



Clausole di forza maggiore e hardship

I contratti internazionali e l'impatto con la pandemia

Avv. Pietro Longhini - Studio Legale Longhini



Che cosa impatta sui contratti internazionali e sulla loro esecuzione?
non è la pandemia in sé - che sarebbe neutra sulle economie - ma sono le misure restrittive di contrasto alla sua diffusione

Effetti diretti:

- Chiusura di attività;
- Limitazione alla circolazione delle persone (lavoratori, tecnici, etc.);
- Limitazione agli scambi;
- Interruzione delle esportazioni;
- Nel futuro rischio di costituzione di nuove zone rosse di quarantena per singoli focolai;

Effetti indiretti:

- Restrizione della domanda
- Crisi di liquidità



Macro situazioni

Attuale:

- chiusura forzata *ex lege* di attività produttive e commerciali
- indisponibilità di alcuni beni e servizi

Attuale e futura:

- rischi nuove chiusure
- contrazione della domanda e dei flussi in genere
- crisi di liquidità





Il principio che informa i contratti è: *pacta sunt servanda*. Un volta concluso il contratto, esso è legge fra le parti, non ci si può sottrarre alla sua esecuzione

Ma a volte, in maniera imprevedibile, subentrano degli eventi straordinari, per definizione non ricorrenti, che impediscono o rendono più difficoltosa la performance contrattuale

Possono riguardare il debitore della prestazione caratteristica

Ad esempio il fornitore che non ha più la possibilità di predisporre la merce in maniera tempestiva rispetto alle scadenze contrattuali

Possono riguardare il creditore della prestazione caratteristica

Ad esempio il cliente che non ha più le disponibilità economiche sufficienti per ottemperare alle obbligazioni di pagamento



Il contratto, in caso di evento imprevedibile, straordinario e non imputabile

Contiene una clausola di forza maggiore o di *hardship* o sospensione ovvero la richiama



Occorre verificare il contenuto

Non contiene alcuna clausola



Occorre verificare quale legge si applica al contratto

le parti hanno scelto la legge

Le parti non hanno scelto la legge



In particolare occorre verificare se l'evento epidemico, pandemico o le misure di contenimento sono o meno espressamente indicate o comunque incluse

Se siamo in ambito europeo si applica il Regolamento 593/2008 Roma I. La regola generale prevede che si applica la legge del paese con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto (paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha la residenza). In una fornitura ad esempio è la legge del paese a cui appartiene il fornitore

Se siamo in ambito extra-europeo legge 218/1995 (in particolare art. 57 che richiama le convenzioni internazionali)

Prima verifica da effettuare nel contratto: presenza di *emergency rules*, ovvero clausole per eventi eccezionali

Forza maggiore

Hardship
(avversità)

Sospensione della
prestazione



FORZA MAGGIORE

La causa di forza maggiore opera come condizione assolutoria dell'inadempimento contrattuale nel momento in cui la sinallagmaticità (corrispettività) delle prestazioni contrattuali viene meno in virtù di eventi straordinari ed imprevedibili che generano uno squilibrio di forze all'interno del rapporto contrattuale. Ciò significa che se non si adempie, non si può essere ritenuti responsabili.

Non c'è una univoca definizione di causa di forza maggiore, né in ambito domestico né internazionale, ma le sue caratteristiche - soggettive ed oggettive - sono **l'imprevedibilità, la sopravvenienza dell'evento, la straordinarietà, la non imputabilità e l'insuperabilità** (*extraordinary, unpredictable, supervening and unavoidable events*)



Esistono tre modelli nell'ambito del diritto internazionale

1) Camera di commercio internazionale 2003: prevede una soglia più bassa dell'impossibilità, ovvero si può invocare anche quando l'evento non è assolutamente impossibile ma va almeno oltre il ragionevole controllo dell'obbligato, ovvero l'inadempimento non può essere ragionevolmente evitato da chi vi è tenuto

3) art. 79.2 Convenzione di Vienna del 1980 (che riguarda però solo la compravendita di beni mobili) che mescola i contenuti tipici della clausola di forza maggiore con quella di *hardship*.

