

Covid-19 e impossibilità di adempiere: cosa fare?

1

8 Raccomandazioni per le imprese

Premessa

La pandemia da Covid-19 e/o le conseguenti misure di contenimento adottate dal Governo Italiano hanno posto numerose imprese nella condizione di non poter correttamente adempiere gli obblighi contrattuali assunti con le proprie controparti.

Le seguenti 8 Raccomandazioni intendono fornire alcune indicazioni pratiche a quelle imprese che si trovino attualmente impossibilitate ad adempiere a causa dell'emergenza Covid-19 e che abbiano in essere contratti contenenti una clausola di forza maggiore. Si noti però che molte delle Raccomandazioni qui esposte potrebbero risultare opportune anche nel caso in cui il contratto non contenga la clausola di forza maggiore, fermo restando che dovranno comunque necessariamente essere integrate alla luce del diritto applicabile al contratto e delle circostanze concrete.

Le presenti Raccomandazioni, in ogni caso, hanno uno scopo puramente informativo e non costituiscono né devono essere intese alla stregua di un parere legale. Specifici fatti e circostanze differiscono per ciascuna impresa ed impongono un esame specifico. Pertanto, si suggerisce comunque di consultare, preventivamente, un proprio legale di fiducia.

Raccomandazione No. 1

In primo luogo, **è indispensabile revisionare tutti i contratti pendenti** al fine di verificarne l'esatto contenuto ed in particolare:

- a) Il termine entro cui devono essere eseguite le prestazioni;
- b) Se il contratto contenga una clausola di forza maggiore (c.d. *Force Majeure Clause*);
- c) Quale sia la legge applicabile al contratto (c.d. *Choice of Law Clause*).

N.B.: se il contratto non contiene una clausola di forza maggiore si applicheranno i rimedi previsti dal diritto applicabile al contratto

(ad es., se il contratto è retto dal diritto italiano potrebbero trovare applicazione gli artt. 1218, 1256 e 1463 c.c. in materia di impossibilità sopravvenuta, l'art. 91 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 o, per le obbligazioni pecuniarie, l'art. 3 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231; se il contratto è retto dal diritto inglese l'istituto di riferimento sarà quello della *frustration* mentre se retto dal diritto dello Stato di New York si applicherà la così detta *impracticability*).

N.B.: 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).

Raccomandazione No. 2

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) Se fra gli eventi contemplati dalla clausola siano inclusi: pandemia (ad es., *pandemic; epidemics*) e/o provvedimenti della pubblica autorità (ad es., *quarantine restrictions; act of authority; acts of government*);
- b) Laddove la clausola non contempli questi eventi fra quelli espressamente elencati, se siano compresi eventi affini e/o espressioni generali (es., *extreme natural event; Act of God*);
- c) In ogni caso, se – sulla base di quanto previsto nella clausola stessa - l'elenco contenuto nella clausola sia da considerarsi tassativo o meramente esemplificativo;
- d) Se sia previsto un termine entro cui notificare alla controparte l'evento di forza maggiore (c.d. *Notice*);

e) 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).

Raccomandazione No. 3:

È necessario che la notifica sia fatta secondo quanto prescritto nel contratto. In particolare:

3

a) Se la clausola di *Force Majeure* prevede un termine entro cui si deve notificare l'evento alla controparte è necessario rispettare tale termine;

b) Se la clausola prevede che la notifica debba avvenire “*without delay*” or “*within a reasonable time*” è necessario inviare la notifica senza indugio e il più tempestivamente possibile, ma anche nel silenzio del contratto, è opportuno che la notifica sia inviata senza indugio;

c) La notifica deve indicare (oltre a quanto eventualmente previsto nel contratto): (i) l'evento impeditivo della prestazione (ad es., la dichiarazione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità che ha accertato lo stato di pandemia; il provvedimento del Governo Italiano che ha imposto la chiusura delle attività produttive non essenziali); (ii) la data dell'evento impeditivo (che deve essere successiva alla conclusione del contratto); (iii) le ragioni che, in concreto e con riguardo alla singola impresa, rendono definitivamente o temporaneamente impossibile l'esecuzione della prestazione; (iv) gli sforzi che sono stati posti in essere per evitare e/o superare l'impedimento ad eseguire correttamente la prestazione.

d) La notifica deve essere comunicata: (i) per iscritto; (ii) secondo le modalità prescritte nel contratto ed in ogni caso con modalità che favoriscano la prova della sua ricezione (ad es., raccomandata con ricevuta di ritorno; pec); (iii) all'indirizzo espressamente indicato nel contratto (o a quello della sede legale del destinatario).

