

Focus Team Private Equity

28 Aprile 2020

L'interruzione delle trattative a seguito del Covid-19: eventuali profili di responsabilità pre-contrattuale

Focus Team Private Equity



Focus Team Leader

Eliana Catalano
eliana.catalano@belex.com
 tel. +39-02-771131



Autori

Augusto Praloran
augusto.praloran@belex.com
 tel. +39-02-771131

Giulia Elisabetta Uboldi
giulia.uboldi@belex.com
 tel. +39-02-771131

Pietro Faggiana
pietro.faggiana@belex.com
 tel. +39-02-771131

1. Premessa

Gli impatti dell'emergenza legata al Covid-19 si riflettono anche nel mondo del *private equity*: abbiamo cercato di individuare i principali temi rilevanti per i fondi e le relative *portfolio companies* per affrontarli in un ciclo dedicato di approfondimenti.

Il ciclo si compone dei seguenti approfondimenti (newsletter e webinar) rappresentati in ordine meramente indicativo:



2. Introduzione

La situazione di emergenza originata dalla diffusione del Covid-19 sta spingendo molti operatori a riconsiderare talune scelte di investimento in corso e, talvolta, a valutare l'interruzione delle relative trattative.

Alcuni operatori economici, in generale, ritengono che, prima della formale stipulazione di un contratto, le parti siano libere di comportarsi come più convenga alle medesime e, pertanto, anche di ritirarsi in ogni momento dalle trattative senza particolari conseguenze.

In verità, sin dall'inizio delle trattative sorge in capo alle parti uno specifico obbligo giuridico: quello di "*comportarsi secondo buona fede*" (art. 1337 cod. civ.). L'interruzione delle trattative in corso, al ricorrere di determinate circostanze, può sfociare in una violazione di detto obbligo e, dunque,

divenire fonte di responsabilità per la parte interessata (responsabilità c.d. pre-contrattuale).

La presente nota si propone di fornire alcune considerazioni preliminari e di carattere generale, nonché alcuni spunti operativi, sugli eventuali profili di responsabilità di una parte che oggi, nel contesto della situazione emergenziale causata dal Covid-19, interrompe una negoziazione.

3. L'interruzione delle trattative e la responsabilità pre-contrattuale

Affinché il ritiro dalle trattative negoziali sia fonte di responsabilità è necessaria la simultanea presenza di tre requisiti: (i) il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto generatosi nella controparte (§3.1), (ii) il recesso dalle trattative senza giustificato motivo (§3.2), e (iii) la presenza di un danno cagionato alla controparte (§3.3).

3.1 Il legittimo affidamento sul perfezionamento del contratto

L'abbandono di una trattativa rileva nella misura in cui esso sia lesivo dell'affidamento dell'altra parte circa il buon esito della stessa. In assenza di un ragionevole affidamento, anche un ritiro "ingiustificato" – nel senso di cui si dirà di seguito – non legittimerà alcuna pretesa risarcitoria.

Come si può intuire, la sussistenza di un affidamento ragionevole è largamente dipendente dalle circostanze del caso concreto. La valutazione circa il requisito in esame consisterà dunque in un giudizio sul grado di "intensità" delle trattative, avuto riguardo, soprattutto, al livello di formalizzazione e conclusione delle medesime.

In concreto, tra le circostanze che possono tipicamente suggerire la presenza di un ragionevole affidamento vi sono: (i) la predisposizione di documenti precontrattuali (quali, ad esempio, lettere d'intenti, puntuazioni, *memorandum of understanding*, *term-sheet*); (ii) la presenza di un accordo tra le parti, anche approssimativo, sul prezzo ovvero su altri aspetti rilevanti del contratto in corso di negoziazione; (iii) lo scambio di bozze contrattuali tra le parti e i rispettivi legali; nonché (iv) l'esecuzione anticipata della prestazione ovvero la realizzazione di investimenti specifici ad opera di una parte, nella misura in cui siano accettati o conosciuti dall'altro contraente.

