

## PRONTO INTERVENTO IMPRESE

### Covid-19

### Q&A

#### Emergenza coronavirus, sicurezza sul lavoro e privacy.

##### **Premessa.**

Alla luce dell'emergenza sanitaria che il mondo è chiamato ad affrontare in questi giorni, in cui è necessario acquisire informazioni in ordine alla diffusione del contagio, ruolo fondamentale assume la **tutela della privacy**. In particolare, viene in rilievo l'importanza di soffermarsi su un equo bilanciamento degli interessi in gioco: da un lato la tutela della salute e l'interesse collettivo ad ottenere nomi, cognomi, frequentazioni, spostamenti al fine di limitare la diffusione del virus; dall'altro il diritto alla privacy di tali soggetti atteso che una possibile rilevazione dei dati personali potrebbe portare ad una lesione di tali diritti. Il Garante della Privacy ha configurato il diritto alla salute quale condizione giuridica che legittima la limitazione della privacy, laddove risulti indispensabile acquisire determinate informazioni, purché tale restrizione venga effettuata limitatamente alle esigenze di contrasto e sia finalizzata al contenimento dell'emergenza. Da qui, l'idea di fornire un quadro generale delle misure di sicurezza ed organizzative da adottare nei luoghi di lavoro al fine di non ledere il diritto alla tutela dei dati sensibili dei lavoratori.

***1) Quali sono le misure preventive da adottare nei luoghi di lavoro al fine di contrastare la diffusione del Covid-19, tenendo fermo il rispetto delle regole in tema di trattamento dei dati sensibili?***

In data 14 Marzo 2020 è stato sottoscritto il “*Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*”, contenente le linee guida per agevolare le imprese nell'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio da Covid-19. Il **Protocollo siglato il 14 Marzo 2020** costituisce la base giuridica per l'arretramento della privacy in favore della tutela alla salute pubblica e individuale sui luoghi di lavoro. Tale documento ha l'obiettivo di coniugare la prosecuzione delle attività produttive con la garanzia di condizioni di salubrità e di sicurezza degli ambienti di lavoro e delle modalità lavorative.

Innanzitutto, il datore di lavoro ha l'**obbligo di informativa** verso tutti i lavoratori delle disposizioni emanate dalle Autorità consegnando e/o affiggendo appositi *depliant* informativi circa gli obblighi e i divieti in capo ai lavoratori stessi. Tale informativa deve contenere:

- Costanti aggiornamenti sulle disposizioni emanate dalle autorità competenti relative all'emergenza epidemologica;
- Disposizioni riguardanti modalità di ingresso o di permanenza in azienda se “in condizioni di pericolo” e relativo obbligo di informare il datore di lavoro di tali condizioni;

- Misure relative alle distanze di sicurezza e di rispetto delle regole igieniche.

Con il predetto Protocollo, le aziende sono state, altresì, formalmente autorizzate a **misurare la temperatura corporea dei dipendenti** prima di consentirgli l'accesso nelle aree aziendali, nonché di raccogliere informazioni rispetto alla eventuale frequentazione di persone contagiate o alla presenza nelle zone rosse nei 14 giorni precedenti. Ai lavoratori la cui temperatura corporea dovesse risultare superiore ai **37,5 gradi**, verrà impedito l'accesso in azienda e gli stessi saranno indirizzati presso il proprio medico curante al fine di seguirne le opportune indicazioni. **Sotto il profilo della privacy**, la rilevazione in tempo reale della temperatura corporea costituisce un trattamento di dati personali e, pertanto, deve avvenire ai sensi della disciplina privacy vigente. Affinché il trattamento sia considerato lecito, il datore di lavoro deve programmare la raccolta delle informazioni sulla temperatura corporea del personale, definendo misure di sicurezza ed organizzative adeguate a proteggere tali dati. In sostanza, si suggerisce di:

- rilevare la temperatura e registrare il dato acquisito soltanto nell'eventualità in cui risulti necessario documentare le ragioni che hanno impedito l'accesso ai locali aziendali;
- definire le misure di sicurezza e organizzative adeguate a proteggere tali dati. In particolare, sotto il profilo organizzativo, occorre individuare i soggetti preposti al trattamento e fornire loro le istruzioni necessarie. A tal fine, tali dati possono essere trattati esclusivamente per finalità di prevenzione dal contagio Covid-19, e pertanto, non devono essere diffusi o comunicati a terzi al di fuori delle specifiche previsioni normative.
- fornire l'informativa sul trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 13 GDPR;
- in caso di isolamento momentaneo dovuto al superamento della soglia di temperatura, assicurare modalità tali da garantire la riservatezza e la dignità del lavoratore. Tali garanzie devono essere assicurate anche nel caso in cui il lavoratore comunichi all'ufficio responsabile del personale di aver avuto, al di fuori del contesto aziendale, contatti con soggetti risultati positivi al Covid-19 e nel caso di allontanamento del lavoratore che durante l'attività lavorativa sviluppi febbre e sintomi da infezione respiratoria e dei suoi colleghi.

