



Tutta la normativa COVID-19 sul nostro sito all'indirizzo
<http://www.campoccia.it/it/news>

in evidenza in questo numero

IL RISCHIO PENALE NELL'ERA DELLA RIPRESA ECONOMICA: i rischi di responsabilità penali secondo i principi e le norme fondamentali stabilite a sostegno dell'erogazione del credito, della continuità aziendale e della tutela dei creditori nella trasparenza delle scritture contabili, nella lealtà fiscale e nel corretto funzionamento delle regole di mercato

LA SOSPENSIONE DELLA RETRIBUZIONE AI TEMPI DEL CORONA VIRUS: analizziamo l'incidenza che può avere il periodo emergenziale che stiamo vivendo sul piano retributivo nell'ambito del rapporto di lavoro (subordinato e non), valutando se la peculiare contingenza possa o meno rilevare quale causa di forza maggiore al fine di esonerare il datore di lavoro dalla prestazione retributiva

IL COVID-19 RENDE OPERATIVE LE CLAUSE MAC?: l'attuale crisi economica generata dall'emergenza sanitaria globale causata dal Covid-19 ha posto il problema circa l'attivazione della clausola MAC (Material Adverse Change) nei contratti di acquisizione di partecipazioni societarie in corso di perfezionamento nel momento di emergenza.

Il decreto legge c.d. "Rilancio" in corso di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale: l'importante provvedimento in corso di pubblicazione in G.U. sarà oggetto di una tabella sinottica esplicativa che verrà pubblicata immediatamente.

IL RISCHIO PENALE NELL'ERA DELLA RIPRESA ECONOMICA

Il D.L. 18/2020 (c.d. "Decreto Cura Italia") e il D.L. 23/2020 (c.d. "Decreto Liquidità") prevedono alcune misure a sostegno delle imprese volte a sostenere economicamente la fase della ripartenza, prevedendo, tra le altre, alcune misure di accesso al credito per le imprese.

In tale contesto normativo, diventa essenziale sia per i soggetti beneficiari che per i soggetti erogatori muoversi secondo i principi e le norme fondamentali stabilite a sostegno dell'erogazione del credito, della continuità aziendale e della tutela dei creditori nella trasparenza delle scritture contabili, nella lealtà fiscale e nel corretto funzionamento delle regole di mercato.

Prime indicazioni sulla nuova figura del “Covid Manager”

Dalle prime indiscrezioni riguardanti il “Progetto FASE 2 – Riapertura delle Attività Produttive” presentato dalla Regione Veneto, emergeva una figura del tutto nuova nell’organigramma aziendale: il cd. Covid Manager, individuato *ad hoc* per gestire le incombenze legate alle misure di sicurezza anti-Covid nelle realtà economiche rimaste aperte o in procinto di ripartire. La previsione di tale figura è stata poi confermata nel Manuale per la Riapertura delle Attività Produttive del 29.04.2020 della Regione Veneto ed è stata prevista altresì dall’ordinanza n. 532 del 24.04.2020 della Regione Lombardia.

Nell’intento di chi ha individuato tale figura, il Covid Manager si affiancherebbe al classico responsabile della sicurezza aziendale ma con un doppio obiettivo molto preciso. *In primis*, essere il referente unico per l’attuazione delle misure di prevenzione anti-Covid nell’azienda, *in secundis* essere il punto di riferimento e di contatto per le strutture

In tale mutato assetto normativo, giuridico prima ancora che sociale, è di fondamentale rilevanza conoscere le diverse e complesse questioni che possono interessare, sotto diversi profili, la materia relativa al sostegno alle imprese e strettamente dedicate alla ripresa economica.

Ecco, alcune prime riflessioni che verranno approfondite nel presente articolo:

- **quali sono i principali rischi penali per gli operatori economici, imprenditori?**
- **Quali invece le possibili condotte per mitigare tali rischi?**

Tali questioni, trasversali tra loro, impongono di affrontare la materia, tenendo conto delle seguenti tematiche:

- **il credito alle imprese e le precise modalità di accesso al credito;**
- **l’impatto dell’attuale crisi di liquidità sugli obblighi di versamento tributario e contributivo;**
- **le valutazioni sulla continuità aziendale trasposte nelle scritture contabili;**
- **i riflessi penal-fallimentari della crisi.**

1) IL CREDITO ALLE IMPRESE: I FINANZIAMENTI GARANTITI E LA TUTELA DELLO STATO GARANTE

Per favorire il sistema produttivo nazionale ed agevolare il flusso economico dalle banche alle aziende, il **Decreto Liquidità** ha stanziato risorse economiche da destinarsi quali garanzie, concesse da parte dello Stato, in favore di istituti che effettuano finanziamenti alle imprese, sotto qualsiasi forma.¹

Per poter accedere a tali forme di tutela, tuttavia, è necessario, tra le altre cose, che il soggetto richiedente (*alias*: il rappresentante legale dell’impresa beneficiaria) attesti che il finanziamento richiesto e coperto dalla garanzia sia necessario e destinato a sostenere i costi del personale, gli investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che abbiano sede in Italia.²

Scopo principale della norma *de qua* è rappresentato dalla salvaguardia della continuità aziendale fortemente penalizzata dalle conseguenze negative dettate dalle stringenti misure adottate per l’epidemia sanitaria; nonché dalla tutela del tessuto produttivo economico rappresentato dalle imprese, promuovendo e fornendo

¹ Si veda Art. 1 del D.L. 23/2020

² Trattasi della condizione stabilita alla lettera n.) del comma 2 dell’art. 1 D.L. 23/2020: “il finanziamento coperto dalla garanzia deve essere destinato a sostenere i costi del personale, gli investimenti o il capitale circolante impiegato in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia”.

del Sistema sanitario regionale e gli enti di controllo.

Tra le responsabilità e i compiti del COVID Manager vi è principalmente la definizione del protocollo aziendale anti-Covid e la conseguente attuazione degli interventi di prevenzione e contrasto al contagio, oltre al già menzionato ruolo di interlocutore con il Sistema sanitario.

