Forza maggiore e interesse del creditore: spunti dalla UK Supreme Court

di Francesca Benatti

Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato

Università Cattolica del Sacro Cuore

Sommario: 1. Il caso. – 2. L'interesse delle parti e la redazione della clausola di forza maggiore.

1. Il caso

Nel 2016 una impresa olandese, MUR (armatore), e una del Jersey, RTI (noleggiatore), avevano stipulato un accordo per il trasporto di bauxite da Conakry in Guinea a Dneprobugsky in Ucraina, tra il 1° luglio 2016 e il 30 giugno 2018. Era specificato che i pagamenti dovessero essere effettuati in dollari. Il contratto prevedeva, inoltre, la sospensione della prestazione qualora si fosse verificata una ipotesi di forza maggiore definita alla clausola 36.3 come un “evento o uno stato di cose che soddisfa tutti i seguenti criteri: (a) sia al di fuori dell'immediato controllo della Parte che ha inviato la notifica di forza maggiore; (b) impedisca o ritardi la prestazione nel porto di arrivo e in quello di partenza; (c) sia causata da uno o più atti di Dio, condizioni meteorologiche estreme, guerra, serrate, scioperi o altri disturbi del lavoro, esplosioni, incendi, invasioni, insurrezioni, blocchi, embargo, sommosse, inondazioni, terremoti, compresi tutti gli incidenti a moli, scaricatori e/o mulini, fabbriche, chiatte o macchinari, interruzione di ferrovie e canali a causa del ghiaccio o del gelo, norme o regolamenti governativi o interferenze o atti o direttive governative, costrizione di principi, restrizioni sui trasferimenti e sugli scambi monetari; (d) non possa essere superato con sforzi ragionevoli da parte della Parte interessata”.

Nell'aprile 2018, il governo statunitense, a causa delle tensioni tra Russia e Ucraina, decideva di imporre sanzioni economiche a imprenditori e attività russe. Tra questi figurava O. D., azionista di maggioranza di RTI. Nonostante tale società non fosse espressamente menzionata nei documenti governativi, l'estensione delle sanzioni anche a tutte le realtà facenti capo ai soggetti segnalati rendeva impossibile proseguire i pagamenti in dollari come previsto dal contratto. Di fronte alla scelta di MUR di invocare la clausola di forza maggiore, RTI offriva di pagare in euro, sopportando gli eventuali costi derivanti dal cambio. Al rifiuto di MUR, avviava l'arbitrato.

Il Tribunale arbitrale si pronunciava a favore di RTI con questa motivazione: pur rappresentando le sanzioni una ipotesi di forza maggiore, MUR non poteva avvalersi della clausola in quanto l'evento avrebbe potuto essere superato con i ragionevoli sforzi *ex* 36.3.d senza presentare alcuno svantaggio “perché la loro banca nei Paesi Bassi avrebbe potuto accreditare loro dei dollari USA non appena ricevuti gli euro. RTI non poteva ovviamente insistere sul diritto di effettuare i pagamenti in euro, perché i suoi obblighi di pagamento nel COA prevedevano il pagamento di dollari USA. Tuttavia, siamo convinti che si trattasse di un'alternativa del tutto realistica che MUR avrebbe potuto adottare senza alcun danno perché (i) RTI ha chiarito nella corrispondenza che si sarebbe fatta carico di qualsiasi costo aggiuntivo o perdita sul tasso di cambio per convertire gli euro in dollari USA e (ii) un

certo numero di pagamenti sono stati effettivamente effettuati da RTI in euro e convertiti al momento della ricezione da parte della banca di MUR; non vi è alcuna prova che MUR abbia rifiutato tali pagamenti” (1).

La decisione veniva ribaltata dalla High Court (2). Contro questa sentenza era proposta da RTI impugnativa, che veniva accolta. La Court of Appeal argomenta muovendo dalla interpretazione dei termini “*state of affairs*” e “*overcome*” considerati “ampi e non tecnici” e sui rilievi che “la clausola 36 deve essere applicata in un modo di buon senso che raggiunga lo scopo alla base degli obblighi delle parti - in questo caso concernente obblighi di pagamento - che MUR riceva la corretta quantità di dollari USA sul suo conto bancario al momento giusto. Non vedo perché una soluzione che garantisca il raggiungimento di questo scopo non debba essere considerata come un superamento dello stato di cose risultante dall'imposizione di sanzioni. È un uso ordinario e accettabile del linguaggio dire che un problema o uno stato di cose è superato se le sue conseguenze negative sono completamente evitate” (3). È opportuno sottolineare come la Corte chiarisca che la decisione si fonda sul testo del contratto e, soprattutto, sull'assenza di qualsiasi pregiudizio per MUR (4).