2) Principi Unidroit 2016 articoli 6.2.3. e 7.1.7: mirano alla conservazione del contratto a tutti i costi: se le parti non riescono a rinegoziare ci deve pensare il giudice o l'arbitro

Una delle clausole tipiche di **Force Majeure** può essere la seguente: *"None of the parties shall be held responsible for the delay or total or partial non execution of contractual obligations when such delay or non execution is due to any event that cannot be ascribed to the parties and is out of their reasonable control, including for example, environmental disasters, revolts, uprising actions taken by public authorities, fires, earthquakes, floods, and if produced on a national scale, power blackouts. In these cases such party shall provide a written notice to the other party whom, if such situation of greater force persists for more than 90 days, shall be entitled to terminate the contract."*



Elenco degli eventi la cui verifica fa scattare la clausola guerre, atti di terrorismo, eventi catastrofici, scioperi, *factum principis*, etc.



Definizione di impedimento: impossibilità assoluta o mera difficoltà



Temporaneità dell'evento



Termine di notifica a controparte



Dovere di *mitigation*, ovvero di riduzione dei danni



Dovere di dare prova di tutti gli sforzi compiuti per adempiere ugualmente



Diritto della controparte di sospendere la controprestazione



Dovere di tenere informata la controparte



Diritti di risolvere il contratto se l'evento dura oltre un certo tempo

Attestazione di
evento
straordinario

Il decreto c.d. "Cura Italia" (DL 17 marzo 2020, nr.18, convertito con legge 27 del 24 aprile 2020), ha espressamente definito all'art. 56 l'epidemia COVID-19 come "evento eccezionale di grave turbamento dell'economia, anche ai sensi dell'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea" e "calamità naturale".

Certificati forza
maggiore

Su richiesta del MISE le singole Camere di Commercio sono obbligate ad emettere una certificazione circa lo stato di calamità, da utilizzare per le controparti estere

Soglia di
imprevedibilità

La soglia di imprevedibilità è fissata al 12 gennaio, quando i cinesi hanno trasmesso il primo report all'OMS. L'OMS ha poi ufficialmente dichiarato la pandemia l'11 marzo 2020



In ambito internazionale noi giuristi di *civil law* abbiamo sempre fatto fatica a comprendere la *ratio* profonda delle clausole c.d. di *hardship* (sorelle minori delle clausole di *force majeure*), ovvero quelle adibite a trovare soluzioni negoziali quando le condizioni contrattuali mutano nel tempo, rendendo più onerosa del previsto la prestazione di una delle parti; esse introducono un - per noi strano - **obbligo di negoziazione**, con annessi poteri equitativi attribuiti al giudice per conservare il contratto rimodellando l'operazione economica originariamente conclusa dalle parti rispetto ad uno scenario imprevedibile che si è manifestato.

Esempi di casi nei quali può operare: impennate nei prezzi della materia prima o dei noli

Caratteristiche hardship

Essa si fonda sui **medesimi presupposti** della causa di forza maggiore (straordinarietà, imprevedibilità, non-imputabilità, inevitabilità), ma non prevede l'impedimento *tout cour* ma solo una eccessiva onerosità con alterazione dell'equilibrio del contratto (ad esempio aumento del costo delle materie prime, cancellazione dei voli). In questo caso scatta **un obbligo di rinegoziare**, e se non si arriva ad un risultato, la parte che ha subito l'evento può terminare il contratto (*extrema ratio*). L'obiettivo è la salvaguardia del contratto attraverso la sua rimodulazione e rimodellamento per cui **meglio si adatterebbe al contesto attuale**. Spesso i confini fra *force majeure* e *hardship* sono poco definiti, salvo che per gli effetti e gli obiettivi.

Esempio formulazione

Hardship: *"a party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performances onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract. Notwithstanding paragraph 1 of this clause, where a party to a contract proves that: a) the continued performance of its contractual obligations has become excessively onerous due to an event beyond its control which it could not reasonably have been expected to have taken into consideration at the time of the contract conclusion and that b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of the clause, to negotiate alternative terms which reasonably allow to overcome the consequences of the event"*.

Differenze fra clausole forza maggiore e hardship

Presupposti

Forza maggiore

Eventi imprevedibili ed inevitabili fuori dal controllo della parte che li subisce

Hardship

Eventi imprevedibili ed inevitabili fuori dal controllo della parte che li subisce

Conseguenze

La prestazione diventa temporaneamente del tutto impossibile

La prestazione diventa solo molto più onerosa, ma è ancora possibile

effetti

Sospensione della prestazione/ritardo - *termination*

Obbligo di negoziazione o *termination*

sospensione

A volte nei contratti mancano le clausole di forza maggiore e/o di hardship ma vi sono clausole che prevedono la sospensione dell'obbligazione (ad esempio quando l'altra parte non esegue la propria (in Italia art. 1460 c.c.) ovvero quando (in Italia art. 1461 c.c.) successivamente alla conclusione del contratto le condizioni patrimoniali dell'altra parte pongono in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione. Non si tratta di un rimedio risolutorio ma esso legittima una **forma di autotutela** laddove non venga prestata una idonea garanzia della parte potenzialmente inadempiente.



