere idonee.

Per far luce sulla posizione degli amministratori di fronte alla crisi, occorre muovere dalla considerazione che il dovere di attuare uno degli strumenti previsti dal Codice della Crisi non possa esaurire l’intero spettro di come gli amministratori devono gestire l’impresa in crisi. Se così fosse, infatti, l’art. 2086, secondo comma, c.c. rischierebbe persino di abbassare il livello dei doveri incombenti sugli amministratori, perché questi sarebbero certi di andare esenti da responsabilità semplicemente facendo istanza ad un OCRI, anche se il salvataggio era già divenuto impossibile<sup>29</sup>.

Pertanto, il dovere specifico contenuto nel nuovo art. 2086, secondo comma, c.c. è espressione di doveri generali ad esso sottesi, ancorché impliciti. In quest’ottica, è evidente che la gestione dell’impresa durante la crisi debba procedere secondo canoni e con modalità che siano compatibili con le strategie formalizzate per riconquistare la continuità aziendale. Pertanto, l’art. 2086, secondo comma, c.c. implica il dovere di gestire la società in maniera coerente con l’obiettivo di recuperare la continuità aziendale, dal momento in cui si verifica uno “stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza”. In altri termini, gli amministratori non possono adire un OCRI o iniziare una trattativa con i creditori e, contemporaneamente, compiere operazioni o adottare strategie che contraddicano quelle iniziative. Ne consegue una curiosa inversione di ruoli tra il principio generale dell’art. 3 e il nuovo art. 2086, secondo comma, c.c., perché è quest’ultimo a illuminare il senso del primo, il quale altrimenti sarebbe privo di significato poiché non chiarisce a cosa l’attività debba essere “idonea”: poiché, dal momento in cui diviene probabile l’insolvenza, gli amministratori debbono attivare gli strumenti finalizzati al superamento della crisi e al recupero della continuità aziendale, sono questi ultimi gli obiettivi cui l’attività dell’impresa deve essere “idonea” in tale frangente.

L’attività d’impresa, in particolare, dovrà essere prudente sul piano finanziario. Nonostante la società sia tecnicamente ancora *in bonis*, gli amministratori non potranno compiere operazioni che rischiano di approfondire la crisi, come ad esempio distribuire risorse della società ai soci o al *management* (sotto qualsiasi forma), oppure innalzare il profilo di rischio dell’impresa. E questo nonostante tali operazioni, se osservate in quel momento specifico, potrebbero essere persino vantaggiose per i soci, almeno nell’immediato, sul piano del valore attuale netto del loro investimento, considerando la responsabilità limitata di cui essi godono che consente in situazioni di crisi di scaricare sui creditori una parte del rischio d’impresa.

Di conseguenza, dal momento in cui diviene probabile l’insolvenza, mutano i doveri organici degli amministratori; in particolare, quel che muta non è il dovere generale di gestire l’impresa con “diligenza” (*duty of care*), bensì la direzione della loro attività (*duty of loyalty*), la quale non potrà più essere orientata

---

<sup>28</sup> SPOLIDORO (nt) 267.

<sup>29</sup> Per una considerazione analoga, seppur riferita al regime previgente: G. GUIZZI (nt)1251.

esclusivamente all'interesse individuale dei soci, ma dovrà essere orientata al salvataggio dell'impresa e, quindi, dovrà dare indirettamente prevalenza all'interesse dei creditori e degli altri *stakeholder*. L'art. 2086, comma 2, c.c., pertanto, fa emergere al livello degli enunciati normativi un principio generale – probabilmente già immanente nel sistema<sup>30</sup> – in base al quale dal momento in cui si verifica una situazione di difficoltà finanziaria o di liquidità che rende l'insolvenza probabile, i doveri degli amministratori devono necessariamente orientarsi al salvataggio dell'impresa.

### 3. Il problema a livello Europeo: tra diritto fallimentare e diritto societario

#### 3.1. La giurisprudenza liberale in materia di libertà di stabilimento (ovvero: la dissociazione tra mercato e democrazia)

Come abbiamo illustrato, alcuni ordinamenti anticipano i doveri degli amministratori ad un momento antecedente l'insolvenza, anche al fine di proteggere i creditori dell'impresa. Anche l'ordinamento italiano (ossia: tanto il formante dottrinale, quanto il legislatore) si sta muovendo, sia pure in maniera incerta, in questa direzione. La libertà di stabilimento, peraltro, fa sorgere un problema rilevante: poiché società costituite in uno Stato membro possono operare anche esclusivamente in altro Stato, si pone il problema se il paese di stabilimento possa applicare loro le proprie norme sulla responsabilità degli amministratori nella fase di crepuscolo o se si debbano applicare necessariamente quelle dello Stato di costituzione.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di libertà di stabilimento è nota e basteranno pochi tratti per illustrarla. A partire dal 1999, la Corte di Giustizia ha progressivamente liberalizzato il diritto di costituire società in qualsiasi Stato membro, indipendentemente dal paese in cui l'attività economica viene effettivamente svolta, applicando in maniera sempre più generosa la libertà di stabilimento del Trattato. Più precisamente, gli Stati membri non possono impedire a società, costituite in base alla legge di altri Stati membri, di operare e avere una presenza fisica sul proprio territorio<sup>31</sup>, a meno che tali restrizioni siano finalizzate a proteggere interessi pubblici e siano proporzionate ad essi (cosiddetto “test Gebhard”)<sup>32</sup>. Inoltre, almeno secondo la lettura più comune della sentenza *Überseering* del 2002 (sulla quale tornerò tra breve), il paese del foro deve riconoscere le società costituite in altro Stato membro secondo la legge loro propria e rispettando la *lex societatis* del paese di costituzione, indipendentemente dai propri criteri di selezione della legge applicabile<sup>33</sup>. La liberalizzazione, ovviamente, riguarda il riconoscimento di società estere, perché alle società domestiche gli Stati membri sono liberi di imporre qualsiasi requisito o condizione di costituzione (ad esempio la sede reale o amministrativa sul territorio nazionale)<sup>34</sup>. Peraltro, la scelta originaria di costituzione in un determinato Stato membro non è definitiva, perché la Corte di Giustizia ha chiarito recentemente che gli Stati membri devono consentire alle società di “trasformarsi” in enti di altri Stati membri, senza che i paesi coinvolti frappongano ostacoli che non siano necessari a proteggere interessi generali e siano proporzionati a tale scopo<sup>35</sup>.

In tale contesto, come anticipato, occorre prestare particolare attenzione alla sentenza *Überseering* del 2002. Tale sentenza, infatti, affermò che la libertà di stabilimento impone agli Stati membri di “rispettare la capacità giuridica e, quindi, la capacità processuale che [una società costituita in altro Stato membro]

---

<sup>30</sup> SPOLIDORO (nt) 269; CALANDRA, *L'amministrazione* (nt) 309 – 311.

<sup>31</sup> C-212/97, *Centros Ltd v Erhvervsog Selskabsstyrelsen* (1999) ECLI:EU:C:1999:126; C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art* (2003) ECLI:EU:C:2003:512; C-208/00, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* [2002] ECR I-9919.

<sup>32</sup> C-55/94, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-04165 (ECLI:EU:C:1995:411).

<sup>33</sup> C-208/00, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* [2002] ECR I-9919 (ECLI:EU:C:2002:632)

<sup>34</sup> C-371/10, *National Grid Indus BV v. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam* [2011] ECR I-12273 (ECLI:EU:C:2011:785).

