

Commissione Tax&Legal, Approfondimenti, maggio 2020

a cura di Cosimo Di Bitonto e Luca Marasco (Studio Legale Rinaldi e Associati)

Covid-19 e impossibilità sopravvenuta della prestazione nei contratti commerciali delle portfolio companies: tra codice civile, normativa emergenziale e clausola di “forza maggiore”

1. La nozione di contratti commerciali

In termini generali, i contratti commerciali si qualificano come:

- (a) contratti stipulati dall'imprenditore manifatturiero con i propri clienti e fornitori nell'esercizio della propria attività produttiva;
- (b) contratti a prestazioni corrispettive classificabili, a propria volta, dal punto di vista del contenuto delle prestazioni a carico delle parti, nelle seguenti macro-categorie: (i) contratti di scambio (*do ut des*): ti trasferisco (o acquisto da te) un dato bene (materia prima, semi-lavorato o prodotto finito) verso il corrispettivo del pagamento di una somma di denaro o del trasferimento di un altro bene (o prodotto finito); oppure (ii) contratti d'opera o appalto (*do ut facias*): ti pago (o ricevo da te) una data somma di denaro o un dato bene o prodotto finito verso il corrispettivo della realizzazione di dato altro bene o prodotto finito, da fabbricare con prevalenza dell'attività produttiva del prestatore (d'opera o appaltatore).

2. Campo d'indagine

Scopo delle presenti note è illustrare l'incidenza dell'attuale emergenza sanitaria ed economica provocata dalla pandemia Covid-19 sulla delicata fase di esecuzione dei contratti commerciali attualmente in vigore tra le *portfolio companies* e i propri clienti e fornitori, alla luce degli strumenti legali e convenzionali utilizzabili nel nostro ordinamento, al fine di gestire una “sopravvenienza negativa” (qual è la pandemia Covid-19): ossia un fattore (a) esogeno alle parti (e al contratto) e (b) perturbativo della capacità di una parte di adempiere la propria prestazione contrattuale¹.

Come vedremo meglio nel prosieguo, sotto il profilo della incapacità da Covid-19 di adempiere il contratto, la pandemia può rilevare come impossibilità sopravvenuta della prestazione, con conseguente (a) attivazione del rimedio legale della risoluzione del contratto *ex art. 1463 c.c.* oppure (b) applicazione del rimedio convenzionale della clausola di forza maggiore, quale deroga pattizia alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

¹ In un successivo intervento verrà trattato il tema delle sopravvenienze negative che inficiano l'iniziale equilibrio economico delle prestazioni delle parti, soggette al rimedio legale della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (art. 1467 c.c.) o ai rimedi convenzionali alternativi alla risoluzione (clausola di recesso, di adeguamento, di “hardship”, ecc.

3. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione secondo il codice civile (e la normativa emergenziale per il Covid-19)

a) *Il caso base: contratti soggetti alla sola disciplina legale codicistica e il principio "pacta sunt servanda"*

Partiamo dal caso-base: ossia un contratto commerciale che non prevede alcuna clausola di forza maggiore, come tale soggetto alla sola disciplina del codice civile in tema di obbligazioni contrattuali e contratti a prestazioni corrispettive.

Punto di partenza è il principio generale "*pacta sunt servanda*": il contratto ha forza di legge tra le parti e quindi le prestazioni che ne costituiscono l'oggetto devono essere adempiute dalle parti.

b) *Il limite della doverosità della prestazione per la parte-debitrice: "ad impossibilia nemo tenetur"*

La doverosità per la parte-debitrice (nelle circostanze, una *portfolio company* o la sua controparte contrattuale) di eseguire la prestazione prevista a proprio carico da un contratto commerciale e, in caso di mancata esecuzione della prestazione dovuta, la conseguente responsabilità della parte-debitrice-inadempiente (illecito contrattuale) nei confronti della parte-creditrice-adempiente trovano il limite dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore: "*ad impossibilia nemo tenetur*".

