

**COVID-19 E GLI EFFETTI SUI CONTRATTI INTERNAZIONALI PENDENTI:
LE CLAUSOLE DI FORCE MAJEURE E HARDSHIP**

Il Covid-19, il cui impatto sembrava essere inizialmente circoscritto ai rapporti diretti con la Cina, sta manifestando i propri effetti sulla *supply chain* globale.

Tra le numerose domande che gli operatori economici si stanno ponendo vi sono in particolare quelle sulla corretta interpretazione delle clausole cosiddette *force majeure* e *hardship* di norma presenti nei contratti internazionali.

In questo articolo si cercherà di approfondire il corretto *iter* interpretativo dei contratti internazionali fornendo alcuni esempi concreti di valida sospensione di rapporti contrattuali internazionali pendenti.

L'iter interpretativo dei contratti internazionali: i tre pilastri

L'*iter* ordinariamente seguito per regolare un rapporto commerciale internazionale prevede quale primo ed essenziale passo l'individuazione della legge applicabile al fine di conoscere con anticipo i limiti e le regole ai quali il singolo contratto sarà assoggettato, seguirà poi l'individuazione delle specifiche clausole e pattuizioni che regolano il singolo rapporto contrattuale.

Per valutare quali siano gli effetti giuridici di una sopravvenienza, come quella del Covid-19, sui contratti internazionali pendenti - una sopravvenienza che può incidere sulla capacità di uno dei contraenti di adempiere o comunque incidere sull'originario equilibrio economico - è prima di tutto necessario richiamare i c.d. *tre pilastri* che contraddistinguono e compongono un contratto internazionale.

Primo pilastro: il regolamento contrattuale.

Il primo pilastro impone di individuare le singole clausole che i contraenti hanno inteso inserire nell'accordo, con ciò verificando la disciplina giuridica applicata ed il *wording* impiegato. Quest'ultimo, in particolare potrà, in sede interpretativa o nell'ambito di una controversia, divenire oggetto di attento scrutinio.

Secondo pilastro: il diritto applicabile.

Il secondo pilastro impone di individuare il diritto applicabile al contratto. È dunque necessario accertare se i contraenti hanno previsto una specifica clausola con la quale fanno riferimento al diritto applicabile. In caso di *no choice*, sarà necessario applicare gli ordinari strumenti interpretativi, verificando, per esempio, se il contratto rientra nelle previsioni della convenzione di Vienna del 1980 sulla compravendita internazionale di merci. A tal proposito è bene tenere conto del fatto che la definizione di *compravendita* alla quale la Convenzione ricorre è assai più ampia di quella adottata dal Legislatore italiano all'Art. 1470 c.c.

Terzo pilastro: il giudice competente.

Il terzo pilastro impone di definire ed individuare il soggetto o l'organo deputato a dirimere eventuali controversie relative al contratto internazionale.

Anche in questo caso, può accadere che il contratto preveda espressamente una clausola di *choice forum* e, quindi, designi un giudice nazionale, oppure - come di frequente accade - preveda una clausola arbitrale.

I tre pilastri, come anzi brevemente descritti, rappresentano la necessaria chiave di lettura per la valutazione dell'impatto del Covid-19 sui contratti internazionali pendenti, ciò per i seguenti motivi:

(i) nel caso in cui il contratto non determini la legge applicabile, l'art. 28, co. 2, Legge Modello *Uncitral* e l'Art. 21, co.1, Regolamento Arbitrale della *International Chamber of Commerce (ICC)* di Parigi, onerano gli arbitri della determinazione del diritto applicabile al contratto.

Gli arbitri hanno quindi il potere di stabilire direttamente il diritto applicabile al contratto *de quo*, che potrebbe essere, per esempio, la *Lex Mercatoria* combinata con i principi *Unidroit* oppure i soli stessi principi *Unidroit* per i contratti commerciali internazionali;

(ii) l'individuazione del soggetto deputato a dirimere controversie permette, soprattutto nel caso in cui si tratti del giudice nazionale, l'individuazione propria del soggetto eventualmente tenuto a interpretare il contenuto del regolamento contrattuale e, quindi, giudicare, per esempio, se l'inadempimento di una parte sia scusabile o meno.

L'importanza dei provvedimenti delle Autorità Governative

Il Coronavirus ha creato un'emergenza economica e sanitaria che ha reso necessario lo stanziamento di eccezionali misure di ordine pubblico per il contenimento del virus, tra cui la chiusura di stabilimenti produttivi e delle attività commerciali per un determinato periodo di tempo. I provvedimenti adottati dalle autorità governative per fronteggiare il diffondersi del contagio sono circostanze idonee ad essere qualificate come *force majeure* o che possono incidere ai fini della cosiddetta *hardship*.

A questo proposito, ci sono due esempi interessanti:

- il China Council for the Promotion of International trade (CCPIT), a fine febbraio 2020, ha rilasciato circa 5600 certificati attestanti che il Covid-19 opera come *force majeure* rispetto alle aziende cinesi che ne fanno richiesta, ciò a giustificazione dell'eventuale impossibilità di adempiere;
- il Governo indiano ha fatto lo stesso, con un comunicato ufficiale del Ministero delle finanze emanato in data 19 febbraio 2020.

