



LA NEGOZIAZIONE E STIPULA DI NUOVI CONTRATTI IN TEMPO DI PANDEMIA DA COVID-19

SPUNTI DI RIFLESSIONE

3 Aprile 2020

1. LA “PANDEMIA” E LE CONSEGUENZE SUI RAPPORTI COMMERCIALI E CONTRATTUALI.

Lo scorso 11 marzo 2020 il Direttore dell’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus, ha valutato l’epidemia da COVID-19 (c.d. “Coronavirus”) come “pandemia”, in considerazione dei livelli di diffusività e gravità raggiunti a livello globale.

La pandemia sta avendo, oltre a quelle tragiche sulla salute, severe conseguenze – a livello nazionale e globale – sui traffici commerciali e sui rapporti contrattuali in essere, effetti in molti casi senz’altro imprevedibili e fuori dal controllo delle parti.

Come noto, i governi di molti Paesi hanno reagito con modalità e tempistiche diverse a seconda di quando, quanto e come il territorio di ciascuno Stato è stato colpito dal contagio da COVID-19 introducendo, in maniera autonoma e spesso non coordinata, misure per il contenimento del Coronavirus progressivamente sempre più restrittive degli spostamenti e dello svolgimento di molte attività commerciali non essenziali, oltre che di eventi e manifestazioni.

A tal riguardo sono state invocate, per i contratti stipulati precedentemente l’emergenza ed in corso di esecuzione durante la stessa, la forza maggiore o il c.d. *factum principis* per giustificare l’impossibilità o l’eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni contrattuali.

Fermo tutto quanto sopra, anche oggi – in costanza di pandemia – si negoziano e si stipulano nuovi contratti, che producono effetti per il domani.

Con il presente contributo si intende quindi esaminare il tema della negoziazione e stipula di nuovi contratti

durante l'attuale periodo di pandemia.

Sul presupposto che l'emergenza sanitaria ha assunto dimensione globale, ma che non tutti i paesi del mondo si trovano, diacronicamente, allo stesso livello di contagio (vi sono paesi che sono quasi usciti dal contagio e paesi che ad oggi si trovano drammaticamente colpiti), e che quindi non tutti i governi hanno adottato, al momento attuale, le medesime misure di contenimento, ci si trova in una situazione di forti asimmetrie tra i diversi paesi, senz'altro da tenere in seria considerazione nella stipula di nuovi contratti, specialmente internazionali e che coinvolgono più giurisdizioni¹.

Pur in presenza di dette asimmetrie, quel che è certo è che, successivamente alla stipula di un nuovo contratto in costanza di pandemia, non si potranno invocare forza maggiore o *factum principis* per giustificare l'inadempimento rispetto alla prestazione dovuta, non costituendo appunto la pandemia un evento imprevedibile, bensì un fatto già esistente ed una condizione già conosciuta dalle parti stesse al momento della sottoscrizione del contratto.

Resta ferma, ovviamente, la facoltà per le parti contraenti di prevedere che le prestazioni oggetto del contratto siano differite ad un momento successivo al termine dell'epidemia.

Ciò premesso, non si può escludere che possano intervenire, sempre in conseguenza della pandemia, “*eventi rilevanti*” (anche se costituenti sviluppi prevedibili e non ancora avveratisi della pandemia stessa) che rechino significative conseguenze nel corso del normale svolgersi dei nuovi contratti, che incidano sull'adempimento delle prestazioni contrattualmente convenute o che generino uno squilibrio delle prestazioni stesse.

Sin dalla fase di negoziazione dei nuovi contratti (soprattutto se transfrontalieri) in tempo di pandemia, è richiesto quindi alle parti di poter e saper gestire le conseguenze che i citati “*eventi rilevanti*” (che si cercherà di identificare nel prossimo paragrafo) possano produrre sul rapporto contrattuale.

2. GLI “EVENTI RILEVANTI”.

In sede di negoziazione di un nuovo contratto andranno, in primo luogo, identificati e censiti eventi che, considerato anche il carattere asimmetrico – come detto – sia del contagio nei vari Paesi del mondo, sia delle misure di contenimento adottate dai diversi governi di tempo in tempo, le parti ritengono rilevanti, e convenire gli effetti che tali “*eventi rilevanti*” possono avere sul rapporto contrattuale.

