

# Emergenza Covid-19: L'Azienda contro l'epidemia

Tavolo di Lavoro straordinario - 4 giugno 2020

AIGI – Sezione Lombardia e Liguria

Sezione Triveneto

# Business Continuity

- L'emergenza Covid-19 ha portato all'attenzione dei giuristi di impresa istituti giuridici e rimedi contrattuali che incidono sulla continuità contrattuale.
- La forza maggiore, l'eccessiva onerosità sopravvenuta, l'impossibilità della prestazione sono istituti giuridici e clausole contrattuali a volte sottovalutate e che ora diventano prioritari.
- Stress-test contrattuale: simulazione degli impatti dell'emergenza Covid-19 sui rapporti contrattuali in essere.
- Perimetro di analisi: accordi contrattuali, norme generali, norme emergenziali.

# Stress-test contrattuale

Al fine di verificare gli impatti che l'Emergenza Sanitaria COVID-19 e le conseguenti misure di contenimento potrebbero avere sull'esecuzione dei contratti in essere si dovrà procedere sulla base dei principi generali dell'ordinamento ad una valutazione del singolo rapporto contrattuale per valutare se l'attuazione delle singole misure di contenimento abbia effetti liberatori rispetto al debitore in conseguenza:

- (i) dell'impossibilità (totale o parziale) della prestazione o della sua inesigibilità secondo buona fede o
- (ii) del venir meno del presupposto comune in base al quale le parti hanno sottoscritto il contratto o
- (iii) dell'eccessiva onerosità della prestazione causata da un avvenimento straordinario e imprevedibile alla quale consegua una rinegoziazione dei termini contrattuali ad opera della parte creditrice che ex art.1467 c.c. si sia resa disponibile ad impedire la risoluzione accettando di modificare le condizioni contrattuali secondo equità

# Un caso esemplificativo: la filiera energy

Il settore energy si presta ad essere esemplificativo dei diversi impatti Covid sui rapporti giuridici che si instaurano lungo la filiera di un rapporto di somministrazione. Nei contratti di somministrazione di energia il rapporto sinallagmatico è incentrato su **previsione dei consumi** oggetto di fornitura e dei **prezzi** di mercato. L'emergenza Covid ha generato un drastico calo dei consumi e una straordinaria riduzione dei prezzi.

PRODUTTORE ---> GROSSISTA---> VENDITORE---> DISTRIBUTORE ---> CLIENTE

- **Cliente vs Venditore:**
  - il lock down ha generato un danno economico e conseguente impossibilità nei pagamenti;
  - il calo dei prezzi ha reso onerosi i contratti stipulati ante Covid;
- **Venditore vs Cliente:**
  - penali su mancati consumi;
  - onerosità in approvvigionamento;
- **Venditore vs Distributore:**
  - l'Autorità di settore ha dichiarato lo stato di forza maggiore giustificato mancate prestazioni dei Distributori.
- **Venditore vs Grossista vs Produttore:**
  - gli approvvigionamenti su prezzi consumi stimati ante Covid possono generare perdite onerose;

# Norme emergenziali

Art. 91, primo comma, d.l. 18/2020 (cd. «Cura Italia»)

Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto (d.l. 6/2020, ndr) 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.

Deroga i principi generali vigenti in materia di responsabilità del debitore.



# Eccessiva onerosità sopravvenuta

## **1467. Contratto con prestazioni corrispettive**

*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.*

Qualora una prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che sarebbe tenuta ad eseguirla può chiedere al giudice la risoluzione del contratto. Al fine di potersi avvalere di tale istituto, secondo quanto affermato nella giurisprudenza, è necessario verificare la sussistenza di due requisiti: da un lato, un intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non previsto al momento della conclusione del contratto; dall'altro, la riconducibilità della eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili, che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale (art. 1467, secondo comma, c.c.).

Al verificarsi dei presupposti ivi previsti, la parte onerata può richiedere in via giudiziale la risoluzione del contratto a esecuzione continuata o periodica con effetto per le prestazioni ancora da eseguirsi. Il terzo comma dell'art. 1467 c.c. specifica poi che la parte avverso cui la domanda giudiziale di risoluzione è proposta può evitare quest'ultima offrendosi di modificare le condizioni del contratto per ridurlo ad equità.

# Hardship e Forza maggiore

Clausole contrattuali sviluppate in ambito internazionale (ICC 2003) volte a regolare **eventi imprevedibili**.

Nelle clausole vengono tipizzate gli **eventi eccezionali** che impediscono al soggetto che li ha subiti di **adempiere alle sue obbligazioni contrattuali**.