Per consentire ciò, egli deve essere ovviamente dotato di poteri adeguati ed autonomia decisionale.

Per quanto concerne la sua individuazione, è stato chiarito che non si tratta per forza di una figura da rinvenire al di fuori del perimetro aziendale ma che ben può essere nominato tra i soggetti già facenti parti l'azienda. Da un lato, nel Manuale della Regione Veneto viene ribadito che anche per l'attuazione delle misure di prevenzione dal contagio Covid-19 negli ambienti di lavoro *“rimangono confermati ruoli e responsabilità*

mezzi e strumenti economici *“garantiti”* per superare l'ondata negativa della attuale crisi.

Emerge chiaramente, tuttavia, come la norma in commento sia destinata a trovare applicazione solo nei confronti di una platea ben circoscritta di potenziali beneficiari: ed è pertanto evidente come l'intento cautelare sotteso a tale disciplina sia volto a scongiurare, da un lato, che tali finanziamenti siano concessi a soggetti *“non meritevoli”* da un punto di vista economico (ad esempio perché già in stato di decozione prima dell'insorgere della pandemia e della relativa crisi economica), dall'altro lato, ad evitare che tali finanziamenti siano usati per finalità diverse rispetto allo scopo di tutela e di salvaguardia della continuità aziendale.

E' proprio sulla scia di tali principali considerazioni che si innesta la tutela e la risposta penalistica a tali esigenze, che, come vedremo, trova la propria sede in molteplici disposizioni normative.

Circa il profilo relativo alla:

(i) **correttezza dell'erogazione del finanziamento stabilito dal Decreto Liquidità**, vengono in rilievo le seguenti fattispecie:

- **Art. 640 c. 2 c.p. - Truffa ai danni dello Stato;**
- **Art. 640 bis c.p. - Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche;⁴**
- **Art. 316 ter c.p. - Indebita percezione di erogazioni a danni dello Stato;**

N.B.: Si tratta, in concreto, di fattispecie penali volte a sanzionare tutti coloro che non rispettano le regole di accesso al credito erogato e, pur di ottenere il finanziamento garantito dallo Stato, forniscono false informazioni in merito alla propria situazione, ingannando o inducendo in errore il soggetto erogatore del finanziamento, ovvero attestando cose non vere, e così di fatto violando le norme che regolano le condizioni stabilite dal Decreto Liquidità per poter usufruire di tali misure volte al sostentamento delle imprese.

³ La norma espressamente prevede che *“Chiunque, con artifizii e raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 51 euro a 1.032 euro. La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da 309 euro a 1.549 euro: 1) se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare; 2[...].”*

⁴ La norma espressamente prevede che *“La pena è della reclusione da due a sette anni e si procede d'ufficio se il fatto di cui all'articolo 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee.”*

⁵ La norma espressamente prevede che *“Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazioni di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità Europee, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.”*

previsti dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81”, dall’altro lato che in ogni azienda potrà essere individuato dal datore di lavoro un referente unico - il COVID Manager appunto - che deve essere individuato “tra soggetti componenti la rete aziendale della prevenzione ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, verosimilmente nella figura del Datore di Lavoro stesso (soprattutto per le micro- e piccole aziende) o del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (RSPP), o comunque tra i soggetti aventi poteri organizzativi e direzionali”. Rimane, invece, confermata in capo a dirigenti e preposti di ciascuna organizzazione aziendale, in sinergia con il comitato previsto dal protocollo nazionale di regolamentazione, la vigilanza e la sorveglianza dell’attuazione delle misure di prevenzione, sulla base dei compiti e delle attribuzioni di ciascuno come ripartiti dal datore di lavoro.

Riguardo all’obbligatorietà o meno della sua nomina, il Manuale sembra contraddirsi. Da una parte, in via generale si legge che “per ogni azienda potrà

(ii) circa il profilo relativo ai **vincoli imposti dal Decreto Liquidità in merito all’utilizzo dei finanziamenti**, vengono in rilievo le seguenti fattispecie:

• **Art. 316 bis c.p. - Malversazione ai danni dello Stato⁶**

N.B.: Si tratta, in concreto, di fattispecie penale volta a reprimere le frodi attuate non nella fase di accesso al credito, ma nella sua fase successiva ovvero nella fase relativa alla destinazione del finanziamento ottenuto, che si realizza laddove il soggetto beneficiario utilizza il fondo ottenuto per finalità diverse rispetto a quelle per le quali l’Ente erogatore lo aveva concesso.

La norma mira dunque a **tutelare i fondi pubblici, la loro provenienza pubblica e il vincolo di destinazione della stessa**, quale espressione delle scelte di politica economica e sociale dello Stato o di altro ente pubblico.

Alla luce di quanto sin qui premesso, è evidente come due siano i momenti cruciali che la normativa emergenziale solleva e che i soggetti che si accingono ad intraprendere tale percorso devono ben tenere in considerazione:

→ la **corretta informativa da parte dell’imprenditore all’istituto di credito** e da quest’ultimo allo Stato-garante sia **nella fase di concessione ed erogazione del credito, sia nella fase di sua destinazione.**

E’ proprio per tale ragione che, in ossequio a quanto previsto dall’art. 1 del D.L. 23/2020, è stato da più parti suggerito ai soggetti imprenditoriali richiedenti di procedere alla presentazione della domanda di accesso al finanziamento mediante la modalità “autocertificatoria”: è proprio l’impresa (e la sua rappresentanza legale), infatti, la parte più idonea a rappresentare:

- la situazione della propria impresa, attestando, da un lato, lo stato di crisi susseguente all’emergenza sanitaria e specificando lo stato di continuità aziendale o meno;
- di non avere, al 31.12.2019, debiti scaduti da oltre novanta giorni;
- di aver tenuto una regolarità dei versamenti contributivi;
- di rispettare il vincolo di destinazione.

