

Giovanni Molo

Giovanni Molo, avvocato e docente SUPSI, ha ottenuto una doppia licenza in scienze economiche e sociali all'Università di Ginevra e in diritto all'Università di San Gallo, nonché

un Master of Science presso la London School of Economics. Accanto alla sua attività quale collaboratore e in seguito partner dello Studio Bolla Bonzanigo & Associati (ora Studio Collegal),

ha conseguito un LL.M. presso l'Università di Losanna in diritto internazionale economico ed europeo e un dottorato di ricerca in diritto presso l'Università di Ginevra. Ha insegnato nelle uni-

versità di Como, Roma 3 e Lucerna, nonché in vari programmi di formazione continua. È autore di monografie e contributi in riviste giuridiche.

Crediti Covid congiunturali e implicazioni per gli organi societari

L'erogazione dei crediti è avvenuta da parte delle banche svizzere, su impulso del Consiglio federale, con grande celerità nello spazio di alcune settimane nella primavera del 2020. Il processo di restituzione dei crediti durerà invece ancora degli anni. Il diritto economico, quale disciplina a cavallo tra gli steccati tradizionali del diritto pubblico, del diritto privato e del diritto penale, ne sarà sollecitato ancora a lungo.

Due elementi distintivi delle istituzioni svizzere (federalismo e democrazia diretta) vengono stravolti in situazioni di emergenza. Il potere decisionale, normalmente diffuso - o addirittura disperso - in istanze cantonali e gruppi di interesse variegati, viene concentrato nelle mani del governo federale. Lo abbiamo visto nelle scorse settimane in cui, divampata la guerra in Ucraina, il Consiglio federale ha ripreso mediante ordinanza le sanzioni UE contro la Russia. È avvenuto due anni fa quando il Consiglio federale ha preso in mano l'emergenza Covid con misure urgenti sul piano sanitario ed economico. Un'azione unitaria e centralizzata non era scontata. Infatti, contrariamente alla politica estera, le competenze in materia sanitaria ed economica sono ripartite tra Confederazione e Cantoni in maniera concorrente. Lo strumento utilizzato, ancora una volta, è stato, a partire dal 28 febbraio 2020 con le prime misure Covid, quello dell'ordinanza federale. Si tratta di una misura governativa che può fondere diritti ed obbligazioni in capo a soggetti privati. Le misure finanziarie messe in atto nella prima ondata pandemica nel marzo 2020 possono essere distinte in due categorie. Da un lato, è stato fatto ricorso all'istituto delle indennità per lavoro ridotto, assurto, da strumento a metà strada tra il diritto del lavoro e il diritto sulle assicurazioni so-

ciali, a misura di politica economica. D'altro lato, è stato adottato un piano di aiuti mediante crediti transitori garantiti da fidejussioni pubbliche.

Nel complesso, il Consiglio federale ha stanziato nelle sedute del 13 e del 20 marzo 2020 oltre 40 miliardi di franchi per arginare le conseguenze economiche del Covid. La Legge sulle fidejussioni solidali Covid-19, adottata dal legislativo federale dopo l'erogazione dei crediti, riferendosi, quale base costituzionale, soltanto all'art. 103 sulla politica strutturale, è imprecisa, poiché le fidejussioni solidali costituiscono uno strumento congiunturale. Ai sensi dell'art. 100 della Costituzione federale, la Confederazione prende provvedimenti per un'equilibrata evoluzione congiunturale, in particolare per prevenire e combattere la disoccupazione e il rincaro. La politica congiunturale, per opposizione alla politica settoriale, si riferisce ad aggregati economici (l'offerta complessiva, la domanda complessiva), ed ha per obiettivo di influenzare l'evoluzione dell'economia nel suo insieme, contrastando effetti negativi generali quali disoccupazione o ammanco di manodopera, rispettivamente inflazione o deflazione, e non soltanto alcuni suoi segmenti. La costituzione rinuncia a definire un armamentario delle misure di politica economica congiunturale: esse, nella misura in cui si indirizzano a aggregati economici variabili, devono essere attuate in maniera mirata, tempestiva e provvisoria (devono, secondo le tre T, essere *targeted, timely e temporary*)^[1]. Posto come l'epidemia nel suo complesso, e le restrizioni che ne sono conseguite, abbiano generato una crisi dell'intera economia, con un impatto rilevante sul prodotto interno lordo nazionale^[2], le misure economiche Covid-19 sono qualificabili quali misure congiunturali. Peraltro, anche la loro natura urgente e temporanea le qualifica in questo senso. La natura preminentemente congiunturale delle misure messe in atto dalla Confederazione