Per essere qualificato «di **forza maggiore**» l'evento deve essere un fatto straordinario ed imprevedibile, estraneo alla sfera di azioni del soggetto, ma soprattutto al di fuori del suo controllo. Includono sia eventi naturali, sia fatti umani (*scioperi*, sommosse) che atti di autorità pubblica o governativa

La qualifica di forza maggiore tutela la continuità del rapporto sospendendo gli obblighi contrattuali.

Gli obblighi contrattuali sono sospesi o rinegoziati, salvo lo scioglimento nel caso permanga la situazione di impossibilità o non si addivenga ad una rinegoziazione.

Per il diritto cinese la f.m. riguarda situazioni obiettive, imprevedibili, inevitabili e insormontabili (art.117 legge sui contratti della Repubblica popolare cinese)- esclusione responsabilità parte inadempiente (Art. 107 Principi Gen. Legge civile RPC)- facoltà risoluzione contratto (art.94 Legge contr. RPC)- comunicazione f.m. con prova (art.118 Legge contr.)

i.e.: La chiusura dei porti in Cina ha portato ad invocare la forza maggiore per l'impossibilità di consegnare ordini di materie prima.

Antecedente SARS nel 2003.

(China Council for the promotion of International Trade CCPIT fornisce certificati che attestano che l'eventuale ritardo o inadempimento contrattuale per causa di forza maggiore sono diretta conseguenza dell'epidemia di coronavirus)

L'art. 79 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale delle merci, ratificata dall'Italia e dalla Cina definisce la f.m. come l'impedimento fuori dal controllo di una parte, non ragionevolmente prevedibile al momento della sottoscrizione del contratto, inevitabile non superabile.

# Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea

## **Art. 1218**

*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*

## **Art. 1256. Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea**

*L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile.*

*Se l'impossibilità è solo temporanea, 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.*

Si è esonerati da responsabilità contrattuale se si prova che:

- (i) la prestazione dovuta è divenuta oggettivamente impossibile; e
- (ii) tale impossibilità dipende da una causa “esterna” alla volontà del debitore, ossia da un evento straordinario, imprevedibile e inevitabile che può essere costituito (a) dal caso fortuito, (b) dalla forza maggiore o (c) dal cosiddetto “fatto del principe” (ossia dall’ordine emanato dalla Pubblica Autorità).

In tali circostanze, la prestazione si estingue e quindi il debitore è liberato dal vincolo obbligatorio.



# Impossibilità dell'obbligazione pecuniaria

Pur al verificarsi di cause straordinarie, imprevedibili e inevitabili, non imputabili alle parti quali l'Emergenza Sanitaria COVID-19, secondo la giurisprudenza consolidata non tutte le prestazioni divengono oggettivamente impossibili: **il pagamento di una somma di denaro**, ad esempio, **può sempre essere eseguito** perché è possibile, almeno in via teorica, procurarsi la somma necessaria per farvi fronte.

In questo senso si è orientata infatti anche la Corte di Cassazione che ha più volte ribadito come l'impossibilità sopravvenuta possa essere eccepita solo laddove presenti carattere di assoluta oggettività; non è sufficiente quindi addurre una mera difficoltà di adempiere per **manca di liquidità**.

**Cass. civ. Sez. II, 15/11/2013, n. 25777**

OBBLIGAZIONI IN GENERE - OBBLIGAZIONI PECUNIARIE - INADEMPIMENTO - IMPOSSIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE - IMPEDIMENTO OBIETTIVO ED ASSOLUTO

*In materia di obbligazioni pecuniarie, l'impossibilità della prestazione deve consistere, ai fini dell'esonerazione da responsabilità del debitore, non in una mera difficoltà, ma in un impedimento obiettivo ed assoluto che non possa essere rimosso, non potendosi ravvisare nella mera impotenza economica derivante dall'inadempimento di un terzo nell'ambito di un diverso rapporto. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha escluso che configuri l'impossibilità obiettiva ed assoluta di adempiere la maturata prescrizione del diritto della medesima parte ad ottenere, a sua volta, la ripetizione di importi corrisposti a terzi a titolo transattivo).*