Impossibilità definitiva sopravvenuta (1256 c.c.)

Adempimento parziale (1258)

Impossibilità totale della prestazione (1463 c.c.)

Riduzione della prestazione per impossibilità parziale (1464 c.c.)

Sospensione delle prestazioni (1460 e 1461 c.c.)

Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta
(1467 c.c.)

Articolo 91 Decreto Cura Italia: obbligo di valutazione della
responsabilità del debitore e disattivazione dell'art. 1218 cc

Cosa succede se manca una clausola di forza maggiore o *hardship* o sospensione e la legge che risulta applicabile al contratto nulla dispone al riguardo, come per esempio negli ordinamenti di common law?

Nei paesi di *common law* – che non si basano su una codificazione scritta – si sono affermate delle dottrine molto severe che sono quelle della *frustration* (inglese) o della *impracticability* o *impossibility* (americane): quando l'esecuzione della prestazione, dato il mutamento repentino delle circostanze, è divenuta radicalmente impossibile o totalmente inutile per il creditore, si verifica l'estinzione del contratto, che caduca senza alcun obbligo risarcitorio. Tali dottrine non si applicano se la prestazione è semplicemente divenuta più difficile o onerosa, se l'impossibilità è dipesa dal comportamento di una parte ovvero se l'evento era in qualche modo prevedibile (ad esempio per contratti conclusi dopo la dichiarazione di pandemia). Il concetto di impossibilità secondo il diritto di *common law* è molto rigido e senza eccezioni, la maggiore difficoltà od il maggiore costo non rilevano. Ad oggi pochissime sentenze hanno riconosciuto le epidemie come motivo di forza maggiore



Domande che il fornitore deve porsi

- Sono in lock down?
- Se non sono in lock down posso eseguire la prestazione come prevista oppure no?
- I miei sub-fornitori sono in lock down?
- Posso eseguire la prestazione ma in maniera diversa, magari solo in parte?
- Ho interesse a risolvere il contratto definitivamente o solo a sospendere?
- Ho interesse a rinegoziare?
- Posso ritardare la prestazione?
- Quanto mi costa?





Domande da porsi per il cliente

- Ho ancora interesse a ricevere la prestazione?
- Ho interesse a ricevere la prestazione ma eventualmente in un periodo successivo ?
- Sono disponibile a rinegoziare i termini della fornitura?



Consigli per i contratti già conclusi

Ogni soluzione passa attraverso una attenta *due diligence* del singolo contratto, con l'obiettivo prioritario della conservazione del contratto e della salvaguardia dello stesso attraverso una rinegoziazione (*win-win strategy*): solo in caso di insuccesso si attivano le opzioni più gravi (*termination*).

- per fare una buona mediazione bisogna però rendersi conto della situazione, conoscere e far conoscere alla controparte i propri punti di forza, ed in ogni caso eccepire la situazione emergenziale;
- fondamentale verificare se gli eventi pandemici sono in grado di generare effetti sospensivi/interruttivi;
- occorre anche verificare l'eventuale possibilità di copertura assicurativa



Consigli per i contratti da concludersi

Come negoziare i futuri contratti, tenuto conto del rischio di nuove ondate di contagi ovvero di altre misure governative restrittive ad esse conseguenti?

- Prevedere sempre una clausola di forza maggiore comprendente il COVID-19 ed in genere gli eventi pandemici, i singoli focolai locali nonché le misure di contenimento;
- prevedere una automatica sospensione delle obbligazioni in presenza di certi presupposti;
- essere molto dettagliati sulle prestazioni da eseguire prevedendo delle alternative;
- indicare sempre la legge applicabile ed il foro competente su scelta delle parti





Le precedenti slides illustrano sinteticamente e senza ambizione di completezza le tematiche generali attinenti le clausole di forza maggiore ed hardship nell'ambito della la contrattualistica internazionale.

Per ogni esigenza, in ragione della complessità della materia, si raccomanda in ogni caso di acquisire un parere di un professionista in aggiunta alle informazioni di cui alle slides. Nessuna responsabilità derivante da un utilizzo improprio dei contenuti di cui sopra, da eventuali modifiche legislative intervenute o da possibili imprecisioni, potrà essere imputata agli estensori delle slides stesse.

