

13 marzo 2020

Riflessi delle misure “anti-coronavirus” nella disciplina contrattuale e prospettive operative

La diffusione del virus CoVid-19 e le relative misure adottate dalle autorità governative nazionali per contrastare l'emergenza stanno producendo (e ragionevolmente produrranno nel prossimo futuro) un rilevante impatto sulla disciplina contrattuale che regola i rapporti economici e giuridici tra soggetti privati, sia per quanto attiene la gestione ordinaria dell'impresa (con riferimento, a titolo esemplificativo, ai contratti di appalto, di fornitura, etc.) che per quanto riguarda quella straordinaria (con riferimento alle operazioni di acquisto di quote sociali, di affitto di azienda o di un suo ramo, o ancora ai contratti di finanziamento).

In tale contesto, assume rilievo centrale la clausola di forza maggiore, istituto incluso nella maggioranza dei testi contrattuali, che consente tipicamente alle parti di sospendere l'adempimento delle proprie obbligazioni in presenza di una causa ostantiva grave ed imprevedibile e, nell'ipotesi in cui tale causa perduri oltre un termine contrattualmente previsto, di sciogliersi dal vincolo giuridico rappresentato dal contratto stesso.

È infatti indubbio che il propagarsi di una epidemia di proporzioni simili alla presente costituisca di per sé un evento suscettibile di attivare gli effetti di tale clausola. Un caso di scuola è rappresentato dai contratti relativi a convegni e manifestazioni pubbliche che avrebbero dovuto aver luogo in questi giorni, e ora risultano annullati o rimandati *sine die* per evitare assembramenti di persone.

A ciò si aggiungono le stesse disposizioni legislative o amministrative emanate per contrastare l'ulteriore diffusione del virus, che in taluni casi potrebbero costituire un cosiddetto *“factum principis”*. Trattasi di una circostanza relativa ad una normativa sopravvenuta, il cui effetto collaterale può essere quello di rendere illecito lo stesso oggetto di un contratto che fino all'entrata in vigore di suddetta normativa era perfettamente valido, e ora risulta nullo ai sensi dell'articolo 1418 del Codice Civile. Si pensi ad esempio ai contratti relativi all'attività di palestre e centri sportivi, a cui le previsioni dei D.P.C.M. del 9 e dell'11 marzo 2020 prevengono l'accesso al pubblico su tutto il territorio nazionale.

Un'analisi statica degli istituti di cui sopra, potrebbe dunque indurre a ritenere che le conseguenze della presente situazione emergenziale finiscano per travolgere un gran numero dei contratti attualmente in essere, essenziali per l'esercizio dell'attività imprenditoriale.

Proprio per questa ragione è opportuno evidenziare come all'interno del nostro ordinamento (e, in molti casi, nei contratti stessi) siano presenti al contempo:

- i. previsioni che disciplinano i casi nei quali le obbligazioni contrattuali diventino del tutto impossibili e dunque si estinguano per circostanze sopravvenute (nonchè i relativi regimi di responsabilità del debitore); ma anche
- ii. previsioni tese a scongiurare tale eventualità, preservando il rapporto contrattuale pur rimodulandone il sinallagma alla luce degli effetti perturbativi sopravvenuti.

1. Le norme codicistiche applicabili ai contratti attinenti alla gestione ordinaria dell'impresa

1.1. L'impossibilità sopravvenuta

Come si è accennato nel precedente paragrafo, in taluni casi l'esecuzione delle obbligazioni contrattuali potrebbe essere resa (temporaneamente o assolutamente) impossibile nella sua interezza dall'attuale fenomeno epidemiologico, e pertanto da una prospettiva giuridica il debitore non potrà essere considerato responsabile dell'inadempimento.

Il fondamento codicistico della non imputabilità dell'inadempimento al debitore si rinvie nell'articolo 1256 del Codice Civile¹, disposizione che andrà a sua volta letta e interpretata alla luce dell'articolo 1218 c.c., il quale esprime il principio generale secondo cui il debitore che non adempie alle proprie obbligazioni contrattuali (o adempie ad esse in ritardo) sia tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento (o il ritardo nell'adempimento) sia dovuto a causa allo stesso non imputabile.