È una prassi costante che nei contratti internazionali le parti stabiliscano dei termini di adempimento e che questi termini vengano convenzionalmente delineati con riferimento alla categoria dei c.d. *Business days*.

Convenzionalmente, essi sono i giorni di operatività delle banche (quindi, apertura dal lunedì al venerdì e chiusura il sabato, la domenica e le cosiddette *national public holidays*).

I provvedimenti adottati dalle Autorità Governative degli Stati interessati dalla crisi pandemica, come l'Italia, gli Stati Uniti d'America e l'Australia, hanno previsto il lockdown, ossia la sospensione di interi settori produttivi, sospensione che ha inciso sulla possibilità di una parte contraente di adempiere correttamente agli obblighi assunti con riguardo ad un determinato contratto. Tutti i provvedimenti di lockdown hanno precisato che gli istituti di credito in generale sono esonerati dalla sospensione delle attività e continuano quindi a garantire la loro operatività. Ciò significa che, se una parte del contratto è interessata dal provvedimento di lockdown e non può adempiere correttamente alla prestazione, se nel suo contratto internazionale vi sono una serie di obblighi, una serie di adempimenti od una serie di comportamenti, i quali sono stati previsti con riferimento a delle tempistiche delineate facendo riferimento all'operatività delle banche, il decorso di quei termini non viene interrotto da quel provvedimento dell'Autorità Governativa.

Alla luce di quanto sopra, si rende necessario verificare con attenzione la posizione della parte contraente con riguardo allo specifico contratto e quelle che possono essere le conseguenze non

immediatamente previste e prevedibili alla luce degli effetti del Covid-19 e degli interventi dell'Autorità Governativa.

Inquadramento delle clausole di force majeure e di hardship

Nei contratti internazionali sono spesso presenti la clausola *force majeure* nonché la clausola *hardship*, le quali tendono a prevedere ed a regolare quegli eventi imprevedibili che consentono alla parte colpita di liberarsi dall'obbligo di adempiere.

Come si pone l'emergenza Covid-19 in relazione a queste clausole?

Il punto di partenza è rappresentato dalla nozione di *force majeure* come formulata dalla clausola standard predisposta nel 2003 dalla *International Chamber of Commerce (ICC)* di Parigi, spesso richiamata nei contratti commerciali internazionali.

La clausola racchiude l'insieme delle circostanze non imputabili alle parti che comportano l'impossibilità di adempiere alle obbligazioni contrattuali ed indica quali sono i requisiti che la parte che invoca la forza maggiore ha l'onere di provare per poterne legittimamente invocare l'esistenza.

La clausola indica altresì una serie di eventi in cui invece si presume che tali requisiti ricorrano, ed alla lettera (e) sono proprio declinati eventi quali quelli in esame: calamità, peste, epidemia, catastrofi naturali.

La clausola infine indica quali sono i comportamenti che la parte colpita dall'evento di forza maggiore è comunque tenuta a porre in essere per poterla legittimamente invocare.

Principio generale è che il debitore deve rispondere dell'inadempimento salvo che non provi l'esistenza di un'impossibilità a lui non imputabile, cioè un impedimento che è al di fuori del suo ragionevole controllo e che non poteva ragionevolmente prendere in considerazione al momento della conclusione del contratto.

Le caratteristiche dell'evento che il debitore è onerato di provare per sottrarsi all'adempimento sono dunque: inevitabilità, imprevedibilità e impossibilità materiale della prestazione.

Come sopra anticipato, vi sono alcune ipotesi - quali l'epidemia - per le quali la clausola introduce una presunzione, secondo la quale se la parte che ne invoca l'applicazione debba limitarsi a provare l'esistenza dell'evento.

Si presume pertanto che in presenza di uno o più di questi eventi siano soddisfatte le condizioni di forza maggiore e che la parte interessata non debba dimostrare che l'evento era fuori dal suo controllo, era inevitabile, era imprevedibile e vi è l'impossibilità materiale della prestazione, lasciando all'altra parte l'onere di provare il contrario. La parte che invoca la forza maggiore deve in ogni caso dimostrare l'esistenza dell'evento di forza maggiore, ovvero che gli effetti dell'impedimento non potevano ragionevolmente essere evitati o superati.

Quanto ai comportamenti che la parte colpita dall'evento deve porre in essere per poter legittimamente invocare la forza maggiore, la clausola prevede: i) la tempestiva comunicazione dell'esistenza della forza maggiore e ii) l'adozione di tutte le misure idonee a limitare gli effetti dell'impedimento.

Il corretto adempimento di tali oneri è condizione per giustificare legittimamente l'inadempimento.

Una volta invocata, la clausola potrà incidere sul contratto nel senso di imporre alle parti un tentativo di rinegoziazione o se l'impedimento è irreversibile, determinare la risoluzione del contratto.