Si sottolinea, infine, come le fattispecie penali sopra menzionate, possono comportare il rischio che alla stessa società venga contestata altresì **la responsabilità ex D.lgs 231/01**, con il

⁶ La norma espressamente prevede che “*Chiunque, estraneo alla pubblica amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro Ente pubblico o dalle Comunità Europee, contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destina alle predette finalità, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni*”.

essere individuato dal datore di lavoro un referente unico (“COVID Manager”)”, dovendosi così dedurre la sua facoltatività. Dall’altra parte però nello stesso Manuale è prevista una nota integrativa indirizzata alle ditte individuali e alle imprese a conduzione familiare, nella quale si prevede, tra le altre cose, che l’individuazione del Covid Manager non è ritenuta obbligatoria, così facendo sembrare invece necessaria la sua nomina per le altre realtà aziendali più grandi.

In attesa di un chiarimento sul punto - ed auspicabilmente di un intervento uniforme a livello nazionale volto a disciplinare più dettagliatamente tale figura – il suggerimento è di prendere in seria considerazione la sua nomina in quanto non solo semplificherebbe e renderebbe più cristallino il processo di adeguamento alle misure di sicurezza anti-Covid ma altresì potrebbe essere valutato positivamente dall’Inail in caso di controlli e verifiche.

conseguente rischio di applicazione di sanzioni pecuniarie e interdittive quali, ad esempio, il sequestro della somma indebitamente ottenuta e la relativa confisca del profitto del reato – anche nelle forme per equivalente.

2) LA CRISI DI LIQUIDITÀ: I VERSAMENTI OBBLIGATORI

In continuità con quanto stabilito dal **Decreto Cura Italia**, anche il **Decreto Liquidità** ha previsto un ulteriore intervento di carattere fiscale, stabilendo il differimento dei termini di pagamento di versamenti obbligatori per soggetti esercenti attività d’impresa, arte o professione al ricorrere di determinati presupposti.

In particolare, **l’art. 18 Decreto Liquidità** prevede la **sospensione di versamenti tributari e contributivi**, **l’art. 19** stabilisce la proroga della **sospensione delle ritenute** sui redditi di lavoro autonomo, sulle provvigioni inerenti rapporti di commissione, agenzia, mediazione, rappresentanza di commercio e procacciatore d’affari in scadenza nei mesi di marzo, aprile e maggio 2020.

I versamenti sospesi ai sensi dell’art. 18 dovranno essere effettuati, senza applicazione di sanzioni od interessi, in un’unica soluzione entro il 30.06.2020 ovvero mediante **rateizzazione** fino ad un massimo di **5 rate mensili** di pari importo a decorrere dal mese di **giugno 2020**.

I versamenti sospesi ai sensi dell’art. 19, invero, dovranno essere effettuati entro il 31.07.2020 in un’unica soluzione entro 31.07.2020 ovvero mediante rateizzazione fino ad un massimo di **5 rate mensili** di pari importo a decorrere dal mese di **luglio 2020**.

E’ evidente, tuttavia, che qualora il soggetto beneficiario di tali sospensioni e di tali proroghe, ometta di adempiere nei nuovi termini stabiliti dalla normativa emergenziale e qualora ricorrano i presupposti previsti dalle singole fattispecie, possa incorrere in una delle seguenti responsabilità di carattere penale:

- **Art.. 10 bis d.lgs 74/2000⁷;**
- **Art. 10 ter d.lgs 74/2000⁸;**
- **Art. 2 D.L. 463/1983⁹**

⁷ La norma espressamente prevede che “È punito con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute dovute sulla base della stessa dichiarazione o risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti, per un ammontare superiore a centocinquantamila euro per ciascun periodo d’imposta”.

⁸ La norma espressamente prevede che “È punito con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versa, entro il termine per il versamento dell’acconto relativo al periodo d’imposta successivo, l’imposta sul valore aggiunto dovuta in base alla dichiarazione annuale, per un ammontare superiore a euro duecentocinquantamila per ciascun periodo d’imposta”.

⁹ La norma espressamente prevede che “L’omesso versamento delle ritenute di cui al comma 1, per un importo superiore a euro 10.000 annui, e’ punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a euro 1.032. Se l’importo omesso non e’ superiore a euro 10.000

L’Agenzia delle Entrate conferma la proroga dei termini di scadenze dei pagamenti dei crediti tributari oggetto di transazione fiscale connesse a concordati e ad accordi di ristrutturazione dei debiti omologati.

L’art. 9 del D.L. 8 aprile n. 23 ha disposto che i termini di adempimento dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, aventi scadenza nel periodo tra il 23 febbraio e il 31 dicembre 2021, sono prorogati di sei mesi e, con la circolare n. 11/E del 6 maggio 2020, l’agenzia delle Entrate ha confermato che sono conseguentemente prorogati di sei mesi anche le scadenze dei pagamenti dei crediti tributari, ricadenti in tale ambito temporale, dovuti in dipendenza delle transazioni fiscali connesse a concordati e ad accordi di ristrutturazione dei debiti omologati anteriormente.

La proroga non trova invece applicazione relativamente ai pagamenti derivanti dall’adesione alle definizioni agevolate dei carichi affidati all’agente della riscossione (cd.

Le misure analizzate non paiono aver subito effetti dai decreti emergenziali, ciò nonostante potrebbero trovare applicazione nelle ipotesi in cui non ne venga rispettato il relativo termine di adempimento.

Ciò che potrebbe rilevare, al netto delle proroghe previste, riguarda la questione relativa alla eventualità che un’impresa – in forte crisi di liquidità a causa dell’emergenza sanitaria – debba sempre essere chiamata a rispondere di una delle diverse fattispecie di reato in concreto realizzate in caso di omesso versamento obbligatorio.

A tal riguardo, infatti, vengono in rilievo due filoni ricorrenti nella giurisprudenza di legittimità:

- (i) un primo filone fa riferimento alla causa di **esclusione della colpevolezza** di cui all’art. 45 c.p.¹⁰, ritenendo la “crisi di liquidità” un’ipotesi concreta di “causa di forza maggiore”;
- (ii) un secondo filone fa riferimento alle varie forme di responsabilità per “dolo” di cui all’art. 42 c.p.¹¹, ritenendo la “crisi di liquidità” un elemento che impedisce il ricorrere nella fattispecie concreta il c.d. “dolo generico” in capo all’autore del reato.

