

## Newsletter

Dipartimenti di Societario e Contenzioso  
Incidenza del Covid-19 sui contratti

### Premessa

La proliferazione del COVID-19 sul territorio nazionale e la conseguente adozione, da parte delle autorità governative, di una serie di misure restrittive tese a contrastare tale emergenza, meritano qualche breve spunto di riflessione in merito all'incidenza che questa vicenda potrà avere sui contratti in essere e ai possibili rimedi offerti dal nostro ordinamento giuridico. Sempre più spesso, infatti, i Clienti ci chiedono quali possano essere gli effetti e le possibili conseguenze dell'attuale situazione sulle sorti dei contratti in essere, ovvero come poter disciplinare gli impatti che la stessa potrebbe avere sui futuri rapporti contrattuali. Abbiamo provato a rispondere ad alcune delle domande di carattere generale che più spesso ci vengono sottoposte.

**I In assenza di specifiche previsioni contrattuali, se una parte è nell'impossibilità di eseguire la propria prestazione, in conseguenza dell'attuale situazione e delle restrizioni imposte dalle autorità governative, tale parte potrebbe essere ritenuta inadempiente al contratto ed essere chiamata a rispondere di tale inadempimento?**

Ai sensi dell'articolo 1218 del codice civile (*Responsabilità del debitore*), **"Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"**. Inoltre, ai sensi del primo comma dell'articolo 1256 del codice civile (*Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea*) **"L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile"**.

# CHIOMENTI

Il debitore può quindi essere esonerato dalla responsabilità per l'inadempimento o il ritardo laddove dimostri l'impossibilità della prestazione e che tale impossibilità non sia a lui imputabile.

A tale riguardo, è bene precisare che il requisito dell'impossibilità **non opera** nel caso in cui l'evento che l'ha determinata fosse prevedibile al momento dell'assunzione dell'obbligazione ovvero nel caso in cui il debitore non abbia esperito tutti i rimedi volti ad evitare o superare l'impossibilità. In altre parole, l'impossibilità, per poter rilevare ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore deve essere **oggettiva, imprevedibile, assoluta e insuperabile**.

Tra le ipotesi di impossibilità rilevanti ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore rileva il c.d. "*factum principis*", ossia l'ordine o il provvedimento dell'autorità amministrativa sopravvenuto e che renda, appunto, impossibile la prestazione.

**II Nel caso in cui la prestazione di una parte sia divenuta impossibile in conseguenza dei provvedimenti governativi adottati dalle autorità, quali sono i rimedi che l'ordinamento giuridico prevede a favore di tale parte?**

In caso di impossibilità definitiva della prestazione, non imputabile al debitore, pertanto, **l'obbligazione si estingue**, senza che il debitore possa essere chiamato a rispondere per un inadempimento.

Tenuto conto delle misure adottate dal governo per fronteggiare l'emergenza coronavirus, uno dei casi più frequenti di impossibilità definitiva di eseguire la prestazione è riscontrabile, ad esempio, con riferimento alla cancellazione di numerosi voli aerei. In questi casi, conformemente a quanto previsto dall'articolo 1256, comma 1, codice civile: (a) la compagnia aerea non sarà responsabile per il proprio inadempimento (articolo 1218 codice civile); (b) l'obbligazione contrattuale assunta da quest'ultima si estingue; (c) il contratto di trasporto si risolve di diritto, senza cioè che occorra alcuna iniziativa da parte dei soggetti interessati. Per effetto della intervenuta risoluzione del contratto, pertanto, la parte liberata dalla propria prestazione non potrà pretendere la controprestazione dell'altro contraente e, nel caso in cui l'abbia nel frattempo ricevuta, dovrà provvedere alla sua **restituzione**. Nel caso di cancellazione del volo aereo, la compagnia aerea dovrà pertanto procedere al rimborso del biglietto.