Si badi, ai fini dell'insorgere dell'affidamento non è di per sé necessaria la cristallizzazione della volontà delle parti in appositi documenti precontrattuali. Anche delle semplici comunicazioni di carattere informale possono assumere rilevanza. Basti pensare che una recente giurisprudenza ha incluso tra le circostanze ritenute dirimenti per l'accertamento di un affidamento tutelabile una comunicazione via *e-mail* con la quale una parte – utilizzando l'espressione "*vado a letto contento*" – si mostrava soddisfatta dell'esito delle trattative.

3.2 Il recesso ingiustificato dalle trattative

Una volta ingenerato un legittimo affidamento sul buon esito delle trattative, le parti coinvolte non possono a piacimento ritirarsi dalle medesime. Nondimeno, lo si precisa, i doveri di correttezza e buona fede non

comportano un obbligo di contrarre. Diversamente, l'ordinamento si limita a prevedere che, in una fase avanzata delle negoziazioni, il recesso debba conseguire a motivi seri ed apprezzabili. Se così non è – e, pertanto, il recesso risultasse “ingiustificato” – l'altro contraente potrà agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito.

Il ritiro dalle trattative è dunque legittimo in presenza di una giusta causa, per tale intendendosi una circostanza: (i) esterna alla sfera del recedente, (ii) sopravvenuta nel corso della trattativa, oppure preesistente ma ignorata dal recedente senza colpa, e (iii) idonea a modificare la valutazione di convenienza del contratto.

3.3 Il danno: risarcimento del c.d. interesse negativo

Poiché, come evidenziato in precedenza, le norme poste a presidio delle trattative negoziali di fatto non tutelano, né impongono, il raggiungimento di un risultato – *i.e.* il perfezionamento del contratto – ma si limitano a prevedere obblighi di comportamento, ne consegue che il danno risarcibile per un ritiro ingiustificato dalle trattative sarà limitato ai solì pregiudizi conseguenti all'aver condotto delle trattative inutili (c.d. interesse negativo).

Più nello specifico, il danno risarcibile consisterà nella perdita subita (c.d. danno emergente) e nel mancato guadagno (c.d. lucro cessante) conseguenti alla rottura delle trattative.

Tipicamente, la prima si sostanzia nelle spese inutilmente sostenute durante le trattative (si pensi, ad esempio, alle *fee* per i consulenti). Quanto al lucro cessante, invece, ci si riferisce al mancato guadagno per altre opportunità negoziali trascurate. Si può obiettare come quest'ultimo elemento sia di difficile quantificazione: l'osservazione è certamente corretta. Tuttavia, si ammette che il giudice possa determinare il lucro cessante in via equitativa, e cioè secondo il proprio prudente apprezzamento, tenuto conto del caso concreto e sulla base di nozioni di comune esperienza.

4. L'emergenza Covid-19: quali possibili conseguenze in caso di interruzione delle trattative?

Così sinteticamente tratteggiati gli elementi costitutivi della responsabilità pre-contrattuale, cerchiamo ora di comprendere quali possano essere le conseguenze in caso di interruzione delle trattative nell'attuale contesto di emergenza sanitaria ed economica.

In particolare, si intende: (i) chiarire quale possa essere la rilevanza della situazione di emergenza Covid-19 nel quadro giuridico sopra delineato (§4.1), e (ii) in seguito, fornire indicazioni di carattere operativo – seppur preliminari e generiche – a partire da tre situazioni negoziali tipiche in cui gli operatori economici possono concretamente trovarsi (§4.2).

4.1 L'eccezionalità della situazione come “giusta causa” di interruzione delle trattative

E' ragionevole ritenere che la situazione di emergenza legata al Covid-19 possa in termini astratti configurarsi come giusta causa di recesso dalle trattative.

In altri termini, il ripensamento circa la stipulazione di un contratto dovuto all'emergenza Covid-19 potrebbe rivelarsi legittimo, rappresentando quest'ultima una circostanza sopravvenuta ed esterna alla sfera del recedente, nonché idonea ad incidere sull'equilibrio negoziale fino a quel momento raggiunto. Qualora fosse questo il caso, il ritiro dalla trattativa non comporterebbe alcuna responsabilità di tipo pre-contrattuale in capo ai contraenti.