Sinteticamente ed in conclusione, è possibile riassumere, in questa eccezionale situazione di crisi, che per poter distinguere nei casi concreti gli eventuali episodi di *“omissione dei versamenti incolpevole”* dalla condotta che invece costituisce reato in tutti suoi elementi, è necessario verificare se l’imprenditore ha – preventivamente e cautelativamente – posto in essere tutte le misure necessarie per adempiere agli obblighi stabiliti per legge.

3) LA CONTINUITÀ AZIENDALE: I PRINCIPI CONTABILI

Per tentare di risolvere le questioni legate alla corretta valutazione delle voci di bilancio e alla luce dei criteri normativamente fissati, per evitare casi di “falsità” a causa delle nefaste conseguenze della attuale crisi sanitaria sul bilancio d’esercizio, il **Decreto Liquidità ha previsto all’art. 7, I Co.**, che:

→ *“nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31.12.2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione dell’attività di cui all’art. 2423bis, comma primo, n.1), c.c., può comunque essere operata se risulta*

annui, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 50.000. Il datore di lavoro non è punibile, né assoggettabile alla sanzione amministrativa, quando provvede al versamento delle ritenute entro tre mesi dalla contestazione o dalla notifica dell’venuto accertamento della violazione”.

¹⁰ La norma espressamente prevede che *“Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o forza maggiore”*.

¹¹ La norma espressamente prevede che *“Nessuno può essere punito per un’azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l’ha commessa con coscienza e volontà. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l’ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge. La legge determina i casi nei quali l’evento è posto altrimenti a carico dell’agente, come conseguenza della sua azione od omissione”*.

rottamazioni bis e ter), indipendentemente dal fatto che siano state previste dalla proposta di transazione fiscale, posto che la sospensione di tali pagamenti è stata stabilita, mediante una specifica disposizione, dall'art. 68 del medesimo decreto.

Il documento è consultabile al seguente link:

[Circolare Agenzia delle Entrate 11/E del 06 maggio 2020](#)

sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23.02.2020, fatta salva la previsione di cui all'art. 106 del d.l. 17.03.2020 n. 18”.

Il nuovo parametro valutativo introdotto dalla normativa emergenziale consiste, dunque, nella “*prorogatio*” della continuità aziendale pre-crisi anche per l'anno in corso: qualora venga rispettato questo nuovo parametro valutativo ne potrebbe derivare la correttezza – in punto di valutazione – del bilancio redatto.

La norma essenzialmente permette alle società che prima della crisi presentavano una regolare prospettiva di continuità di conservarla nella redazione dei bilanci degli esercizi dell'anno in corso (2020), escludendo tutte quelle voci che non seguivano la prospettiva di continuità, indipendentemente dalla crisi legata alla pandemia.

Non sono mancate, tuttavia, riflessioni “in negativo” da parte di alcuni autorevoli commentatori, i quali, ritengono rischioso rinviare ogni stima al concetto di “continuità pregressa”, ritenendo che tali ripetute previsioni al ribasso possano comportare la redazione di bilanci distonici rispetto alla reale e concreta situazione patrimoniale¹².

Alla luce di quanto premesso, essenziale è conoscere le ipotesi di “falso” previste in specifiche disposizioni codicistiche, che prevedono responsabilità in capo a determinati soggetti e stabiliscono, al ricorrere di tutti i presupposti, conseguenti sanzioni di carattere penale.

Trattasi delle norme previste in materia di redazione del bilancio:

- **Art. 2621 c.c.13;**
- **Art. 2622 c.c.14**

In tal senso, anche alla luce dei primi commenti alla norma, merita sottolineare che l'ultimo comma del citato provvedimento emergenziale (Decreto Liquidità - art. 7, ultimo comma) stabilisce espressamente che **il criterio della continuità aziendale deve**

¹² F.MUCCIARELLI, “La crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi di impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020;

¹³ La norma espressamente prevede che “*Fuori dai casi previsti dall'art. 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o de gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni*”.

¹⁴ La norma espressamente prevede che “*Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro paese dell'Unione Europea, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o l pubblico consapevolmente espongono fatti materiali non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore, sono puniti con la pena della reclusione da tre a otto anni.*”

essere **“specificatamente illustrato nella nota informativa anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente”**.

Ciò detto, sta a significare che la valutazione delle voci di bilancio deve in ogni caso avvenire tenendo conto dei principi contabili della prudenza, della correttezza e della continuità aziendale e deve essere debitamente illustrato nella relativa nota integrativa.

Nell’ottica della trasparenza, pertanto, il bilancio, anche in tale difficile momento storico, dovrà mirare a fornire una descrizione quanto più veritiera dell’attuale situazione economica e patrimoniale dell’azienda: “il limes” tra falso e vero valutativo risiede dunque nella esatta e integrale spiegazione dei criteri adottati dall’azienda nell’apposito spazio dedicato nella nota integrativa.

Ad esempio, qualora non sia possibile, nell’ultimo esercizio in corso, attestare la continuità aziendale e sia pertanto indispensabile fare riferimento all’ultimo bilancio pre-crisi, si dovrà opportunamente contestualizzare tale dato nell’apposito spazio dedicato nella relativa nota integrativa, indicando altresì le situazioni di fatto che, nell’anno di riferimento, non permettano di ritenere certa la continuità aziendale.

4) ULTERIORI PROFILI: I RIFLESSI PENAL-FALLIMENTARI DELLA CRISI

Per far fronte alle nefaste ricadute, di rilievo “fallimentare”, quale conseguenza dell’attuale crisi economica, il Decreto Liquidità è intervenuto su tre diversi profili:

- (i) **differimento** della data di entrata in vigore del **Codice della Crisi di Impresa e dell’Insolvenza** a far data dal 01.09.2021;
- (ii) introduzione di una **disciplina temporanea** in materia di **concordato preventivo e ristrutturazione dei debiti;**
- (iii) **improcedibilità** sino al 30.06.2020 dei ricorsi e delle **richieste per la dichiarazione di fallimento** e dello stato di insolvenza.