Dalla lettura congiunta di tali articoli, emerge dunque come la disciplina codicistica in punto di impossibilità sopravvenuta preveda che:

- i. nell'ipotesi in cui la prestazione sia divenuta impossibile e la causa di tale impossibilità sia riferibile ad un atto o ad un'omissione del debitore, allora lo stesso è tenuto al risarcimento del danno poiché inadempiente;
- ii. nella diversa ipotesi in cui la prestazione sia divenuta impossibile e la causa dell'impossibilità non è imputabile al debitore, l'obbligazione si estingue.

Per quanto rileva ai fini della presente analisi, le cause di impossibilità della prestazione non imputabile al debitore si riducono nella sostanza a due: le summenzionate forza maggiore (i.e. la diffusione del virus) e factum principis (i.e. le misure normative di contrasto).

In tali casi, i contratti la cui esecuzione sia divenuta fin d'ora materialmente impossibile nella sua interezza o illecita, dovranno ritenersi scolti senza che ciò consenta al creditore che sopporta l'inadempimento di richiedere il risarcimento del relativo danno al debitore². Rimarranno invece validi tra le parti quei contratti il cui oggetto sia reso solo parzialmente o temporaneamente impossibile dalla situazione emergenziale³.

1.2. La rinegoziazione del contratto

Escludendo tuttavia le ipotesi di cui al paragrafo precedente, riferite a quei contratti la cui esecuzione sia divenuta fin d'ora materialmente impossibile nella sua interezza o illecita, è opportuno ricordare altresì che l'articolo 1375 del Codice Civile impone inderogabilmente alle parti di conformarsi ad un principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, funzionale anche al dovere di protezione che le parti reciprocamente hanno (cfr. articolo 2 Cost.).

Alla luce di tale principio, ne consegue che - laddove possibile - ogni eventuale rimedio caducatorio (i.e. risoluzione del contratto) dovrebbe essere considerato come extrema ratio dalle parti, sulle quali incomberebbe per contro un obbligo di rinegoziare (in buona fede, appunto) i termini e le condizioni convenute al momento

¹ L'articolo 1256 del Codice Civile prevede infatti che: *"L'obbligazione si estingue quando per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, fino a che essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'inadempimento. 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, ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla"*.

² Nonostante le disposizioni codistiche prevedano solo a favore del debitore la possibilità di invocare la sopravvenuta impossibilità ad adempire, è significativo notare come recentemente un'interpretazione estensiva della Suprema Corte abbia riconosciuto tale facoltà anche al creditore (Cass. Civ., Sez. III, 29 marzo 2019, n. 8766)

³ Salvo che l'impossibilità parziale non determini un venire meno dell'interesse del creditore all'esecuzione di quella parte di obbligazione rimasta possibile. In tale ipotesi, ai sensi dell'articolo 1464 del Codice Civile, il creditore avrà diritto a recedere dal contratto.

della stipula del rapporto contrattuale, al fine di riequilibrare tra di loro l'entità delle rispettive obbligazioni in virtù delle mutate circostanze di fatto.

Ad esempio, le parti potrebbero dunque convenire una revisione del corrispettivo dovuto, in modo di consentire alla parte obbligata all'esecuzione di un'attività di far fronte a quei maggiori costi che espletarla in condizioni emergenziali comporta. Non diversamente, potrebbe essere concordato un periodo di grazia che garantisca la mancata applicazione di penali ai danni della parte che adempia in ritardo alle proprie obbligazioni.

Al riguardo, è appena necessario ricordare che molti contratti (specie quelli più strutturati di matrice internazionale), non si limitino a rinviare alle disposizioni normative di uno specifico ordinamento per quanto concerne l'obbligo di rinegoziazione, ma prevedano al loro stesso interno una disciplina ad hoc a cui le parti sono chiamate a conformarsi in caso di evento di forza maggiore.

Salvo quanto sopra però, merita di essere sottolineato come ai sensi della legislazione italiana non sia la sola parte debitrice quella su cui gravano gli obblighi relativi alla conservazione del vincolo contrattuale e alla sua esecuzione, e dunque allo scongiurare il prodursi di conseguenze pregiudizievoli a carico di ambo le parti.