Qualora si richieda il rilascio di una dichiarazione attestante la non provenienza dalle zone a rischio epidemiologico e l'assenza di contatti negli ultimi 14 giorni con soggetti risultati positivi al Covid-19, l'acquisizione della dichiarazione costituisce un trattamento di dati. In ossequio al principio di minimizzazione dei dati previsto dal GDPR, è consentito raccogliere solo i dati necessari, adeguati e pertinenti rispetto alla provenienza del contagio da Covid-19. Per cui, laddove si richieda una dichiarazione inerente ai contatti con persone risultate positive al Covid-19, occorrerà, dunque, astenersi dal richiedere informazioni aggiuntive in merito alla persona risultata positiva. Del pari, se si richiede una dichiarazione sulla provenienza da zone a rischio epidemiologico, è necessario astenersi dal richiedere informazioni aggiuntive in merito alla specificità dei luoghi. La trasmissione dei dati da parte di un datore di lavoro all'Autorità sanitaria, sarà considerata lecita solo se risulti utile a ricostruire la filiera degli eventuali "contatti stretti" di un lavoratore risultato positivo al Covid-19, ma non anche ad altri soggetti. Le informazioni raccolte dai datori di lavoro servono solo a rilevare eventuali sospetti di contagio da porre all'attenzione del personale qualificato sanitario e di quello appartenente alla protezione civile. Solo a questi ultimi, in qualità di organi deputati a garantire il rispetto delle regole di sanità pubblica recentemente adottate, spetta l'accertamento e la raccolta di informazioni relative ai sintomi tipici del Coronavirus e ai recenti spostamenti di ogni individuo.

**2) È consentito l'accesso ai fornitori esterni?**

Si. Tuttavia, è opportuno individuare procedure di ingresso, transito e uscita, mediante modalità, percorsi e tempistiche predefinite al fine di ridurre le occasioni di contatto con il personale nei reparti/uffici coinvolti. Lo stazionamento di tali soggetti deve essere ridotto al minimo presso le aree ove è richiesta la loro presenza. Per gli autisti dei mezzi di trasporto, è necessario predisporre apposite aree per lo scambio della documentazione attestante l'avvenuta consegna della merce. L'accesso dei mezzi di trasporto deve essere regolato secondo modalità tali da evitare assembramenti di autisti nelle aree di carico e scarico, con l'attenzione di rispettare la distanza minima di sicurezza nelle aree in cui è necessaria la presenza degli autisti.

**3) Quali sono le precauzioni igienico-sanitarie da adottare nei luoghi di lavoro?**

L'azienda è tenuta ad assicurare la **pulizia giornaliera e la sanificazione periodica dei locali**, degli ambienti, delle postazioni di lavoro e delle aree comuni di svago. Vista la situazione di emergenza e tenuto conto della specificità di ogni singola realtà aziendale, è opportuno condividere con gli organi competenti la periodicità degli interventi di sanificazione. Nel caso di presenza di una persona con Covid-19 all'interno dei locali aziendali, è opportuno procedere alla pulizia e sanificazione dei suddetti locali nonché alla loro ventilazione. Ove si rendessero necessari interventi di pulizia particolarmente impattanti sull'operatività aziendale, l'azienda può ricorrere agli **ammortizzatori sociali** (anche in deroga), prevedendo la sospensione dell'attività per il tempo necessario all'effettuazione di detti interventi. Inoltre, è obbligatorio che le persone presenti in azienda adottino tutte le precauzioni igieniche, in particolare per le mani. A tal fine, è necessario mettere a disposizione detergenti sempre con l'obiettivo di evitare assembramenti di persone o eccessiva difficoltà per l'utilizzo degli stessi.

**4) Il datore di lavoro ha l'obbligo di attivare lo smart-working? Quali sono i rischi connessi all'attivazione dello smart-working?**

No, sebbene ne sia incentivato notevolmente l'utilizzo. Alla luce dei provvedimenti emanati, si precisa che l'attivazione del rapporto di lavoro agile può dunque avvenire ricorrendo a una procedura semplificata che non deve più passare obbligatoriamente dalla sottoscrizione di accordi individuali con ogni singolo collaboratore. Tuttavia, con l'attivazione dello **smart working** presso i sistemi aziendali, il rischio di sottrazione/fuoriuscita del *know-how* e informazioni riservate aziendali si fa sempre più concreto. Al riguardo uno dei profili da analizzare afferisce al diritto alla privacy con riferimento ai dati aziendali nella prospettiva di tutela dei clienti e fornitori della società datrice di lavoro. Le misure di protezione dei dati dovrebbero essere attentamente vagliate e, se del caso, potenziate al fine di evitare possibili *data breach* e conseguenti sanzioni. Per consentire al lavoratore "a distanza" di poter adempiere agli obblighi lavorativi, il datore di lavoro deve mettere a disposizione di questi tutta la documentazione e le informazioni necessarie suscettibili di protezione da parte del titolare del trattamento. La criticità sottesa alla condivisione delle cartelle e dei *files* si concreta, appunto, nell'assenza di un controllo diretto del datore/titolare del trattamento dei dati sul corretto utilizzo degli stessi. A ciò si aggiunge il fatto che spesso chi lavora da casa ignora le norme applicate in azienda, a cominciare dalle regole minime di igiene cibernetica: aggiornamento del sistema operativo, l'uso di antivirus e il backup dei dati. Ciò non vuol dire che il controllo possa avvenire senza il rispetto di alcuna regola. Sarebbe preferibile attuare sistemi di sicurezza informatica volti a limitare l'accesso ai soli file strettamente necessari e, in ogni caso, a non consentire il download o la copia degli