Ciò nonostante, le norme di rilievo penalistico non sono state modificate in considerazione delle varie possibili contingenze economiche della crisi, con la conseguenza che potrebbero venire in rilievo le seguenti fattispecie penali:

- **Art. 216 L.F.15;**

¹⁵ La norma espressamente prevede che “È punito con la reclusione da tre a dieci anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che:1) ha distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ha esposto o riconosciuto passività inesistenti;

- **Art. 217 L.F.16;**
- **Art. 218 L.F.17**

Le questioni di maggior rilievo riguardano tutte quelle operazioni che siano state poste in essere prima dell'insorgere della attuale crisi economica e che verrebbero in rilievo dopo il 30.06.2020 (salvo nuove proroghe) al momento della dichiarazione di fallimento: ed infatti, una volta che una determinata impresa sia stata dichiarata fallita, tutte le operazioni societarie intraprese dalla stessa che, anche nel periodo precedente alla crisi, abbiano comportato indebitamento, potranno essere oggetto di accertamento da parte degli organi inquirenti e, in caso di sussistenza della fattispecie di reato, potrebbero subirne la relativa sanzione di carattere penale.

LA SOSPENSIONE DELLA RETRIBUZIONE AL TEMPO DEL CORONA VIRUS.

È interessante analizzare l'incidenza che può avere il periodo emergenziale che stiamo vivendo sul piano retributivo nell'ambito del rapporto di lavoro (subordinato e non), valutando se la peculiare contingenza possa o meno rilevare quale causa di forza maggiore al fine di esonerare il datore di lavoro dalla prestazione retributiva.

1) I CONTRATTI DI LAVORO SUBORDINATO

È di tutta evidenza che il contratto di lavoro subordinato avrà delle peculiarità rispetto alla disciplina generale dei contratti, in cui, in

2) ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.

La stessa pena si applica all'imprenditore, dichiarato fallito, che, durante la procedura fallimentare, commette alcuno dei fatti preveduti dal n. 1 del comma precedente ovvero sottrae, distrugge o falsifica i libri o le altre scritture contabili. È punito con la reclusione da uno a cinque anni il fallito, che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione

Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa."

16 La norma espressamente prevede che "punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente: 1) ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; 2) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; 3) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; 4) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa; 5) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare.

La stessa pena si applica al fallito che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta. Salve le altre pene accessorie di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale [28 ss. c.p.], la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a due anni."

17 La norma espressamente prevede che "Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti, il dissesto o lo stato d'insolvenza sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nel caso di società soggette alle disposizioni di cui al capo II, titolo III, parte IV, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. Salve le altre pene accessorie di cui al libro I, titolo II, capo III, del codice penale [28 ss. c.p.], la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a tre anni."

questo contesto, potrebbe farsi ricorso piuttosto pacificamente al concetto di “impossibilità sopravvenuta”. Anzitutto all’art. 2094 c.c., il legislatore definisce prestatore di lavoro subordinato “*chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell’impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore*”.

Pertanto, nell’ambito di un rapporto di lavoro subordinato il lavoratore o prestatore di lavoro si obbliga a svolgere una specifica attività lavorativa mentre il datore di lavoro si obbliga a pagare una determinata retribuzione (elemento essenziale del contratto). Il rapporto di lavoro subordinato è quindi caratterizzato dall’elemento dell’**onerosità** nonché dalla **sinallagmaticità**, ossia le prestazioni sono necessariamente corrispettive, in concreto: prestazione di lavoro a fronte di retribuzione.

Il datore di lavoro sarà dunque sempre e comunque tenuto al pagamento della retribuzione, **ad eccezione del caso di impossibilità della prestazione lavorativa** quindi in presenza di un fatto impossibilitante che esprima l’assenza della colpa delle parti e colpisca il substrato aziendale della prestazione lavorativa. In tutti gli altri casi, a fronte della messa a disposizione della prestazione di lavoro da parte del lavoratore, il datore di lavoro non può sottrarsi al pagamento dello stipendio.

In giurisprudenza si registrano pochi casi – peraltro risalenti nel tempo – in cui la **Corte di Cassazione** ha esonerato il datore di lavoro dall’obbligazione retributiva. Sul punto si veda la Sentenza n. 11916 Cass. Civ., Sez. Lav., del 22.10.1999 secondo cui:

→ “*In base agli art. 1218 e 1256 c.c. la sospensione unilaterale del rapporto da parte del datore di lavoro è giustificata ed esonera il medesimo datore di lavoro dall’obbligazione retributiva soltanto quando non sia imputabile a fatto dello stesso, non sia prevedibile ed evitabile e non sia riferibile a carenze di programmazione o di organizzazione aziendali ovvero a contingenti difficoltà di mercato*”.

Ed ancora la Sentenza n. 3695 della Cass. Civ., Sez. Lav., del 25.03.1992, con cui gli Ermellini hanno statuito che:

→ “*La sospensione del rapporto di lavoro del dipendente con conseguente esonero del datore di lavoro dall’obbligazione retributiva è giustificata, secondo i principi generali, soltanto dalla sussistenza di una situazione obiettiva di forza maggiore che, non imputabile al datore di lavoro, determini l’impossibilità della prestazione lavorativa; questa non può essere determinata*

da situazioni che rientrano nella sfera del normale rischio di impresa, come nell'ipotesi di mere difficoltà di gestione connesse a calo delle commesse e crisi economiche congiunturali e strutturali”.

È evidente, anche a fronte di quanto statuito dalla Suprema Corte nelle massime sopra riportate, che l'impossibilità oggettiva è riconducibile ad una ipotesi di *extrema ratio* che pertanto non include le ipotesi di mera difficoltà del datore di lavoro dovuta a fatti contingenti di carattere economico, non tali da rendere in sé e per sé impossibile la ricezione della prestazione lavorativa e deve essere riconducibile ad eventi non prevedibili, né evitabili, né riferibili a carenze di programmazione o d'organizzazione aziendale o a calo di commesse o a crisi economiche o congiunturali o strutturali.

