

## L'IMPATTO DEL COVID-19 SUGLI ADEMPIMENTI CONTRATTUALI

L'emergenza da Coronavirus e le misure di contenimento adottate dal Governo italiano sono destinate ad avere un elevato impatto sulla capacità delle parti di un contratto di dare corretta e tempestiva esecuzione alle obbligazioni assunte, sia in ambito nazionale che internazionale. La gravità ed eccezionalità della situazione impone una valutazione specifica in ordine alla possibilità che l'emergenza sanitaria e i conseguenti provvedimenti della pubblica autorità influenzino direttamente gli adempimenti contrattuali, rendendo impossibile o eccessivamente onerose, almeno temporaneamente, l'esecuzione di prestazioni.

Confindustria Dispositivi Medici, sulla base delle raccomandazioni divulgate da ICC (International Chamber of Commerce) e Confindustria, intende fornire alcune indicazioni pratiche alle imprese che si trovino attualmente impossibilitate o in difficoltà ad adempiere a causa dell'emergenza Covid-19 e che abbiano in essere contratti contenenti o meno una clausola di forza maggiore.

**Le presenti indicazioni hanno uno scopo meramente informativo e non costituiscono né devono essere intese alla stregua di un parere legale. Per specifiche valutazioni inerenti i singoli contratti in essere si suggerisce di consultare il proprio legale di fiducia.**

### 1. REVISIONE DEI CONTRATTI

In primo luogo, è consigliabile procedere alla revisione di tutti i contratti in essere al fine di verificarne l'esatto contenuto. In particolare, occorre verificare:

- a) il termine entro cui devono essere eseguite le prestazioni;
- b) se il contratto contenga una clausola di forza maggiore;
- c) quale sia la legge applicabile al contratto.

Non è possibile procedere ad una revisione standard, ma è necessario effettuare una valutazione caso per caso dei singoli contratti in essere.

### 2. ANALISI DELLA CLAUSOLA DI FORZA MAGGIORE

La clausola di forza maggiore è una clausola contrattuale prevista sia nella disciplina italiana, sia nella prassi commerciale e nei regolamenti internazionali, che mira a prevenire la responsabilità contrattuale delle parti in caso di mancata esecuzione e di inadempimento dell'obbligo contrattuale in caso di "cause di forza maggiore" o di altri eventi straordinari (ad es., guerra, sommossa, atto di terrorismo, embargo, provvedimento governativo, regolamento o decreto, ecc.).

Se il contratto contiene una clausola di forza maggiore, è opportuno analizzare attentamente il contenuto di tale clausola. In particolare, si raccomanda di verificare:

- a) quali siano gli eventi contemplati dalla clausola e se questi ultimi comprendano espressioni generali da poter ricondurre a situazioni di emergenza;

- b)** se l'elenco contenuto nella clausola sia da considerarsi tassativo o meramente esemplificativo;
- c)** se sia previsto un termine entro cui notificare alla controparte l'evento di forza maggiore;
- d)** se la notifica debba essere inviata seguendo particolari prescrizioni (di contenuto o di forma) e/o se debba essere corredata da documentazione ulteriore (ad es., dichiarazione di una Camera di Commercio attestante la circostanza addotta quale forza maggiore).

Si segnala che, ai fini dell'applicabilità della clausola di "forza maggiore" occorre tenere in considerazione quanto segue:

- a)** le parti che invocano la forza maggiore devono fornire le prove relative alla forza maggiore. Sebbene l'emergenza sanitaria causata dal Covid-19 sia ben nota ad entrambe le parti, le aziende devono dimostrare che il mancato adempimento delle prestazioni è direttamente causato dall'epidemia;
- b)** la clausola di forza maggiore può essere attivata solo quando l'evento è sopravvenuto e non può essere invocata laddove la parte sia stata già messa in mora per inadempimento al tempo in cui si è verificato l'evento impeditivo (è quindi necessario che tale evento si verifichi prima dell'eventuale messa in mora);
- c)** per i contratti non ancora conclusi (o conclusi successivamente agli eventi del Covid-19), il Covid-19 non potrà essere invocato quale causa di forza maggiore poiché non rappresenta un evento imprevedibile al tempo della conclusione del contratto. In tal caso, è consigliabile regolare espressamente in un'apposita clausola contrattuale le possibili conseguenze derivanti dal Covid-19, stabilendo chiaramente quale parte debba sopportare il rischio di eventuali ritardi, inesatti adempimenti e/o inadempimenti.

