

L'IMPATTO DEL COVID- 19 SULL'ESECUZIONE DEI CONTRATTI

Le misure adottate dal Governo italiano per contrastare l'epidemia da Covid-19 hanno un impatto diretto sull'esecuzione di molti contratti conclusi da società e imprese, stante l'interruzione o la sospensione delle loro attività.

Le società potrebbero trovarsi, infatti, nell'impossibilità di eseguire la loro prestazione o non avere più interesse alla prosecuzione del rapporto contrattuale, in considerazione del mutato scenario economico o del venir meno dei presupposti che hanno determinato la conclusione del contratto.

Le possibili azioni da intraprendere con riferimento ai singoli contratti meritano necessariamente una valutazione caso per caso, in considerazione della tipologia di contratto, del settore di attività in cui si opera, dello stato di esecuzione della prestazione e dell'interesse delle parti a proseguire la loro relazione contrattuale.

Di seguito si offre una panoramica degli strumenti, sia di natura contrattuale che legale, a cui ricorrere per evitare possibili contenziosi.

I - I rimedi contrattuali

Qualsiasi valutazione in merito alla prosecuzione di un rapporto contrattuale richiede anzitutto un'analisi dettagliata di tutte le clausole pattuite, dei presupposti del

contratto e dell'interesse delle parti alla prosecuzione del rapporto.

In particolare, bisognerà verificare la previsione nell'articolato contrattuale di eventuali clausole di *material adverse change* ("MAC") e di clausole di forza maggiore.

La MAC è una clausola tipicamente inclusa nei contratti di compravendita di partecipazioni societarie o aziende e rappresenta uno strumento di tutela per l'acquirente che può decidere di non concludere l'operazione, senza incorrere in alcun tipo di responsabilità, al verificarsi di determinati eventi tra *signing* e *closing*.

L'ambito di applicazione di queste clausole può variare significativamente a seconda del *wording* utilizzato. In linea generale, le clausole MAC elencano una serie di eventi in grado di compromettere, in maniera più o meno diretta e significativa, l'operatività e la redditività della società *target*. Solitamente, le clausole MAC includono anche una serie di eccezioni (come "i mutamenti generali del mercato") che impediscono all'acquirente di avvalersi di tale clausola.

La possibilità che il *lockdown* determinato dalle misure adottate nell'ambito dell'emergenza Covid- 19 possa consentire il ricorso alla clausola MAC dipende naturalmente dall'estensione della clausola. In linea generale, si può ipotizzare che una tale previsione consenta al potenziale acquirente



di non concludere l'operazione qualora le misure emanate nell'ambito dell'emergenza Covid-19 compromettano in maniera strutturale l'operatività della società *target*. Al contrario, sarà difficile ricorrere alla clausola MAC qualora il *lockdown* determini soltanto un "rallentamento" nell'operatività della società acquisita, senza incidere in maniera significativa sulla sua redditività e attività futura.

Oltre alla clausola MAC, spesso nei contratti (soprattutto con controparti internazionali) è inclusa una clausola di "forza maggiore" (o *force majeure*). Tale clausola ha la funzione di esonerare da responsabilità la parte che è impossibilitata ad adempiere alle proprie obbligazioni in ragione di eventi di natura straordinaria ed imprevedibile. In contesti come quello che stiamo vivendo, caratterizzato dal propagarsi della pandemia da Covid-19, la clausola di forza maggiore può svolgere un ruolo determinante nel definire la prosecuzione di un rapporto contrattuale e l'eventuale responsabilità della parte che non esegue (o esegue in ritardo) la prestazione pattuita.

Dal momento che non esiste, né nell'ordinamento italiano, né nelle convenzioni internazionali una definizione di "forza maggiore", per stabilire l'effettiva operatività di tale clausola, è necessario porre particolare attenzione ai seguenti due elementi:

- il *wording* utilizzato. In particolare, bisogna verificare se (i) tra gli eventi individuati come rilevanti ai fini della forza maggiore sono incluse le pandemie (o

eventi assimilabili) e se (ii) l'elencazione fornita ha valore tassativo o esemplificativo;

- la legge applicabile. In mancanza di una disciplina uniforme a livello internazionale, è essenziale determinare la legge che disciplina il contratto per individuare i rimedi a disposizione delle parti nel singolo ordinamento. Il richiamo alla legge italiana, ad esempio, consente di ricorrere a rimedi specifici (descritti nel paragrafo che segue), mentre il richiamo ad ordinamenti di *common law* non consente di integrare la disciplina contrattuale con altri rimedi legali. In questi ordinamenti, infatti, vige il principio della prevalenza della volontà delle parti, in forza del quale i contraenti saranno vincolati solamente a quanto espressamente indicato nel contratto.