Sul punto si è espresso anche il **Ministero del Lavoro** che, con l'**Interpello n. 15/2012**, ha ribadito che l'impossibilità alla prestazione lavorativa per cause di forza maggiore libera le parti dalle reciproche obbligazioni:

→ *“Alla luce delle osservazioni sopra svolte ed in linea con i principi codicistici che presiedono le obbligazioni contrattuali, si ritiene **che in tali fattispecie l'impossibilità sopravvenuta liberi entrambi i contraenti: il lavoratore dall'obbligo di effettuare la prestazione e il datore dall'obbligo di erogare la corrispondente retribuzione. Restano ferme, tuttavia, le disposizioni dei contratti collettivi di lavoro che, generalmente, contemplano la possibilità per il lavoratore di fruire di titoli di assenza retribuiti connessi al verificarsi di eventi eccezionali**”.*

È utile peraltro analizzare come alcuni Contratti Collettivi Nazionali del Lavoro (CCNL) disciplinano le ipotesi di causa di forza maggiore.

- **Settore commercio** Art. 198 → Sospensione: *“In caso di sospensione del lavoro per fatto dipendente dal datore di lavoro e indipendente dalla volontà del lavoratore, questi ha diritto alla retribuzione di fatto di cui all'art. 208 per tutto il periodo della sospensione. La norma di cui al precedente comma non si applica nel caso di **pubbliche calamità, eventi atmosferici straordinari e altri casi di forza maggiore**.”;*
- **Settore metalmeccanici e industria** Art. 3 → Sospensione ed interruzione del lavoro: *“In caso di interruzioni di lavoro di breve durata, dovute a **causa di forza maggiore**, nel conteggio della retribuzione non si terrà conto delle interruzioni stesse, quando queste, nella giornata, non superino nel loro complesso i 60 minuti. In caso di*

interruzioni di lavoro che nella giornata superino nel loro complesso i 60 minuti, se l'azienda trattiene il lavoratore nella sede di lavoro questi ha diritto alla corresponsione della retribuzione per tutte le ore di presenza. Lo stesso trattamento deve essere usato al lavoratore cottimista quando rimanga inoperoso per ragioni indipendenti dalla sua volontà. In caso di sospensione di lavoro che oltrepassi i 15 giorni, salvo eventuale accordo tra le Organizzazioni sindacali territoriali per il prolungamento di tale termine, il lavoratore potrà risolvere il rapporto con diritto a tutte le indennità relative compreso il preavviso, nonché al trattamento di fine rapporto. Per cause di forza maggiore si intendono quelle previste dalla legge”;

- **Settore spettacolo, personale artistico, tecnico e amministrativo scritturato dai Teatri Nazionali** Art. 18 → Sospensione “*Qualora il teatro dovesse rimanere chiuso per cause di forza maggiore, l’impresa dovrà corrispondere allo scritturato un compenso giornaliero non inferiore a quello minimo contrattuale per un periodo non superiore a 12 giorni. Allo scadere del termine di cui sopra, sempreché perduri la causa di forza maggiore, ciascuna delle parti contraenti avrà la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto. Lo scritturato non potrà avvalersi di tale facoltà ove l’impresa, indipendentemente dalla ulteriore durata della sospensione, corrisponda allo scritturato stesso l’intera retribuzione per il periodo successivo”.*

Nel caso specifico dell’attuale emergenza, i provvedimenti governativi e le **misure di contenimento del contagio da Covid-19**, che hanno previsto la sospensione di numerose attività, vi è da dire che senz’altro **la sospensione dell’attività lavorativa rientra tra le ipotesi di causa di forza maggiore che vedono l’intervento della cassa integrazione guadagni ordinaria**, che infatti si applica nei casi di eventi transitori e non imputabili all’impresa o ai dipendenti. Non solo, la crisi sanitaria provocata dal Covid-19 sul territorio nazionale ha spinto il Governo ad introdurre una disciplina speciale per il ricorso alla cassa integrazione già vista nei precedenti numeri. Quindi, la situazione di crisi determinata da Covid-19 e dai conseguenziali provvedimenti governativi direttamente incidenti sulle libertà individuali sembrerebbe rappresentare una causa di forza maggiore pertanto il lavoratore senza colpa è esonerato dalla prestazione lavorativa e può beneficiare degli strumenti di retribuzione integrativa. Vieppiù, la tutela del lavoratore da parte del legislatore dell’emergenza si è estesa a tal punto da prevedere che, a **partire dal 17 marzo 2020** (data dell’entrata in vigore del Decreto “Cura Italia”) e **per i successivi 60 giorni, e cioè fino al 15 maggio 2020 compreso** (da armonizzarsi con le ulteriori

proroghe previste dal “Decreto Rilancio” ancora in fase di pubblicazione) **il datore di lavoro non possa avviare nuove procedure di licenziamento collettivo e sospende quelle pendenti e avviate dopo il 23 febbraio 2020, disponendo altresì che il datore di lavoro, a prescindere dal numero dei dipendenti in forza, non possa effettuare alcun licenziamento per giustificato motivo oggettivo.**

2) I CONTRATTI DI AGENZIA E DI PROCACCIAMENTO D’AFFARI

Discorso diverso da quello sopra svolto vale per gli agenti o procacciatori d'affari, i quali non hanno un tipo di rapporto di lavoro subordinato bensì regolato dal contratto di agenzia su cui non è intervenuta alcuna norma specifica, ad eccezione del già menzionato art. 91 del “Cura Italia”.