Con specifico riferimento ai contratti di trasporto (aereo, ferroviario, marittimo), si segnala che il Decreto Legge 2 marzo 2020 n. 9, recante "*misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*", ha introdotto una apposita previsione (v. articolo 28) che disciplina il "*rimborso titoli di viaggio e pacchetti turistici*", prevedendo tra l'altro che le procedure di rimborso possono concludersi con la restituzione del corrispettivo versato per l'acquisto del titolo di viaggio, ovvero con l'emissione di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

# CHIOMENTI

Si segnala inoltre che in data 18 marzo 2020 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il Decreto Legge 17 marzo 2020, recante “*misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per imprese, lavoratori e famiglie connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*” (di seguito anche Decreto “**Curaltaia**”). Tale decreto ha, tra le altre cose, esteso anche ai contratti di soggiorno (ossia ai contratti conclusi con alberghi ed altre strutture ricettive) – per i quali, in seguito all'adozione delle misure restrittive previste dal governo, si sia verificata la impossibilità sopravvenuta della prestazione - le disposizioni in tema di rimborso di cui all'art. 28 del Decreto Legge 2 marzo 2020 n. 9.

Sempre con riferimento all'esempio sopra riportato dei contratti di trasporto aereo, e tenuto conto dei principi elaborati in via giurisprudenziale, potrebbe altresì venire in rilievo anche il caso della c.d. **impossibilità di utilizzazione della prestazione**. Tale ipotesi, anch'essa idonea a giustificare la risoluzione del rapporto contrattuale, si verifica laddove la prestazione dedotta in contratto sia in astratto ancora eseguibile, ma sia venuta meno, in concreto, la possibilità che essa realizzi lo scopo dalle parti perseguito con la stipulazione del contratto. Il caso è quello della coppia di vacanzieri che rinunci, pur in assenza di provvedimenti che inibiscano lo svolgimento di quel determinato viaggio, al viaggio prenotato per il timore di esporsi all'infezione. Sebbene nessun provvedimento dell'autorità impedisca ai predetti soggetti di partire, la preoccupazione di questi ultimi di esporsi ad un possibile contagio sarebbe comunque idonea a giustificare la loro decisione di non mettersi in viaggio, posto che la finalità che aveva indotto la coppia di vacanzieri ad acquistare i biglietti aerei (*i.e.* trascorrere una vacanza spensierata), sarebbe nel caso di specie sostanzialmente frustrata. Detto in altre parole, la situazione venutasi a creare darebbe luogo ad una irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione.

Per certi versi analogo al rimedio appena descritto è quello che ricorre alla c.d. **presupposizione**, istituto non codificato che si identifica con quella specifica situazione di fatto che entrambi i contraenti, pur non menzionandola esplicitamente, hanno considerato come presupposto fondamentale del loro rapporto contrattuale. Il caso, ad esempio, è quello dei futuri sposi che abbiano concluso un contratto con una società di catering per il giorno del proprio matrimonio. In un caso del genere, quand'anche il matrimonio fosse stato fissato in un periodo temporale rispetto al quale non si estendono, al momento, le misure d'emergenza assunte dall'autorità (*i.e.* il divieto di celebrare funzioni civili e religiose e il divieto di assembramento), lo stato di incertezza venutosi a creare in merito all'effettiva possibilità di celebrare il matrimonio e la prospettiva che molti degli invitati verosimilmente non vi parteciperanno, così come il venir meno di un presupposto essenziale della cerimonia (*i.e.* un momento di festa e convivialità con parenti e amici), potrebbero consentire ai futuri sposi di chiedere lo scioglimento del contratto di catering e la conseguente restituzione degli acconti versati.

Le ipotesi sinora descritte riguardano ipotesi di impossibilità definitiva. Si può tuttavia verificare anche il caso di **impossibilità** soltanto **temporanea** di eseguire la propria

# CHIOMENTI

prestazione, sino a quando perduri l'attuale situazione (ad es. finché non siano rimosse alcune restrizioni previste per contenere il diffondersi del virus). Per tale ipotesi il codice civile prevede, al secondo comma dell'articolo 1256, che *"il debitore finché essa perdura, 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 ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla"*. Pertanto, in caso di impossibilità temporanea, l'obbligazione del debitore viene **sospesa** senza che il debitore possa essere ritenuto responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia, l'obbligazione si **estingue** comunque, come se l'impossibilità fosse definitiva, laddove tale situazione perduri fino a quando, tenute in considerazione le circostanze del caso concreto, il debitore non possa più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non abbia più interesse a conseguirla. È bene precisare che il carattere definitivo o temporaneo dell'impossibilità non sempre è riscontrabile *ex ante*, e va accertato con valutazioni da compiere caso per caso in relazione alla natura e all'oggetto del contratto, nonché in considerazione dell'interesse perseguito dalle parti.