Il caso giungeva davanti alla Corte Suprema, che inquadra diversamente la questione. Nella motivazione unanime è statuito, infatti, come sia necessario valutare ai fini della decisione se l'espressione “sforzi ragionevoli” possa includere l'accettazione di un'offerta di una prestazione non prevista dal contratto in assenza di un espresso riferimento testuale. Tale impostazione era già stata avanzata dalla High Court e da Lord Arnold nella opinione dissenziente nella sentenza della Corte d'Appello attraverso un esempio. In un contratto che richiede il trasporto di un bene verso il porto A, inutilizzabile a causa di uno sciopero, viene offerto alla parte che invoca la clausola 36 di modificare il tragitto attraccando in un altro luogo senza pregiudizi o costi aggiuntivi. Ci si interroga se si tratti di una variazione legittima che non è possibile rifiutare. Secondo Lord Arnold, la risposta dovrebbe essere negativa, perché costituirebbe una prestazione alternativa non indicata dal contratto.

La Corte Suprema accoglie la medesima soluzione (5). Innanzitutto, è messo in luce come la valutazione degli sforzi ragionevoli si concentri sulle misure che dovrebbero essere prese per garantire la continuazione o la ripresa dell'adempimento del contratto, in seguito ad un evento eccezionale ed imprevedibile. Non riguarda, invece, quelle che avrebbero potuto o dovuto essere adottate per assicurare alla controparte una prestazione diversa. Nel caso in esame pertanto l'impegno di RTI avrebbe dovuto consistere nel tentare di pagare a MUR il trasporto della bauxite senza ritardi in dollari. L'offerta di adempiere in euro non ha, secondo la Corte, un impatto causale rilevante in quanto non consente di superare l'impedimento e cioè il divieto di utilizzare quella valuta.

Inoltre, grande rilevanza è attribuita al principio di libertà contrattuale, che “include la libertà di non contrarre; e la libertà di non contrarre include la libertà di non accettare l'offerta di eseguire una prestazione non stabilita dal contratto” (6). Pertanto, qualora i contraenti avessero voluto permettere anche tale evenienza, avrebbero dovuto introdurre nell'accordo una pattuizione specifica. Ad esempio, nella clausola 36.2 è previsto che successivamente a un evento di forza maggiore le “Parti si consulteranno in buona fede per apportare le modifiche più opportune al programma di spedizione”. Analogamente avrebbe potuto prevedere che “negli sforzi ragionevoli vanno ricomprese anche

prestazioni non contrattuali, purché non comportino per la parte che invoca la clausola costi o oneri aggiuntivi”. Oppure avrebbero potuto individuare un metodo come la rinegoziazione per superare l’impedimento. In assenza di tali disposizioni, non è possibile chiedere ad una parte di rinunciare all’obbligazione contrattuale fondamentale. Come sottolineato in una decisione a cui la Corte si richiama “non è una questione tra gli attori e i convenuti su ciò che è ragionevole o irragionevole, è una questione di contratto tra le parti” (7).

Infine, sono privilegiate le esigenze di certezza nella pratica degli affari. Mentre la posizione di MUR è ritenuta chiara e lineare, quella di RTI dipende da una valutazione soggettiva. È necessario, infatti, verificare se la prestazione alternativa (i) non comporti alcun danno o pregiudizio per la parte che chiede di invocare la clausola di forza maggiore e (ii) raggiunga lo stesso risultato dell’adempimento dell’obbligo contrattuale in questione.

Il primo aspetto non è di facile determinazione. Non è sufficiente, infatti, una valutazione esclusivamente oggettiva, ma devono essere considerati elementi soggettivi. L’ostacolo maggiore risiede, però, nella stessa nozione di “*detriment*”: qualsiasi pregiudizio, anche minimo, giustifica il rifiuto di accettare la prestazione alternativa? Deve trattarsi di un costo aggiuntivo o basta un minor vantaggio?

Ancora più complessa è l’analisi del secondo profilo. Non è sempre agevole individuare quale sia il risultato atteso dal contratto, e neppure se ve ne è uno solo. Spesso, infatti, gli accordi perseguono obiettivi diversi attraverso differenti pattuizioni. Tuttavia, anche qualora fosse possibile determinare con relativa sicurezza l’interesse delle parti, rimarrebbero dubbi riguardo alla eventualità che la prestazione alternativa raggiunga il medesimo risultato. Secondo la Corte, non è chiaro se sia necessaria la totale corrispondenza, o più probabilmente, una prossimità e quali debbano essere i limiti. Si tratta di una questione di gradi che può essere intesa in modo differente dai giudici.