Focus aggiornato al 15.04.2020

stessi. Solamente attraverso l'adozione di un sistema di protezione adeguato il *know-how* aziendale potrà ricevere piena tutela legale in caso di violazione. Inoltre, la gestione dei controlli sul lavoratore può essere esercitata dal datore di lavoro solo attraverso gli strumenti tecnologici utilizzati dal dipendente per svolgere l'attività lavorativa. L'esercizio del potere di controllo sulla prestazione "esterna" dovrebbe sia essere disciplinato da un accordo individuale di lavoro agile sia tener fede ad una preventiva informazione rivolta al lavoratore sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli. Normalmente, all'interno delle aziende, tale informazione viene fornita attraverso la redazione di una *policy* che descrive le caratteristiche, le modalità e le regole di funzionamento di tutti gli strumenti ed impianti (di lavoro o meno) esistenti in azienda dai quali possa derivare la possibilità di controllare a distanza l'attività lavorativa. La *policy* generale deve essere richiamata nell'accordo di lavoro agile, ed eventualmente integrata con disposizioni specifiche riguardanti i controlli sulla prestazione resa al di fuori dei locali aziendali. Ma se tutto questo è un aspetto che il datore di lavoro ed il lavoratore a distanza hanno potuto regolamentare mediante un accordo di lavoro agile e/o con la previsione di *policy* aziendali *ad hoc*, la celerità con cui si è dovuto scegliere lo *smart working* al fine di limitare spostamenti nell'emergenza Covid-19, ci spinge a chiederci se in effetti si stiano rispettando le regole base a tutela dei dati per evitare il c.d. *data breach*. **Il diritto alla privacy è una posizione giuridica che deve trovare concreta tutela anche in un contesto emergenziale quale è quello attuale, alla luce dei principi di trasparenza che governano il sistema dei controlli.** Per cui si consiglia di:

- Implementare la sicurezza delle reti aziendali e dei dispositivi informatici utilizzati dai lavoratori in *smart working*, al fine di contrastare, anche al di fuori dal perimetro aziendale, attacchi di hacker e garantire la conservazione e l'integrità dei dati personali trattati;
- Integrare il regolamento aziendale sull'utilizzo di dispositivi informatici, delle reti aziendali e della posta elettronica, sensibilizzando maggiormente i lavoratori sulle maggiori possibilità di rischi di *data breach*, in occasione dell'aumento del ricorso allo *smart working*.
- Implementare le informative privacy, rese nei confronti dei dipendenti nonché dei soggetti esterni, tenuto conto del trattamento dei dati sanitari di questi ultimi resi necessari dall'emergenza Coronavirus.

### Gli effetti della pandemia Covid-19 sull'esecuzione dei contratti.

La diffusione del coronavirus e le imponenti misure di contenimento tese a contrastare tale emergenza stanno generando inevitabili riflessi negativi sulla operatività delle aziende e sulla loro capacità di adempiere alle obbligazioni contrattuali. Dal punto di vista giuridico, si discute in merito ai possibili effetti ed alle conseguenze che la situazione attuale possa avere sulle sorti dei contratti in essere.

- 1) *Alla luce dei provvedimenti emanati dalle autorità governative, che hanno provocato una chiusura della mia attività, quali sono le principali implicazioni che l'attuale situazione di emergenza potrebbe avere sui contratti commerciali in corso di esecuzione ?*

Al fine di dare riscontro a tale interrogativo occorre premettere che ogni rapporto contrattuale deve essere esaminato alla luce delle specifiche tipologie di clausole siglate. In assenza di specifica pattuizione che ne disciplini le sorti al sopraggiungere di un evento imprevedibile e straordinario quali epidemie o calamità

Focus aggiornato al 15.04.2020

naturali, si deve fare riferimento alla normativa dettata dal Codice Civile. In linea generale, se la prestazione è possibile ma la parte che è tenuta ad eseguirla non la attua, si ha **inadempimento**. Esso consiste nella mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta. L'inadempimento imputabile comporta la responsabilità del debitore, il quale a mente dell'**art. 1218 c.c.** è tenuto al risarcimento del danno: "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

Tuttavia, in questo momento di emergenza potrebbero essere presi in considerazione alcuni istituti giuridici, quali la **risoluzione per inadempimento, l'impossibilità sopravvenuta e l'eccessiva onerosità sopravvenuta**, dettati con riguardo a vicende attinenti al realizzarsi o meno del programma contrattuale.