<sup>35</sup> C-210/06, *Cartesio Oktato es Szolgáltatató bt* [2008] ECR I-9641 (ECLI:EU:C:2008:723); C-378/10, *VÁLE Építési kft.* [2012] (ECLI:EU:C:2012:440); C-106/16 *Polbud v Wyzkonawstwo sp. z.o.o* [2017] (ECLI:EU:C:2017:804).

possiede in forza del diritto del suo Stato di costituzione<sup>36</sup>. Da questa affermazione di principio, la dottrina ha tratto la regola per cui gli Stati membri debbano rispettare il diritto societario del paese di costituzione. In altri termini, questa affermazione della Corte viene letta come una implicita “comunitarizzazione” della teoria “unitaria” sulla legge applicabile alle società (nella dottrina tedesca conosciuta come *Einheitslehre*), in base alla quale la persona giuridica porterebbe con sé un solo “statuto personale” unitario e indivisibile, individuato dallo Stato di costituzione<sup>37</sup>. Lo Stato ospitante, pertanto, non potrebbe applicare alle società costituite in altri Stati membri norme del proprio diritto societario e norme domestiche che sostituiscano norme qualificate come *lex societatis* dallo Stato di costituzione. Ne deriva, ad esempio, che l’art. 25, comma 2, della legge italiana sul diritto internazionale privato, in base al quale si applicherebbero le norme italiane a società estere aventi l’oggetto dell’attività o l’amministrazione in Italia, non sia applicabile alle società costituite nell’Unione Europea (fatte salve norme nazionali dettate per esigenze imperative e che superano il “test Gebhard”)<sup>38</sup>.

Le conseguenze di questo orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia, soprattutto qualora venga letto in maniera tanto estesa, sono dirompenti. In pratica, agli Stati membri viene sottratto il potere di imporre proprie norme alle società costituite in altri Stati membri che operano sul proprio territorio. In altri termini, questo orientamento giurisprudenziale distacca la sfera del mercato (ossia la libertà degli imprenditori di costituire società dove preferiscono) dagli organi che esprimono rappresentanza politica, in nome, apparentemente, della creazione di un mercato unico che funzioni come un mercato interno.

In particolare, il problema si pone per la tutela dei creditori e di altri *stakeholder*. In linea teorica, infatti, un sistema in cui le società possono operare in qualsiasi paese, indipendentemente da dove esse sono costituite e dall’ordinamento che le regola, non dovrebbe produrre esternalità se le norme del paese di costituzione che gli altri Stati devono applicare affronta esclusivamente i rapporti tra i soci e tra soci e amministratori, senza avere alcuna ricaduta sui creditori o altri interessi socialmente rilevanti. È opinione abbastanza diffusa che queste condizioni si verifichino negli USA, poiché, in base alla *internal affairs doctrine*, lo Stato di costituzione è competente in via esclusiva a disciplinare solo i soli rapporti tra soci, mentre la tutela dei creditori è affidata prevalentemente alle norme federali sull’insolvenza. Il diritto societario dei paesi europei, però, è storicamente innervato anche da una filosofia diversa; molti ordinamenti, infatti, contengono norme che mirano a garantire la stabilità dell’impresa e la sua patrimonializzazione, o ad evitare che i soci si appropriino di risorse dell’impresa in misura eccessiva. In altri termini, la scelta dello Stato di costituzione, e quindi della *lex societatis*, potrebbe non essere irrilevante per i creditori.

### 3.2. Il “doppio movimento” (ovvero: il lento riemergere delle sovranità nazionali)

Secondo la nota teoria di Karl Polanyi, la dinamica delle società capitalistiche evolve seguendo un doppio movimento: alla continua espansione dei mercati seguono fasi in cui le società si riappropriano di spazi e contrastano la dissociazione tra la sfera politico-sociale e la sfera del mercato<sup>39</sup>. Questo doppio movimento sembra verificarsi in Europa riguardo alla libertà di stabilimento: ad una fase, iniziata negli anni ’90, di liberalizzazione, in cui la sfera del mercato viene progressivamente sganciata dalla sfera sociale e giuridica, segue un contromovimento in cui gli Stati e le stesse istituzioni Europee – forse comprendendo la crisi provocata dalla dissociazione tra mercato e politica – si stanno riappropriando di

---

<sup>36</sup> C-208/00, *Überseering* (nt) 95.

<sup>37</sup> Si vedano, ad esempio: S.M. CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 93; G.B. PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 131 – 133; M.-P. WELLER, *Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung*, Köln - Berlin – München, 2004, 51 ss.

<sup>38</sup> M. BENEDETTELLI, «Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *Riv. soc.*, 2003, 711; L. ENRIQUES, *Società costituite all'estero*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, Bologna, 2007, 3 s.

<sup>39</sup> K. POLANYI, *The great transformation: the political and economic origins of our time*, Boston, 2001, 136 ss. (1<sup>a</sup> ed. 1944).

sfere di regolamentazione, in contrasto con la libertà di stabilimento come interpretata dalla sentenza Centros in avanti.

Proprio dalla Germania, paese che aveva sempre applicato coerentemente la “teoria della sede reale”, proviene la prima reazione alla giurisprudenza della Corte. In particolare, il Bundestag nel 2008 approvò una riforma che spostò il dovere degli amministratori di presentare istanza di fallimento e le norme sui prestiti dei soci dalle leggi che regolano *Aktiengesellschaften* e *Gesellschaften mit beschränkter Haftung* alla legge fallimentare, con l'intento esplicito di applicare tali norme a società straniere che operano sul territorio nazionale<sup>40</sup>. Inoltre, le norme che prevedono la responsabilità degli amministratori che eseguono pagamenti in prossimità dell'insolvenza, pur non venendo spostate nella legge fallimentare, vennero modificate anche al fine di poterle caratterizzare, dal punto di vista internazionalprivatistico, come facenti parte della *lex societatis*<sup>41</sup>. La soluzione, quindi, è stata di “riqualificare” per legge come *lex concursus* norme che prima venivano considerate cadere nella *lex societatis* ed è interessante notare come questa scelta sia stata compiuta dal Parlamento che rappresenta democraticamente gli interessi esistenti nella società. In questa maniera, si è aperta una strada che consente di erodere dall'interno il sistema disegnato dalla Corte di giustizia, escludendo dallo “statuto personale” tutte le norme domestiche ritenute necessarie per proteggere interessi locali<sup>42</sup>.

Per comprendere questa scelta, occorre ricordare che le norme sulle crisi d'impresa, entro l'Unione Europea, seguono un criterio di collegamento per certi versi simile, ancorché non perfettamente sovrapponibile, alla teoria della sede reale. Il Regolamento sulle Insolvenze Transfrontaliere, emanato nel 2000 e riformato nel 2015, ha unificato i criteri di collegamento del diritto fallimentare nella UE<sup>43</sup>. Il criterio per individuare la legge applicabile e la giurisdizione internazionale è il “centro degli interessi principali del debitore” (userò l'acronimo inglese “COMI” perché ormai di comune utilizzo). Il COMI individua anche l'ambito di applicazione del Regolamento stesso, il quale si applica solo a imprese il cui COMI è situato nella UE (eccetto la Danimarca)<sup>44</sup>, cosicché gli Stati Membri sono liberi di avere criteri diversi per debitori extracomunitari<sup>45</sup>. Il centro degli interessi principali del debitore è il luogo da cui il debitore conduce i propri interessi in maniera regolare ed è riconoscibile da parte di terzi<sup>46</sup>. Si tratta, quindi, di un criterio fattuale, non formale, che tenta di individuare il luogo in cui sono insediati gli interessi che l'attività del debitore coinvolge in misura prevalente.

Peraltro, per semplificare la ricerca del COMI di una società, il regolamento presume che esso sia situato nel paese della sede legale salvo prova contraria<sup>47</sup>. A tale fine, occorre dimostrare che la società venga gestita da uno Stato membro diverso da quello della sede legale e che tale situazione di fatto sia permanente e riconoscibile da parte dei terzi. Pertanto, se la presunzione di coincidenza tra COMI e sede legale non viene superata, lo Stato di costituzione è competente a governare tanto le materie di “diritto societario” quanto le procedure e le norme di “diritto fallimentare”, mentre se viene fornita tale prova saranno due Stati diversi a governare *lex societatis* e *lex concursus*. Considerando la stretta interdipendenza delle norme che appartengono a questi due settori, e la difficoltà di attribuire molte norme all'una o

---

<sup>40</sup> Bundestags-Drucksache 16/6140, p. 55.