Infatti, la responsabilità da (illecito) inadempimento contrattuale è comunque una responsabilità per colpa e quindi l'inadempimento incolpevole non può esser fonte di responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) e conseguente risarcimento del danno (art. 1223 c.c.).

c) *I caratteri della prestazione impossibile con effetto liberatorio (prestazione impedita dalla forza maggiore o caso fortuito)*

Secondo il costante orientamento della nostra giurisprudenza, per impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile alla parte-debitrice si intende quella situazione impeditiva dell'adempimento, che sia (i) estranea al controllo e alla volontà della parte-debitrice, (ii) imprevedibile dalla parte-debitrice al momento del sorgere del rapporto contrattuale obbligatorio e (iii) inevitabile, ossia non superabile con lo sforzo che può essere legittimamente richiesto alla parte-debitrice: in particolare, la forza maggiore derivante da eventi naturali o da un provvedimento delle pubbliche autorità ("*factum principis*").

Costituisce, pertanto, principio generale quello per cui - ove siano soddisfatti i suindicati requisiti (i)-(ii)-(iii) di esenzione da responsabilità - l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile alla parte-debitrice sospende (impossibilità temporanea) o estingue (impossibilità definitiva: art. 1256 c.c.) l'obbligazione contrattuale e dà quindi luogo alla sospensione o alla risoluzione del contratto (non già per inadempimento, quanto piuttosto) per - appunto - impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c.c.). In tal caso, la parte (legittimamente) inadempiente non deve risarcire alcunché alla controparte adempiente, dovendo la prima solamente restituire alla seconda la prestazione eventualmente ricevuta (ad es., restituire il prezzo già incassato di una partita di prodotti che l'inadempiente non è stato più in grado di produrre per causa non imputabile a propria colpa).

d) *La pandemia Covid-19 come evento di forza maggiore*

Nell'ambito degli eventi di forza maggiore dovrebbero rientrare anche le epidemie, come del resto espressamente sancito in un sia pur risalente precedente della giurisprudenza amministrativa, perfettamente calzante ai nuovi tempi del Covid-19².

È, pertanto, ragionevole ritenere³ che l'attuale situazione emergenziale da Covid-19 (che è, per di più, una pandemia e non semplice epidemia) possa essere qualificata come evento impeditivo di forza maggiore esimente incolpevolmente dall'adempimento, in quanto per la propria straordinarietà e gravità è tale da soverchiare il normale sforzo diligente richiesto alla parte-debitrice per adempiere la propria prestazione contrattuale⁴.

Conseguentemente, a seconda delle specifiche circostanze del singolo contratto commerciale, la pandemia Covid-19 può legittimare la sospensione dell'esecuzione dei contratti commerciali, in via temporanea o definitiva, comportando in tale ultimo caso la "morte" giuridica del contratto, a seguito dell'esercizio dell'azione giudiziale di risoluzione del contratto *ex art. 1463 c.c.*

Il Covid-19 può rilevare come evento di forza maggiore (che impedisce legittimamente l'esecuzione di un dato contratto commerciale), sotto un duplice profilo: (a) intrinseco: i.e., Covid-19 considerato in sé e per sé (ad es., l'ammalarsi di un numero cospicuo di dipendenti, tale da bloccare o comunque rallentare fortemente le linee di produzione⁵; l'ammalarsi dei soggetti coinvolti nella catena logistica di una data azienda e la conseguente sospensione di operatività dei servizi di logistica per l'approvvigionamento delle materie prime o la consegna dei prodotti finiti); e/o (b) estrinseco: i.e., Covid-19 considerato come presupposto dell'adozione di determinate misure da parte dell'autorità governativa (si pensi, ad es., alla luce della sospensione disposta dal D.P.C.M. 11 marzo 2020 per le attività economiche elencate nell'art. 1, nn. 1), 2) e 3), alla sopravvenuta impossibilità per un gestore di una delle attività vietate di adempiere i propri obblighi verso i propri clienti-creditori successivi al 12 marzo 2020). In tale prospettiva, si consideri pure come la giurisprudenza più recente⁶ abbia pure chiarito come l'impossibilità sopravvenuta della prestazione è configurabile qualora siano divenuti impossibili non solo l'adempimento della prestazione a opera della parte-debitrice, ma anche l'utilizzazione della stessa per la controparte-creditrice, purché tale impossibilità non sia imputabile al creditore ed il suo interesse a ricevere la prestazione medesima sia venuto meno (si pensi, ad es., sempre in relazione al citato gestore di attività sospese, alla sopravvenuta impossibilità di utilizzazione delle prestazioni dei propri fornitori-debitori).

Peraltro, quanto sopra dovrebbe valere soprattutto per le imprese tenute ad eseguire prestazioni di cessione di prodotti finiti o di appalto di opere o di servizi da realizzare.