Nello specifico – senza pretesa di esaustività – si prendano in considerazione due categorie di “*eventi rilevanti*”:

- a. l'adozione di nuovi provvedimenti legislativi che estendano ulteriormente l'area delle attività economiche sospese nelle giurisdizioni colpite da pandemia, e/o che vietino la produzione e/o la commercializzazione di alcuni prodotti o la fornitura di alcuni servizi, e/o che introducano nuove misure di sicurezza sui luoghi di lavoro;
- b. l'eventualità che la pandemia, successivamente alla stipula del contratto:
 - (i) si diffonda in aree geografiche che non risultano ancora colpite, o
 - (ii) si aggravi in aree geografiche già interessate dall'epidemia, o,
 - (iii) colpisca nuovamente e severamente Paesi che avevano già introdotto misure di contenimento del contagio da COVID-19, poi rimosse per via della temporanea riduzione dell'epidemia.

Naturalmente nulla vieta che le parti, nell'esaminare lo specifico rapporto contrattuale che si accingono a stipulare, censiscano nuovi ed ulteriori “*eventi rilevanti*”.

Ciò che è essenziale è, però, che tale esercizio di setacciamento avvenga in sede di negoziazione.

3. LE CONSEGUENZE DEGLI “EVENTI RILEVANTI”.

Gli “*eventi rilevanti*” censiti possono avere molteplici riflessi giuridici sui nuovi rapporti contrattuali. Considerate le varieghe tipologie di contratti che le parti possono aver interesse a negoziare e stipulare (contratti commerciali tipici e/o atipici, contratti di acquisizione di società o aziende, contratti finanziari, ecc.), il primo

¹ A tal fine è possibile analizzare i dati aggiornati in tempo reale relativi ai contagi in tutto il mondo sul sito <https://www.worldometers.info/coronavirus/>.

passo consigliato a ciascuna parte è quello di redigere una apposita check-list delle conseguenze che uno o più “*eventi rilevanti*” possano avere sul concreto contratto che si intende stipulare e sulla propria posizione contrattuale (così, ad esempio, nel caso di un contratto di acquisizione di società, uno o più “*eventi rilevanti*” potrebbero incidere sulla tempistica e speditezza dell’attività di *due diligence*, sul prezzo, sulle R&W, sulla responsabilità da inadempimento delle obbligazioni pre e post-closing) e sul suo svolgimento.

La check-list, quindi, aiuta a tener ben presenti, nella dinamica contrattuale, i rischi conseguenti al verificarsi di uno o più “*eventi rilevanti*” ed a misurare l’impatto di tali rischi sulla posizione contrattuale di ciascuna parte, che può quindi proporre soluzioni, in sede di negoziazione del contratto, che assicurino adeguata tutela.

Ovviamente la parte che invoca uno o più “*eventi rilevanti*” dovrà tempestivamente comunicarlo all’altra parte e provarne la ricorrenza con le modalità che le parti stabiliranno all’interno del contratto.

Si procede, dunque, ad analizzare, sempre senza pretesa di esaustività, alcuni “eventi” che potrebbero dover essere tenuti di conto all’atto della sottoscrizione di un contratto in costanza di emergenza COVID-19, ed i relativi istituti che potrebbero essere presi in considerazione a servizio di una approfondita e consapevole negoziazione contrattuale.

a) L’adozione di nuovi provvedimenti legislativi che estendano ulteriormente l’area delle attività economiche sospese nelle giurisdizioni colpite da pandemia, e/o che vietino la produzione e/o la commercializzazione di alcuni prodotti o la fornitura di alcuni servizi, e/o introducano nuove misure di sicurezza sui luoghi di lavoro.

Nell’ipotesi di c.d. *change of law*, diverse possono essere le valutazioni negoziali da compiere, a seconda degli ambiti nei quali intervenga il cambio di normativa.

Ove, infatti, i nuovi provvedimenti legislativi abbiano, quale nuovo effetto, quello di estendere il novero delle attività economiche sospese nelle giurisdizioni colpite da pandemia, potrebbe essere proposta dalla parte interessata – nel contratto che riguardi proprio una delle nuove attività sospese – una **clausola che ne sospenda l’efficacia** (con conseguente sospensione di ogni obbligo e dell’esercizio di ogni diritto, ivi compresa l’escussione di eventuali garanzie prestate) **a decorrere dall’entrata in vigore del provvedimento e fino alla revoca delle misure di sospensione delle attività, con esclusione di qualsivoglia responsabilità a carico della parte interessata dal provvedimento legislativo.** Va da sé che, in tal caso, anche la durata del contratto – ove si tratti di rapporto di durata e non ad esecuzione immediata – dovrebbe essere estesa di conseguenza.