Tuttavia, si precisa che quanto sopra altro è largamente dipendente dalle circostanze del caso concreto. Come detto, infatti, affinché una circostanza esterna possa qualificarsi come "giusta causa" di recesso dalle trattative è necessario che la stessa sia (i) idonea ad incidere sulle valutazioni di convenienza economica del contratto e (ii) sopravvenuta.

Pertanto, un primo punto di attenzione riguarderà **il concreto impatto dell'emergenza sull'equilibrio negoziale** sino a quel punto definito, avuto riguardo anche agli effetti economici delle misure restrittive del Governo rispetto allo specifico settore interessato dal negoziato tra le parti. Va da sé che le conseguenze dell'emergenza sui settori della farmaceutica o del *food* siano ben diverse rispetto a quelle riguardanti, ad esempio, i settori del turismo, dell'*automotive* o della moda.

Un secondo punto di attenzione attiene invece al **rapporto temporale tra eventuali condotte poste in essere dai contraenti e l'evolversi della situazione emergenziale.** Ad esempio, in caso di continuazione delle trattative successivamente al verificarsi dell'emergenza ed in assenza di informativa verso l'altra parte circa l'impatto sulla propria volontà negoziale, la sussistenza di un recesso pienamente "giustificato" potrebbe rivelarsi meno scontata. Ugualmente, allorché i contraenti raggiungano una puntuale individuazione di taluni *mitigant* all'emergenza di carattere contrattuale, ovvero decidano per una posticipazione delle trattative ad una fase di maggior stabilità al termine dell'emergenza, il ritiro dalle trattative potrebbe non essere più giustificato e, pertanto, legittimare una pretesa risarcitoria.

Con riferimento a questo secondo punto di attenzione, si propone infine un'ulteriore indicazione. Lo stato di emergenza dovuto al Covid-19 non può essere compreso come un momento unico e puntuale. Diversamente, il fenomeno deve essere inteso come una progressione di fatti di rilevanza e gravità crescente.

A riguardo, ai fini della valutazione di cui si ragiona, assume particolare significato, per quanto concerne contratti che riguardano *asset*, operazioni e/o servizi in Italia, la settimana del 9-13 marzo 2020. È questa infatti la settimana in cui il Governo ha esteso il c.d. *lockdown* all'Italia intera, e l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato la pandemia a livello globale. Di conseguenza, considerati i punti di attenzione di cui sopra, potrebbe rivelarsi ingiustificato il ritiro dalle trattative in caso di continuazione delle medesime successivamente a tale settimana, a meno che tale prosecuzione sia dovuta alla negoziazione di specifici fattori mitiganti

l'emergenza da un punto di vista contrattuale e/o non si sia informato l'altro contraente circa l'impatto della stessa sulla propria valutazione di convenienza relativa al contratto da stipularsi.

4.2 Brevi spunti operativi

Sulla base di quanto sopra descritto, si ritiene utile ora fornire alcune generiche indicazioni di carattere operativo, rispetto a tre situazioni negoziali in cui tipicamente può trovarsi un operatore economico:

- (i) **se oggi le trattative sono in una fase iniziale** – e cioè in caso, ad esempio, di mancanza di scritture precontrattuali o, più in generale, degli elementi descritti al Paragrafo §3.1 – di modo che possa ragionevolmente ritenersi insussistente il legittimo affidamento sulla conclusione del contratto, il rischio di responsabilità è limitato. Come ricordato, in assenza di un ragionevole affidamento, anche un recesso “ingiustificato” dalle trattative è di per sé legittimo.

Cionondimeno, anche in una situazione siffatta, è consigliabile non assumere un atteggiamento passivo. Un preliminare spunto operativo potrebbe essere quello di fornire disclosure sulla potenziale rilevanza dell'emergenza (i cui effetti economici in Italia sono, seppur parzialmente, maggiormente determinabili *post* settimana del 9-13 marzo 2020) in relazione alla propria volontà di contrarre, affinché il silenzio nella prosecuzione delle negoziazioni non faccia insorgere un più che ragionevole affidamento;

- (ii) **se oggi le trattative sono in una fase intermedia** – e cioè in presenza, per esempio, di scritture precontrattuali, di bozze del contratto scambiate ripetutamente tra le parti e tra legali, di accordi di massima su elementi significativi del contratto – con una ragionevole presenza, seppur in una fase iniziale, di un legittimo affidamento, affinché il ritiro dalla trattativa non sia fonte di responsabilità, è necessario che sussista un giustificato motivo. Pertanto, in questo caso è necessario valutare se la situazione emergenziale sia o meno idonea in concreto a modificare in modo apprezzabile la valutazione di convenienza del contratto oggetto di negoziazione.