Se una delle prestazioni diviene oggettivamente e definitivamente impossibile per causa non imputabile al debitore, la parte che era tenuta ad eseguirla è liberata perché la sua obbligazione si estingue (**art. 1256, 1° comma, c.c.**). L'altra parte, a sua volta, pur essendo in grado di eseguire la propria prestazione, vede venir meno la giustificazione di questa, che era rappresentata, appunto, dalla controprestazione. Anch'essa, quindi, è liberata dall'obbligo della prestazione e, se l'avesse già eseguita, ha diritto a ripeterla. L'impossibilità definitiva della prestazione imputabile al debitore, ovviamente, non lo libera dall'obbligazione e configura inadempimento. L'impossibilità temporanea esonera il debitore solo da responsabilità per il ritardo nell'adempimento, a meno che non perduri fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione o il creditore non ha più interesse a conseguirla (**art. 1256, 2° comma, c.c.**). Pertanto, in caso di impossibilità temporanea, l'obbligazione del debitore viene sospesa senza che il debitore possa essere ritenuto responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia, giova precisare che se l'impossibilità non è totale ma parziale (oltre che quantitativa, può prospettarsi anche come qualitativa) la prestazione va eseguita nella misura in cui è possibile, con corrispondente riduzione della controprestazione; a meno che l'altra parte non receda dal contratto perché non ha un interesse apprezzabile all'adempimento parziale. **L'impossibilità sopravvenuta**, tradizionalmente collocata tra i modi non soddisfattori di estinzione dell'obbligazione, produce un duplice effetto poiché agisce allo stesso tempo sia da fatto estintivo del rapporto, sia da esonero del debitore dalle conseguenze di un adempimento non tempestivo o comunque inesatto. Il fondamento dell'effetto estintivo va ravvisato nell'esigenza di non superare un certo limite nell'impegno richiesto al debitore, limite oltre il quale la pretesa del creditore andrebbe al di là della diligenza normalmente dovuta.

Nei contratti con prestazioni corrispettive, ad esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita (*c.d. contratti di durata*), vengono associati altri specifici effetti. La **sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione** di una delle parti legittima quest'ultima a chiedere la risoluzione del contratto se dipenda dal verificarsi di avvenimenti **straordinari e imprevedibili** (art. 1467, 1° comma, c.c.). può manifestarsi anche quando la prestazione sia stata parzialmente eseguita, con riguardo alla parte residua, e può conseguire, oltre che dal sopravvenuto incremento di valore della prestazione, dallo svilimento della controprestazione. Si tratta di un rimedio offerto dal nostro ordinamento ai contraenti al fine di reagire a sopravvenienze che alterano il sinallagma contrattuale. L'evento è **straordinario** quando è eccezionale, vale a dire quando esula dal corso normale degli eventi, sicché risulta statisticamente improbabile. L'evento è **imprevedibile** quando non è dato rappresentarsene l'accadere alla stregua della comune capacità di previsione. Nel chiedere che l'evento che rende eccessivamente onerosa la prestazione di una delle parti sia un evento imprevedibile, il legislatore ha inteso far carico ai contraenti di un onere di diligenza nel valutare le prospettive del contratto nella fase della sua esecuzione. Le parti con i contratti ad esecuzione continuata o periodica o differita

Focus aggiornato al 15.04.2020

programmano un assetto di interessi destinato a realizzarsi col tempo e, quindi, sono tenute a fare delle previsioni ed a calcolare i rischi inerenti alle pattuizioni: quanto più il rapporto sia destinato a protrarsi nel tempo, tanto più dovranno essere tenute in conto possibilità che la situazione vari. Laddove si realizzino rischi non calcolabili, perché dipendenti dal verificarsi di eventi straordinari e non prevedibili e ciò provochi una grave turbativa dell'assetto di interessi divisato incidendo sulla funzione concreta del contratto, l'ordinamento interviene col rimedio della risoluzione. Gli eventi straordinari e imprevedibili che modificano l'equilibrio delle prestazioni non varranno a giustificare la risoluzione del contratto se la modifica non risulti particolarmente incisiva, rendendo la prestazione di una delle parti eccessivamente onerosa. Il livello che lo squilibrio deve raggiungere per giustificare la risoluzione è indicato, come si vede, con una formula elastica, che però viene dimensionata dal successivo riferimento all'**alea del contratto**. L'art. 1467, 2° comma, c.c. esclude infatti la risoluzione nell'ipotesi in cui la sopravvenuta onerosità della prestazione rientri "**nell'alea normale del contratto**", cioè nella misura di rischio che il contratto concluso normalmente presenta. Viceversa, è tale quella che la supera.