La durata della sospensione dell’efficacia contrattuale è una questione quanto mai delicata sotto due diversi profili: il primo, perché la sospensione di determinate attività economiche potrebbe essere prorogata con successivi provvedimenti legislativi, e tale eventualità dovrebbe essere riflessa nella clausola contrattuale in esame; il secondo, perché una durata eccessiva potrebbe frustrare la parte creditrice della prestazione, che potrebbe non avere più interesse, decorso un certo periodo di tempo, a utilizzare la prestazione di quel debitore. La parte creditrice, quindi, potrebbe a propria volta proporre l’inserimento di una **clausola risolutiva del contratto, immediata al verificarsi dell’“evento rilevante”, o decorso un ragionevole periodo di tolleranza dell’inadempimento attraverso la sospensione contrattuale, con esonero di qualsivoglia responsabilità.**

In Italia, ad esempio, sarebbe possibile, anche se non espressamente previsto dal codice civile ma dalla giurisprudenza, rifiutare la prestazione stabilita in contratto e attivare i rimedi di cui all’art. 1463 c.c. (in tema di sopravvenuta impossibilità totale della prestazione), qualora l’interesse del creditore sia venuto meno per effetto della sopravvenuta oggettiva impossibilità di utilizzare la prestazione, e per la necessità di dover trovare una soluzione alternativa o un nuovo contraente.

Ipotesi simile, che le parti potrebbero dunque disciplinare analogamente, è quella in cui nuovi provvedimenti legislativi introducano nuove misure di sicurezza sui luoghi di lavoro che potrebbero incidere sulla capacità o tempestività di una o entrambe le parti di adempiere alle proprie obbligazioni.

In tal caso, infatti, ad una o entrambe le parti sarebbe richiesto – per poter adempiere – di adottare nuove e specifiche misure di sicurezza sul luogo di lavoro per la cui implementazione potrebbe essere necessario un certo lasso di tempo ed in assenza delle quali la produzione e/o commercializzazione rischierebbero l’interdizione o la riduzione.

Anche in questa ipotesi, fermo restando l'obbligo per la parte che dovrà adempiere alle nuove misure di sicurezza di farlo con modalità tali da mitigare gli effetti sull'altra parte, sarebbe dunque opportuno l'inserimento, nel contratto in via di negoziazione, di una **clausola che ne sospenda, in tutto o in parte, l'efficacia** (con conseguente sospensione di ogni obbligo e dell'esercizio di ogni diritto, ivi compresa l'escussione di eventuali garanzie prestate) **a decorrere dall'entrata in vigore del provvedimento e, in tal caso, fino all'avvenuta adozione delle prescritte misure di sicurezza.** Ove ciò avvenisse, ed ove ci si trovasse a discutere di un contratto di durata, dovrebbe prevedersi la proroga della durata del contratto per un periodo pari a quello di sospensione.

Sarà, ovviamente, interesse del creditore della prestazione discutere poi di un **congruo e ragionevole termine entro il quale la parte debitrice dovrà adottare le misure prescritte (alla luce della normale pratica del settore), decorso il quale la prestazione non si intenderà più di interesse per il creditore stesso che, conseguentemente, potrà dichiarare risolto il contratto senza alcuna responsabilità.**

Fermo quanto sopra, va tenuta in considerazione anche la possibilità che i gli "eventi rilevanti" e/o i provvedimenti sino a qui descritti rendano la prestazione a carico di una delle parti eccessivamente onerosa. È quindi opportuno che le parti – all'atto della negoziazione del contratto – stabiliscano criteri e principi che consentano di convenire accordi alternativi e condizioni di riconduzione ad equità del contratto, ove possibile, ovvero variazioni nelle prestazioni contrattuali (per esempio, *price adjustment*) ai fine di superare gli effetti prodotti dagli "eventi rilevanti".

Diverso sarebbe invece il caso in cui, per effetto di c.d. *change of law*, sia posto il divieto di produrre e/o commercializzare specifici prodotti e/o di fornire specifici servizi, prima consentiti. In tal caso il contratto è nullo per sopravvenuta illiceità dell'oggetto.