È riconosciuto come il riferimento testuale a sforzi ragionevoli implichi dei margini di discrezionalità e anche una lettura attenta al contesto. La prospettazione offerta da MUR ha, però, il grande merito di ridurre l’incertezza. Al verificarsi di un evento di forza maggiore, qualora la parte contro cui è invocata la clausola non possa adempiere a quella prestazione specifica, il contratto si sospende e/o risolve. Ciò è coerente con la funzione di queste pattuizioni che servono a limitare i rischi e velocizzare le reazioni a fatti eccezionali. Non sarebbe efficiente che un contraente per avvalersi della clausola debba svolgere una attenta e complessa analisi. In tal caso non l’avrebbe probabilmente neppure inserita.

La considerazione emerge nell’esame della vicinanza, sollevata da RTI, di questa ipotesi con quelle di *frustration* originate dalla chiusura del canale di Suez. La Corte sottolinea, infatti, come la scelta di prevedere una clausola di forza maggiore sia dovuta anche alla volontà di evitare l’applicazione di tale teoria. Inoltre, anche questi casi dimostrerebbero come l’analisi debba vertere sulla individuazione precisa della prestazione contrattuale come risulta dal testo del contratto. In Eugenia (8), infatti, non era stata riconosciuta la *frustration* perché, in base al tenore letterale dell’accordo non vi era l’obbligo di passare per il canale di Suez, ma solo quello di percorrere la tratta abituale al momento dell’esecuzione della prestazione. Pertanto, anche una più lunga o complessa poteva essere

considerata ammissibile. Se le parti, dunque, avessero voluto una maggiore flessibilità avrebbero potuto stabilire l'obbligo di pagare "in dollari o altra valuta corrente", "come previsto dalla pratica degli affari".

2. L'interesse delle parti e la redazione della clausola di forza maggiore

La decisione adottata dalla Corte Suprema inglese può essere esaminata da due differenti prospettive. Innanzitutto, sembra plausibile ritenere che nell'ordinamento italiano la giurisprudenza avrebbe aderito alla soluzione adottata dal Tribunale arbitrale e dalla Corte d' Appello per la sostanziale equivalenza tra la prestazione contrattuale pattuita e quella alternativa offerta. La proposta di RTI di pagare i costi di cambio avrebbe, infatti, coperto i possibili disagi derivanti dalla diversa valuta, garantendo il soddisfacimento dell'interesse di MUR. Si tratta di una espressione del principio di buona fede, che impone la cooperazione tra le parti.

Benché, dunque, il risultato raggiunto dalla Corte Suprema sia troppo rigoroso, influiscono da un lato il testualismo nell'interpretazione tipico di questo ordinamento giuridico, e dall'altro l'esigenza di fissare un principio chiaro che possa essere applicato in tutti i casi concreti. Si vogliono, infatti, evitare decisioni soggettive e arbitrarie che dipendono dalla percezione di ogni giudice sull'alternativa migliore nella situazione specifica. Inoltre, emerge una sfiducia per soluzioni creative, che non possono essere giustificate alla luce del programma contrattuale pattuito. È evidente come venga considerato inefficiente affidare ad un terzo non esperto della pratica degli affari l'individuazione delle strategie commerciali e imprenditoriali migliori. Va, infatti, rilevata la difficoltà di effettuare certe scelte anche per parti sofisticate, soprattutto durante eventi eccezionali quali quelli di forza maggiore, nei quali molti elementi sono sconosciuti o incerti ed è necessario agire con rapidità.

Si nota quindi la distinzione tra l'ordinamento italiano - che tende alla ricerca di soluzioni apparentemente equitative o di bilanciamento e compensazione dei contrastanti interessi, che spesso non sono tali - e quello inglese, che privilegia la certezza non sempre "giusta", nella consapevolezza della impossibilità di sostituirsi alle parti nella valutazione dei loro interessi.

In secondo luogo, la decisione rappresenta una indicazione utile per le parti nella redazione dei contratti ⁽⁹⁾. Come ha osservato una dottrina autorevole, l'introduzione di clausole di "*best efforts*", "*reasonable endeavours*", "*due diligence*" deve essere valutata con attenzione nella consapevolezza che nessuna formula garantisce una piena certezza ⁽¹⁰⁾.