La clausola di *hardship* disciplina invece una situazione differente.

Essa infatti regola circostanze diverse rispetto a quelle che integrano il concetto di forza maggiore, prevedendo le ipotesi in cui l'evento fuori dal controllo del debitore, imprevedibile ed inevitabile, non incide sulla materiale eseguibilità della prestazione, bensì sulla sua onerosità, sulla convenienza dell'adempimento.

Anche in questo caso, il debitore per poter essere esonerato dall'adempimento dovrà offrire la prova l'esistenza dell'*hardship* e tenere tutti quei comportamenti già analizzati con riferimento alla forza maggiore.

Il debitore che ha legittimamente invocato la clausola, se previsto da contratto, dovrà avviare un tentativo di rinegoziazione ad esito del quale le strade rimediali potranno essere diverse, perché se la rinegoziazione funziona, il contratto prosegue alle nuove condizioni; se la rinegoziazione fallisce, potrà invocare legittimamente il diritto di recesso, almeno secondo la formulazione standard della clausola.

Da quanto sin qui esposto è evidente la caratteristica comune delle due clausole esaminate di delimitare e circoscrivere l'ambito di operatività dell'adempimento, dell'esattezza della prestazione dovuta, e degli impedimenti che possono incidere sulla eseguibilità materiale.

Entrambe le pattuizioni, infatti, esonerano il debitore dall'adempimento e dalle conseguenze negative dell'inadempimento.

La forza maggiore attiene a situazioni estranee al controllo del debitore, che si traducono poi in una vera e propria impossibilità della prestazione.

L'*hardship* invece richiama una situazione che l'ordinamento italiano riconduce all'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta, disciplinata dall'art. 1467 cc.

Tale ultima ipotesi è più ampia di quella della forza maggiore perché non si riferisce esclusivamente alla prestazione dovuta, che per eventi eccezionali può essere diventata eccessivamente gravosa per il debitore, ma comprende il più ampio equilibrio sinallagmatico della prestazione. Infatti, è pacifico sia in dottrina che in giurisprudenza che l'eccessiva onerosità si possa anche avere quando la prestazione si può avere in sé, ma è diventato infimo il valore della controprestazione, cioè la controprestazione si è così deprezzata e svalutata da non avere e non rappresentare più un corrispettivo adeguato rispetto alla prestazione che è rimasta possibile. Anche in questo caso, quindi, l'esecuzione diventa eccessivamente onerosa.

Le clausole in esame rispondono ad una esigenza di uniformazione del diritto, vogliono quindi provare a definire in termini uniformi il profilo della responsabilità per inadempimento.

Se l'evento che viene denunciato e che si assume effettivamente accaduto integra uno degli eventi indicati dalla clausola, il debitore ha assolto la difficile prova della inevitabilità e imprevedibilità dell'evento. Controparte potrà dimostrare il contrario, cioè che l'evento non si sia realizzato o che l'evento non è idoneo ad escludere la responsabilità del debitore.

Trovando tuttavia applicazione nei contratti internazionali, i sistemi giuridici nazionali possono talvolta offrire risposte divergenti, attraverso una più attenta regolamentazione delle regole distributive dell'onere della prova, in particolare nell'ambito della clausola di *force majeure*.

Per quanto riguarda l'*hardship* è necessario sottolineare la necessità di incentivare la rinegoziazione. Essa ha un indubbio vantaggio, in quanto permette un adeguamento parametrato alla reale entità della sopravvenienza sfavorevole.

Tuttavia, c'è un limite piuttosto significativo: la rinegoziazione può difficilmente trasformarsi in un obbligo. Infatti, nel caso che una delle parti si rifiuti di rinegoziare il contratto, o che una delle stesse abbia condotto una trattativa maliziosa, cioè si mostra apparentemente favorevole a rinegoziare ma poi in concreto offre delle condizioni inaccettabili dalla controparte, essa poi può agire con la risoluzione o comunque può decidere di sciogliere il contratto.

In conclusione, la situazione legata all'emergenza sanitaria in atto costituisce un evento che assume quei contorni di eccezionalità e imprevedibilità che possono incidere sulla possibilità o sulla onerosità dell'esecuzione della prestazione.

Tuttavia, in concreto, è possibile invocare le clausole di *force majeure* e *hardship* solamente dopo aver eseguito una attenta valutazione della situazione e delle eventuali clausole inserite nel contratto.

Senza dubbio, in quei casi in cui non c'è una vera e propria impossibilità dovuta alla *force majeure*, si può tentare di invocare l'*hardship*, ma in termini rimediali permangono le seguenti perplessità:

- i) vi è una oggettiva difficoltà ad invocare il rimedio della risoluzione, poiché essa presuppone che la parte che decide di invocare la clausola possa agevolmente cercare altrove la prestazione, e questo oggi non è scontato all'interno di una situazione compromessa a livello mondiale;
- ii) vi è la problematica della rinegoziazione alla luce delle singole regolamentazioni offerte dai singoli Stati o dall'assenza di regolamentazione dei singoli Stati.

Carlo Edoardo Martina