Al contrario, ove soltanto alcuni dei prodotti e/o dei servizi oggetto del contratto venissero dichiarati "vietati", il contratto potrebbe essere conservato e spiegare i propri effetti per la restante parte di prodotti e/o di servizi di cui ne sia ancora lecita la produzione o la commercializzazione o la fornitura, sempre che vi sia ancora l'interesse della parte creditrice a riceverla. Anche in tal caso le parti potrebbero disciplinare anticipatamente, salvo discuterne ove si verifichi il caso concreto, le diverse condizioni alle quali il contratto meriti di essere conservato.

b) L'eventualità che la pandemia, dopo la stipula del contratto:(i.) si diffonda in aree geografiche che non risultano ancora colpite, o (ii.) si aggravi in aree geografiche già interessate dall'epidemia, o (iii.) colpisca nuovamente e severamente Paesi che avevano già introdotto misure di contenimento del contagio da COVID-19, poi rimosse per via della temporanea riduzione dell'epidemia.

All'atto della negoziazione di un contratto in costanza di pandemia da COVID-19 è consigliabile per le parti tenere in considerazione anche l'incidenza che "eventi rilevanti" come la successiva diffusione dell'epidemia in nuove aree e/o l'aggravamento nelle aree già interessate e/o il ritorno dell'epidemia (la c.d. "epidemia di ritorno") potrebbe avere sull'esecuzione del nuovo contratto, sia in un primo momento in cui sono assenti provvedimenti, da parte delle autorità statali, di contenimento e sia a partire da un secondo momento in cui tali provvedimenti siano adottati.

In tali ipotesi, è consigliabile – nuovamente – massima precisione nella redazione delle relative clausole contrattuali.

Al fine di regolamentare il primo momento sopra descritto (ricorrenza dei citati "eventi rilevanti" nella sfera di una o di entrambe le parti **senza che vi siano ancora interventi legislativi di disciplina**), si potrebbe prevedere – ad esempio – una apposita clausola di tolleranza del ritardo nell'adempimento, da parte del creditore della prestazione, o addirittura la sospensione dell'esecuzione del contratto fino a quando sussistano quegli "eventi rilevanti" che pregiudicano l'esecuzione delle prestazioni, con obbligo per la parte riguardata di adottare ogni ragionevole misura per mitigare gli effetti degli "eventi rilevanti" occorsi, ed avendo cura – ovviamente – di convenire anche un congruo termine oltre il quale la prestazione potrebbe non essere più di interesse per il creditore. Fatta salva, in tale ultima ipotesi, la possibilità che il creditore, per la natura del contratto, non preferisca la risoluzione immediata al verificarsi dell'"evento rilevante", anche in ragione della necessità di reperire una alternativa.

Le naturali conclusioni del primo momento potrebbero quindi essere tre: (i) il rientro dell'emergenza, con conseguente riattivazione del contratto (se non immediatamente risolto) e della sua regolare esecuzione; (ii) l'adozione di provvedimenti delle autorità competenti (e, dunque, l'ingresso nel secondo momento qui di seguito descritto); oppure (iii) il perdurare del primo momento (e, dunque, della sospensione del contratto) oltre il termine congruo fissato dalle parti, con facoltà per il creditore di dichiarare venuto meno il proprio interesse a ricevere la prestazione e, quindi, di considerare risolto il contratto.

Con l'obiettivo, poi, di disciplinare il secondo momento (**l'adozione di provvedimenti legislativi di disciplina dell'emergenza**), le parti potrebbero richiamare contrattualmente una ipotesi di *factum principis* (consistente appunto nei provvedimenti legislativi o amministrativi, dettati da interessi generali, che rendano impossibile la prestazione, indipendentemente dal comportamento dell'obbligato), ricorrendo di fatto alle clausole già indicate alla lettera a. del presente paragrafo.

4. LA COOPERAZIONE FRA LE PARTI. "L'UNITÀ DI CONTROLLO" E LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE.

In un contesto quale quello descritto, caratterizzato da grande incertezza, le parti devono adottare misure al fine di mitigare i rischi, gestire l'eventuale verificarsi degli "eventi rilevanti" e dominarne le conseguenze.

Le parti potrebbero quindi, ad esempio, concordare la costituzione – contrattualmente disciplinata – di una "unità di controllo" degli "eventi rilevanti".

Si tratterebbe, in altre parole, di una "cabina di regia" composta, in pari misura, da rappresentanti di ciascuna delle parti che siano interpreti della corretta e fedele esecuzione del contratto, ma anche e soprattutto osservatori dell'evoluzione degli "eventi rilevanti", al fine di apprezzarne in concreto i concordati effetti sul rapporto contrattuale.