Tuttavia, la parte cui è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. Per riportare ad equità il contratto occorre eliminare l'eccessiva onerosità della prestazione, il che non comporta il riportare lo scambio negli stessi termini nei quali si prospettava all'inizio ma il ricondurre il sopravvenuto squilibrio nell'ambito dell'alea normale: vale a dire in termini tali che non consentano il ricorso al rimedio della risoluzione.

***2) Si può invocare l'ipotesi di forza maggiore al fine di giustificare una sospensione della prestazione o l'imposizione di nuove tempistiche nell'eseguirla?***

La prima valutazione da fare riguarda il contratto. Occorre valutare se il contratto sottoscritto disciplini nello specifico la c.d. forza maggiore ed analizzare se la relativa clausola possa applicarsi alla determinata prestazione contrattuale considerata. La clausola di forza maggiore è una clausola di regola inserita nei contratti affinché dinanzi ad eventi imprevedibili, straordinari e non imputabili al debitore, che determinano l'impossibilità della prestazione ovvero l'eccessiva onerosità della stessa, la parte contrattuale che ne subisce gli effetti possa sospendere l'esecuzione del contratto, modificare le condizioni dello stesso secondo equità o, se la causa determinante perdura, risolverlo, senza incorrere in responsabilità contrattuali ed eventuali ipotesi di risarcimento danni. Nel nostro ordinamento non esiste una definizione dettagliata di **causa di forza maggiore**: secondo dottrina e giurisprudenza, la forza maggiore si configura quando vi siano eventi naturali e umani di una **straordinarietà e imprevedibilità** tale da non essere dominabili e, quindi, al di fuori del controllo delle parti. Orbene, affinché si possa invocare con successo una clausola di forza maggiore, l'esecuzione del contratto deve essere impossibile. Non è sufficiente che le prestazioni siano diventate non convenienti o troppo costose. Normalmente, nella previsione del codice civile, la parte che non effettua la propria prestazione deve dimostrare che l'impossibilità di effettuarla sia stata **assoluta**, ovvero non superabile neppure con uno sforzo esterno, ed **oggettiva**, cioè non eseguibile da nessun altro soggetto.

La situazione di crisi determinata da Covid-19 sembra contenere quei caratteri oggettivi di straordinarietà e soggettiva imprevedibilità propri della forza maggiore, potendo risultare idonea a giustificare le ipotesi di inadempimento delle obbligazioni contrattuali precedentemente assunte rispetto al verificarsi della stessa e ciò sia laddove la prestazione contrattuale sia divenuta definitivamente o temporaneamente impossibile, sia qualora la prestazione di una delle parti sia divenuta eccessivamente onerosa.

3) *Che incidenza hanno le misure adottate dal Governo per limitare la diffusione del coronavirus all'interno del territorio nazionale sui contratti in essere?*

Dunque, illustrate le norme previste dall'ordinamento a tutela dei contraenti nei contratti con obbligazioni corrispettive, e precisato il perimetro di applicazione degli istituti, occorre verificare se l'attuale evento emergenziale legato al Covid-19, possa determinare la concreta applicazione delle norme citate. La legislazione di emergenza che impatta sul tema (c.d. **Decreto "Cura Italia"**) introduce una particolare attenuazione della responsabilità del debitore dovuta a causa di forza maggiore, poiché connessa a un comportamento tipico attivo dell'agente, vale a dire il rispetto delle misure di contenimento di cui all'**art. 91** del citato decreto: *"il rispetto delle misure di contenimento (...) è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti"*. La norma in esame verrebbe in soccorso del debitore, prevedendo che la necessità del rispetto delle misure di contenimento debba sempre essere verificata e valutata ai fini dell'esclusione della responsabilità per danni.

Tra le cause invocabili ai fini dell'impossibilità della prestazione ex art. 1256 c.c. potrebbero senz'altro ricomprendersi gli ordini o i divieti derivanti da sopravvenuti atti dell'autorità pubblica capaci di imporsi sull'autonomia privata, qualificati *"factum principis"*, vale a dire quei provvedimenti di natura legislativa o amministrativa, dettati da interessi generali, che rendono impossibile la prestazione, indipendentemente dalla condotta tenuta dalla parte obbligata in quanto del tutto estranei alla volontà dell'obbligato e non ragionevolmente prevedibili secondo l'ordinaria diligenza. Ma le disposizioni richiamate possono essere invocate solamente nel caso in cui la parte contraente risulti in grado di dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante dall'adozione delle misure volte a contrastare la diffusione del Covid-19. Solo in questo caso, infatti, sarà possibile ottenere la risoluzione del contratto concluso o evitare di essere chiamati a rispondere del ritardo nell'esecuzione della propria prestazione. Giova, però, sottolineare che l'impossibilità in esame è sicuramente temporanea. Essa perdura fino a quando perdureranno le restrizioni imposte dalla pubblica autorità alla mobilità del personale, al blocco delle attività commerciali ed al tempo necessario a mettere in atto misure che assicurino livelli di protezione. Pertanto, la causa di esclusione dalla responsabilità contrattuale ha una durata limitata e, salve le ipotesi di termine essenziale per una delle parti, non esenta la parte debitrice dall'obbligo di attivarsi per eseguire la prestazione in un tempo ragionevole dopo la cessazione delle evenienze di forza maggiore.