Viceversa, per i pagamenti di denaro, la nostra giurisprudenza è molto rigorosa nello stabilire che la mancanza di denaro non può essere di per sé causa di esonero da responsabilità (da qui l'assoluta necessità della effettiva attuazione a favore delle imprese italiane delle misure del D.L. n. 23/2020: c.d. "Decreto Liquidità").

² Cons. Stato, Sez. III, 01/03/1972, n. 287, secondo cui: "L'epidemia influenzale che abbia colpito un'alta percentuale delle maestranze e gli scioperi nazionali cui abbiano aderito gli operai costituiscono eventi impeditivi che assumono la rilevanza della causa di forza maggiore, con conseguente disapplicazione della clausola penale nei riguardi dell'appaltatore".

³ Pur con tutte le cautele dell'eccezionale frangente e dovendo chiaramente distinguere caso per caso.

⁴ A tal riguardo, degno di nota è l'art. 3, comma 6-bis, D.L. n. 6/2020, secondo cui: "Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

⁵ Come nel citato precedente giurisprudenziale del 1972.

⁶ Cass. civ. Sez. III Ord., 29/03/2019, n. 8766.

e) Le fattispecie tipizzate di impossibilità sopravvenuta da Covid-19

Fermo il quadro generale del codice civile ante-Covid-19, il legislatore ha recentemente introdotto due ipotesi “tipizzate” di legittima impossibilità sopravvenuta della prestazione legate direttamente al Covid-19, che, per espresso richiamo legislativo, sono da considerarsi casi di impossibilità definitiva della prestazione, che sfociano necessariamente nella risoluzione del contratto⁷.

Rileva, in prima battuta, l’art. 28 del D.L. n. 9/2020 (ora art. 88 *bis* l. 27/2020) in tema di rimborso titoli di viaggio e pacchetti turistici, il quale prevede che, ai sensi e per gli effetti dell’art. 1463 c.c., ricorre la sopravvenuta impossibilità definitiva della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestri stipulati di determinate categorie di soggetti⁸.

Ne deriva che, con riguardo ai contratti commerciali di trasporto da eseguirsi nel periodo di quarantena o di efficacia dei Dpcm-Covid-19 (anche se stipulati prima della pandemia), la prestazione del vettore è senz’altro da considerarsi impossibile in via sopravvenuta, per causa non imputabile.

La seconda fattispecie tipizzata dal legislatore è quella prevista dall’art. 88, comma 1, D.L. n. 18/2020 (ora art. 88 l. 27/2020), in materia di rimborso di titoli di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura, in base al quale è statuito che, a seguito dell’adozione delle misure di sanità pubblica per il contenimento della pandemia cui all’art. 2, comma 1, lettere b) e d), del Dpcm 8 marzo 2020 (e a decorrere dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto), ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta ai sensi e per gli effetti dell’art. 1463 c.c., in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura.

4. La deroga pattizia alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta: la clausola di forza maggiore

È diffusa la prassi tra le parti di contratti commerciali ad esecuzione non istantanea (ad es., somministrazione continuata o periodica di prodotti o appalto d’opere o servizi) di pattuire una clausola di forza maggiore, al fine di gestire le sopravvenienze negative contrattuali ed evitare – ove possibile – lo scioglimento del contratto, che altrimenti si determinerebbe in virtù dell’applicazione della norma sulla risoluzione giudiziale per impossibilità sopravvenuta della prestazione prevista dal codice civile (art. 1463 c.c., derogato, appunto, dalla clausola di forza maggiore). Quest’ultima, quindi, si qualifica sul piano giuridico per essere un rimedio (a) manutentivo (i.e., preordinato alla sopravvivenza, sia pur non assoluta, del contratto) e (b) alternativo rispetto al rimedio legale della risoluzione *ex art.* 1463 c.c., a carattere estintivo (i.e., preordinato solo alla rimozione, anziché alla sopravvivenza del contratto).

Analizzando il contenuto tipico della clausola di forza maggiore (e adottando come riferimento il modello CCI 2020), essa chiarisce innanzitutto la definizione di evento di forza maggiore, quale evento (i) indipendente dalla volontà delle parti; (ii) imprevedibile (o comunque improbabile); (iii) inevitabile dalle parti, nonostante ogni loro sforzo diligenziale.