In presenza di una causa di forza maggiore, le alternative praticabili potranno essere:

- sospensione del contratto per un tempo breve. Occorre tenere conto che, in molti contratti, decorso un certo termine il contratto deve essere risolto o rinegoziato (ad esempio, a norma dell'art. 1256, comma 2 e art. 1464 codice civile, se l'impossibilità temporanea si protrae, il creditore che non abbia più interesse alla prestazione dell'altra parte o non abbia più un apprezzabile interesse a una prestazione solo parziale, può risolvere il contratto);
- rinegoziazione del contratto, per ricondurre a equilibrio le prestazioni o ad adeguare il contratto alla realtà;
- risoluzione del contratto, se la prestazione della controparte risulti impossibile o non più eseguibile. Quanto ai profili restitutori, il diritto italiano prevede che la parte impossibilitata totalmente da causa di forza maggiore non possa richiedere la controprestazione all'altra e debba restituire quanto ricevuto. Se l'impossibilità ha riguardato solo una parte della prestazione, la controparte avrà diritto a una corrispondente riduzione (artt. 1463 e 1464 codice civile).

### 3. I RIMEDI PER L'INADEMPIMENTO PREVISTI DAL CODICE CIVILE

Se il contratto non contiene una clausola di forza maggiore si applicheranno i rimedi previsti dal diritto applicabile al contratto.

Come è noto, quasi tutti gli ordinamenti giuridici riconoscono alle parti la facoltà di scegliere secondo la propria convenienza il diritto applicabile al contratto (c.d. *pactum de lege utenda*). Se le parti non hanno compiuto tale scelta, l'individuazione della legge applicabile al contratto viene fatta secondo le norme di diritto internazionale privato del Paese del giudice competente a risolvere la controversia e delle normative internazionali che disciplinano la materia (es., per l'Italia, secondo il Regolamento UE n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali per i contratti internazionali stipulati in ambito UE e secondo la legge n. 218/1995 per i contratti commerciali stipulati in ambito extra UE).

Al riguardo, è opportuno segnalare che il concetto di "forza maggiore", quale elemento idoneo ad escludere la responsabilità della parte inadempiente è in ogni caso presente nel Codice civile italiano.

Tale concetto viene normalmente ricondotto alle fattispecie previste dall'art. 1218 c.c., in base al quale *"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 dell'art. 1256 c.c., che prevede anche i casi in cui la prestazione sia solo temporaneamente impossibile: *"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"*.

Ricorrendone i presupposti, dunque, la parte di un contratto che ne abbia interesse potrebbe comunque eccepire l'esimente della forza maggiore indipendentemente dalla presenza o meno di una specifica clausola. Tuttavia, si precisa al riguardo che la parte che invoca la clausola o esimente di forza maggiore deve dimostrare:

- a) di aver adottato azioni proattive sia per garantire la sicurezza di tutti, sia la continuità delle operazioni commerciali al fine di adempiere agli obblighi contrattuali pendenti (a titolo esemplificativo, assicurare alternati flussi di fornitura in caso di impatto sulle operazioni del fornitore; consentire ai dipendenti di lavorare in forma agile (*smart-working*); e/o imporre restrizioni per i viaggi di lavoro);
- b) che l'evento di forza maggiore non avrebbe potuto essere mitigato attraverso l'adozione di nessuna ragionevole cautela preventiva.