E' consigliabile pertanto procedere tempestivamente (i) a tale valutazione di convenienza avuto riguardo all'oggetto del contratto in fase di negoziazione, nonché (ii) ad una informativa puntuale circa le potenziali conseguenze dell'emergenza sulla propria volontà negoziale.

Qualora, a seguito della valutazione di cui al punto (i) sugli impatti dell'emergenza sanitaria, non si intenda immediatamente recedere dalle trattative, potranno essere eventualmente considerate proposte di sospensione e posticipazione delle medesime (che dovranno pur sempre, in seguito, essere riprese in buona fede), pur chiarendone il non necessario buon esito, o,

in alternativa, di continuazione delle stesse, ferma restando l'informativa puntuale di cui sopra; e infine

- (iii) **se oggi le trattative sono in una fase avanzata** – e cioè nell'ipotesi, ad esempio, di prolungata prosecuzione delle stesse anche a seguito dell'aggravarsi dell'emergenza in assenza di *red flag* sul punto, ovvero di raggiungimento di un accordo su potenziali *mitigant* contrattuali – il rischio di responsabilità pre-contrattuale in caso di recesso dalle trattative è elevato. La conclusione potrebbe tuttavia divergere qualora, in conseguenza dell'evolversi dell'emergenza, dovessero sopravvenire ulteriori circostanze tali da alterare l'equilibrio contrattuale.

5. Takeaway

Le brevi riflessioni sin qui proposte possono essere così sintetizzate nelle seguenti conclusioni, con particolare riferimento all'ipotesi in cui le trattative vertono in una **fase intermedia** (§4.2(ii)), che si ritiene essere di maggiore interesse per gli operatori, in quanto plausibilmente più diffusa:

- si può ragionevolmente sostenere che l'emergenza sanitaria ed economica in atto rappresenti, laddove generi in concreto una alterazione apprezzabile della valutazione di convenienza del contratto oggetto di negoziazione, nonché in presenza degli ulteriori elementi sopra menzionati (*e.g.* assenza di *mitigant* ad essa appositamente dedicati, situazione emergenziale non avanzata da un punto di vista temporale), un **giustificato motivo** per interrompere delle trattative. In questo caso, la responsabilità pre-contrattuale sarebbe, se non esclusa, mitigata in modo significativo;
- coerentemente, in assenza delle circostanze sopra descritte, la stessa situazione fattuale non costituirà un giustificato motivo di recesso dalle trattative, potendo invece essere fonte di responsabilità per il contraente illegittimamente ritiratosi; e infine
- ogni valutazione rispetto ai profili sopra esaminati andrà svolta in concreto avuto riguardo alle caratteristiche del caso specifico, e tenuto anche conto dello stadio di avanzamento delle trattative e dei rapporti intercorsi tra le parti, del dato temporale in cui verte la situazione emergenziale al momento dell'interruzione, nonché infine della *disclosure* (e del grado della medesima) intervenuta tra le parti fino a quel momento.



Focus Team Private Equity

Il Focus Team è una costellazione di competenze in diversi ambiti di attività con focus sul *private equity*.

Eliana Catalano

Societario

Giulia Bianchi Frangipane

Societario

Renato Bocca

Contenzioso

Stefano Brunello

Fiscale

Antonio La Porta

Bancario e finanziario

Stefano Micheli

Societario

Carlo Montagna

Societario

Stefano Nanni Costa

Societario

Umberto Nicodano

Societario

Alessandra Piersimoni

Societario

Vittorio Pomarici

Lavoro

Augusto Praloran

Societario

Mario Roli

Societario

Gianfranco Veneziano

Societario

Filippo Chiodini

Societario e

Ristrutturazioni/ Fallimentare