In aggiunta, altro aspetto interessante da considerare è legato alle penali. Con l'inserimento della clausola penale si pone a carico di uno dei contraenti, nel caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, l'obbligo di eseguire una determinata prestazione. Essa ha una funzione prevalentemente sanzionatoria (anche se non possa negarsi funzione risarcitoria eventuale), in quanto il suo ammontare non è correlato all'ammontare del danno e l'obbligo di corrisponderla prescinde, addirittura, dalla stessa esistenza di un danno. Esse, dunque, operano in via quasi automatica. Orbene, l'art. 91 sembra escludere tale meccanismo automatico alle penali, e di conseguenza anch'esse dovranno essere valutate alla luce di questi fatti che costituiscono causa di forza maggiore.

Tuttavia, la problematica connessa a tale norma è rinvenibile nel suo collegamento alla disciplina generale del codice civile, atteso che il suo limite consiste nel non elencare i fatti che potrebbero costituire automaticamente causa forza maggiore, ma riserva - con l'inciso "valutazione" - al giudice di vagliare in concreto se il susseguirsi degli eventi possano essere invocati ai fini dell'esonero da responsabilità, costituendo per così dire una sorta di passo indietro del legislatore. Il fenomeno è sicuramente nuovo per cui

Focus aggiornato al 15.04.2020

occorrerà verificare caso per caso se la pandemia in atto e tutte le conseguenze che ne derivano, anche in termini di restrizioni adottate dalle autorità sanitarie e legislative dei vari Paesi, incidano sul rapporto contrattuale in maniera tale da compromettere direttamente l'adempimento di una parte e da giustificare l'esenzione da responsabilità per causa di forza maggiore.

## I contratti internazionali.

**In ambito internazionale**, qualora una società dovesse riscontrare delle difficoltà ad eseguire un contratto a causa delle misure di contenimento, il primo passo da compiere sarebbe sempre quello di analizzare il testo contrattuale sottoscritto al fine di individuare la disciplina applicabile ed eventuali clausole al sopraggiungere di un evento imprevedibile e straordinario quale può essere il verificarsi di una pandemia.

### *1) In mancanza di specifica clausola, quale disciplina viene in rilievo al fine di regolare gli effetti della Pandemia Covid-19?*

Quando si parla di contratti internazionali, è decisamente riduttivo riferirsi al nostro diritto interno, poiché raramente la parte italiana sarà riuscita a imporla come legge regolatrice del contratto. Bisogna procedere, pertanto, ad individuare l'apparato normativo che regola la fattispecie negoziale. È possibile che il contratto sia regolato dalla **Convenzione di Vienna del 1980** (cd. "*Convention on contracts for the International Sale of Goods*" – C.I.S.G.) che è stata firmata da un numero rilevante di Stati, inclusa l'Italia, e disciplina i contratti di vendita di beni mobili stipulati da contraenti che risiedono in Paesi diversi. Tale convenzione opera a condizione che le parti contraenti abbiano la propria sede principale di affari in due diversi Stati contraenti della stessa oppure che la legge applicabile al contratto di vendita sia quella di uno Stato contraente, e che le parti non abbiano esplicitamente escluso la sua applicazione al contratto. **L'art. 79 della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci** prevede che "una parte non risponde per l'inadempimento ad uno dei suoi obblighi contrattuali se prova che l'inadempimento è dovuto ad un impedimento indipendente dalla sua volontà e non era ragionevole attendersi che essa lo prendesse in considerazione al momento della conclusione del contratto ovvero che la parte evitasse o superasse l'impedimento stesso o le sue conseguenze".

In buona sostanza, secondo l'art. 79, per invocare con successo un esonero da responsabilità contrattuale per causa di forza maggiore, occorrerà che la parte interessata verifichi e provi che:

- 1) **L'impedimento è sorto successivamente alla stipula del contratto**: ad esempio una nuova legge non presente al momento della conclusione del contratto ha bloccato l'esecuzione della prestazione (cd. "*factum principis*");
- 2) **L'evento era imprevedibile al momento del perfezionamento dell'accordo**: e cioè al di fuori del controllo della parte e non rientra tra gli eventi che la parte poteva ragionevolmente prevedere.

