BonelliErede
with LOMBARDI

Focus Team Shipping and Transport
3 Luglio 2020

Cantieri navali e appalti per la costruzione o il *refitting* di navi e grandi yacht: tentativo di tipizzazione delle cause di "forza maggiore" da Covid-19 e nuova "mediazione obbligatoria"

Focus Team Shipping and Transport



Focus Team Leader
Enrico Vergani
enrico.vergani@belex.com
tel. +39 010-84621



Autore
Lucia Radicioni
lucia.radicioni@belex.com
tel. +39 010-84621

1. Premesse

E' noto che l'art. 91 primo comma del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. **Decreto "Cura Italia"**), convertito in Legge 24 aprile 2020, n. 27 prevede che "*Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto [il Decreto Legge 23 febbraio 2020, n. 6, n.d.r.] è sempre valutato ai fini dell'**esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti***".

Meno noto è che il "Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri" delle opere pubbliche e edili, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali (il "**Protocollo Cantieri**") e le parti sociali, che costituisce l'allegato 7 al DPCM 26 aprile 2020, (oltre a specificare che l'art. 91 del Decreto Cura Italia è una disposizione di carattere generale) **contiene una "*tipizzazione*, *relativamente alle attività di cantiere, delle ipotesi di esclusione della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*"**, che costituisce una tipizzazione pattizia della disposizione (di carattere generale) contenuta nell'articolo 91 del Decreto "Cura Italia".

Né il "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro fra il Governo e le parti sociali", sottoscritto il 14 marzo 2020 ed emendato il 24 aprile 2020 (testo emendato allegato al DPCM 26 aprile 2020, quale allegato 6) né il "Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica", sottoscritto il 20 marzo 2020 tra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e le associazioni di categoria (allegato al DPCM 26 aprile 2020, quale allegato 8) contengono una tipizzazione delle ipotesi di esclusione della responsabilità del debitore.

Va peraltro osservato che nei contratti usualmente impiegati dai cantieri navali – sia per le nuove costruzioni sia per altrettanto complesse attività di *refitting* – dette ipotesi sono solitamente elencate nell'ambito di apposite clausole, usualmente denominate di "Forza Maggiore". Ciò sia in presenza di contratti soggetti alla legge e giurisdizione italiana sia nel caso in cui il contratto è soggetto alla legge inglese (e quindi necessita di una specifica disciplina contrattuale, in assenza di una previsione normativa che introduca l'impossibilità o l'eccessiva onerosità sopravvenuta quale categoria generale).

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only. It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

2. La tipizzazione delle esclusioni da responsabilità nel Protocollo Cantieri

Le ipotesi tipizzate nel Protocollo Cantieri, il cui verificarsi comporta la sospensione delle lavorazioni, sono:

a) la lavorazione da eseguire in cantiere impone di lavorare a distanza interpersonale minore di un metro, non sono possibili altre soluzioni organizzative e non sono disponibili, in numero sufficiente, dispositivi di protezione individuale conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie (se risulta documentato l'avvenuto ordine del materiale di protezione individuale e la sua mancata consegna nei termini);

b2) l'accesso agli spazi comuni, ad esempio le mense, non può essere contingentato, con la previsione di una ventilazione continua dei locali, di un tempo ridotto di sosta all'interno di tali spazi e con il mantenimento della distanza di sicurezza di un metro tra le persone che li occupano, con impossibilità di assicurare ad esempio il servizio di mensa in altro modo;

c) un lavoratore viene trovato affetto da Covid-19, con necessità di porre in quarantena tutti i lavoratori che con lo stesso siano venuti a contatto, senza che sia possibile la riorganizzazione del cantiere e del cronoprogramma delle lavorazioni;

d) inadeguatezza del dormitorio e impossibilità di diverse soluzioni organizzative per mancanza di strutture ricettive disponibili;

e) indisponibilità di approvvigionamento di materiali, mezzi, attrezzature e maestranze funzionali alle specifiche attività del cantiere.

Il Protocollo Cantieri precisa che la tipizzazione è esemplificativa e non esaustiva e che tutte le ipotesi devono essere attestate dal coordinatore per la sicurezza nell'esecuzione dei lavori che ha redatto l'integrazione del Piano di sicurezza e di coordinamento.