Ai sensi dell'articolo 1227 del Codice Civile infatti, il risarcimento dei danni derivanti da un illecito (nel caso in esame, l'inadempimento delle prestazioni contrattuali) non spetta al creditore che avrebbe potuto evitare il verificarsi del danno utilizzando l'ordinaria diligenza. Inoltre, *"se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate"*.

Dal combinato disposto dei summenzionati articoli 1227 e 1375 c.c. emerge quindi come tutte le parti contrattuali siano onerate dall'obbligo di fare quanto in loro potere per evitare che circostanze sopravvenute producano conseguenze dannose. Il creditore che si sia sottratto ai suoi obblighi in tal senso, assumendo un contegno meramente passivo, limitandosi dunque ad invocare lo scioglimento anticipato del contratto a causa della perturbazione del rapporto negoziale dovuta all'evento esogeno, potrebbe non considerarsi pienamente rispettoso del dovere di protezione che reciprocamente incombe sulle parti contrattuali.

È proprio in tal senso che rileva lo strumento della rinegoziazione del contratto.

Per calare nella prassi il concetto da ultimo esposto, basti pensare a quei centri che ospitano al loro interno una pluralità di esercizi commerciali in virtù di contratti di locazione. Se da un lato i conduttori non potranno invocare la mancata disponibilità degli spazi locati durante i giorni di chiusura imposti dai D.P.C.M. del 9 e 11 marzo 2020, è altrettanto vero che i locatori non potranno richiedere il risarcimento da parte degli esercenti di quei costi (relativi, ad esempio, alle utenze) che non si siano nel frattempo diligentemente attivati per ridurre.

Da quanto sopra, risulta evidente come le disposizioni codistiche che introducono nel nostro ordinamento un favor per la conservazione dei contratti (specie di quelli di durata come la locazione) e per la loro rinegoziazione alla luce di circostanze sopravvenute siano poste a tutela tanto della parte debitrice che di quella creditrice, che dovrebbero dunque essere parimenti a ciò interessate.

Completa la ricostruzione di cui ai precedenti paragrafi la necessaria menzione dell'articolo 1467 del Codice Civile in merito all'eccessiva onerosità sopravvenuta, secondo cui la parte contro la quale è richiesta la risoluzione del contratto da ciò motivata, può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni di contratto (si parla in tal caso di *"reductio ad aequitatem"*).

Sulla base di tutti gli elementi di diritto finora richiamati, si potrebbe concludere sul punto che la rinegoziazione dei contratti incisi dall'effetto delle misure "anti-coronavirus" consentirebbe alle parti di :

- i. riequilibrare il sinallagma contrattuale alla luce delle rinnovate circostanze di fatto e di diritto in cui le prestazioni dovrebbero essere rese;

- ii. conformare l'azione delle parti al fondamentale principio codicistico della buona fede nell'esecuzione del contratto;
- iii. garantire la conservazione nel tempo degli effetti del contratto di durata, in conformità alla *causa contrahendi*,

limitando così concretamente le ipotesi in cui il vincolo contrattuale vada inevitabilmente sciolto a quelle di impossibilità totale della prestazione.

2. Gestione straordinaria dell'impresa: le clausole di *material adverse change* e *hardship*

Se le considerazioni svolte sopra in merito ai contratti necessari alla gestione ordinaria dell'impresa valgono anche per quelli attinenti alla gestione straordinaria (in particolare per i contratti di finanziamento che presuppongono un'esecuzione dilazionata nel tempo), si ritiene utile portare all'attenzione un ulteriore aspetto peculiare di simili strumenti contrattuali.

In virtù della rilevanza del loro oggetto infatti, non è infrequente che tali contratti incorporino una disciplina di elevato dettaglio per quanto concerne i rapporti tra le parti in costanza della loro vigenza, e in particolare prevedano al loro interno:

- i. la clausola cosiddetta di "*material adverse change (or effect)*" (di seguito definita come "**Clausola MAC**");
- ii. la clausola di "*hardship*" (di seguito definita come "**Clausola Hardship**").