<sup>41</sup> Bundestags-Drucksache 16/6140, p. 47.

<sup>42</sup> Sui limiti della strategia di riqualificare norme di diritto societario come diritto fallimentare per proteggere i creditori domestici, si veda L. ENRIQUES – M. GELTER, *Regulatory competition in European company law and creditor protection*, in EBOR, 2006, 449 ss.

<sup>43</sup> Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 sulle procedure concorsuali (rifusione). In precedenza questi aspetti venivano disciplinati dal Regolamento del Consiglio (CE) 1346/2000 del 29 maggio 2000 sulle procedure concorsuali.

<sup>44</sup> Regolamento Insolvenze Transfrontaliere, considerando 25.

<sup>45</sup> G. MOSS, I.E. FLETCHER, S. ISAACS, *The EU Regulation on Insolvency Proceedings*, 3a ed., Oxford, 2017, 51.

<sup>46</sup> Regolamento Insolvenze Transfrontaliere, articolo 3(1).

<sup>47</sup> Regolamento Insolvenze Transfrontaliere, articolo 3(1) para 2.

all'altra categoria, una simile dissociazione potrebbe far sorgere lacune e il rischio di abusi<sup>48</sup>. A tale proposito, occorre ricordare che il paese del COMI e in cui è stata aperta una procedura principale è anche competente a regolare le condizioni per l'apertura della procedura stessa<sup>49</sup>, la sua conduzione e la sua conclusione<sup>50</sup>. Inoltre, il Regolamento comprende una lista di materie comprese nella *lex concursus*<sup>51</sup>, ma questa lista non è esaustiva e, quindi, solleva il dubbio su quali altre materie rientrino nella competenza del paese del COMI.

In questo contesto, è incerto se le forme di “riqualificazione” di norme societarie come di “diritto fallimentare” sia in linea con la libertà di stabilimento, come interpretata dalla Corte di Giustizia. Più in generale, occorre chiarire se gli Stati membri possano comprendere entro la *lex concursus* qualsiasi norma che disciplini questioni societarie, tra cui le responsabilità degli amministratori per comportamenti tenuti nella fase di crepuscolo dell'impresa, e, in secondo luogo, se una simile qualificazione rappresenti una restrizione della libertà di stabilimento che deve essere assoggettata al test *Gebhard*.

La risposta non può essere fornita semplicemente osservando i singoli ordinamenti. Il fenomeno più evidente degli ultimi anni in materia è la tendenza alla “fallimentarizzazione” di norme che potrebbero cadere nella *lex societatis* da parte del legislatore europeo. In primo luogo, il Regolamento sulle Insolvenze Transfrontaliere, riformato nel 2015, estende il proprio ambito di applicazione anche alle procedure che si applicano quando l'insolvenza non si è ancora realizzata ma è solo probabile, ossia quella situazione che il codice della crisi definisce appunto come “crisi” dell'impresa<sup>52</sup>. Inoltre, anche la recente direttiva sulle procedure di ristrutturazione individua il proprio perimetro di applicazione secondo i medesimi criteri, poiché essa si applica anche a imprese non ancora insolventi, ma solo in crisi<sup>53</sup>. Entrambi gli strumenti normativi indicano come sia il legislatore europeo ad estendere la *lex concursus* a società non ancora insolventi, ma riguardo alle quali l'insolvenza è solo probabile.

Il perimetro della *lex concursus*, peraltro, era oggetto di discussione da molti anni e, per comprendere il problema, è necessario ripercorrere il dibattito e la giurisprudenza della Corte di Giustizia. A tal fine, occorre prendere le mosse dai criteri di giurisdizione internazionale. Il Regolamento sulle Insolvenze Transfrontaliere prevede che “I giudici dello Stato membro nel cui territorio è aperta una procedura d'insolvenza [...] sono competenti a conoscere delle azioni che derivano direttamente dalla procedura e che vi si inseriscono strettamente [...]”<sup>54</sup>. Lo stesso articolo chiarisce che le azioni revocatorie siano tra tali azioni e che “sono considerate connesse le azioni aventi tra loro un legame così stretto da rendere opportuno trattarle e decidere in merito contestualmente, per evitare il rischio di sentenze incompatibili risultanti da procedimenti separati”<sup>55</sup>. Il Regolamento Insolvenze Transfrontaliere a tale riguardo non fa altro che codificare la giurisprudenza precedente della Corte di Giustizia in materia di giurisdizione

---

<sup>48</sup> Si vedano, ad esempio: C. GERNER-BEUERLE, E. SCHUSTER, *The Cost of Separation: Conflicts in Company and Insolvency Law in Europe*, in 14 *J. Corp. L. Stud.*, 2014, 287, 308 – 311 (i quali suggeriscono di adottare il criterio della sede legale anche per il diritto fallimentare); SACCHI, *La responsabilità* (nt.) 304 ss. (che suggerisce, al contrario, di adottare il criterio del COMI anche per il diritto societario a livello di Unione Europea).

<sup>49</sup> Regolamento Insolvenze Transfrontaliere, art. 7(1).

<sup>50</sup> Regolamento Insolvenze Transfrontaliere, art. 7(2).

<sup>51</sup> Regolamento Insolvenze Transfrontaliere, art. 7(2).

<sup>52</sup> Regolamento Insolvenze Transfrontaliere, art. 1(1).

<sup>53</sup> Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), art. 1.

<sup>54</sup> Regolamento Insolvenze Transfrontaliere, art. 6(1).

<sup>55</sup> Regolamento Insolvenze Transfrontaliere, art. 6(3). Infine, il Considerando 35 afferma che i giudici dello Stato del COMI sono competenti a conoscere azioni revocatorie anche qualora il convenuto sia situato in altro Stato membro e, inoltre, azioni relative ad obbligazioni che sorgono nel corso di una procedura concorsuale.”

internazionale<sup>56</sup>, la quale riguardava principalmente azioni nei confronti degli amministratori di società insolventi. Il punto di partenza è la sentenza *Gourdain v. Nadler* del 1968, in cui la Corte affrontò l'ambito applicativo della convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione (ora trasposta in un regolamento), la quale, così come il regolamento attuale, non era applicabile alle decisioni in materia "fallimentare"<sup>57</sup>. La Corte ritenne che le decisioni inerenti al fallimento sono escluse dalla Convenzione (oggi dal regolamento Bruxelles I) se "deriv[a]no direttamente dal fallimento e si inserisc[o]no strettamente nell'ambito del procedimento [...]"<sup>58</sup>. Nella recente decisione *H. v H.K.*<sup>59</sup>, la Corte affrontò le norme tedesche sulle azioni di risarcimento dei danni derivanti dal ritardo nel presentare istanza di apertura di procedura concorsuale o da pagamenti effettuati dopo l'insolvenza<sup>60</sup>. La Corte qualificò queste norme come azioni connesse alla procedura concorsuale e concluse che esse fossero attratte alla giurisdizione del giudice della procedura<sup>61</sup>. Del resto, si tratta di una semplice applicazione della funzione servente dell'azione processuale rispetto al diritto sostanziale (Weller 2008). I criteri di giurisdizione, quindi, vennero ricavati dalla natura delle norme sostanziali sottostanti che facevano sorgere il diritto al risarcimento del danno (che, quindi, erano da qualificarsi come facenti parte della *lex concursus*)<sup>62</sup>. Anche le sentenze successive hanno seguito la stessa logica.