3. La tipizzazione può essere estesa ad altri settori?

Il verificarsi di una delle ipotesi che sono state tipizzate nel settore delle opere pubbliche e dell'edilizia può comportare l'esclusione della responsabilità del debitore, in altri settori, e in particolare nei cantieri navali e, più in generale, nel settore dei trasporti e della logistica?

In linea generale, **anche se i tre Protocolli hanno valenza normativa, non si ritiene che abbiano valenza normativa le disposizioni in essi contenute che non prescrivono le misure di contenimento da adottarsi**: la tipizzazione delle ipotesi di esclusione della responsabilità del debitore contenuta nel Protocollo Cantieri costituisce – per il settore cantieristico – solo una elencazione delle ipotesi che, attestate dal coordinatore per la sicurezza nell'esecuzione dei lavori che ha redatto l'integrazione del Piano di sicurezza e di coordinamento, può rendere più agevole l'onere della prova di cui si dirà di seguito. Mentre – per i settori del trasporto e della logistica – la tipizzazione costituisce una " linea guida" che indica al debitore della prestazione le ipotesi in cui può, ai sensi degli articoli 1218 e 1223 codice civile, chiedere di andare esente da responsabilità.

Pertanto, anche le ipotesi più eclatanti che si sono verificate nel settore del trasporto e della logistica, assimilabili alla tipizzazione pattizia del settore cantieristico (si pensi, ad esempio, al caso di un componente del personale di bordo o di terra o un autista o un passeggero che è stato affetto da Covid-19 e l'assoggettamento a quarantena a coloro che ne sono venuti a contatto; oppure al caso in cui

non è stato possibile l'approvvigionamento del carburante indispensabile per la navigazione, oppure ancora al caso in cui non erano disponibili, in numero sufficiente, dispositivi di protezione individuale da fornire in dotazione al personale di bordo o di terra che lavorano a distanza interpersonale minore di un metro) non possono essere automaticamente valutate ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore del servizio in relazione a decadenze o penali derivanti dal ritardato o mancato adempimento.

4. Riflessi sull'onere della prova

Inoltre, il debitore della prestazione nel settore del trasporto o della logistica ha un **severo onere della prova** (che, ai sensi del Protocollo Cantieri può e deve essere fornita con l'attestazione del coordinatore per la sicurezza che ha redatto l'integrazione del piano di sicurezza e coordinamento), che solo in parte è reso più agevole dal disposto dell'art. 91 primo comma del Decreto Cura Italia, convertito nella Legge n. 27/2020.

In generale, il contraente che intenda invocare l'esonero della sua responsabilità per forza maggiore che gli ha impedito di eseguire esattamente la prestazione dovuta, deve fornire (ai sensi dell'art. 1218 del codice civile), due prove: (a) che l'evento di forza maggiore ha reso impossibile l'esatto adempimento, e (b) che la causa impossibilitante non è a lui imputabile.

Nel caso di forza maggiore da Covid-19, pare ormai pacifico che il secondo onere della prova (non imputabilità dell'evento) non deve essere fornito. Infatti, l'art. 91 primo comma del Decreto Cura Italia, convertito nella Legge 27/2020 (il cui testo è sopra riportato) con l'espressione "*il rispetto delle misure di contenimento (…) è sempre valutato ai fini dell'esclusione (…) della responsabilità del debitore*" pare avere esonerato anche i debitori di una prestazione diversa da quella dell'appaltatore pubblico dall'onere di provare che la causa impossibilitante (la forza maggiore da Covid-19 e la necessità di rispettare le misure di contenimento) è causa di esclusione della responsabilità contrattuale a lui non imputabile. Numerose altre norme contenute nella legislazione emergenziale supportano tale conclusione (si pensi ad esempio all'art. 79 della Legge 27/2020 che, nel dettare misure urgenti per il trasporto aereo, precisa che l'epidemia da Covid-19 è formalmente riconosciuta come calamità naturale ed evento eccezionale, ai sensi dell'articolo 107, comma 2, lettera (b), del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea).

> Rimane però inalterato l'onere del debitore di provare che il rispetto delle misure di contenimento ha effettivamente reso impossibile (o ha ritardato) l'adempimento.