[1] Vedi Biaggini, G. (n. 2, 2017). *BV Kommentar*. Orell Füssli. (All'art. 100 Cost.)

[2] Vedi in particolare KOF, Centro di ricerca congiunturale politecnico di Zurigo, *Business situation on the pressure again; economy recovery slowed down*, 04.02.2021 (<https://kof.ethz.ch/en/news-and-events/media/press-releases/2021/02/business-situation-under-pressure.html>, pagina consultata il 14.03.2022).

(lavoro ridotto e, soprattutto, fideiussioni Covid) si evince anche dall'impatto che esse hanno avuto, oltre che, da un profilo *micro*, sull'operatività delle singole imprese, su variabili *macro* quali, nel corto termine, la tenuta del prodotto interno lordo e dell'occupazione e, nel lungo termine, quale effetto indesiderato, una crescita dell'inflazione. Si evidenzia, quindi, l'incidenza del diritto economico non solo su specifici portatori d'interesse (ad esempio imprese, lavoratori, creditori, ecc.) ma anche su variabili economiche aggregate. Da qui, da un profilo metodologico, l'esigenza di un'apertura verso altre discipline.

“ Il Consiglio federale ha stanziato nelle sedute del 13 e del 20 marzo 2020 oltre 40 miliardi di franchi per arginare le conseguenze economiche del Covid.”

Per mezzo dell'ordinanza sulle fideiussioni solidali Covid-19 allo scopo di assicurare un accesso immediato alla liquidità necessaria, la Confederazione ha garantito nella misura del 100% i cosiddetti crediti Covid-19 fino a CHF 500'000. Oltre i primi CHF 500'000 e fino a CHF 20 milioni, i crediti sono stati garantiti in misura dell'85%. Si tratta dei cosiddetti crediti Covid-19 Plus. Per il trattamento dei crediti possono essere distinte 3 fasi. In una prima fase, disciplinata dall'Ordinanza sulle fideiussioni solidali Covid-19, viene fatta la richiesta dal mutuatario e concesso il credito dalla banca mediante una procedura rapida e senza lungaggini burocratiche fondata su un'autodichiarazione, che attesti che l'impresa subisce, in seguito alla pandemia, un pregiudizio economico con riferimento alla cifra d'affari. La seconda fase riguarda la situazione successiva alla concessione del credito, ma antecedente all'escussione della fideiussione da parte della banca. Nella terza fase, viene escussa la fideiussione. Ritenuto come le condizioni per la concessione di crediti Covid-19 sono definite dall'Ordinanza sulle fideiussioni solidali Covid-19 e concernono situazioni di fatto già avvenute, il diritto ordinario, mediante la Legge sulle fideiussioni solidali Covid-19, disciplina, in un'ottica di continuità con la fase 1, le ulteriori fasi 2 e 3. Secondo le indicazioni fornite dal Consiglio federale, al 17 agosto 2020 erano stati instaurati 136'133 rapporti di credito e di fideiussione^[3], ciò che dà la misura dell'importanza che ha avuto questo strumento. Per quanto attiene, ora, una volta erogati i crediti, la loro restituzione, e il loro impatto sulla solvibilità delle imprese, decisiva risulta la loro *qualificazione*. In proposito, si pongono due temi. Un primo tema riguarda la possibile *esclusione*, almeno