Nella attuale situazione, una ipotesi di impossibilità temporanea di eseguire la prestazione potrebbe essere quella del commerciante che, a fronte della provvisoria chiusura della propria attività disposta dall'autorità, non sia in condizione di consegnare al cliente la merce da quest'ultimo acquistata. Ove il termine per la consegna della merce non abbia carattere "essenziale", ed il cliente abbia ancora interesse a riceverla, il commerciante non potrà essere ritenuto responsabile per il ritardo della consegna fino a quando permarrà il provvedimento di chiusura della propria attività. In siffatti casi, quindi, il rapporto contrattuale viene a trovarsi in uno stato di "quiescenza", che può risolversi con il venir meno della impossibilità di eseguire la prestazione, ovvero - qualora, ad esempio, nelle more venga meno l'interesse del creditore a ottenere la prestazione, poiché la merce acquistata gli era necessaria entro un determinato termine - la definitiva impossibilità di eseguire la prestazione e il conseguente scioglimento del vincolo contrattuale.

Si segnala peraltro che, proprio in considerazione delle prevedibili difficoltà che l'emergenza sanitaria in corso può comportare in merito alla regolare esecuzione dei contratti pendenti, l'art. 91 del decreto Curialta ha inserito all'art. 3 del Decreto Legge 23 febbraio 2020 n. 6 una apposita disposizione, di contenuto probabilmente pleonastico (*i.e.* il comma 6-bis), a mente della quale *"il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata 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"*.

Resta comunque fermo il principio generale del nostro ordinamento secondo cui la parte che non abbia ricevuto la (contro)prestazione ad essa spettante potrà sospendere la prestazione cui essa è tenuta avvalendosi dell'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 codice civile. Secondo la giurisprudenza, infatti,

l'eccezione di inadempimento "*prescinde dalla responsabilità della controparte*" e può essere azionata anche quando "*il mancato adempimento della prestazione dipende dalla sopravvenuta relativa impossibilità per causa non imputabile al debitore*".

**III Laddove una parte ricorra ai rimedi sopra previsti e, di conseguenza, domandi la risoluzione del contratto ovvero la sospensione dell'obbligazione della sua prestazione, che tutele prevede l'ordinamento giuridico per l'altra parte?**

L'articolo 1463 del codice civile (*Impossibilità totale*) prevede che "*nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito*". Pertanto, nei contratti con prestazioni corrispettive, l'intervenuta impossibilità della prestazione di una delle parti comporta la liberazione anche dell'altra parte, la quale avrà altresì diritto alla restituzione di quanto abbia già corrisposto alla controparte per l'obbligazione di questa divenuta impossibile.

Laddove, poi, la prestazione di una parte sia divenuta solo **parzialmente impossibile**, allora l'articolo 1464 del codice civile (*Impossibilità parziale*) prevede che "*l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale*". Nel caso di impossibilità sopravvenuta parziale della prestazione, pertanto, il creditore della prestazione può agire per ottenere, alternativamente, la **riduzione della propria controprestazione**, ove possibile, **ovvero il recesso** dal contratto, qualora non abbia interesse ad ottenere comunque una prestazione parziale. Il contraente la cui prestazione è divenuta parzialmente impossibile, invece, rimarrà obbligato, nei limiti in cui la prestazione sia parzialmente possibile, ad effettuare l'adempimento parziale.

In considerazione dei provvedimenti governativi che hanno disposto la chiusura di molte attività commerciali, una particolare ipotesi di impossibilità temporanea e parziale di eseguire la prestazione (o meglio di utilizzare la prestazione) potrebbe ravvedersi con riferimento ai contratti di locazione ad uso commerciale interessati dalle misure restrittive.