Compito di tale unità di controllo potrebbe essere anche quello di introdurre e gestire apposite procedure di comunicazione tra le parti, per consentire un costante ed efficace aggiornamento sulla situazione contingente, di modo da concordare le misure adottabili ed adeguare l'esecuzione del contratto all'eventuale verificarsi o modificarsi degli "eventi rilevanti", come prescritto nel regolamento negoziale. La comunicazione non tempestiva (secondo i termini che le parti concorderanno), ad opera della parte interessata da un "evento rilevante", dell'insorgenza dello stesso potrebbe costituire impedimento all'applicazione dei rimedi contrattualmente stabiliti e provocare la risoluzione del contratto a domanda dell'altra parte.

In altre parole, l'unità di controllo agirebbe quale garante della buona fede delle parti nella gestione del rapporto e dell'eventuale insorgere di "eventi rilevanti".

Inoltre, al preciso fine di risolvere internamente eventuali criticità o controversie che potrebbero sorgere nel corso dell'esecuzione del contratto a causa di "eventi rilevanti" che dovessero verificarsi, le parti potrebbero stabilire un *iter* di risoluzione bonaria delle controversie mediante procedure di c.d. *escalation*. Così facendo, potrebbero concordare la gestione, fase per fase, delle contestazioni sino ad interessare i rispettivi più alti livelli manageriali.

Ferma restando, ovviamente, ma quale *extrema ratio*, la facoltà di agire giudizialmente nel caso in cui tale strumento di risoluzione non sortisca effetti soddisfacenti.

5. CLAUSOLA DI FORZA MAGGIORE.

Naturalmente andrà stipulata anche una specifica e solida clausola di forza maggiore, **ma non per eventi ormai prevedibili legati alla pandemia da COVID-19**, in cui le parti arrivino a definire espressamente il concetto riferendosi ad altri eventi eccezionali che sfuggono al loro controllo e che siano, al momento della stipula del nuovo contratto, caratterizzati da imprevedibilità, inevitabilità e che non siano attribuibili alle parti stesse.

A livello internazionale ci si può riferire, ad esempio, al concetto di forza maggiore contenuto nella Convenzione di Vienna sulla Vendita Internazionale di beni mobili del 1980 o alla aggiornata definizione fornita nella ICC Force Majeure 2020 (ICC Clause).

6. CONCLUSIONI.

In questo periodo, estremamente complicato a livello non solo nazionale ma globale, è essenziale che le parti possano mantenere il massimo controllo sugli accordi che stipuleranno, al fine di condurre relazioni commerciali di reciproca soddisfazione, cooperando nella cura dei reciproci interessi, disciplinando situazioni di squilibrio al fine di conservare il contratto fin quando possibile e gestendo internamente eventuali criticità.

Riassumendo quanto fin qui detto, è opportuno che ciascuna parte che negozia oggi nuovi contratti (anche transfrontalieri):

- rediga preliminarmente una *check-list* delle conseguenze che uno o più “*eventi rilevanti*” possano avere sul concreto contratto che essa intende stipulare e sulla propria posizione contrattuale, così da avere immediatamente chiari i rimedi da proporre in sede di negoziazione;
- proponga all'altra parte clausole contrattuali specifiche in tema di (i) durata e sospensione del contratto, (ii) congrua tolleranza dei ritardi nell'adempimento e di cooperazione per mitigare la responsabilità, (iii) specifici casi di impossibilità assoluta o relativa nell'adempimento, (iv) conservazione e riconduzione ad equità del contratto, (v) risoluzione dello stesso; (vi) forza maggiore;
- proponga di costituire un'unità di controllo degli “*eventi rilevanti*” e di adottare un protocollo di gestione congiunta delle criticità e delle eventuali controversie.

In tal modo, ove a seguito di siffatta negoziazione il contratto venga stipulato, le parti avranno dato vita ad un accordo che rappresenta un “*micro-ordinamento*” quanto più possibile chiuso e non soggetto ad incertezze di tenuta, del quale hanno chiavi di lettura, interpretazione, efficace esecuzione e protezione reciproca.

ONTIER PARDO VICENZI



Contatti:

Luca Pardo – lpardo@ontier.net
Carmen Fernández Vadillo – cfvadillo@ontier.net
Giulio Ciompi – gciompi@ontier.net

Marco Grechi – mgrechi@ontier.net
Emmanuel Buono – ebuono@ontier.net
Maria Giovanna Bruni – mgbruni@ontier.net
Rosalba Famà – rfama@ontier.net
Tommaso Piccinetti – tpiccinetti@ontier.net