Nella sentenza sul caso *Nickel* del 2014, la Corte ha evidenziato che, per "si deve indagare se il diritto o l'obbligo che serve come base dell'azione abbia la sua fonte nelle norme comuni del diritto civile e commerciale o nelle norme derogatorie specifiche delle procedure d'insolvenza"<sup>63</sup>. Ma la sentenza più significativa è quella riguardante il caso *Kornbaas*<sup>64</sup>, del 2015. In particolare, la Corte doveva affrontare direttamente la qualificazione delle norme tedesche sugli amministratori di società in crisi, non le questioni legate alla giurisdizione. La conclusione fu che tali norme (le stesse discusse nel caso *H. H.K.*) ricadrebbero nella *lex concursus* in quanto "condizioni per l'apertura della procedura".

La sentenza, in particolare, riguardava una procedura concorsuale aperta in Germania riguardo ad una società inglese insolvente, la quale svolgeva la propria attività in Germania dove era situato – cosa non contestata – il centro dei suoi interessi principali. Il curatore agì contro l'amministratrice unica della società (la sig.ra *Kornbaas*) per i danni arrecati dall'aver violato il divieto di effettuare pagamenti dopo l'insolvenza (la quale, occorre rammentare, nel diritto tedesco scatta anche per il semplice sovraindebitamento). La Corte dovette affrontare due questioni distinte: in primo luogo, se tale azione di responsabilità, e i doveri sottostanti, siano da qualificare come di "diritto fallimentare"; in secondo luogo, se l'applicazione del diritto del paese in cui la società opera (ossia nel caso concreto la Germania) fosse una restrizione alla libertà di stabilimento.

Si trattava, quindi, di una tipica situazione di *pseudo-foreign company*, una situazione ammessa dalla sentenza *Centros* e da quelle ad esse successive, in cui una società costituita secondo la legge di uno Stato membro opera esclusivamente in altro Stato. A tale riguardo, occorre rammentare che gli Stati membri non possono applicare norme del proprio diritto societario a società costituite in altri Stati membri, le quali

---

<sup>56</sup> G. Moss, I.E. Fletcher, S. Isaacs, (nt ) 453.

<sup>57</sup> Regolamento Bruxelles I, art. 1(2)(b).

<sup>58</sup> C-133/78, *Gourdain v. Nadler* [1979] R-I 733, at 4.

<sup>59</sup> C-295/13, *H. v. H.K.* [2014] (ECLI:EU:C:2014:2410).

<sup>60</sup> §64(1) *GmbHG* and §92(1) *AktG* (now §15 *InsO*).

<sup>61</sup> In tale categoria rientrano tutte le azioni derivanti dall'insolvenza, anche qualora esse possano essere astrattamente esercitate al di fuori di una procedura concorsuale: C-295/13 *H. v H.K.* (nt ) 22 – 25; C-330/07, *Christopher Seagon v. Deko Marty Belgium BV* (ECLI:EU:C:2009:83) 21.

<sup>62</sup> B. SCHLIPP, *Gesellschafterfremdfinanzierte Auslandsgesellschaften*, Tübingen, 2017, 114.

<sup>63</sup> C-157/13, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH v 'Kintra' UAB* (EU:C:2014:2145) 27.

<sup>64</sup> C-594/14, *Simona Kornbaas v Thomas Dithmar* (EU:C:2015:806).

devono essere accolte in base alla disciplina loro propria<sup>65</sup>, né possono applicare loro norme speciali di responsabilità<sup>66</sup>. Ovviamente, restrizioni alla libertà di stabilimento sono astrattamente ammissibili se superano il test-Gebhard, come illustrato in precedenza. Gli Stati membri, però, potrebbero aggirare questi divieti semplicemente qualificando singole norme come “diritto fallimentare” invece che diritto “societario”, come abbiamo visto in precedenza essere accaduto proprio in Germania. Finora, la lettura più comune data alla sentenza *Überseering* rendeva molto incerto stabilire fino a che punto gli Stati membri potessero spingersi nell’espandere i confini della *lex concursus* a danno della *lex societatis*. La sentenza *Kornhaas* fornisce una risposta dirompevole, sostenendo che la libertà di stabilimento non possa essere pregiudicata dalla responsabilità prevista nel §64(2) *GmbHG*, in quanto essa “non riguarda affatto la costituzione di una società in un determinato Stato membro né il suo ulteriore stabilimento di un altro Stato membro”, poiché “trova applicazione soltanto successivamente alla costituzione di detta società, nell’ambito della sua attività [...]”<sup>67</sup>.

Come intuibile, questa sentenza ha scatenato un acceso dibattito. Da un lato, alcuni autori hanno criticato in maniera accesa le scelte della Corte, perché esse restringerebbero in maniera eccessiva e non necessaria l’area coperta dalla libertà di stabilimento, poiché, se presa alla lettera, gli Stati membri sarebbero pressoché liberi di riqualificare qualsiasi norma come di *lex concursus*, tranne quelle sulla costituzione delle società e la loro redислоcazione all’estero<sup>68</sup>. Altri autori, d’altro canto, hanno sottolineato che, comunque, la qualificazione delle fattispecie concrete sia sempre di competenza degli Stati membri, non della UE, e che la sentenza *Kornhaas* non faccia altro che allineare il diritto delle società ad altre aree di applicazione della libertà di stabilimento, in base alla quale gli Stati membri possano disciplinare le condizioni di attività di soggetti provenienti da altri Stati membri<sup>69</sup>.

La lettura più comune e diffusa di *Überseering* era che la Corte avrebbe comunitarizzato il principio di unitarietà dello statuto personale del soggetto (*Einheitslehre*) in base al quale lo Stato d’arrivo deve accettare il soggetto giuridico costituito in altro Stato membro secondo la legge sua propria e, quindi, secondo la *lex societatis* del paese d’origine. La sentenza *Kornhaas* mette in discussione quest’idea, perché restringe il novero delle norme statali che devono essere accolte da altri Stati membri a quelle sulla costituzione della persona giuridica e a quelle sul suo insediamento all’estero. Vale la pena ricordare, che l’interpretazione tradizionale si basa principalmente sul *dictum* della sentenza *Überseering*, in base al quale gli Stati membri devono “rispettare la capacità giuridica [...] che questa società possiede in forza del diritto del suo Stato di costituzione”. Si tratta, però, di una frase ambigua, che non dice espressamente che lo Stato d’arrivo debba rispettare il perimetro della *lex societatis* dello Stato di costituzione, bensì solo che il primo debba riconoscere la capacità giuridica, che ovviamente viene creata da un ordinamento specifico, non esistendo persone giuridiche avulse da un ordinamento che le crea e ne disciplina l’organizzazione interna<sup>70</sup>. La sentenza *Kornhaas* – nonostante anch’essa presenti ambiguità – si muove in una direzione diversa rispetto alla teoria unitaria dello statuto personale, perché ammette che norme domestiche che riguardano questioni diverse dalla costituzione della società e lo stabilimento all’estero possano essere legittimamente applicate anche a società costituite in altri Stati membri. In linea teorica, quindi, lo Stato d’arrivo potrebbe applicare proprie norme anche su questioni che lo Stato di costituzione considera rientranti nella *lex societatis*.

---

<sup>65</sup> C-208/00, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* [2002] ECR I-9919.

<sup>66</sup> C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art* [2003] ECR I-1095

<sup>67</sup> C-594/14 (nt) 28.

<sup>68</sup> W.G. RINGE, *Kornhaas and the challenge of applying Keck in establishment*, in *European Law Review*, 2017, 270; L. Enriques – A. Zorzi, *Armonizzazione e arbitraggio normative nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2017, 784 (i quali sottolineano come la corte non menzioni il test-Gebhard, con la conseguenza che la riqualificazione come *lex concursus* sottrarrebbe le norme al vaglio di tale test anche qualora esse rappresentino una restrizione della libertà di stabilimento).

<sup>69</sup> M. SZYDŁO, *Directors’ duties and liability in insolvency and the freedom of establishment of companies after Kornhaas*, in *54 Common Market Law Review*, 2017, 1853.

<sup>70</sup> Si veda H.P. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums*, in *RabelsZ*, 2004, 670 – 675.