Si segnala che la disposizione di cui all'art. 91, comma 1, introdotta dal D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Decreto Cura Italia), prevede espressamente che *"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". Trattasi, in buona sostanza, di una particolare tipologia di causa di forza maggiore, la quale si attegga a evento sospensivo delle obbligazioni gravanti sul debitore. L'esimente in questione potrà essere invocata solo in presenza di un nesso causale diretto con l'adempimento agli obblighi imposti dalle misure di contenimento e tale adempimento renda oggettivamente impossibile l'esecuzione della prestazione.

Al riguardo, comunque, giova rammentare che il nostro ordinamento è improntato al rispetto dei principi di correttezza e di buona fede, sia nello svolgimento delle trattazioni, che nell'esecuzione del contratto e persino nella fase patologica, motivo per cui sarà necessario valutare volta per volta se il debitore sia stato diligente nel preservare l'interesse del creditore sino al punto da non pregiudicare il proprio, in coerenza con le previsioni di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.

Infine, in aggiunta al concetto di forza maggiore, l'articolo 1467 c.c. 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 all'art. 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"*. In relazione alla possibilità di invocare per una delle parti contrattuali tale eccezione si ricorda che la risoluzione avrà effetto retroattivo tra le parti (salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica) e che, pertanto, il soggetto per il quale l'adempimento risulti eccessivamente oneroso dovrà provvedere a ristabilire la situazione precedente alla conclusione del contratto fatti salvi gli eventuali diritti di terzi.

#### 4. RISPETTO DEL TERMINE DI NOTIFICA CONTENUTO NEL CONTRATTO

A seguito dell'analisi delle clausole contenute nel contratto, occorre seguire le seguenti raccomandazioni:

- a)** qualora ci si trovi in una situazione di forza maggiore, come sopra descritta, è necessario rispettare il termine entro cui si deve notificare l'evento alla controparte (se previsto) o, in ogni caso, inviare la notifica il più tempestivamente possibile, ma anche nel silenzio del contratto, è opportuno che la notifica sia inviata senza indugio;
- b)** la notifica deve indicare (oltre a quanto eventualmente previsto nel contratto):
  - l'evento impeditivo della prestazione;
  - la data dell'evento impeditivo (successiva alla conclusione del contratto);
  - le ragioni che, in concreto e con riguardo alla singola impresa, rendono definitivamente o temporaneamente impossibile l'esecuzione della prestazione;
  - gli sforzi che sono stati posti in essere per evitare e/o superare l'impedimento a eseguire correttamente la prestazione.

## 5. MUNIRSI DELL'AUTOCERTIFICAZIONE RICHIESTA DAL CONTRATTO

Se la clausola di forza maggiore prescrive che la notifica debba essere corredata da una certificazione emessa da una Camera di Commercio, è necessario munirsi di tale certificazione e verificare che questa sia emessa dalla Camera di Commercio indicata nel contratto.

Al riguardo, si segnala che in data 25 marzo 2020 il MISE ha diramato a Unioncamere, CCIAA e Associazioni di categoria una Circolare sulla possibilità per le Camere di Commercio di rilasciare alle imprese dichiarazioni sullo stato di emergenza conseguente all'emergenza epidemiologica da Covid-19 e sulle restrizioni imposte dalla Legge per il contenimento dell'epidemia. Tali dichiarazioni saranno rilasciate in lingua inglese, su richiesta delle Imprese e con riferimento ai contratti con controparti estere, al fine di giustificare l'impossibilità di assolvere nei tempi agli obblighi contrattuali già assunti conseguente all'emergenza epidemiologica da Covid-19 e sulle restrizioni imposte dalla legge per il contenimento dell'epidemia.

La Circolare fa seguito alla richiesta di Confindustria di favorire, in linea con le prassi seguite in altri ordinamenti stranieri, il rilascio di certificati di forza maggiore da parte delle Camere di Commercio, a testimonianza dell'attenzione del Ministero sulla problematica.