Il semplice verificarsi dell'evento contemplato non sarà tuttavia sufficiente a giustificare l'inadempimento contrattuale. **L'evento impeditivo dovrà essere oggetto di una comunicazione tempestiva e circostanziata rivolta alla controparte**. In mancanza la parte inadempiente non sarà esonerata da responsabilità e dovrà, quindi, dare esecuzione alla prestazione promessa oppure risarcire i danni derivanti



Focus aggiornato al 15.04.2020

dall'inadempimento. Nel caso dell'attuale pandemia occorrerà dunque verificare se essa sia stata già dichiarata dalle Pubbliche Autorità all'epoca del perfezionamento del contratto o se essa si sia manifestata successivamente. Soltanto nel primo caso la condizione di imprevedibilità potrà dirsi con molta probabilità soddisfatta. L'effetto pratico che ne consegue dall'applicazione dell'art. 79 sarà quindi quello di consentire alla parte che invoca la causa di forza maggiore dovuta alla Pandemia l'esonero da responsabilità per tutto il tempo di durata dell'impedimento durante il quale l'esecuzione della prestazione della parte colpita dalla forza maggiore rimarrà sospesa, fino a giungere alla risoluzione del contratto, qualora l'impedimento in questione persista. Tuttavia, alcuni Stati, come U.S.A. ed Inghilterra, non hanno aderito alla Convenzione di Vienna. E, come noto, l'istituto della forza maggiore è estraneo agli ordinamenti di *common law* che contengono invece clausole di *frustration* e di *impracticability*. Pertanto, in questi casi la possibilità di invocare il rilievo esimente dell'epidemia da Covid-19 potrebbe dipendere dalla concreta formulazione delle previsioni contrattuali.

Pur essendo preferibile che siano le stesse parti al momento della negoziazione a redigere il testo, il diritto internazionale offre diversi esempi di queste clausole che, se richiamate dalle parti quale legge materiale applicabile al contratto, potranno essere utili in situazioni di emergenza come quella attuale. Di qui l'importanza di poter disporre di **clausole standard di qualità**, cui fare riferimento nella negoziazione e redazione dei contratti internazionali. Nello specifico, a rilevare sono due tipologie di clausole recepite dalla **Camera di Commercio Internazionale (ICC)**: la **Force Majeure**, diretta a disciplinare le ipotesi in cui circostanze sopravvenute non imputabili rendano impossibile l'esecuzione della prestazione contrattuale; e la **clausola di Hardship**, che regola i casi in cui fatti imprevisi modificano sostanzialmente il sinallagma negoziale per eccessiva onerosità sopravvenuta. Ove il contratto contenga una specifica clausola di **Force Majeure**, occorrerà innanzitutto esaminare la disciplina ivi contenuta per valutare se la pandemia Covid-19 e le misure nazionali e locali adottate in vista del suo contenimento, rientrano fra gli eventi qualificati come forza maggiore e, quindi, invocabili per esimere la parte affetta da tale evento da responsabilità per la mancata o ritardata esecuzione delle proprie prestazioni. La Camera di Commercio Internazionale (ICC) è intervenuta recentemente, pubblicando una nuovo modello di clausola *force majeure*, unitamente alla nuova clausola sull'*hardship*, in sostituzione delle precedenti pubblicate nel 2003.

### 3) *La clausola di forza maggiore.*

La clausola ICC 2020 adotta una soluzione di compromesso, prevedendo una definizione generale insieme ad una serie di situazione tipiche di forza maggiore. La clausola della ICC definisce la **forza maggiore come il verificarsi di un evento o circostanza che impedisce ad una parte di eseguire una o più obbligazioni contrattuali, se e nella misura in cui la parte che subisce l'impedimento prova che:**

- 1) L'impedimento è fuori dal suo ragionevole controllo;
- 2) Non poteva essere previsto al momento della conclusione del contratto;
- 3) Gli effetti dell'impedimento non avrebbero potuto essere ragionevolmente evitati o superati dalla parte interessata.

La clausola prevede, dunque, tre condizioni, che devono tutte ricorrere per esonerare una parte dall'osservanza delle proprie obbligazioni. La principale novità della nuova clausola risiede nella circostanza che in presenza degli eventi elencati (*listed events*, tra i quali rientra l'attuale Pandemia Covid-19) si presume, salvo prova contraria, che siano realizzate le prime due condizioni della definizione generale. In tali casi, la parte colpita dalla **Force Majeure** non deve provare che l'evento sia oltre il suo ragionevole

Focus aggiornato al 15.04.2020

controllo o che non poteva essere previsto al momento della conclusione del contratto, ma dovrà solamente provare che gli effetti dell'impedimento non potevano essere da essa ragionevolmente superati o evitati.