Mentre l'onere della prova dell'impossibilità assoluta di rendere la prestazione durante il periodo di fermo totale delle attività produttive disposto con il DPCM 22 marzo 2020 (con durata massima fino al 17 maggio 2020) come detto, evidenzia una criticità nell'individuazione del soggetto che (nei settori diversi dalla cantieristica) attesta la durata della sospensione dell'esecuzione della prestazione, l'onere della prova del ritardo, dovuto al rallentamento dell'attività produttiva per tutte le attività non sospese (o la cui prosecuzione è avvenuta sulla base di autorizzazione prefettizia), dovuto all'esigenza del rispetto delle misure di contenimento – che si riflette sulla quantificazione della durata del conseguente ritardo "scusabile" – appare complesso e al debitore della prestazione, come si è sopra evidenziato, non sono state attribuite agevolazioni dell'onere della prova.

Il debitore della prestazione, oltre a dover precostituire e conservare tutta la documentazione idonea o utile a soddisfare la prova della sospensione dell'attività e/o del rallentamento della stessa, nel quantificare il ritardo "scusabile", deve tenere conto anche del tempo necessario a ripristinare le condizioni preesistenti al verificarsi dell'evento di forza maggiore. Il che, nella fattispecie, appare particolarmente arduo, dato che l'evento di forza maggiore ha colpito tutti i soggetti coinvolti nell'esecuzione del contratto, dal creditore ai sub-fornitori e sub-appaltatori.

5. Introduzione della mediazione obbligatoria

Tenuto conto che tutti i soggetti coinvolti nell'esecuzione del contratto devono adottare, secondo il principio di buona fede, tutte le misure idonee a ridurre il ritardo e hanno tutti un dovere reciproco di correttezza – buona fede e correttezza che, secondo quanto affermato da ormai pacifico orientamento della Corte di Cassazione, integrano entrambi un generale dovere di solidarietà sociale che trova applicazione anche in assenza di specifici obblighi contrattuali, e impongono a tutte le parti di mantenere un comportamento leale nei loro rapporti (tra le altre, Cass. 23 maggio 2011 n.11295 e Cass., Sez. Un., 25 novembre 2008, n. 28056) – ciò dovrebbe indurre tutte le parti a non introdurre complessi contenziosi, quantificando amichevolmente il ritardo e modificando di conseguenza i termini di esecuzione del contratto. In questo senso, fin dall'inizio dell'emergenza Covid-19 si sono orientati gli operatori pratici, adottando un atteggiamento di cooperazione tra le parti contrattuali, soprattutto in settori (la costruzione di grandi navi da crociera ne è esempio paradigmatico) in cui il divampare della pandemia ha avuto sensibili effetti sulla capacità di entrambe le parti contrattuali di eseguire la prestazione dedotta in contratto e, più in generale, di garantire continuità, nel persistere dell'emergenza sanitaria, al proprio business.

Su questa impostazione, recepita da numerose Camere Arbitrali ed organismi di mediazione, anche a livello internazionale, il nostro legislatore concorda ed è intervenuto introducendo una nuova espressa ipotesi di **mediazione obbligatoria a partire dallo scorso 25 giugno**. Con il Decreto Legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito in Legge 25 giugno 2020, n. 70, è stato inserito all'articolo 3 del Decreto Legge 6/2020 un nuovo comma 6-ter che prevede che: "*nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-bis,* ***il preventivo esperimento del procedimento di mediazione*** *ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28,* ***costituisce condizione di procedibilità della domanda***".

Focus Team Shipping and Transport

Il Focus Team è una costellazione di competenze in diversi ambiti di attività con *focus* sullo *shipping* e sui trasporti.

Enrico Vergani
Diritto Marittimo e Contenzioso

Francesco Anglani
Antitrust

Marco Arato
Societario e Ristrutturazioni/Fallimentare

Marco De Leo
Societario

Vittorio Lupoli
Societario e Ristrutturazioni/Fallimentare

Andrea Manzitti
Tributario

Mario Olivieri
Societario e Ristrutturazioni/Fallimentare

Andrea La Mattina
Diritto Marittimo e Societario

Marco Mastropasqua
Diritto Marittimo e Contenzioso

Lucia Radicioni
Societario e Ristrutturazioni/Fallimentare