In siffatti casi, ancorché l'immobile sia, almeno teoricamente, in condizioni tali da poter essere utilizzato, ed ancorché il conduttore ne abbia la materiale disponibilità, quest'ultimo non può ovviamente goderne per tutto il periodo di vigenza del divieto di svolgimento dell'attività per il cui esercizio l'immobile era stato concesso in locazione. Come per tutti i contratti a esecuzione continuata e periodica (tra cui rientra la locazione), l'impossibilità temporanea potrebbe assumere quindi i connotati di una impossibilità parziale, con la conseguenza che il conduttore che non abbia interesse (confidando in una ripresa della propria attività), o non possa (ad es. perché nel contratto è stato escluso il recesso per gravi motivi), recedere dal contratto, avrebbe diritto di ottenere una "corrispondente" sospensione o riduzione del canone di locazione; riduzione che andrebbe parametrata al periodo di mancato utilizzo dell'immobile.

Proprio in ragione dei prevedibili *“effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e di contenimento”* connesse all'emergenza coronavirus, l'articolo 65 del Decreto Curatitalia ha riconosciuto, per l'anno 2020, ai soggetti esercenti attività di impresa (ad eccezione dei casi previsti dall'allegato 1 e 2 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'11 marzo 2020) *“un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/1”* (i.e. *“negozi”* e *“botteghe”*). Tale credito di imposta non si applica a talune attività (indicate agli allegati 1 e 2 del Decreto del Presidente del consiglio dei Ministri 11 marzo 2020 n. 6, quali, ad esempio, farmacie, para-farmacie, punti vendita di generi alimentari di base) ed è utilizzabile esclusivamente in compensazione ai sensi dell'art. 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997 n. 241. Al riguardo, non è da escludere che, con riferimento sia all'eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c., sia ai gravi motivi ex art. 27, comma 8, legge 392/1978, la menzionata disposizione possa in concreto incidere nella valutazione in ordine alla ricorrenza dei presupposti di applicabilità di tali norme.

#### **IV Se la prestazione di una parte non è divenuta impossibile, ma solo più onerosa di quanto lo fosse al momento della firma del contratto, quali sono i rimedi a disposizione di tale parte?**

Nell'ambito dei contratti commerciali internazionali, specie quelli che hanno una durata prolungata nel tempo, è molto diffusa la previsione delle c.d. clausole di **hardship**, la cui finalità è quella di disciplinare le eventuali problematiche che potrebbero insorgere durante l'esecuzione del contratto rendendone più onerosa (non necessariamente *“eccessivamente”* onerosa, nell'accezione di cui all'art. 1467 del codice civile) l'attuazione in capo a una delle parti. Con tali clausole i contraenti, su base contrattuale, (a) individuano le possibili circostanze che potrebbero sopravvenire in pendenza del rapporto e determinarne una alterazione dell'equilibrio; (b) ne stabiliscono le modalità di accertamento e (c) disciplinano i possibili rimedi da applicarsi al ricorrere di una di dette circostanze, prevedendo, generalmente, l'apertura di una fase di ri-negoziazione del contratto finalizzata ad adattarne le condizioni alla nuova situazione venutasi a creare, e dunque a ripristinare l'equilibrio tra le prestazioni.

In difetto di espressa previsione di clausole come quella sopra descritta, il solo rimedio che il nostro ordinamento espressamente contempla è quello della **eccessiva onerosità sopravvenuta**. Precisamente, l'articolo 1467 del codice civile (*Contratto con prestazioni corrispettive*) prevede che *“nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”*.

# CHIOMENTI

Innanzitutto, si evidenzia che il rimedio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta si applica solamente ai contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita: si tratta di quei contratti c.d. di durata, i cui effetti si protraggono nel tempo, dovendo le parti eseguire la prestazione in maniera continuata (es. contratti di locazione), o ad intervalli temporali (es. contratti di somministrazione), ovvero in un momento temporale successivo a quello della firma (es. i contratti di acquisto di partecipazioni, qualora prevedano un'esecuzione differita nel tempo e, eventualmente, condizionata).

Inoltre, affinché si possa ricorrere al rimedio della risoluzione contrattuale ex art. 1467 del codice civile, l'eccessiva onerosità sopravvenuta deve consistere in una **alterazione significativa** del sinallagma contrattuale, che imponga ad una delle parti un sacrificio economico superiore all'alea prevista del contratto. Generalmente, si ritiene che l'eccessiva onerosità sopravvenuta si identifica con un aumento, nel momento in cui si deve adempiere la propria prestazione, del "costo" che la stessa aveva al momento della sottoscrizione del contratto. Ovviamente, l'aumento del costo della prestazione deve essere tale da alterare in misura significativa quello che era l'equilibrio tra le reciproche prestazioni sussistente al momento della stipula del contratto.