La sentenza *Kornhaas*, inoltre, è coerente con le scelte del regolamento e della Direttiva sul contenuto della *lex concursus*, scelte che abbiamo illustrato in precedenza, e sembra accompagnarle segnando una comune tendenza verso l'applicazione sempre più ampia di norme del paese d'arrivo che abbiano un impatto su interessi locali. La qualificazione internazionalprivatistica si adatterà a queste scelte di politica del diritto, perché non esiste in natura un concetto dato e predefinito di cosa siano *lex concursus* e *lex societatis*: come tutti i concetti giuridici sono veicolo di scelte di politica del diritto, non altro. Peraltro, la sentenza *Kornhaas* indica agli Stati membri che volessero applicare proprie norme a società costituite in altri Stati membri (tranne che nei settori indicati dalla sentenza stessa) una strada obbligata: occorre sottrarre queste norme dal perimetro della propria *lex societatis* per includerle nel perimetro della *lex concursus* o della *lex delicti*. Viceversa, non è chiaro se gli Stati membri possano applicare a società estere norme che sono classificate come di "diritto societario" in base alle categorie domestiche. Questa peculiarità consente alla Corte di non rigettare formalmente la sentenza *Überseering*, pur modificandone radicalmente il senso, secondo un tipico procedimento di *distinguishing*<sup>71</sup>.

A questo punto dell'analisi possiamo ricapitolare alcuni punti fermi. Il diritto dell'Unione Europea si è mosso in una direzione ben precisa, ossia di anticipare l'area della *lex concursus* alle situazioni antecedenti l'insolvenza, in cui questa è solo probabile, ma non attuale, tanto da consentire alla società di essere risanata. Anzi, è il risanamento ormai l'obiettivo delle norme europee, cosicché le procedure atte a facilitare le ristrutturazioni di imprese non ancora decotte divengono inevitabilmente parte della *lex concursus*. Questa scelta di politica del diritto si riflette nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, con la sentenza *Kornhaas*, limita gli effetti della giurisprudenza precedente, e soprattutto della sentenza *Überseering*, indicando come oggetto della libertà di stabilimento solo le norme sulla costituzione di società e sullo stabilimento successivo, mentre tutte le altre materie potrebbero essere regolate dallo Stato di arrivo. Lo Stato d'arrivo, in particolare, avrebbe piena libertà di scelta: potrebbe fare rientrare le materie diverse nella *lex concursus*, oppure nella *lex delicti*, oppure infine considerarle norme di applicazione necessaria.

#### 4. Gli amministratori di società in crisi e il diritto applicabile

##### 4.1. Un problema di qualificazione

Torniamo alla questione principale di questa riflessione, ossia se i doveri e le responsabilità degli amministratori di società in crisi, che emergono nell'art. 2086, secondo comma, c.c., si applichino solo a società italiane oppure se riguardino qualsiasi società sia, in qualche misura, connessa con l'ordinamento italiano e attiva sul territorio nazionale. Si tratta di un tipico problema di qualificazione, tema estremamente complesso e sul quale non esiste unità di vedute in dottrina. Comunemente, per qualificazione si intende la sussunzione di una fattispecie concreta o, secondo altre teorie, di un problema giuridico entro una determinata norma di conflitto. Nel nostro caso, occorre chiedersi se la posizione e le scelte gestionali degli amministratori di società la cui insolvenza sia divenuta probabile, ancorché non ancora attuale, rientrino nelle norme di conflitto sulle società, in quelle sulle procedure concorsuali, oppure in altre norme di conflitto (ad esempio riguardanti i fatti illeciti). Si tratta di un problema, a ben vedere, più semplice rispetto a quanto si verifica in altri settori dell'ordinamento (si pensi al diritto di famiglia) perché l'oggetto della sussunzione (l'attività e i doveri di amministratori di società) è verosimilmente molto simile in tutti gli ordinamenti della UE e nei sistemi economici a noi vicini. A questo interrogativo se ne affianca un altro (talvolta isolato come "seconda fase" del processo di qualificazione), che riguarda il perimetro delle diverse classi di norme da applicare (ossia, nel nostro caso, il perimetro della *lex societatis* o della *lex concursus*) entro le quali potrebbe essere incluso il problema dei doveri degli amministratori in fase di "crepuscolo"<sup>72</sup>. Questo è, *in nuce*, il percorso argomentativo della

---

<sup>71</sup> Rinvio a C. GERNER-BEUERLE – F.M. MUCCIARELLI – E. SCHUSTER – M. SIEMS, *The Illusion of Motion: Corporate (Im)Mobility and the Failed Promise of Centros*, in EBOR, 2019, 455 ss.

<sup>72</sup> Si veda: C. WENDEHORST, *Tatbestand - Reichweite - Qualification*, in *Festschrift Sonnenberger*, München, 2004, 743.

qualificazione in una logica bilateralistica del diritto internazionale privato, in cui si cerca il criterio corretto per individuare la legge applicabile a una fattispecie concreta tra tutti gli ordinamenti astrattamente disponibili, collocati su un piano di piena parità. Ai nostri fini, peraltro, l'interrogativo potrebbe anche essere convertito in una domanda "unilateralistica", ossia ci potremmo chiedere semplicemente quale sia l'ambito di applicazione dei doveri degli amministratori di società in crisi presenti nell'ordinamento italiano, ossia se essi si applichino solo a società italiane (in quanto facenti parte della *lex societatis*) oppure anche a società estere (poiché non rientrano nella *lex societatis*, o perché sono norme di applicazione necessaria comunque applicabili).

Il diritto internazionale privato italiano, giova ricordare, segue una versione particolare della teoria della "incorporazione", in base alla quale le società e gli altri enti giuridici sono retti dalla legge del paese in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione<sup>73</sup>. La visione più diffusa, vede nel sistema italiano una norma di conflitto bilaterale e completa, atta a individuare, sulla base di un criterio di collegamento, quale sia la legge applicabile a una data società o ente tra tutte le leggi astrattamente disponibili, inclusa quella italiana. Peraltro, il fenomeno di cui stiamo trattando – ossia società ed enti giuridici – è assolutamente peculiare, poiché alla sua esistenza (ossia alla nascita dell'ente) concorre necessariamente un determinato ordinamento giuridico che riconosce l'esistenza di un soggetto ulteriore rispetto alle persone fisiche. Pertanto, una volta costituito il nuovo soggetto giuridico secondo una determinata legge, la sua esistenza è un fatto, nel senso che da quel momento quel soggetto esiste fattualmente nei traffici commerciali (almeno dal punto di vista della legge di costituzione). Ne consegue che le tradizionali norme di conflitto bilaterali male si attagliano a questi fenomeni, riguardo ai quali occorre piuttosto porsi il problema se lo Stato del foro riconosca il fatto storico che un nuovo soggetto giuridico è stato creato in altro ordinamento<sup>74</sup>. In quest'ottica, allora, il sistema italiano potrebbe essere visto in maniera diversa, ossia come l'insieme di più regole unilaterali: da un lato, il riconoscimento automatico di soggetti giuridici stranieri creati in altro ordinamento e sulla base della legge del paese di costituzione; dall'altro, l'applicazione integrale della legge dello Stato di costituzione, fatta eccezione per gli enti che hanno amministrazione od oggetto di attività principale in Italia, cui si deve applicare parzialmente la legge italiana<sup>75</sup>. Anche seguendo questa seconda lettura, però, si pone il problema generale della qualificazione delle fattispecie, secondo le logiche illustrate in precedenza.