Un evento, quindi, che coincide, nel nostro sistema giuridico, con l’impossibilità sopravvenuta della prestazione (che può, se definitiva, sfociare – come visto – nella risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta).

⁷ Si avverte che tali fattispecie sono state convertite nella legge 24 aprile 2020, n. 27.

⁸ Vale a dire i soggetti elencati, in via tassativa, nel primo comma dell’art. 28 in questione: ad es., soggetti in quarantena, sotto sorveglianza attiva, soggetti che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio come individuate dai Dpcm, ecc.

Secondo lo schema di funzionamento della clausola CCI 2020, il Covid-19 soddisfa, in via presuntiva, i requisiti (i) e (ii)⁹; viceversa, il requisito (iii) dovrà esser provato dalla parte che la invoca. In altri termini (e nello specifico), il Covid-19, pur essendo, di per sé, un evento imprevedibile ed estraneo al controllo delle parti di un dato contratto commerciale, non può far presumere pure, automaticamente, l'incolpevole incapacità del contraente che la invoca di adempierlo, la quale, invece, dovrà dipendere dalle circostanze del caso concreto.

Pertanto, la parte che intende avvalersi di una clausola di forza maggiore dovrà, innanzitutto, notificare alla controparte la forza maggiore da Covid-19, dando prova che l'evento impossibilitante verificatosi corrisponda a quanto previsto dal contratto¹⁰; con l'importante precisazione che, ove tale notifica non sia effettuata tempestivamente, l'effetto esonerante di chi lo subisce decorrerà solo dal momento della relativa ricezione della controparte.

Dopodiché, si verificherà una sospensione temporanea dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali di entrambe le parti (non solo, quindi, di quella subente la forza maggiore tenuta però ad adottare le misure di mitigazione degli effetti della forza maggiore), al fine di permetterne l'eventuale superamento senza risolvere il contratto.

In tale prospettiva di salvataggio del contratto, la clausola di forza maggiore dovrebbe implicare (o comunque potrebbe espressamente prevedere) anche l'obbligo per le parti di rinegoziazione del contratto, al fine del suo mantenimento in vita.

Solo laddove la forza maggiore Covid-19 da temporanea diventi definitiva, la rinegoziazione (ove prevista) non dia esito positivo e la prestazione (incolpevolmente) impedita sia essenziale nell'economia dell'affare, ciascuna parte potrà recedere dal contratto, che si risolverà automaticamente in via negoziale, senza necessità di ricorrere al giudice, in (ammissibile) deroga convenzionale dell'art. 1463 c.c.

5. Conclusioni

In conclusione, il Covid-19 può nuocere gravemente anche alla salute dei contratti commerciali delle *portfolio companies*, mettendo a repentaglio la fisiologica attuazione del rapporto contrattuale, nella misura in cui possa rilevare, direttamente o indirettamente, come evento di forza maggiore che rende incolpevolmente impossibile per una parte del contratto l'esecuzione della propria prestazione. In tal caso, il rimedio apprestato dal legislatore è di tipo demolitorio del contratto difettoso: la risoluzione del contratto, attivabile giudizialmente.

In alternativa, per i contratti che contemplino una clausola di forza maggiore, il Covid-19 potrebbe rilevare come evento attivatore della procedura negoziale volta al tentativo di salvataggio del contratto (incolpevolmente) inadempito a causa del Covid-19, effettivamente impeditivo – nelle circostanze del caso concreto – dell'adempimento di una parte; ove però il (tentativo di) salvataggio del contratto difettoso non vada a buon fine - nonostante la tempestiva notifica della forza maggiore per Covid-19, l'adozione delle misure di mitigazione dei suoi effetti negativi e l'infruttuosa rinegoziazione di un nuovo accordo modificativo dell'originario adeguato alla mutata realtà - non resta che la "morte-giuridica" del contratto, mediante recesso negoziale di una delle parti contrattuali.

⁹ Del resto, lo stesso modello di clausola CCI 2020 contempla espressamente le "epidemie" nella lista di eventi ("*listed events*") di forza maggiore.

¹⁰ A tal riguardo, si segnala la Circ. MISE 25.3.2020 n. 0088612 per il rilascio delle attestazioni, da parte delle Camere di Commercio, sulle dichiarazioni delle imprese di sussistenza delle cause di forza maggiore per emergenza Covid-19.