2.1. La Clausola MAC

Nella loro formulazione tipica, le Clausole MAC consentono alle parti di sciogliersi dal vincolo contrattuale non tanto nei casi in cui circostanze sopravvenute impattino sulla possibilità delle parti di adempiere alle loro reciproche prestazioni, quanto sulla profitevolezza o sull'usabilità del contratto stesso.

Per consentirne l'applicabilità, tali Clausole MAC sono solitamente connotate da un'enumerazione delle circostanze suscettibili di attivarle (i.e. l'entrata in vigore successiva alla stipula del contratto di una normativa che faccia venire meno l'interesse economico di una delle parti all'esecuzione del contratto), nonché da specifiche soglie di materialità, sulla base delle quali accertare se un evento pregiudizievole sia tale da consentirne l'applicazione.

In termini empirici, ad esempio, un contratto di affitto di azienda stipulato per consentire ad una delle parti di gestire un'attività nel settore turistico potrebbe ragionevolmente prevedere una Clausola MAC. Tale parte, perdendo interesse alla conduzione dell'attività in ragione della flessione dei ricavi dovuta all'epidemia, potrebbe sciogliersi dal vincolo contrattuale invocando l'applicazione di tale clausola, a condizione che la riduzione del fatturato superi le soglie di materialità di cui sopra.

2.2. La Clausola Hardship

Le Clausole Hardship - sovente impiegate nella contrattualistica internazionale - trovano applicazione nell'eventualità in cui la prestazione di una delle parti sia divenuta eccessivamente onerosa, al punto tale da constringere tale parte ad un sacrificio sproporzionato rispetto al vantaggio conseguito dell'altra, a causa di fatti sopravvenuti alla conclusione del contratto. In simili eventualità, la Clausola hardship regola le modalità di comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto (ad esempio, prevedendo che lo stesso possa essere risolto, o alternativamente rinegoziato nei suoi termini e condizioni).

Come si è avuto modo di osservare *infra*, la legislazione italiana offre già un rimedio codicistico ad una situazione siffatta (cfr. articolo 1467 del Codice Civile). È tuttavia utile ricordare che in alcuni ordinamenti esteri tale ipotesi non trova una regolamentazione normativa: nei casi in cui i contratti internazionali siano sottoposti ad una legge differente da quella italiana dunque, diverrà importante accertare se al loro interno sia presente una Clausola Hardship e cosa essa preveda in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni ivi contemplate.

Conclusione

Per tutte le ragioni sopra sinteticamente esposte, si consiglia alle imprese un'attenta ricognizione del contenuto dei contratti attualmente in essere alla luce della normativa richiamata, al fine di procedere ad una loro rinegoziazione o – nei casi più estremi - alla risoluzione degli stessi, in un'ottica di maggior riduzione possibile degli effetti negativi che l'emergenza sanitaria comporta e comporterà per i singoli operatori e l'economia di mercato nel suo complesso.

In particolare, al di fuori di alcuni casi tipici, non sempre risulta immediato distinguere se per l'effetto di circostanze sopravvenute la prestazione prevista da un contratto sia divenuta impossibile o piuttosto eccessivamente onerosa. Proprio per tale ragione sarà necessario procedere ad una valutazione legale di ogni caso che, a partire dal dato contrattuale (il quale sovente comprende una definizione convenzionale di "causa di forza maggiore"), possa indicare all'imprenditore la miglior condotta per tutelare i propri interessi. Ultimately, one can question the Seventh Circuit's policy decision to use state-required notification statements to infer harm (both present and future), but given the Court's opinion, no one should question the need to carefully consider how the timing and content of post breach communications may affect litigation strategy and tactics.

La presente pubblicazione è stata concepita per fornire ai clienti e ai contatti di Orrick informazioni che possano utilizzare per gestire più efficacemente le loro attività e accedere alle risorse di Orrick. Il contenuto di questa pubblicazione è a mero scopo informativo. Né questa pubblicazione né i professionisti che l'hanno redatta forniscono per mezzo della presente consulenza legale o altri consigli o opinioni professionali su fatti o questioni specifiche. Orrick non assume alcuna responsabilità in relazione all'utilizzo di questa pubblicazione.