# Different Cases

CASES	DESCRIPTION	FORCE MAJEURE Y/N
CUSTOMERS locked by ACT OF GOVERNMENT	RII doesn't deliver services depending on <i>Factum principis</i> . These acts of government could be identified as unexpected and extraordinary events that took place after the execution of the contract and were unforeseeable at the time of the contract.	YES. The party in breach of the contract (customer) may invoke <i>force majeure</i> or <i>hardship</i> because Covid is declared pandemic by the World Health Organization  Renegotiation, or if delay continues, termination without customer liability (damnages, penalties)
CUSTOMER closed by their choice	RII doesn't deliver services depending on customer's decision	<b>NO force majeure.</b> Customer contractual breach
	<b>1. Depending of Coronavirus, RII:</b>	<b>Force majeure clause: YES or Hardship (civil code)</b> <b>A)</b> excusing non-performance: no RII liability /penalties
STANDARD RII SERVICE AGREEMENTS under execution	A) doesn't deliver services because of prolonged market unavailability of products or own undermanned staff  B) delay to deliver service (temporary impossibility)	Termination of contract and obtain payment for what was already performed.  B) If prolonged, renegotiation, or termination If not prolonged, contract continues
STANDARD RII SERVICE AGREEMENTS under execution	<b>2. Not depending of Coronavirus, RII</b> A) doesn't deliver services because of unavailability of products (for example: not distributed by central warehouse) or undermanned staff by choice  B) delay in delivering services	<b>C) NO force majeure.</b> It is contractual breach: liability /penalties Renegotiation or Termination

# Azioni intraprese

1. Valutazione impatto evento sull'esecuzione del contratto
2. Adozione misure immediate per limitare i danni derivanti dall'inadempimento contrattuale
3. Invio comunicazione scritta agli acquirenti/destinatari del servizio per informare sommariamente circa la situazione che determina il ritardo o l'impossibilità dell'esecuzione della prestazione e proporre soluzioni alternative in base alle quali eventualmente sottoscrivere accordi modificativi degli accordi originari (buona fede contrattuale)
4. Negoziazione proattiva con il cliente
5. Verifica con i fornitori se la produzione sia stata compromessa dall'epidemia di coronavirus e se le prestazioni del contratto ne siano conseguentemente influenzate, per essere preparati in anticipo nel caso in cui gli acquirenti debbano acquistare da altri canali o rallentare la propria produzione
6. Revisione clausola forza maggiore (inserimento delle epidemie e pandemie/stabilire le conseguenze collegate al verificarsi dell'evento. 2 strade: a) stabilire l'impegno delle parti ad incontrarsi immediatamente a seguito della comunicazione tempestiva dell'evento di forza maggiore da parte della parte inadempiente per condividere piano di contingenza atto a superare la causa di inadempimento, senza prevedere il rimedio nel caso in cui non si raggiunga un accordo; b) stabilire una facoltà per la parte a sua discrezione, di risoluzione dell'accordo laddove dopo un certo periodo non si riesca ad ovviare all'evento di forza maggiore o il medesimo si protragga oltre un certo periodo che viene fissato, senza ulteriori responsabilità per alcuna delle parti)

# Norme emergenziali: l'attestazione di forza maggiore

- Il 25/3/20 il MISE ha indirizzato alle CCIAA una circolare con la quale le stesse vengono incaricate di rilasciare una dichiarazione in inglese attestante lo stato d'emergenza in Italia e l'impossibilità dell'impresa di non poter adempiere al contratto per via della stessa e dell'applicazione delle misure di contenimento
- Il rilascio avviene su richiesta dell'impresa interessata che deve attestare la propria impossibilità ad adempiere
- L'attestazione camerale non implica da parte della CCIAA un accertamento sulla effettiva sussistenza della causa di forza maggiore in relazione al contratto e in genere sulla veridicità della dichiarazione dell'impresa interessata
- L'impresa si assume la responsabilità, anche penale nel caso di rilascio di dichiarazioni mendaci, produzione o uso di atti falsi, della dichiarazione
- L'attestazione non esclude che la controparte contrattuale possa contestare l'effettiva sussistenza di una forza maggiore

# Un quadro sinottico europeo: la forza maggiore

	GE	FR	SP	UK & WA	NL	BE	PO
Esistenza dell'istituto nell'ordinamento	Sì	Sì	Sì	Solo se prevista dal contratto	Sì	Sì	Sì
Condizioni di applicabilità							
Straordinarietà	X						
Imprevedibilità	X	X	X	X		X	X
Inevitabilità	X	X	X			X	X
Non imputabile alla parte invocante		X	X		X	X	X
Impossibilità della prestazione		X	X		X	X	X
Nesso con l'impossibilità della prestazione			X	X			
Effetti							
Sospensione esecuzione		X		X	X	X	X
Non imputabilità inadempimento			X	X			
Modificabilità del contratto	X						
Risoluzione del contratto	X	X		X	X	X	X