Il concetto di eccessiva onerosità della prestazione non è definito dal legislatore, e si ritiene che esso debba essere valutato sulla base di criteri rigorosamente oggettivi (senza cioè fare riferimento ai profili concernenti la rappresentazione delle parti e l'organizzazione del debitore). Il concetto di eccessiva onerosità sopravvenuta deve, ovviamente, essere tenuto distinto dalla mera difficoltà di adempimento, cui l'ordinamento non attribuisce alcuna rilevanza giuridica (né ai fini della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, né ai fini di una giustificazione dell'inadempimento).

La sopravvenuta onerosità deve inoltre derivare da avvenimenti **straordinari** (ossia del tutto eccezionali) e **imprevedibili** (ossia tali per cui le parti, usando la normale diligenza, non avrebbero potuto prevederli al momento della sottoscrizione del contratto). Se, poi, la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto, e dunque nel grado di incertezza tipica, naturale e implicita del contratto, cui ciascuna parte si sottopone al momento della sottoscrizione dello stesso, allora il rimedio della risoluzione non può essere domandato. Ancorché, come detto, le nozioni di straordinarietà e imprevedibilità siano tra loro distinte a livello concettuale, tra le stesse è comunque possibile individuare un rapporto di continenza in quanto l'imprevedibilità presuppone la straordinarietà dell'evento, ma non viceversa.

Gli effetti della risoluzione sono quelli previsti dall'articolo 1458 del codice civile (*Effetti della risoluzione*), ai sensi del quale *"la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. La risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non*

# CHIOMENTI

*pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione”.*

La risoluzione del contratto produce quindi effetto retroattivo determinando, da un lato, la liberazione di entrambe le parti (adempiente e inadempiente) dall'esecuzione delle rispettive prestazioni e, dall'altro lato, l'obbligo di restituire e rimborsare le prestazioni fino a quel momento eseguite e/o ricevute.

Se la parte nei confronti della quale viene domandata la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta volesse evitare lo scioglimento del contratto, allora potrà offrire alla controparte di modificare **“equamente”** le condizioni dello stesso, secondo una valutazione di buona fede che riequilibri il rapporto contrattuale. È discusso se il contraente convenuto nel giudizio di risoluzione che intenda evitare lo scioglimento del contratto, abbia l'onere di formulare una specifica offerta di riduzione ad equità, oppure possa limitarsi a dare atto di tale propria disponibilità. In taluni casi, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la possibilità di un intervento giudiziale nella revisione, ad esempio, del corrispettivo contrattuale stabilito dalle parti, o nella determinazione del contenuto delle modifiche da apportare al contratto per ricondurlo ad equità, purché tale iniziativa sia stata sollecitata dalla parte interessata, e comunque avvenga sulla base degli elementi acquisiti al processo.

È importante sottolineare che, a differenza di quanto avviene nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta (in cui l'obbligazione si estingue automaticamente), nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta la parte la cui prestazione divenga eccessivamente onerosa non è automaticamente esonerata dall'adempimento, ovvero legittimata a sospendere l'esecuzione della propria prestazione, ma, per poter essere liberata dalla propria obbligazione e non incorrere in responsabilità per inadempimento, dovrà agire in giudizio per richiedere la risoluzione del contratto.

Si segnala, inoltre, che ai sensi dell'articolo 1468 del codice civile il rimedio della risoluzione non è praticabile con riferimento ai contratti con obbligazioni a carico di una sola delle parti (quali, ad esempio, un contratto di mutuo a titolo gratuito). In questi casi, al ricorrere dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, la parte obbligata può chiedere una riduzione della prestazione, ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione della stessa, sufficienti a ricondurla ad equità. La risoluzione del contratto, con riferimento a tale tipologia di contratti, è stata esclusa dal legislatore in quanto, ove ammessa, essa avrebbe avuto quale risultato quello di liberare la parte obbligata senza alcuna perdita di un correlativo beneficio economico. Anche in questo caso, come per il caso disciplinato dall'art. 1467 del codice civile, in difetto di accordo tra le parti, spetterà al giudice determinare la riduzione della prestazione o la modifica delle modalità di sua esecuzione.