A questo punto, sorge il problema di stabilire se un determinato problema giuridico (nel nostro caso i doveri degli amministratori di società in crisi) debba essere sussunto entro l'oggetto delle norme di conflitto previste per le società. Si tratta, quindi, di individuare l'estensione dell'oggetto di tali norme di conflitto, comunemente chiamato *lex societatis*<sup>76</sup>. La legge italiana sul diritto internazionale privato semplifica il problema della qualificazione attraverso un'elencazione, sia pure ovviamente non esaustiva, delle materie che ricadono nella *lex societatis*. Tra tali materie rientrano, tra l'altro, la capacità dell'ente e i poteri degli organi sociali<sup>77</sup>. Da questa indicazione, si ricava comunemente che doveri e responsabilità degli amministratori rientrino nel cono d'ombra della *lex societatis*, in maniera peraltro identica a quanto accade nella maggior parte degli ordinamenti.

Peraltro, nonostante in generale i doveri e le responsabilità degli amministratori rientrino nella *lex societatis*, potrebbero esistere materie e questioni sottratte a questa categoria generale e che lo Stato assoggetta alla propria legge<sup>78</sup>. E, quindi, occorre chiedersi se sussistano giustificazioni sufficienti per

---

<sup>73</sup> Art. 25, comma 1, prima frase, l. 218/1995.

<sup>74</sup> M.V. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. it. dir. int. proc.*, 1997, 64.

<sup>75</sup> Art. 25, comma 1, seconda frase, l. 218/1995

<sup>76</sup> WENDEHORST (nt) 748 – 749.

<sup>77</sup> Art. 25, comma 2, l. 218/1995

<sup>78</sup> M.V. BENEDETTELLI, *Profili di diritto internazionale privato ed europeo delle società*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2015, 70.

sottrarre i doveri degli amministratori di società in crisi previsti nell'ordinamento italiano all'area della *lex societatis*, posto che, come abbiamo visto, la crisi muta la direzione dell'attività degli amministratori<sup>79</sup>. Per rispondere a questa domanda, occorre svolgere un'analisi funzionale e teleologica del sistema delle norme italiano inerenti a doveri e responsabilità degli amministratori, isolando la questione specifica di come tali doveri e responsabilità si atteggiino all'avvicinarsi dell'insolvenza.

#### 4.2. I doveri degli amministratori di società in crisi come regole dell'attività d'impresa

Come abbiamo visto in precedenza, il nuovo articolo 2086, secondo comma c.c., pur non essendo radicalmente innovativo, svolge due funzioni strettamente intrecciate con le procedure concorsuali. In primo luogo, esso prevede che gli amministratori debbano attivare una delle procedure previste dal codice della crisi che mirano al recupero della continuità aziendale e al salvataggio dell'impresa. In secondo luogo, tale articolo contiene una regola implicita sull'orientamento dei doveri degli amministratori e lo scopo della società in situazione di crisi, la quale completa il principio generale contenuto nell'articolo 3 del Codice della Crisi.

Tali doveri, e le relative responsabilità, hanno natura simile ai doveri de società che esercita attività di direzione e coordinamento, i quali non a caso sono stati considerati come uno dei possibili fondamenti per ricostruire i doveri degli amministratori di società al crepuscolo prima dell'introduzione dell'art. 2086, secondo comma, c.c. Gli amministratori, in altri termini, sono assoggettati a doveri e responsabilità particolari in quanto gestori di un'impresa, non come soggetti impegnati a svolgere una attività a favore di un soggetto (la società), secondo lo schema "do ut facias" sotteso al modello del contratto di mandato (o al rapporto tra *principals* e *agents*)<sup>80</sup>. In altri termini, per comprendere la natura di questi doveri, occorre abbandonare la visione del diritto societario dal punto di vista esclusivo del soggetto giuridico (la società cui viene attribuita la qualifica di imprenditore) per abbracciare l'idea che le norme che governano le società in realtà siano elementi della disciplina dell'attività d'impresa, intesa come fenomeno oggettivo, e che la società sia uno dei possibili modi di finanziare (e gestire) l'impresa<sup>81</sup>. Secondo questa teorica, tutto il diritto societario andrebbe riletto secondo un'ottica "ad attività", ossia come espressione di regole dell'attività d'impresa, intesa come sostrato socio-economico pre-esistente. Ovviamente, questa riconversione del punto di vista sul diritto societario spalanca dibattiti potenzialmente senza fine, che non possono essere affrontati in questa sede.

Questa teorica, peraltro, proprio perché sposta il punto di vista dell'interprete (dal "soggetto" all'"attività") ha il pregio di smitizzare l'idea di "soggetto giuridico" e della stessa unitarietà del diritto societario, il quale si presenta come uno dei molteplici aggregati normativi (ancorché dotato di peculiarità autonome) che riguardano l'attività d'impresa. All'interno del "diritto societario", quindi, si potrebbero riconoscere differenziazioni interne e isolare norme o classi di norme diverse, qualora abbiano funzioni e presupposti applicativi diversi. A mio avviso, la distinzione principale che deve essere posta è tra, da un lato, norme che riguardano la costituzione, l'organizzazione interna e l'imputazione di fattispecie, e,

---

<sup>79</sup> Il problema è di carattere sostanziale, non formale. In particolare, la collocazione della norma entro una riforma della legge fallimentare può essere solo un indizio della qualificazione internazionalprivatistica, ma non si tratta di una prova sufficiente (tra l'altro, si tratterebbe di un indizio ambiguo perché la riforma introduce nuovi enunciati nel codice civile, non nel Codice della Crisi).

<sup>80</sup> Sulla distinzione tra gestione societaria e gestione imprenditoriale v. CALANDRA BUONAURA, *La gestione* (nt) 3 – 4.

<sup>81</sup> Questa ricostruzione è debitrice, ovviamente, dell'elaborazione di P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, *passim*. Tra i contributi più recenti si veda anche P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sulla riforma; I: La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 673 ss. Questa maniera di concepire il diritto societario e commerciale è stata oggetto di riflessioni e ha prodotto visioni parzialmente differenziate, accomunate però dall'idea della centralità dell'impresa. Ad esempio si vedano (con accenti e ricostruzioni diverse): P. SPADA, *La rivoluzione copernicana (quasi una recensione tardiva ai Contratti associativi di Paolo Ferro Luzzi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 143 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Tutela del socio e ragioni dell'impresa nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, 1 ss. La teorica delle norme "ad attività" è stata di recente sviluppata ed applicata coerentemente da: A. CETRA, (nt) 68 ss.; A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011, 30 ss. e 199 ss.

dall'altro, norme che riguardano l'attività d'impresa in senso oggettivo, intesa come fenomeno empirico e sociale da disciplinare, anche sotto il profilo economico e finanziario, compresi taluni doveri dei soggetti deputati ad assumere scelte imprenditoriali<sup>82</sup>.

Questa classificazione delle norme sostanziali può essere trasposta al piano della qualificazione internazionalprivatistica, perché illumina la funzione delle categorie contenute anche nelle norme di conflitto: le norme della prima categoria appartengono allo statuto personale del soggetto, mentre le seconde non vi fanno necessariamente parte. In quest'ultima categoria potrebbero rientrare, ad esempio, la responsabilità delle capogruppo, il trattamento dei finanziamenti dei soci o i doveri degli amministratori verso i creditori. A conferma di questa conclusione si può addurre, nonostante l'assenza di pronunce giurisprudenziali e nonostante la dottrina segua percorsi argomentativi diversi, che le norme italiane sulla responsabilità da direzione e coordinamento sono ritenute applicabili anche a *holding* estere di società italiane<sup>83</sup>, analogamente a quanto accade, ad esempio, riguardo alla responsabilità della capogruppo nel diritto tedesco<sup>84</sup>.