N.B.: Una volta ricevuta la notifica, la controparte destinataria della stessa ha diritto a sospendere la controprestazione. Inoltre, se la prestazione diviene definitivamente impossibile o la sospensione si protrae oltre il termine massimo eventualmente previsto dalla clausola di forza maggiore, la controparte che riceve la notifica ha diritto a chiedere (i) la risoluzione del contratto e (ii) la restituzione di quanto eventualmente anticipato a titolo di corrispettivo per la prestazione che non potrà essere ricevuta a causa dell'impossibilità.

Raccomandazione No. 4:

Se la clausola di *Force Majeure* 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.**

A questo proposito si deve notare che in data 25 marzo 2020 il MISE ha adottato una circolare in cui si prevede che: «*su richiesta dell'impresa, quale documento a supporto del commercio internazionale, le Camere di commercio, nell'ambito dei poteri loro riconosciuti dalla legge, possono rilasciare dichiarazioni in lingua inglese sullo stato di emergenza in Italia conseguente all'emergenza epidemiologica da COVID-19 e sulle restrizioni imposte dalla legge per il contenimento dell'epidemia. Con le predette dichiarazioni le Camere di commercio potranno attestare di aver ricevuto, dall'impresa richiedente il medesimo documento, una dichiarazione in cui, facendo riferimento alle restrizioni disposte dalle Autorità di governo e allo stato di emergenza in atto, l'impresa medesima afferma di non aver potuto assolvere nei tempi agli obblighi contrattuali precedentemente assunti per motivi imprevedibili e indipendenti dalla volontà e capacità aziendale*».

Facendo seguito a tale circolare, Unioncamere ha provveduto a rendere disponibile alle Camere di Commercio uno schema di dichiarazione sia in italiano che in inglese.

N.B. 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 (cfr. Raccomandazione No. 5).

N.B.: quanto alle modalità per richiedere il rilascio della dichiarazione, dall'analisi delle prassi adottate dalle varie Camere di Commercio, emerge la possibilità di richiedere la dichiarazione attraverso l'applicativo Cert'ò di Infocamere, selezionando come tipologia di pratica "richiesta visti e autorizzazioni". In ogni caso, si raccomanda di consultare il sito internet ovvero di contattare la propria Camera di Commercio di riferimento al fine di verificare: (i) la predisposizione da parte della Camera di Commercio di eventuali moduli per la richiesta di dichiarazione; (ii) ulteriori percorsi *online* per la richiesta di dichiarazione; (iii) le modalità per il ritiro della dichiarazione; (iv) la possibilità di richiedere la dichiarazione direttamente allo Sportello della Camera di Commercio.

Raccomandazione No. 5:

Generalmente, le clausole di *Force Majeure* 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.**

Raccomandazione No. 6:

Le clausole di forza maggiore spesso contemplano in capo alla parte vittima dell'evento l'obbligo di mitigare i danni. Tale obbligo, anche se non espressamente previsto nel contratto, dovrà essere comunque adempiuto alla luce delle norme imperative applicabili al contratto.

Alla luce di ciò, **è 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.

Raccomandazione No. 7:

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 (cfr. Raccomandazione No. 3).

Raccomandazione No. 8:

La clausola di *Force Majeure* può essere attivata solo quando l'evento è sopravvenuto. Conseguentemente, **è opportuno che la notifica sia inviata solo in quei casi in cui il contratto sia stato concluso in data anteriore rispetto all'evento impeditivo.**

Inoltre:

- a) Di regola, la forza maggiore 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);
- b) Per i contratti non ancora conclusi (o conclusi successivamente agli eventi del Covid-19) si può ritenere che il Covid-19 non potrà essere invocato quale causa di forza maggiore. Infatti, per tali contratti, il Covid-19 e le conseguenti misure di contenimento non possono essere considerate eventi imprevedibili al tempo della conclusione del contratto;
- c) Per i contratti non ancora conclusi è dunque opportuno non fare affidamento sulla clausola di *Force Majeure* ma 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.

Roma, 9 aprile 2020

A cura di

Prof. Avv. Maria Beatrice Deli (ICC Italia, mariabeatrice.deli@iccitalia.org)
Prof. Avv. Giacomo Rojas Elgueta (D|R Arbitration & Litigation, rojas@drlaw.it)

Con il contributo dell'Area Affari Legislativi di Confindustria.