temporanea, dei crediti Covid dal capitale terzi ai fini del calcolo dell'eccedenza dei debiti secondo l'art. 725 cpv. 2 del Codice delle obbligazioni - in seguito: CO - (disposizione che prescrive il deposito del bilancio - e quindi l'avvio di una procedura fallimentare per propria iniziativa - nel caso in cui i debiti non siano coperti dagli attivi), un secondo la *durata* di tale esclusione. L'Ordinanza sulle fideiussioni solidali Covid-19 aveva previsto un'esclusione dei crediti Covid fino a CHF 500'000 dal computo del capitale terzi fino al 31 marzo 2022, mentre non rientravano in tale norma i crediti superiori, i cosiddetti crediti Covid Plus. In proposito, per evitare il rischio che dopo il 31 marzo 2022 un numero elevato di imprese mutuarie potesse depositare i bilanci, con la conseguenza che, nel fallimento, la maggior parte dei creditori sarebbe collocata nella terza classe con scarse possibilità di soddisfacimento, e con ripercussioni negative per le finanze federali per effetto delle escussioni delle fideiussioni, i crediti Covid-19 non vengono considerati ai fini di tale computo per l'intera durata dei crediti. Per i crediti Covid-19 Plus superiori a CHF 500'000, per i quali percorribile è solo la postergazione, sulla quale torneremo tra un momento, non viene invece concessa nessuna deroga all'art. 725 CO. Decisiva risulta quindi, poiché ne deriva la qualifica ai sensi dell'art. 725 CO, essere la durata del credito Covid-19 fino a CHF 500'000, estesa a 8 anni, prorogabile al massimo fino a 10 anni, dalla Legge sulle fideiussioni solidali Covid-19.

La postergazione dei crediti Covid-19 e Covid-19 Plus, secondo la Legge sulle fideiussioni solidali Covid-19, non viene concessa in maniera automatica, poiché ne conseguirebbe che fondi pubblici per un ammontare di 16,4 miliardi di franchi - quelli pari alle fideiussioni accordate per le due categorie di credito - si troverebbero in una posizione meno favorevole rispetto ai crediti privati collocati in terza classe in caso di fallimento, ma è ancorata a precisi requisiti. Anzitutto, da un profilo formale, la dichiarazione da parte della banca di postergazione è valida soltanto se l'organizzazione che concede fideiussioni vi ha acconsentito. Ciò è possibile, da un profilo materiale, a due condizioni. Da un lato, occorre trovarsi in una fattispecie straordinaria nella vita dell'impresa. Può trattarsi di una procedura concordataria, di liquidazione o di risanamento finanziario. Inoltre, la postergazione non deve accrescere i rischi finanziari per la Confederazione. La postergazione ha per effetto di, letteralmente, mettere dopo, cioè postergare, rispetto a tutti gli altri debiti di un'impresa, quelli del creditore che accetta la postergazione. Così facendo, il credito di quest'ultimo è equiparato a

[3] CONSIGLIO FEDERALE,
Messaggio crediti COVID,
p. 7440.

capitale a rischio, cioè a capitale proprio, così da non incidere ai fini dell'eccedenza di debito ai sensi dell'art. 725 CO. Lo strumento della postergazione è utilizzato di norma da azionisti o da creditori vicini all'azionista. Appare quindi naturale che il ricorso a questo rimedio, con riferimento a creditori terzi, possa essere ammesso soltanto in circostanze particolari, quando l'impresa potrebbe cessare la sua attività nell'ambito di una procedura ordinata (liquidazione o procedura concordataria) evitando il fallimento, o sopravvivere grazie a un piano di risanamento, e il credito Covid, per la sua incidenza sulla struttura finanziaria della società, alla luce dell'art. 725 CO, rischierebbe di compromettere questa prospettiva. Tali condizioni devono essere intese in maniera cumulativa: occorre quindi al contempo che vi sia una situazione straordinaria e che la postergazione non accresca i rischi finanziari per la Confederazione. Il Consiglio federale sottolinea come la postergazione dei crediti esiga un certo equilibrio nei sacrifici^[4], tale da coinvolgere anche altri debitori o gli azionisti.