Al fine di ampliare il perimetro delle dichiarazioni camerali e valorizzare il riconoscimento della forza maggiore nell'esecuzione dei contratti, Confindustria sta intervenendo anche nell'iter di conversione del Decreto Legge c.d. "Cura Italia", sostenendo un emendamento che attribuisce espressamente alle CCIAA la competenza a rilasciare i certificati alle imprese impossibilitate - anche temporaneamente - all'adempimento, a prescindere dalla natura (nazionale o internazionale) del contratto.

Si consiglia di contattare la propria Camera di Commercio di riferimento al fine di verificare la predisposizione da parte della Camera di Commercio di eventuali moduli per la richiesta di dichiarazione e le modalità per la richiesta e il ritiro della dichiarazione.

Tali dichiarazioni non sostituiscono l'onere della prova che deve essere offerto dalla parte che invoca la forza maggiore e consistente nel dimostrare che l'evento ha impedito l'esecuzione della prestazione e che è stato posto in essere ogni ragionevole sforzo per evitare o superare le conseguenze dell'evento impeditivo.

## 6. ONERE DELLA PROVA E MITIGAZIONE DEI DANNI

Generalmente, le clausole di forza maggiore prescrivono che la parte che invoca l'evento impeditivo dia prova di non aver potuto evitare l'evento e di non aver potuto superare le conseguenze da questo derivanti.

In altri termini, non è sufficiente provare l'esistenza della pandemia o l'adozione delle conseguenti misure di contenimento, ma è necessario che la parte che invoca la forza maggiore dimostri che, nel suo caso concreto, non fosse ragionevolmente possibile superare gli impedimenti che hanno reso impossibile l'esecuzione della prestazione. Alla luce di ciò, al fine di poter assolvere l'onere della prova in un futuro contenzioso con la controparte, è necessario documentare tutti gli sforzi posti in essere al fine di superare gli impedimenti prodotti dal Covid-19.

Qualora ci si avvalga della clausola di forza maggiore, la vittima dell'evento ha l'obbligo di mitigare i danni, anche se non espressamente previsto nel contratto: è, dunque,

necessario che la parte che invoca la forza maggiore compia ogni ragionevole sforzo per ridurre i danni sofferti dalla controparte e documenti tali sforzi al fine di poterne fornire la prova in un futuro possibile contenzioso.

## 7. SOSPENSIONE DEI CONTRATTI DI APPALTO DI FORNITURE E SERVIZI

L'art. 107 del D.Lgs. n. 50/2016 è sicuramente una delle norme che potrebbe trovare applicazione nella situazione di emergenza sanitaria. Infatti, tale norma disciplina la sospensione dell'esecuzione del contratto, la quale può verificarsi quando ricorrono *"circostanze speciali che impediscono che i lavori (o le forniture e servizi) procedano e che non sono prevedibili al momento della stipulazione del contratto"*.

Sempre in base al suddetto articolo viene, altresì, prevista anche la possibilità di richiedere una proroga quando il contratto individua un termine di scadenza contrattuale e l'appaltatore non è in grado di rispettarlo. Resta inteso che, in entrambi i casi, è assolutamente necessario da parte del fornitore inviare una richiesta in tal senso che dovrà essere verbalizzata dal Responsabile dell'Esecuzione, dando atto (a verbale) della richiesta e della conseguente decisione assunta.

Si segnala che qualora la ditta fornitrice maturi la convinzione dell'impossibilità (o della maggiore difficoltà) di assicurare il rispetto delle tempistiche di consegna previste dal contratto in essere con la P.A., non basta la semplice comunicazione ma occorre, altresì, un'espressa richiesta di sospensione e/o proroga (a seconda dei casi), la quale dovrà essere oggetto di apposita verbalizzazione che contenga le nuove condizioni del contratto d'appalto.