# Un quadro sinottico europeo: l'eccessiva onerosità sopravvenuta

	GE	FR	SP	UK & WA	NL	BE	PO
Esistenza dell'istituto (o simili) nell'ordinamento	Sì	Sì	Sì	Sì	Sì	NO	Sì
Condizioni di applicabilità							
Cambio delle circostanze	X	X			X		X
Imprevedibilità	X	X	X	X	X		
Eccezionalità					X		
Non imputabile alla parte invocante			X				X
Impossibilità della prestazione				X			X
Maggiore onerosità della prestazione	X	X	X				X
Effetti							
Sospensione dell'esecuzione			X				
Modificabilità del contratto	X	X	X		X		X
Risoluzione/Recesso del contratto	X	X	X	X	X		X

# La buona fede

**Art. 1375 c.c.** Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.

L'articolo introduce il principio di buona fede oggettiva, ossia della reciproca lealtà della condotta delle parti che impone a ciascuna di esse di agire preservando le ragioni dell'altra.

Il principio in esame – che esplica il principio di solidarietà economica enunciato dall'art. 2 Cost. – si sostanzia:

- *nel dovere d'informare la controparte sulle questioni che possono affliggere il contratto;*
- *nell'obbligo di protezione, cioè di evitare che i beni o la persona dell'altra parte subiscano pregiudizi.*

Sul tema si riscontra un orientamento delle Corti di Merito che configurerebbe l'obbligo di rinegoziazione del contratto quale corollario del generale principio di buona fede nell'esecuzione del contratto.

Nei contratti di durata l'applicazione del principio configura un diritto-dovere di rinegoziare e, dunque, di cooperare, rendendosi disponibili alla modificazione del contratto, allorché una parte interessata inviti l'altra a rendere il contratto aderente alla concreta realtà del mercato.

La violazione del principio di buona fede potrebbe configurare un abuso del diritto.

# Rescissione per lesione

**Art. 1448 c.c.** Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.

L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta.

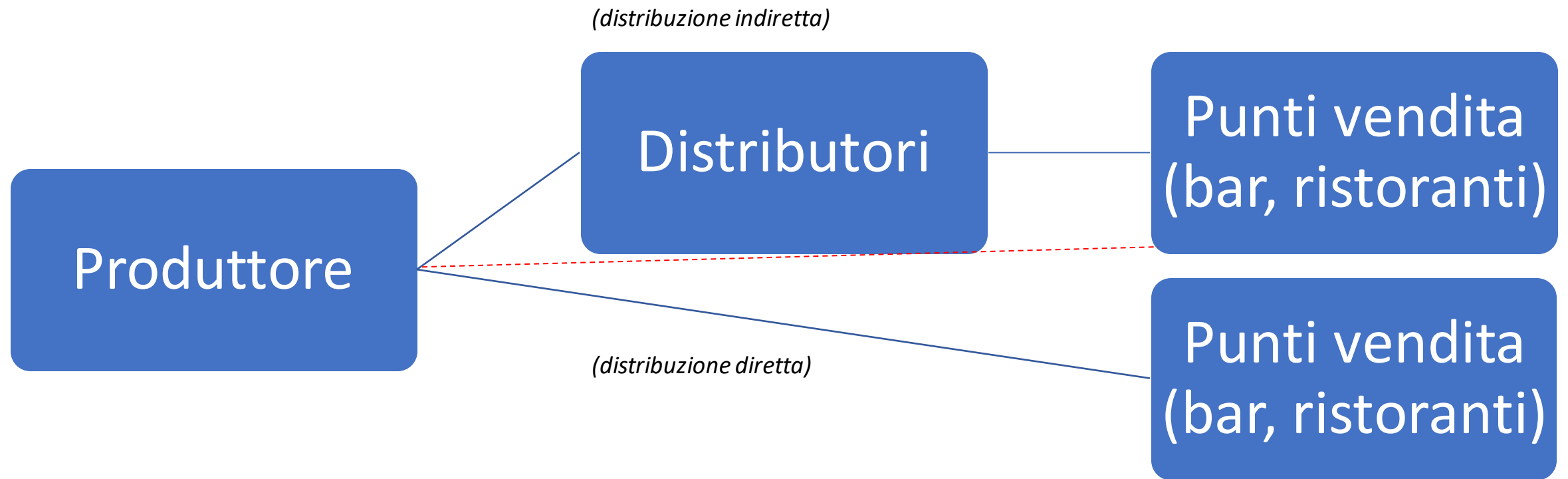
Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori.

Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione.