Ad ogni modo, l'impatto che le misure emergenziali adottate avranno sui vari settori economici è ancora da definire e dipenderà dalla durata e dalla estensione dei provvedimenti attualmente in vigore.

II - I rimedi legali

I rimedi forniti dall'ordinamento giuridico italiano per esonerare da responsabilità la parte che ritarda o non esegue una prestazione si fondano sul concetto di "impossibilità".

È lo stesso articolo 91 del decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020 (c.d. "**decreto Cura Italia**") a prevedere che "*Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente*



decreto¹ è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti."

Si tratta, quindi, di una sorta di "interpretazione autentica" fornita dal Governo che qualifica le misure adottate al fine di contenere la pandemia da Covid-19 come eventi integranti cause di forza maggiore.

La norma di riferimento richiamata dall'art. 91 del d.l. 18/2020 è l'art. 1218 cod. civ. il quale esclude la responsabilità del debitore che omette o ritarda la prestazione dovuta qualora sia in grado di provare che *"l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"*.

Inoltre, ai sensi dell'art. 1256 cod. civ., l'obbligazione si estingue quando, per causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa "impossibile"; se tale impossibilità è solo temporanea, invece, il debitore, nelle more della stessa, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia, l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato

a eseguire la prestazione o il creditore non ha più interesse a riceverla.

Tra le cause invocabili ai fini della richiamata "impossibilità della prestazione", rientrano certamente gli ordini o i divieti emessi dalle pubbliche autorità (c.d. "*factum principis*"): si tratta, come intuibile, di provvedimenti legislativi o amministrativi, dettati da interessi generali, che vietano o rendono di fatto impossibile una determinata prestazione, indipendentemente dal comportamento dell'obbligato. Tali circostanze fungono quindi da **esimente** della responsabilità del debitore a prescindere dalle previsioni contrattuali in essere.

Nell'ipotesi, invece, di **impossibilità temporanea**, l'art. 1256 cod. civ. si limita ad escludere, finché detta impossibilità perdura, la responsabilità del debitore per il ritardo nell'adempimento. Pertanto, in via generale, il debitore, cessata la suddetta impossibilità, deve sempre eseguire la prestazione, indipendentemente da un suo diverso interesse economico che può, eventualmente, far valere sotto il profilo dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (di cui si dirà a breve).

Gli stessi principi appena esposti si applicano anche ai contratti con prestazioni corrispettive: in particolare, l'art. 1463 cod. civ. prevede che la parte esonerata dalla prestazione divenuta impossibile non possa richiedere la controprestazione e deve restituire quanto già ricevuto. Inoltre, in caso

¹ Trattasi del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito dalla legge 5 marzo 2020, n. 13 il quale prevede le misure di contenimento e gestione

dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, che l'art. 91 del decreto Cura Italia ha integrato con la previsione citata nel testo.



di impossibilità parziale, la parte che ha diritto a ricevere la prestazione ha diritto a ottenere una corrispondente riduzione delle obbligazioni a proprio carico, salvo il diritto di recedere dal contratto qualora non abbia un apprezzabile interesse a ricevere una prestazione parziale (art. 1464 cod.civ.).

Infine, anche laddove i provvedimenti emessi nell'ambito dell'emergenza Covid-19 non abbiano vietato o reso sostanzialmente impossibile lo svolgimento di una data attività, l'adempimento di taluni contratti ad esecuzione continuata o periodica potrebbe essere divenuto eccessivamente oneroso: in casi del genere, la parte che deve la prestazione può richiedere la risoluzione del contratto, salvo che la controparte non conceda una rinegoziazione dei termini contrattuali (art. 1467 cod. civ.).

In conclusione, per poter richiedere la risoluzione di un determinato contratto non è sufficiente che le prestazioni siano diventate non convenienti o troppo costose, ma è necessario che la loro esecuzione sia diventata **impossibile** o che l'equilibrio tra le parti sia stato irrimediabilmente alterato (circostanza difficile da provare in questa fase dal momento che le misure del Governo hanno ancora carattere temporaneo).

Inoltre, per invocare con successo la risoluzione di un contratto per impossibilità della prestazione è necessario che vi sia un **nesso diretto** tra l'impossibilità di compiere una certa attività e la misura (nel nostro caso, il provvedimento) che impedisce tale attività.

Ad esempio, non ci sono dubbi in merito al fatto che la consegna di merci in un Paese che

ha chiuso le frontiere renda impossibile eseguire la prestazione e dunque escluda la responsabilità del fornitore per l'inadempimento. Analogamente, un contratto di sponsorizzazione di una squadra di calcio di serie A non può avere esecuzione per effetto della decisione della FIGC di sospendere il campionato di calcio. D'altro canto, invece, i ritardi riscontrati nell'approvvigionamento di materie prime per la produzione di beni ritenuti "essenziali" non esonerano il produttore da responsabilità, laddove sia comunque possibile reperire le materie prime altrove. Gli eventuali maggiori costi sostenuti dal produttore per adempiere al contratto potrebbero, tuttavia, giustificare una rinegoziazione dei termini economici.