Pertanto, laddove si verificano le condizioni di difficoltà (che vanno specificamente dimostrate dalla ditta fornitrice in relazione al caso concreto) si deve ritenere che l'appaltatore abbia la facoltà di richiedere una proroga dei termini di ultimazione dell'appalto, e ciò ai sensi dell'art. 107, comma 5 del Codice dei contratti pubblici, secondo cui *"L'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori (o forniture e servizi) nel termine fissato può richiederne la proroga, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale. In ogni caso la sua concessione non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante. Sull'istanza di proroga decide il responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori (ndr: o Direttore dell'Esecuzione per forniture e servizi), entro trenta giorni dal suo ricevimento. L'esecutore deve ultimare i lavori nel termine stabilito dagli atti contrattuali, decorrente dalla data del verbale di consegna ovvero, in caso di consegna parziale dall'ultimo dei verbali di consegna. L'ultimazione dei lavori, appena avvenuta, è comunicata dall'esecutore per iscritto al direttore dei lavori, il quale procede subito alle necessarie constatazioni in contraddittorio. L'esecutore non ha diritto allo scioglimento del contratto né ad alcuna indennità qualora i lavori, per qualsiasi causa non imputabile alla stazione appaltante, non siano ultimati nel termine contrattuale e qualunque sia il maggior tempo impiegato"*.

Sarà in questo caso cura del Responsabile unico del procedimento – su indicazione del direttore dei lavori (per appalti di lavori) o del direttore dell'esecuzione (per appalti di lavori e forniture) – verificare la sussistenza delle condizioni atte a giustificare il riconoscimento della proroga e a determinarne la durata.

In relazione all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 sullo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di cui

al D.lgs. n. 50/2016 e sull'esecuzione delle relative prestazioni, si segnala altresì che la Delibera Anac n. 312 del 09 aprile 2020 ha chiarito che *"il rispetto delle misure di contenimento del contagio previste nel decreto è sempre valutato 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"*.

Secondo tale disposizione l'emergenza sanitaria in atto è valutata quale causa di forza maggiore che giustifica il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, escludendo l'applicazione delle penali di cui all'articolo 113-bis, comma 2, del codice dei contratti pubblici, nelle more delle restrizioni e degli obblighi disposti a livello nazionale e regionale con finalità di contenimento e gestione dell'epidemia.

Alla luce di tale analisi, nell'ipotesi di ritardo nell'esecuzione della prestazione, si consiglia in ogni caso di non aspettare la scadenza del termine contrattualmente previsto ma comunicare preventivamente e tempestivamente l'amministrazione destinataria della prestazione dell'eventuale ritardo, motivandone la ragione in relazione alla singola situazione concreta.

## **8. RIPRESA DELL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO**

Una volta che l'evento di forza maggiore è venuto meno è necessario darne pronta comunicazione alla controparte e riprendere immediatamente l'esecuzione della prestazione. È necessario che tale comunicazione sia fatta nei termini previsti nel contratto o, nel silenzio del contratto, con le stesse modalità con cui è stata fatta la notifica.

## **9. EFFETTI SULLE TRATTATIVE IN CORSO**

Con riferimento alle trattative contrattuali in corso, sebbene queste stesse non possono vincolare alla conclusione di un contratto né al loro proseguimento, d'altra parte gli obblighi di buona fede e correttezza di cui all'art. 1337 c.c. si estendono anche alla fase delle trattative, dando luogo alla c.d. responsabilità precontrattuale.

Si segnala che le cause di forza maggiore sono idonee a escludere anche la responsabilità precontrattuale, per l'interruzione delle trattative in corso, mentre deve invece essere evidenziato come l'eventuale conclusione delle trattative con perfezionamento di un contratto in pendenza di una situazione come l'attuale pandemia, potrebbe invece pregiudicare, la possibilità di avvalersi tanto dell'istituto della forza maggiore che quello dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, in quanto l'emergenza da Covid-19 potrebbe non più essere intesa come evento nuovo e imprevedibile.

A tale riguardo, ove si intenda procedere con la conclusione di un contratto in presenza di una situazione eccezionale come la presente, si raccomanda una attenta e professionale valutazione del testo contrattuale e l'inserimento di specifiche condizioni o clausole di tutela aggiuntive.