I doveri degli amministratori di società al crepuscolo, espressi nell'art. 2086, secondo comma, c.c., come abbiamo visto, già per la dottrina precedente al Codice della Crisi sarebbero "doveri imprenditoriali" diversi dagli ordinari doveri organici, doveri derivanti dai doveri di corretta gestione imprenditoriale che incombono sulla capogruppo e dai doveri degli amministratori verso i creditori sociali di conservazione della garanzia patrimoniale. Questi doveri si incasellano nella categoria delle norme dell'attività, contrapposta alle regole organizzative del soggetto<sup>85</sup>. Questa ricostruzione è confermata dalla stessa formulazione dei doveri di amministratori, ossia attraverso una norma generale inserita nella disciplina sull'impresa (la quale tra l'altro si intreccia con uno dei principi generali del Codice della Crisi), cui fanno rinvio le norme sui doveri degli amministratori di ciascun tipo societario. L'unica funzione che si può attribuire a questo doppio rimando è proprio di segnalare come i doveri degli amministratori di società in "crisi" siano doveri imprenditoriali, norme d'attività, non doveri organici ordinari retti da norme di diritto societario classico.

Si tratta di indici sufficientemente precisi per individuare, attraverso un metodo funzionalistico e teleologico, l'ambito di applicazione geografico di tali norme: non trattandosi di regole di soggetto, esse sono pensate per essere applicate a qualsiasi impresa attiva in Italia, ossia anche a società costituite all'estero.

---

<sup>82</sup> In quest'ottica, si veda A. VALZER (nt) 199 ss., che distingue norme "di soggetto" e norme "di fattispecie", in un senso, se non erro, non dissimile da quello qui suggerito.

<sup>83</sup> F. MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. priv. proc.*, 2003, 46 (responsabilità da fatto illecito); M.V. BENEDETTI, «Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *Riv. soc.*, 2003, 719 (le norme italiane si applicano a holding estere, ma non a quelle costituite nella UE se implicano il superamento dello schermo societario e la responsabilità dei loro soci); G. CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2003, 97 (si applicano in quanto *lex societatis* della società soggetta a direzione e coordinamento); D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia societaria*, Bari, 2004, 98 – 103 (rientrano nella *lex societatis* della capogruppo, ma l'art. 2497 c.c. si applica se l'amministrazione della capogruppo è in Italia); T. BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa - GB Portale, Torino, 2006, 174 (le norme italiane dettate dagli artt. 2497 ss. si applicano a *holding* straniere in quanto norme di applicazione necessaria); M. FREGESSI DI RATTALMA, *La legge regolatrice della responsabilità da direzione e coordinamento nei gruppi multinazionali di società*, in *Liber Fausto Pocar*, a cura di G. Venturini - F. Bariatti, Milano, 2009, 263 (*lex societatis* della società soggetta a direzione e coordinamento).

<sup>84</sup> §§293 ss. *AktG*, che rientrano nella *lex societatis* della controllata. La Corte di giustizia non ha affrontato la questione se l'applicazione delle norme domestiche a holding estere sia compatibile con la libertà di stabilimento, ma solo l'interrogativo opposto, se la non applicazione di responsabilità domestiche a holding estere rappresenti una discriminazione delle società nazionali incompatibile con il diritto della UE (dando risposta negativa): C-186/12 *Impacto Azul SA* (ECLI:EU:C:2013:412) sulla quale cfr. J. SCHMIDT, *Die EngH-Entscheidung "Impacto Azul" – Der Impact der Niederlassungsfreiheit auf das nationale Konzernrecht*, in *GPR*, 2014, 40 ss.

<sup>85</sup> Per una proposta analoga si veda E. WERLAUFF, *Ausländische Gesellschaft für inländische Aktivität*, in *ZIP*, 1999, 875.

#### 4.3. Il criterio di collegamento dei doveri degli amministratori di società in crisi

Restano aperte due questioni: quale sia il criterio di collegamento specifico per questa norma, e se sia possibile applicarla a società europee.

Riguardo alla prima domanda, come abbiamo visto l'art. 2086, secondo comma, c.c. esplicita un principio generale di ampia portata, che qualifica i doveri imprenditoriali degli amministratori, i quali emergono all'avvicinarsi dell'insolvenza distaccandosi dai doveri organici verso i soci, perché in tali situazioni entra in tensione il rapporto tra gli *stakeholder* dell'impresa, i cui interessi non sono più allineabili dietro la formula dell'interesse sociale. Infatti, quanto più avvicina l'insolvenza, tanto più l'azione della società crea esternalità negative, anche a causa degli incentivi perversi generati dal beneficio della responsabilità limitata che limita il rischio dei soci. L'insolvenza di un'impresa, quindi, potrebbe coinvolgere interessi ramificati e diffusi, interessi che si estendono per l'intera società e coinvolgono, a cascata, un numero di soggetti indeterminato e non predeterminabile in anticipo. Le procedure concorsuali, pertanto, si intrecciano anche a interessi pubblici e collettivi in maniera quasi inestricabile<sup>86</sup>.

La disciplina della crisi e delle procedure concorsuali, in particolare, non può essere compresa in maniera disgiunta da altri segmenti dell'ordinamento, tanto privatistici quanto pubblicistici, con cui essa evidenzia strette complementarità<sup>87</sup>. L'esempio più evidente riguarda i privilegi attribuiti a specifici crediti o classi di creditori in deroga alla regola della distribuzione proporzionale degli attivi in relazione ai diritti e alle posizioni dei singoli creditori (*pari passu*). L'assetto di interessi complessivo prodotto da tali privilegi (o dall'assenza di privilegi) può essere compreso solo analizzandone le complementarità con il sistema di previdenza sociale e *welfare* di un determinato ordinamento.

Il diritto concorsuale, pertanto, non ha natura solo procedurale né solo liquidatoria, ma assume una valenza re-distributiva delle risorse scarse dell'imprenditore tra tutti gli *stakeholder* coinvolti, svolgendo una funzione complementare a quella dei meccanismi di redistribuzione e *welfare* delle politiche pubbliche dello Stato. Questa considerazione illumina le ragioni politiche per cui il legislatore italiano (all'unisono con le scelte del legislatore della UE) abbia deciso di ricomprendere nel campo delle procedure concorsuali anche la situazione in cui si trovino imprese ancora *in bonis*, ma riguardo alle quali l'insolvenza è divenuta ormai lo scenario più probabile. A fronte della scelta di politica del diritto finalizzata a facilitare il salvataggio delle imprese è inevitabile che anche la zona del "crepuscolo" dell'impresa sia attratta nel perimetro delle norme concorsuali.

In questo contesto, appare perfettamente giustificato e razionale che lo Stato voglia disciplinare l'insolvenza di tutti gli imprenditori che sono attivi sul proprio territorio e che, quindi, coinvolgono interessi locali. Il senso di prevedere un criterio di giurisdizione e selezione della legge applicabile non basato su elementi formali e dissociabili dai luoghi in cui si conduce l'attività, come sarebbe la sede legale o la registrazione, ma su elementi sostanziali e legati a interessi concreti, quale il COMI (tralasciando le ambiguità di questo specifico concetto), manifesta questa esigenza specifica: di consentire allo Stato sul cui territorio si trovano i soggetti più colpiti di disciplinare la crisi dell'impresa.

In quest'ottica la *lex concursus* si presenta come un segmento del generale diritto dell'economia, come un settore di natura ancipite, non interamente e puramente privatistico, né propriamente classificabile entro lo schema del diritto pubblico. La risposta al primo quesito, pertanto, è di ritenere che i doveri e le

---

<sup>86</sup> C. PAULUS, *Ist das Insolvenzrecht eine Schlüsselmaterie für die Wirtschafts- und Finanzstabilität eines Landes?*, in *Sanierung und Insolvenz – Festschrift für K.H. Görg*, a cura di Dahl, Jauch, Wolf, München, 2010, 361 ss.

<sup>87</sup> Impiego in questo frangente la nozione sociologica di "complementarità" tra istituzioni giuridiche o sociali che compensano reciproche mancanze: C. CROUCH, *Capitalist Diversity and Change*, Oxford, 2005, 50; C. CROUCH, *Welfare state regimes and industrial relations systems: the questionable role of path dependency theory*, in *Comparing welfare capitalism*, a cura di Ebbinghaus e Manow, 2014, 105.

responsabilità degli amministratori di società in crisi rientrano nella *lex concursus* e che, quindi, sia proprio il COMI il criterio generale di collegamento per tali questioni.