È evidente che nel contesto del **contratto di agenzia il diritto a ricevere la provvigione dipende dalla prosecuzione ovvero dalla sospensione dell’attività concretamente svolta dall’agente**. Infatti, nel caso di sospensione dell’attività le provvigioni potrebbero non essere dovute, ma in ogni caso l’agente non potrà essere ritenuto responsabile del proprio inadempimento, all’agente non potrà essere imputata la condotta inadempiente per non avere visitato la clientela o promosso le vendite, e ciò non solo qualora la preponente abbia visto impedita la propria attività in forza dei provvedimenti restrittivi del Governo, ma anche nel caso in cui tale attività sia stata impedita o fortemente limitata rispetto alla clientela prevista nel contratto.

Da un altro punto di vista, però, va considerato che **la situazione di grave carenza di liquidità** che si viene inevitabilmente a creare in capo a moltissime imprese in seguito alla sospensione dell’attività o anche solo alla sua riduzione (o comunque la grande riduzione del fatturato), comporta che anche l’inadempimento della preponente alle proprie obbligazioni nei confronti dell’agente – fondamentalmente, il pagamento delle provvigioni e dei compensi previsti – potrebbe rientrare nella sfera di “esclusione della responsabilità” del debitore per impossibilità sopravvenuta di utilizzo della prestazione.

Ciò ovviamente assume rilevanza diversa a seconda del fatto che l’agente percepisca esclusivamente provvigioni sul fatturato generato dalle vendite promosse o gli siano invece garantiti cospicui compensi minimi o elevati rimborsi forfetari fissi.

Nel secondo caso potrà essere invocata non solo la straordinarietà della situazione, tale da rendere “*giustificabile*” l’inadempimento, ma potrà anche essere invocata l’“*eccessiva onerosità sopravvenuta*”.

Quindi, in una situazione quale quella attuale sarebbe auspicabile che le parti del contratto di agenzia concordino consensualmente una sospensione della efficacia del contratto o una temporanea diversa definizione degli accordi economici sottostanti, ma, nel caso in cui ciò non avvenga è del pari ragionevolmente possibile per la preponente (qualora le singole situazioni concrete lo consentano) proporre unilateralmente la riduzione della propria prestazione economica invocando l'eccessiva onerosità sopravvenuta, facendo valere, in caso di mancata accettazione, la risoluzione del contratto.

L'offerta di riduzione è infatti rivolta a **ristabilire l'equilibrio contrattuale**, compromesso dall'eccessiva onerosità imputabile a cause imprevedibili e straordinarie.

Se la proposta di riduzione viene accettata, il contratto verrà modificato per il futuro, evitando il suo scioglimento. Ovviamente, l'effetto della risoluzione non si estenderebbe alle prestazioni eseguite, che sono fatte salve.

In ogni caso, correttezza e buona fede dovrebbero imporre a tutte le parti approcci cautelativi e volti a consentire, magari previa rinegoziazione, la conservazione del rapporto.

IL COVID-19 RENDE OPERATIVE LE CLAUSE MAC?'

Con l'apposizione della clausola di origine anglosassone "MAC" ("*Material Adverse Change clause*") - per lo più inserita nei contratti di acquisizione di partecipazioni societarie (cd. "*Sale and Purchase Agreement*", brevemente "*SPA*") e, più in generale, nei contratti di M&A - assumono rilevanza gli effetti sfavorevoli che possono potenzialmente intervenire fra il momento della sottoscrizione dell'accordo (*signing*) e quello del perfezionamento dello stesso (*closing*), tali da compromettere il valore della società oggetto dell'acquisizione (la cd. società *target*) e così da influire negativamente sulla convenienza dell'intera operazione di acquisto delle quote/azioni della società. Tale clausola assume ancora maggiore rilevanza nei casi in cui l'acquirente di partecipazioni faccia ricorso a un finanziamento per il pagamento del prezzo al *closing* e il relativo contratto di finanziamento, a sua volta, preveda una clausola MAC.

Lo scopo di tale clausola risiede, quindi, nell'esigenza di proteggere i contraenti da circostanze straordinarie che colpiscono la società *target* in grado di incidere in modo pregiudizievole sulla convenienza dell'affare rispetto alle condizioni iniziali. E' perciò di immediata intuibilità come tale clausola operi principalmente a beneficio dell'acquirente fornendo allo stesso, in caso di

verificazione degli eventi in essa contemplati, il diritto di non dare esecuzione alle pattuizioni del contratto già sottoscritto ovvero di modificarne i termini, soprattutto quelli legati al prezzo concordato.

Solitamente, infatti, ai sensi della clausola MAC, il verificarsi di determinati eventi pregiudizievoli può:

- (i) determinare in capo all'acquirente il **diritto di recesso** dal contratto già sottoscritto oppure di chiedere la **revisione del prezzo** ivi pattuito; ovvero
- (ii) rappresentare **condizione sospensiva** del *closing*.

Simmetricamente, il venditore potrebbe tutelarsi chiedendo una penale nel caso di esercizio del **diritto di recesso** (*breakage fee*) e, inoltre, al fine di evitare utilizzi strumentali, imporre all'acquirente un **termine ragionevolmente breve per l'esercizio del rimedio**.

Dunque, in fase di negoziazione del contratto assume particolare importanza la pattuizione in ordine alla formulazione della clausola Mac tra le parti, anche in considerazione dei contrapposti interessi in capo a queste ultime. Non solo sul contenuto dei rimedi previsti ma anche sui requisiti per l'operatività della clausola.

Da una parte, **l'acquirente tenderà a pretendere una MAC il più possibilmente ampia e omnicomprensiva**, in modo da inglobare nell'ambito di applicazione della stessa un numero elevato di categorie, eventi o circostanze specifiche. Dall'altra parte, **il venditore cercherà di limitare il contenuto della clausola in oggetto attraverso una ridotta e specifica elencazione di eventi negativi**, evitando di inserire formule generiche che potrebbero far rientrare astrattamente un numero indefinito di circostanze rilevanti per l'operatività della MAC. In alcuni casi, il venditore potrà avere interesse a precisare espressamente quali categorie di circostanze non potranno mai essere rilevanti ai fini della clausola MAC.