In relazione ai crediti Covid può risultare una tipologia duplice di responsabilità degli amministratori. Una prima tipologia riguarda le situazioni in cui vengono violate le prescrizioni relative al rilascio dei crediti. La rapidità delle procedure di concessione dei finanziamenti impone di semplificare al massimo gli accertamenti possibili, fondandosi sul principio di buona fede in merito alla veridicità delle informazioni fornite dal richiedente per mezzo di autodichiarazioni. Di centrale importanza diventano quindi, nel caso in cui si abusi di tale fiducia, le sanzioni penali. Le spiegazioni fornite dal Consiglio federale sollevano la questione se il mero fatto di fornire un'informazione possa essere considerato quale astuzia vista l'assenza di un esame delle informazioni, e quindi possa dar luogo a una punibilità per truffa secondo l'art. 146 del Codice penale, che presuppone, oltre a una disposizione patrimoniale pregiudizievole da parte del danneggiato e a un intento di illecito vantaggio patrimoniale da parte dell'autore del reato, un suo comportamento fraudolento astuto. Premesso che nel caso dell'erogazione dei crediti Covid, l'accertamento è particolarmente scarno e snello fondandosi su un principio di affidamento, non possono essere posti dei requisiti rigorosi per l'esame del requisito dell'astuzia, e ciò anche al fine di combattere efficacemente gli abusi. In proposito, stanno arrivando i primi riscontri giurisprudenziali cantonali. Così, in un caso pilota del Tribunale superiore del Canton Zurigo è stato giudicato che un amministratore che, allo scopo di ottenere un credito Covid per l'impresa, di fatto utilizzato in un secondo tempo

per scopi privati, sul formulario aveva indicato una cifra d'affari superiore a quella conseguita, aveva adempiuto il criterio dell'astuzia poiché il rilascio dei crediti Covid-19 avviene sulla base di un'autodichiarazione senza verifica da parte della banca. Invece, in un caso ticinese, la Corte d'appello ha nel mese di dicembre 2021 assolto dall'imputazione di truffa due imputati negando il requisito dell'astuzia posto come la banca non avesse compiuto alcuna verifica. Non trattandosi di giudizi definitivi confermati dal Tribunale federale, è presto per trarne delle conclusioni. La seconda tipologia di responsabilità si verifica quando amministratori vengano meno, in caso di eccedenza di debiti, al loro obbligo di deporre i bilanci. Essi sono responsabili, in caso di fallimento della società, nei confronti dei creditori, per il peggioramento della situazione di perdita di capitale (la cosiddetta *Konkursverschleppung*).

“ Secondo le indicazioni fornite dal Consiglio federale, al 17 agosto 2020 erano stati instaurati 136'133 rapporti di credito e di fideiussione, ciò che dà la misura dell'importanza che ha avuto questo strumento.”

Se, con riferimento ad una violazione dei propri obblighi di diligenza, è relativamente facile per gli amministratori sfuggire a una responsabilità invocando la *business judgment rule* secondo cui non possono, con il senno del poi, essere rimproverati agli amministratori degli errori di valutazione nella conduzione dell'impresa, purché abbiano agito in buona fede e senza conflitti d'interesse sulla base di sufficienti informazioni^[5], nel caso di un'omissione da parte degli amministratori dell'obbligo di avviso secondo l'art. 725 CO la loro responsabilità è più facilmente riscontrabile dal punto di vista oggettivo. Dalla stessa, inoltre, ne potrebbe scaturire anche una responsabilità penale per cattiva gestione ai sensi dell'art. 165 del Codice penale^[6].

[4] CONSIGLIO FEDERALE, Messaggio crediti COVID, p. 7459.

[5] Vedi in proposito Vogt, H.-U., Bänziger, M. (2012). Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts. *GesKR*. 607 seg.

[6] Konopatsch, C. (2016). Verspätete Überschuldungsanzeige als Misswirtschaft gemäss Art. 165 Ziff. 1 StGB. *ZStR - Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*. 196, 197 seg.