#### 4.4. Gli amministratori di società al crepuscolo e la libertà di stabilimento

La seconda domanda, invece, riguarda l'applicabilità dei doveri degli amministratori nella fase del crepuscolo a società costituite nell'Unione Europea. La questione è complessa, ma allo stato dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte e, soprattutto, delle categorie adottate dal legislatore della UE, la risposta è positiva, nel senso che la libertà di stabilimento non osta alla scelta di uno Stato membro che voglia comprendere i doveri degli amministratori di società in crisi entro la *lex concursus*.

A tale proposito, possiamo ricordare alcune conclusioni già raggiunte in precedenza: (a) il Regolamento Insolvenze Transfrontaliere attrae nella propria orbita e nella *lex concursus* anche procedure che riguardano società non ancora insolventi ma riguardo alle quali l'insolvenza è divenuta probabile; (b) scelta analoga (anche se non determinante sul piano delle categorie internazionalprivatistiche) viene compiuta dalla Direttiva sulle ristrutturazioni; (c) la sentenza *Kornbaas* della Corte di Giustizia individua come materie necessariamente rientranti nella *lex societatis*, le cui norme potrebbero astrattamente violare la libertà di stabilimento, solo i presupposti e le procedure di costituzione della persona giuridica e le regole sullo stabilimento della persona giuridica all'estero, cosicché gli Stati membri potrebbero collocare le altre materie entro la *lex concursus*, la *lex delicti* o assoggettarle a norme domestiche di applicazione necessaria.

A queste conclusioni si deve aggiungere che alcuni istituti presenti in altri ordinamenti di Stati membri che disciplinano i doveri e le responsabilità degli amministratori di società al crepuscolo vengono classificati come facenti parte della *lex concursus*, consentendo così allo Stato del foro di approntare una estrema difesa nei confronti dei creditori locali<sup>88</sup>, e che tale qualificazione è stata approvata dalla Corte di Giustizia nelle sentenze che abbiamo illustrato in precedenza<sup>89</sup>. Tali istituti sono analoghi sul piano funzionale ai doveri imprenditoriali degli amministratori del diritto italiano, anzi, sotto molti aspetti il dovere degli amministratori di società al crepuscolo si atteggia in maniera non molto diversa dal *wrongful trading* inglese, poiché gli amministratori devono adottare strategie finanziarie prudenti (se non conservative), che non approfondiscano la crisi e aumentino il danno sofferto dai creditori, sin dal momento in cui l'insolvenza diviene probabile (anche se probabilmente i due sistemi non adottano il medesimo criterio per individuare il momento rilevante). La libertà di stabilimento non viene ostacolata dall'applicazione della responsabilità per *wrongful trading* e non si può giungere ad altra conclusione riguardo alla responsabilità degli amministratori italiana.

## 5. Conclusioni

La libertà di stabilimento nella Unione Europea, come interpretata dalla Corte di Giustizia negli ultimi vent'anni, consente di costituire società in qualsiasi Stato membro anche qualora esse intendano operare esclusivamente in altro Stato. Nell'Unione Europea, nonostante gli sforzi di armonizzazione, il diritto delle società è di competenza dei legislatori degli Stati membri. Pertanto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia consente agli imprenditori di dissociare l'attività d'impresa dallo Stato chiamato a dettare le regole di funzionamento della società.

Se le società fossero comuni contratti tra i soci, con effetti solo tra le parti, probabilmente non sorgerebbero problemi né dubbi di fronte all'applicazione di questa libertà. Ma così non è. Le società nascono solo a seguito di una scelta "sovrana" dell'ordinamento giuridico di attribuire a una certa

---

<sup>88</sup> Per il *wrongful trading* britannico: *Re Howard Holdings* [1998] BCC 549; *Oakley v Ultra Vehicle Design Ltd* [2005] EWHC 872 (Ch). Riguardo ai doveri previsti dal diritto Tedesco: P. KINDLER, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, in *Münchener Kommentar zum BGB*<sup>6</sup>, Monaco, 2015) paragrafo 36; H. ALTMEPPEN – A. EGO, *Europäische Niederlassungsfreiheit*, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*<sup>4</sup>, Monaco, 2017, paragrafo 304;

<sup>89</sup> C-295/13 *H. v H.K.* (nt); C-594/14 *Kornbaas* (nt).

situazione meta-individuale la personalità giuridica (ed è irrilevante da questo punto di vista se la personalità viene acquisita sulla base di una concessione o sulla base di diritti soggettivi in presenza di requisiti stabiliti dalla legge). Inoltre, le società sono organizzazioni che gestiscono attività imprenditoriali che coinvolgono un numero esteso di soggetti (o *stakeholder*) e la cui attività viene finanziata anche da capitale di debito di varie tipologie, non solo dal capitale di rischio investito dai soci.

Ne consegue che la dissociazione tra attività (e, quindi, interessi coinvolti) e Stato competente a dettare le regole di diritto societario potrebbe sollevare problemi sul piano della legittimità democratica dell'intero sistema. In altri termini, è una questione legata alla sovranità statale e, in ultima istanza, al terreno della democrazia, necessariamente legato a comunità territorialmente definite, contrapposto a quello del mercato, potenzialmente cosmopolita e privo di confini.

A seguito di questa lunga fase di liberalizzazione (segnata dall'azione della Corte di Giustizia), attualmente gli Stati membri stanno cercando di riappropriarsi del potere di regolamentare attività e interessi collocati nel proprio territorio. Sul piano tecnico-giuridico, questa tendenza non si traduce in un rigetto della giurisprudenza della Corte, ma in una sua lettura riduttiva, che consenta agli Stati membri di qualificare norme domestiche come appartenenti a settori normativi diversi dal "diritto societario", sottraendole così alla competenza dello Stato di costituzione. Questa soluzione è stata di recente accettata anche dalla stessa Corte di Giustizia, forse consapevole dei rischi politici della sua giurisprudenza precedente. In particolare, è diffusa la convinzione che taluni istituti pensati per la protezione dei creditori, e che si applicano all'avvicinarsi dell'insolvenza, debbano essere attratti al dominio della *lex concursus* e, quindi, disciplinati dallo Stato in cui l'impresa ha il centro dei propri interessi principali, non da quello in cui la società è stata costituita.

Anche il diritto italiano, con la riforma introdotta dal Codice della Crisi, si è dotato formalmente di un enunciato che, sia pure in maniera confusa, tenta di codificare doveri e responsabilità degli amministratori di società in "crisi" ma non ancora insolventi. Si tratta della tipica situazione in cui sorge l'interrogativo se gli amministratori debbano proteggere anche i creditori, ad esempio tentando di salvare l'impresa e adottando gestioni prudenti che non aumentino il rischio dell'attività. L'enunciato in esame probabilmente non è innovativo, perché la dottrina italiana già era giunta a conclusioni analoghe. È probabile, quindi, che la funzione del nuovo art. 2086, comma 2, c.c. sia di dare sistematicità e coerenza a doveri di cui la dottrina stava, sia pure con percorsi argomentativi diversi, prendendo consapevolezza.

A tale riguardo, abbiamo dimostrato come una funzione della nuova norma sia di caratterizzare questi doveri come doveri imprenditoriali, espressione di una funzione oggettiva legata alla gestione di un'attività d'impresa. Ne deriva che tali norme, e le relative responsabilità, non rientrano nella *lex societatis*, ma siano assoggettate a criteri di collegamento diversi. In particolare, la conclusione più ragionevole è di qualificarle come regole della *lex concursus*, con la conseguenza di applicarle a tutte le società – anche straniere – che hanno il proprio centro d'interessi principali in Italia (analogamente alle scelte compiute da molti altri Stati membri riguardo a norme analoghe presenti nei loro ordinamenti). E, sulla base della stessa giurisprudenza della Corte, questa conclusione può essere applicata anche a società costituite in altri Stati membri.