Tuttavia, i contraenti possono limitare il rischio, delineando con precisione la pattuizione in base alle caratteristiche dell'operazione economica e agli interessi concretamente perseguiti:

- a) può essere graduata la misura degli sforzi. Come ha correttamente notato Farnsworth, in assenza di una previsione specifica si applica negli ordinamenti che lo riconoscono il principio di buona fede ⁽¹¹⁾ meno rigoroso della clausola dei "*reasonable or best efforts*": il primo è generale, la seconda vincola solo coloro che la accettano ⁽¹²⁾. Diverso è anche optare per "*best endeavours*" rispetto a "*reasonable endeavours*". Nel primo caso ⁽¹³⁾ è richiesto il massimo impegno per adempiere, massimizzando i benefici per l'altra parte, mentre nel

secondo è sufficiente uno normale. La giurisprudenza ha, infatti, affermato che “We think 'best endeavours' means what the words say; they do not mean that the limits of reason must be overstepped with regard to the cost of the service” and then the debtor must “broadly speaking, leave no stone unturned”⁽¹⁴⁾. Qualora siano, invece, previsti “*reasonable endeavours*”, la parte ha il diritto di valutare la situazione, compresa la possibilità di successo e i suoi interessi, prima di intraprendere una determinata azione⁽¹⁵⁾;

b) può essere specificata la natura degli sforzi attraverso richiami alla pratica consolidata o alla diligenza specifica in quell’attività economica o professionale, che assicurano maggiore chiarezza, delimitando l’impegno richiesto a quello considerato ragionevole dagli esperti del settore⁽¹⁶⁾;

c) possono essere elencate le azioni e le misure che devono essere intraprese, seppure non esaustivamente. Può anche semplicemente essere indicata la volontà di esplorare soluzioni alternative quali “*other avenues of performance*” o “*ensure equivalent performance*”;

d) può essere stabilita una procedura simile alla rinegoziazione per individuare una soluzione condivisa. Spesso, la previsione è accompagnata dal dovere di informare subito la controparte delle difficoltà sorte e degli ostacoli incontrati per permettere di decidere congiuntamente le misure da esplorare.

Va constatato che le clausole di forza maggiore sono generalmente interpretate in senso restrittivo soprattutto nella giurisprudenza arbitrale, che spesso è anche diffidente nel modificare termini contrattuali senza una base testuale.

La decisione in MUR v. RTI era molto attesa nella pratica internazionale: in un momento di instabilità globale, chiarimenti sulla misura degli sforzi richiesti e più in generale sui comportamenti dovuti in situazioni di forza maggiore apparivano necessari. Secondo la dottrina, peraltro, è probabile che la giurisprudenza sarà chiamata a pronunciarsi su altri profili non emersi nel caso in esame. Confermando la perdurante rilevanza del testo, la Corte Suprema ha ricordato alle parti e ai loro avvocati l’importanza di valutare con attenzione, nella redazione, gli scopi dell’accordo e quali strumenti possono rafforzarli, i possibili rischi e le tutele, l’allocazione del potere contrattuale, le conseguenze di un evento, i rimedi opportuni. In ogni caso, la giurisprudenza nelle ipotesi di forza maggiore deve considerare non solo gli sforzi del debitore, ma anche l’effettivo interesse del creditore. Ciò appare fondamentale in un momento nel quale il giudizio di impossibilità diviene relativo e concreto⁽¹⁷⁾, sfumando in quello di impraticabilità.

-
- (1) Come riportato in [2022] EWHC 467 (Comm).
- (2) [2022] EWHC 467 (Comm), cit.
- (3) [2023] 1 All ER (Comm) 501.
- (4) V. la critica di HOLLAND, *Is a party required to accept non-contractual performance during a force majeure event?*, in *New Zealand Arbitration Centre*, 2023, 19.
- (5) [2024] UKSC 18. Dura è la critica al Tribunale arbitrale che avrebbe deciso la questione centrale in due paragrafi senza riferirsi alla giurisprudenza.
- (6) *Ivi*, 42.
- (7) *Ivi*, 63.
- (8) *The Eugenia* [1964] 2 QB 226.
- (9) V. in generale KONARSKI, *Force majeure and hardship clauses in international contractual practice*, in *Int'l Bus. LJ*, 4, 2003, 405.
- (10) FONTAINE, "*Best Efforts*", "*Reasonable Care*", "*Due Diligence*" and *Industry Standards in International Agreements*, in *Int'l Bus. LJ*, 8, 1988, 983.
- (11) Nell'ordinamento Italiano, sull'operatività della buona nelle ipotesi di impossibilità della prestazione v., ampiamente e con riferimenti storici, MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Scritti* a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, II, Giuffrè, 2011, 330 ss.; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, Utet, 2023, 223.
- (12) FARNSWORTH, *On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law*, in *U. Pitt. L. Rev.*, 46, 1984, 1.
- (13) È possibile equiparare la clausola di *best endeavours* a quella di *all reasonable endeavours*.
- (14) *Sheffield District Railway v Great Central Railway* (1911) 27 T.L.R. 451.
- (15) *Rhodia International Holdings Ltd v Hunstman International LLC* [2007] 2 Lloyd's Rep 325.
- (16) CHAPPUIS, *Provisions for Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence, and Standard Practice in International Contracts*, in *Int'l Bus. LJ*, 2, 2002, 281.
- (17) F. GAMBINO, *op. cit.*, *passim*.