Venendo all'attuale situazione, una ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione potrebbe ravvedersi, ad esempio, in capo al fornitore di un determinato prodotto disinfettante i cui costi di produzione, a causa ed in concomitanza con la diffusione del virus (e del conseguente aumento della domanda), abbiano subito un



# CHIOMENTI

incremento abnorme ed imprevedibile al momento in cui fu sottoscritto il contratto di fornitura.

Al di fuori dell'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta, il nostro codice non prevede espressamente rimedi per il caso in cui lo squilibrio delle prestazioni non possa definirsi eccessivo, pur divenendo maggiormente onerosa per la parte che la deve eseguire.

In assenza di specifici rimedi indicati all'interno dei contratti, quali ad esempio le citate clausole di "hardship", si ritiene che comunque sia possibile, facendo ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico e, in particolare, alla clausola generale della buona fede (articoli 1366 e 1375 del codice civile) e al principio di equità integrativa (articolo 1374 del codice civile), sostenere che sussista un diritto della parte che subisce eventi sopravvenuti di rinegoziare i termini del contratto, e, ovviamente, per l'altra parte un obbligo, fondato sul **dovere** di comportarsi secondo buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, di acconsentire alla **rinegoziazione**.

L'obbligo di rinegoziare, in sostanza, comporterebbe il dovere, in presenza di determinati presupposti, di aderire all'invito a rinegoziare accettando le modifiche proposte o proponendo soluzioni che, nel rispetto dell'economia del contratto e tenuto conto della propria convenienza economica, permettano di riequilibrare il rapporto contrattuale. Naturalmente, l'esito negativo di questa attività di rinegoziazione non potrebbe costituire in sé e per sé un inadempimento all'obbligo di rinegoziare. Un inadempimento potrebbe configurarsi solo in caso di rifiuto assoluto ed ingiustificato a negoziare, così come in quei casi in cui una parte si dichiara solo apparentemente disposta a negoziare (rinegoziazione c.d. maliziosa), senza tuttavia avere alcuna reale intenzione di riconsiderare i termini dell'accordo.

## **V Le clausole di forza maggiore previste in alcuni contratti commerciali possono rilevare nel contesto della situazione attuale?**

Generalmente, le clausole di forza maggiore sono clausole negoziate sulla base di modelli anglosassoni e prevedono che, dinanzi ad eventi imprevedibili, straordinari e non imputabili al debitore, che determinino l'impossibilità della prestazione, ovvero l'eccessiva onerosità della stessa, la parte contrattuale possa ricorrere alla sospensione dell'adempimento della prestazione, alla risoluzione del contratto ovvero alla modifica delle condizioni del contratto secondo equità.

Generalmente, tali clausole contengono una definizione generale di forza maggiore, cui fa poi seguito, a titolo esemplificativo, una elencazione delle circostanze che si considerano costituire eventi di forza maggiore. A seconda, quindi, della specifica formulazione della clausola di forza maggiore, le circostanze attuali (ad esempio, l'intervenuta dichiarazione di pandemia da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità) potranno avere una specifica rilevanza e consentire la sospensione della

prestazione ovvero le altre eventuali conseguenze che siano prevista nella relativa clausola.

Posto che, come detto, l'evento di forza maggiore presuppone il verificarsi di una circostanza imprevedibile ed inevitabile, l'attuale contesto connesso alla diffusione del coronavirus potrà rilevare come causa di forza maggiore solo con riferimento ai contratti conclusi in precedenza. Per i contratti conclusi, modificati o rinegoziati nell'attuale periodo andranno inserite apposite pattuizioni volte a disciplinare le sopravvenienze, le difficoltà ed i possibili impedimenti cui le parti - a seconda dell'evolversi dell'attuale situazione - potrebbero incorrere nell'esecuzione del contratto.