Si tratta di un'azione di carattere generale che permette la rescissione di tutti i contratti sinallagmatici – fatta eccezione per i soli contratti aleatori – caratterizzati da una sproporzione abnorme (ultra dimidium) tra le prestazioni delle parti. Affinché il rimedio in esame possa essere azionato è necessario che

- *sussista lo stato di bisogno della parte danneggiata;*
- *la lesione ecceda la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto;*
- *che il contraente avvantaggiato dalla sproporzione approfitti dello stato di bisogno della parte danneggiata.*

# Un caso esemplificativo: la filiera ho.re.ca.



# Un caso esemplificativo: la filiera ho.re.ca.

## Contratti fra produttore e distributore

- Contratti di distribuzione = contratti di durata atipici con elementi tipizzanti del contratto di compravendita o di somministrazione
- Il distributore riceve un premio al raggiungimento degli obiettivi di acquisto prodotti in un determinato periodo di tempo
- Sono normalmente previste prestazioni accessorie (attività promozionali o di marketing)

## Contratti con il punto vendita

- Il punto vendita riceve un premio al raggiungimento degli obiettivi di acquisto prodotti in un determinato periodo di tempo
- Tale compenso può essere erogato in via anticipata con la previsione di penali in caso di mancato raggiungimento dell'obiettivo
- Possono essere previste prestazioni accessorie (esclusività merceologica, attività di promozione e visibilità del marchio, organizzazione di eventi ecc...) per le quali sono previsti compensi ad hoc



# Un caso esemplificativo: la filiera ho.re.ca

- Il Dpcm 11/3/20 ha disposto la chiusura dei punti vendita, la cui riapertura è stata autorizzata con il D.L. 16/5/20 dal 18/5/20 il quale richiede l'applicazione di rigorosi protocolli di sicurezza
- Il Dpcm 22/3/20 ha incluso l'attività di commercio all'ingrosso di alimentari, bevande e prodotti del tabacco (codice ateco 46.3) fra quelle consentite
  - *L'inadempimento di un distributore sarà giustificabile?*
- Questo quadro normativo ha posto diversi dubbi:
  - *Pagamento delle forniture: può essere invocata la forza maggiore o l'impossibilità sopravvenuta?*
  - *In caso di contratti pluriennali, il mancato raggiungimento degli obiettivi annuali può essere causa di risoluzione del contratto?*
  - *Qualora il contratto preveda penali per il mancato raggiungimento degli obiettivi e questo fosse presumibile prima del lockdown, sarà possibile applicare una penale nonostante l'art. 91 del DL Cura Italia?*
  - *Qualora il punto vendita ritenga troppo oneroso adottare le misure di sicurezza previste dai protocolli regionali e ritenga di non riaprire l'attività, si potrà ritenere inadempiente?*

# Un caso esemplificativo: la filiera ho.re.ca

Il lockdown giustifica l'inadempimento della prestazione pecuniaria?

No, cfr. Cass. Civ., sez. II, 25777/2013.

Un distributore potrà invocare la forza maggiore?

No, l'attività è consentita e il distributore può commercializzare i prodotti anche in altri canali (es. online) – essendo la ristorazione il canale di vendita principale, sarà necessario valutare il contratto secondo buona fede.

Un punto vendita potrà invocare la forza maggiore?

Sì, l'obbligo di chiusura dal 13/3 al 17/5 è pacificamente factum principis.

La mancata riapertura del punto vendita dopo il 17/5 sarà giustificabile da forza maggiore o legislazione emergenziale?

No, sarà una scelta imprenditoriale – le difficoltà che il punto vendita incontrerà, tuttavia, dovranno essere valutate secondo buona fede.

La forza maggiore sarà invocabile nel caso di mancato raggiungimento di obiettivi?

Valutare caso le circostanze concrete ed eventualmente rinegoziare l'accordo o riconoscere un raggiungimento parziale.

Come valutare l'inadempimento di prestazioni accessorie?

Ai sensi dell'art. 1256 c.c. impossibilità parziale o temporanea.

# Best practices per lo smart working

Alcune raccomandazioni e impegni (verso gli altri e per se stessi):

- ✓ FAMILY FIRST
- ✓ RISPETTO DEGLI IMPEGNI PERSONALI
- ✓ ACCETTARE DI NON ESSERE «CAMERA READY»
- ✓ BE KIND

# Best practices per lo smart working *(segue)*

Alcune raccomandazioni e impegni (verso gli altri e per se stessi):

- ✓ LIMITI PER EVITARE AFFATICAMENTO DA VIDEO
- ✓ PRENDERSI CURA DI SE STESSI
- ✓ INTERESSARSI DEGLI ALTRI
- ✓ RESTARE IN CONTATTO