La parte interessata dalla forza maggiore è esonerata dai propri obblighi, e cioè non sarà responsabile per danni e/o penali, ma non ha diritto ad essere risarcita per i maggiori costi sostenuti o danni dalla stessa subita a seguito della forza maggiore. Tuttavia, affinché si produca l'effetto di forza maggiore, è necessario dare tempestiva comunicazione all'altra parte dell'evento. Tale disposizione ha la finalità di evitare che una parte possa invocare la forza maggiore solo al momento in cui l'altra parte contesti l'inadempimento. Infine, la clausola riconosce alla controparte il diritto di sospendere l'esecuzione delle proprie obbligazioni, ove applicabile, in seguito al ricevimento della notifica. Nella maggior parte dei casi gli eventi di forza maggiore hanno carattere temporaneo, in modo che l'esecuzione degli obblighi contrattuali può essere ripresa non appena cessano le circostanze che la impediscono. A tal proposito, viene stabilito che le conseguenze della forza maggiore hanno effetto finché l'impedimento invocato impedisce l'adempimento da parte dell'interessato, e che quest'ultimo è tenuto ad informare l'altra parte non appena l'impedimento viene a cessare. Nel caso in cui l'impedimento duri troppo a lungo e di conseguenza viene meno l'interesse dei contraenti a ricevere e/o eseguire la prestazione, ciascuna di esse ha il diritto di risolvere il contratto con un ragionevole preavviso.

#### **4) La clausola di hardship.**

Può anche accadere che l'evento invocato dalla parte inadempiente non comporti l'impossibilità della prestazione contrattuale, ma la renda eccessivamente onerosa: in questi casi non si può applicare il regime della *Force Majeure*, ma potrebbero ricorrere i presupposti della cosiddetta *Hardship*. La clausola di *Hardship* è finalizzata alla conservazione del contratto, seppur a condizioni diverse che tengano conto del verificarsi di una situazione *beyond its reasonable control*. Il risultato di un evento di *hardship* è quello di sbilanciare fortemente l'equilibrio del contratto a favore di una parte. A differenza della *Force majeure*, nel caso di *hardship* la prestazione è ancora realizzabile, ma è divenuta eccessivamente onerosa.

La ICC *Hardship Clause*, prevede che l'eccessiva onerosità sia conseguenza di un evento al di fuori della ragionevole sfera di controllo della parte, che non poteva essere preso in considerazione prima della conclusione dell'accordo e le cui conseguenze non possano essere ragionevolmente gestite. Essa offre due soluzioni: **l'obbligo delle parti, entro un termine ragionevole, di negoziare una soluzione alternativa per mitigare gli effetti dell'evento e riportare l'accordo in equilibrio; la risoluzione del contratto, nel caso in cui le parti non raggiungano un accordo alternativo.**

#### **5) Quali sono i provvedimenti emanati dal Governo a protezione del contraente impossibilitato ad eseguire la prestazione?**

In linea generale, nessun meccanismo di protezione, tuttavia, è stato previsto in favore di imprenditori italiani legati a contratti regolati dal diritto straniero, rispetto ai quali la previsione di cui all'art. 91 del decreto "Cura Italia" sembra non poter trovare attuazione. Per rimediare a tale esigenza, il Ministero dello Sviluppo Economico ha conferito alle Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura la legittimazione a rilasciare un documento che attesti, recependo la dichiarazione dell'impresa richiedente, la sussistenza di cause di forza maggiore per emergenza Covid-19 (c.d. *force majeure certificates*). Le Camere di commercio potranno attestare di aver ricevuto dall'impresa richiedente, una dichiarazione in cui, facendo riferimento alle restrizioni disposte dalle Autorità di governo e allo stato di emergenza in atto, l'impresa stessa affermi di non aver potuto assolvere nei tempi gli obblighi contrattuali precedentemente assunti per

Focus aggiornato al 15.04.2020

motivi imprevedibili e indipendenti dalla volontà e capacità aziendale. Nonostante le buone intenzioni, permane il dubbio in merito alla valenza giuridica di tali certificati. Un primo elemento di criticità risiede nei limiti intrinseci della natura giuridica dell'attestazione. Alle Camere di Commercio non sembrerebbe riconoscersi alcun potere certificativo sulla **veridicità** di quanto dichiarato dall'impresa. Per tale motivo, l'attestazione si risolve nell'incorporazione, in un documento emesso da un ente pubblico, di mere dichiarazioni rilasciate dal soggetto asseritamente colpito dalla causa di forza maggiore, e quindi beneficiario dell'attestazione medesima. Tale impostazione comporta una certa debolezza intrinseca dello strumento atteso che, in difetto di alcuna valutazione in concreto da parte dell'ente pubblico circa la veridicità del contenuto dell'attestazione, tale documento appare essere privo di incisività e con un valore probatorio e giuridico alquanto incerto. La mancata valutazione degli elementi in concreto ai fini del rilascio dell'attestazione la renderanno, verosimilmente, inservibile – o quantomeno debole – agli occhi del giudicante (salve eventuali previsioni stabilite dalla legge applicabile al singolo contratto sull'onere della prova o sul valore probatorio di documenti di questo tipo). Lo strumento adottato appare, quindi, inadatto a tutelare le società rispetto ai partner stranieri. Tuttavia, alla luce di quanto precede, è consigliabile acquisire tale certificazione al sol fine di rafforzare la propria posizione di fronte ad eventuali pretese risarcitorie.