Con riferimento alle transazioni internazionali, segnaliamo inoltre che il Ministero dello sviluppo economico, con circolare del 25 marzo scorso, ha previsto la possibilità che le Camere di Commercio emettano un'apposita certificazione in lingua inglese attestante l'attuale stato di emergenza conseguente alla diffusione del Covid-19 su richiesta delle imprese che abbiano bisogno di invocare la clausola di forza maggiore e di rappresentare tale circostanza alle proprie controparti straniere. Specifica, infatti, la circolare che la mancata presentazione di una tale attestazione, prevista in molti contratti di fornitura con controparti estere, *"comporterebbe danni immediati alle imprese nazionali che si troverebbero nella condizione di subire la risoluzione dei contratti, con pagamento di penali e mancato rientro dai costi della commessa già sostenuti"*. Tale certificazione serve a



rafforzare la posizione delle imprese che devono provare, soprattutto nei contratti retti da ordinamenti di *common law*, lo stato di forza maggiore alle loro controparti straniere. La scelta dell'Italia di autorizzare le Camere di Commercio a certificare lo stato di emergenza segue l'esempio di altri Paesi, come la Cina, in attesa che l'epidemia da Covid-19 sia formalmente riconosciuta, anche dalle istituzioni internazionali, come un evento di forza maggiore a livello globale.

III - Specifiche tipologie contrattuali

Il decreto Cura Italia ha, inoltre, preso esplicitamente posizione in merito ad alcune tipologie contrattuali, indicate di seguito:

- a) i contratti di soggiorno nonché le prestazioni dovute in relazione ai contratti per l'accesso a spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e ai biglietti di ingresso a musei e ad altri luoghi della cultura possono essere risolti ai sensi dell'art. 1463 cod. civ per sopravvenuta impossibilità della prestazione (art. 88 decreto Cura Italia);
- b) sospensione di canoni, diritti doganali e altri pagamenti dovuti da società di trasporto stradale e trasporto pubblico di persone (art. 92 decreto Cura Italia);
- c) sospensione fino al 31 maggio 2020 dei termini di pagamento dei canoni di locazione e concessori di impianti sportivi da parte di società e associazioni sportive e enti di promozione sportiva (art. 95 decreto Cura Italia).

Inoltre, per i contratti di locazione di negozi e botteghe (rientranti nella categoria C/1) è

riconosciuto un credito di imposta per il mese di marzo 2020 pari al 60% dell'importo del canone di locazione. Inoltre, qualora le misure attualmente in vigore siano prorogate e assumano carattere di "stabilità", potrebbero ricorrere i "gravi motivi" che giustificano il recesso anticipato dai contratti di locazione ai sensi dell'art. 27, co 8, l. 392/1978.

IV – Cosa fare

Alcune brevi indicazioni pratiche:

- 1) individuare i contratti strategici per l'impresa;
- 2) analizzarne le previsioni con particolare riferimento alle (eventuali) clausole di MAC, forza maggiore, nonché alla legge applicabile e ad eventuali deroghe alla disciplina legale applicabile;
- 3) valutare se possano essere invocate le clausole di impossibilità sopravvenuta della prestazione o di eccessiva onerosità sopravvenuta in virtù dei provvedimenti legislativi emessi;
- 4) richiedere la rinegoziazione dei termini contrattuali o la sospensione delle prestazioni dovute, in attesa di conoscere l'evoluzione delle misure adottate;
- 5) nei contratti attualmente in fase di redazione, **ripartire** puntualmente i rischi tra le parti, specificando se gli effetti della pandemia rilevano o meno ai fini dell'esecuzione del contratto (es. includendo la pandemia tra gli eventi integranti la forza maggiore o escludendola, esplicitando se gli effetti dell'emergenza Covid-19 rilevano ai fini



della MAC oppure no, ecc.), **prevedere** clausole per la “gestione dell’emergenza” finalizzate alla conservazione del contratto prima di arrivare alla sua risoluzione (es. includendo specifici obblighi di informazione, un periodo di “osservazione” prima di poter invocare la risoluzione del contratto, meccanismi di revisione dei prezzi, ecc);

- 6) fare una ricognizione delle polizze assicurative in corso e valutare se attivarne altre al fine di coprire i rischi conseguenti alla pandemia;
- 7) agire sempre secondo correttezza e buona fede, per evitare abusi degli strumenti contrattuali o legali che potrebbero dar luogo a responsabilità nei confronti della controparte.