Solitamente le parti – avuto riguardo alle caratteristiche della società *target* e del settore di mercato ove essa opera – danno rilevanza a quegli eventi in grado di avere effetti negativi su:

- (i) elementi economico-finanziari univoci quali EBITDA, fatturato, capacità produttiva, redditività, posizione finanziaria netta della società *target*;
- (ii) andamento del settore di mercato in cui svolge opera la società *target*;
- (iii) elementi correlati alla società *target* di particolare interesse per l'acquirente (quali la perdita di un cliente strategico).

E' piuttosto **frequente che le clausole MAC contengano altresì il riferimento a specifici eventi di natura straordinaria e**

imprevedibile, che non ricadono nel controllo delle parti, come ad esempio disastri naturali, disordini sociali o politici, guerre, rivolte, atti di sabotaggio o azioni militari, epidemie, ovvero introduzione di provvedimenti legislativi o amministrativi ostativi al perfezionamento dell'operazione.

In tal senso, l'attuale crisi economica generata dall'emergenza sanitaria globale causata dal Covid-19 ha posto il problema circa l'attivazione della clausola MAC negli SPA in corso di perfezionamento.

E' difficile dubitare sul fatto che la situazione attuale di pandemia mondiale, le rilevanti conseguenze economiche sui mercati e il contenuto eccezionale delle normative e dei provvedimenti autoritativi adottati per far fronte all'emergenza costituiscano eventi straordinari, imprevedibili e indipendenti dalla volontà delle parti, tali da rendere astrattamente operative le clausole MAC.

Concretamente, ai fini dell'azionabilità della clausola MAC occorrerà in ogni caso esaminare con attenzione la relativa previsione contrattuale, valutando il **tenore letterale della clausola**. In particolare, occorrerà verificare se nella parte dedicata agli eventi che ne consentono l'applicazione **siano espressamente contemplate le epidemie/pandemie**.

Se dovesse mancare una previsione specifica di **epidemia/pandemia allora potrebbe essere utile l'individuazione in via residuale nella MAC di riferimenti a disastri naturali e/o calamità** o in generale fatti che siano pregiudizievoli per la *target*, causati da eventi imprevedibili e che sfuggano al controllo delle parti. Sicuramente si tratta di una formula generica che, sulla base di un'interpretazione estensiva, potrebbe includere il Covid-19, anche se ciò potrebbe essere motivo di contrasto con l'altra parte contrattuale.

Un ulteriore elemento da considerare per decidere se avvalersi dei rimedi previsti da tale clausola è **la durata dell'epidemia o dell'intensità delle restrizioni di cui alla normativa anti-emergenziale**. Infatti, quanto maggiore sarà la durata e l'intensità delle misure adottate per contrastare la pandemia, tanto maggiore sarà l'incidenza negativa di tali eventi ai danni della società *target*. Se così fosse, dunque, l'acquirente avrebbe maggiori argomenti per poter invocare i rimedi previsti alla clausola MAC. Tuttavia, non si può omettere di considerare il settore di attività in cui opera la società *target*. È infatti necessario provare la sussistenza di una stretta connessione tra l'evento che ha causato il mutamento delle condizioni economiche generali e lo specifico settore industriale in cui opera la società *target*. In tal senso può risultare rilevante che il settore merceologico della società *target* sia incluso nell'elenco delle attività di cui ai vari provvedimenti governativi che si sono

susseguiti dal 10.03.2020 in poi e che prevedono la chiusura delle attività produttive e commerciali.

In ogni caso, l'esistenza della epidemia e la presenza della società *target* nel settore merceologico danneggiato, non possono essere da sole idonee a giustificare l'operatività del MAC e, quindi, lo scioglimento del contratto. È infatti altresì necessario dimostrare che la *target* abbia subito un notevole concreto pregiudizio tale da mutare le condizioni iniziali in base alle quali l'acquirente aveva deciso di acquistare. In particolare, si fa riferimento al caso in cui la pandemia abbia inciso su alcuni fattori previsti nella clausola, quali ad esempio quelli indicati sopra ai punti (i), (ii) e (iii) (*EBITDA, volume di affari, posizione finanziaria netta, perdita di client strategici ecc.*). Un calo imponente del volume d'affari, per esempio, potrebbe giustificare l'attivazione della MAC se ciò comporta un mutamento strutturale e duraturo della *target*, rispetto al precedente contesto economico e di mercato tale da rendere necessaria la riorganizzazione della società *target*, al fine di garantirne la continuità aziendale con interventi di natura straordinaria.

In ogni caso, è evidente come la parte che voglia invocare i rimedi previsti dalla MAC abbia l'onere di provare tali effetti negativi sulla società *target*.

In conclusione, qualora l'accordo sia ancora in fase di negoziazione, **è consigliabile includere espressamente le epidemie/pandemie nell'ambito applicativo della clausola e correlare specificatamente le c.d. "soglie di materialità" al superamento di determinati parametri economico-finanziari.**

Nelle ipotesi, invece, di accordi già conclusi, nel caso in cui la parte interessata (solitamente acquirente) intenda invocare i rimedi previsti dalla clausola MAC, dovrà **attentamente verificare se la pandemia COVID 19 possa considerarsi alla stregua di un "evento negativo rilevante" rientrante pertanto nell'ambito di operatività della clausola in questione**, secondo i criteri interpretativi sopra esplicitati. In assenza dell'operatività della clausola MAC, rimangono disponibili le soluzioni offerte dal Codice Civile, con la consapevolezza tuttavia che hanno un campo di applicazione circoscritto e non sono sempre di facile invocabilità nei contratti SPA.

Il contenuto di questa newsletter non costituisce parere legale ed è aggiornato alla data del 15 maggio 2020 e come tale, deve quindi intendersi soggetto a successive modifiche in base ai nuovi provvedimenti che verranno emanati nel prossimo futuro. Per ulteriori informazioni contattare [SLC - Studio Legale Campooccia Avvocati Associati](http://www.campooccia.it).



STUDIO LEGALE CAMPOCCIA
AVVOCATI ASSOCIATI



STUDIO LEGALE CAMPOCCIA
AVVOCATI ASSOCIATI