## **VI E le clausole di “*material adverse change*”?**

Le clausole c.d. “MAC”, ossia “*material adverse change*” sono delle previsioni utilizzate frequentemente nei “*sale and purchase agreements*”, in particolare nei casi in cui l'esecuzione della compravendita sia differita ad un momento lontano dalla data della firma e/o nelle ipotesi in cui l'acquirente ricorra ad un finanziamento ai fini dell'acquisizione ed il contratto di finanziamento preveda a sua volta una clausola MAC, al fine di allineare le sorti dei due contratti.

La clausola MAC prevede, in generale, il diritto dell'acquirente di recedere dal contratto ovvero di chiedere una revisione del prezzo qualora, dopo la firma del contratto ma prima dell'esecuzione della compravendita (*closing*), si verifichi un cosiddetto “evento negativo rilevante” (*material adverse change*), ossia qualsiasi evento, atto, fatto o circostanza imprevedibile e straordinario, non imputabile alle parti, che impatti significativamente sul valore della target o su alcuni indicatori economico/finanziari identificati dalle parti. La clausola MAC, a differenza delle clausole di forza maggiore o delle clausole di hardship (queste ultime, come detto, principalmente ricorrenti nei contratti di durata), mira a disciplinare non tanto le conseguenze di eventi futuri ed imprevedibili che potrebbero sopravvenire nel corso del rapporto compromettendone l'equilibrio, quanto piuttosto gli effetti sfavorevoli di eventi che potrebbero intervenire tra il momento della conclusione del contratto di compravendita e la data del c.d. *closing* (quali, ad esempio, eventi connessi alla violazione, da parte del venditore, degli obblighi di “gestione interinale” assunti nei confronti dell'acquirente). In alcuni casi, il mancato verificarsi degli eventi dedotti nella clausola MAC fino al momento del *closing* costituisce una condizione sospensiva - solitamente, nel solo interesse dell'acquirente, e quindi solo da questo rinunciabile - all'obbligo delle parti di addivenire al *closing*.

A seconda di come è formulata la clausola MAC, le conseguenze del COVID-19 potrebbero far scattare i rimedi previsti dalla clausola stessa.

## **VII Quali sono gli indicatori economico/finanziari rilevanti ai fini dell'evento negativo rilevante, solitamente previsti nelle clausole MAC? Quale ordine di grandezza è necessario per poter invocare la clausola?**

# CHIOMENTI

Gli elementi economico-finanziari che solitamente vengono in rilievo sono l'EBITDA, il fatturato, la capacità produttiva, la redditività, l'operatività, la posizione finanziaria netta, ecc. La clausola MAC opererebbe, pertanto, solamente nel caso in cui il verificarsi dell'evento negativo rilevante impatti significativamente su uno o più di tali indicatori.

Alcune volte, la definizione di evento negativo rilevante è ampia e generica, ma prevede poi delle eccezioni specifiche, al fine di limitare la rilevanza della clausola a quei soli eventi che abbiano un impatto specifico sulla target, escludendo, pertanto, quegli eventi che, diversamente, abbiano un impatto sul mercato dei capitali in generale, sulla situazione macro-economica in generale o sul più ampio settore in cui opera la target, nonché, in alcuni casi, escludendo anche gli effetti dei cambiamenti legislativi o normativi intervenuti in pendenza di contratto.

È inoltre frequente prevedere delle soglie di materialità rispetto all'impatto che il verificarsi dell'evento possa avere sugli indicatori economici sopra menzionati, anche per ovviare al problema interpretativo che il concetto di "materialità" dell'effetto negativo rilevante comporterebbe in assenza di una specifica indicazione delle parti.

*Per ulteriori informazioni, si prega di contattare il Vostro abituale riferimento in Chiomenti.*

---

## Contatti

### **Luca Ferrari**

Partner - Chiomenti  
Dipartimento Contenzioso e Arbitrati  
T. +39 02 72157 304  
luca.ferrari@chiomenti.net

### **Luca Liistro**

Partner - Chiomenti  
Dipartimento Societario  
T. +39 02 72157 322  
luca.liistro@chiomenti.net

### **Silvio Martuccelli**

Partner - Chiomenti  
Dipartimento Contenzioso e Arbitrati  
T. +39 02 72157 302  
silvio.martuccelli@chiomenti.net

### **Arnaldo Cremona**

Senior Associate - Chiomenti  
Dipartimento Societario  
T. +39 02 72157 323  
arnaldo.cremona@chiomenti.net

---