

Il trading internazionale di biocombustibili: strumenti contrattuali e risoluzione dei contenziosi.

Claudio Perrella

1. Introduzione

Il commercio internazionale di *biofuels* rappresenta una realtà in forte espansione, con elementi in stretto contatto con il *trading* di combustibili fossili e di prodotti ad uso agroalimentare. E' indicativo al riguardo il fatto che *traders* da decenni operanti nel settore delle *commodities* agricole sono ora fortemente attivi nel settore dei biocombustibili, ed analoga diversificazione hanno fatto soggetti da sempre presenti nel mondo del *trading* degli oli combustibili fossili.

Si tratta di un mercato connotato da forte volatilità, le cui cause sono molteplici.

In primo luogo sono frequenti gli interventi normativi a livello nazionale o internazionale¹ che introducono incentivi più o meno forti all'impiego di tali prodotti, o per converso inaspriscono sistemi di controllo e di valutazione di tracciabilità e sostenibilità e che soprattutto negli ultimi anni mirano a disciplinare il settore per garantire un impatto positivo per l'ambiente, senza creare problemi di disponibilità o di costo per materie prime alimentari.²

E' noto ad esempio che uno degli aspetti più critici e problematici legati all'impiego di mais per la produzione di etanolo è costituito dall'impatto che ne deriva sui prezzi e le inevitabili ricadute sui consumatori: alla luce delle ultime recentissime stime del Dipartimento dell'Agricoltura USA alla fine di agosto di quest'anno il mais di produzione statunitense destinato alla produzione di etanolo per la prima volta eccederà quello impiegato per l'alimentazione animale.³

Tale stato di cose si riflette inevitabilmente sui prezzi e le quotazioni a livello mondiale, aumentando in modo significativo il rischio di inadempimenti.⁴

¹ Si veda la Direttiva n. 2003/30EC, che chiede agli Stati membri di fissare *targets* per l'impiego minimo di biocombustibili nel gasolio allo scopo di raggiungere il tetto minimo del 10% entro il 2020.

² E' in quest'ottica che si colloca un accordo internazionale raggiunto dai paesi industrializzati insieme ai paesi in crescita che aderiscono alla GBEP, sigla di Global Bio Energy Partnership, un organismo del G8. L'accordo ha individuato 24 indicatori di sostenibilità, tra i quali rientrano biodiversità, costo e disponibilità alimentare a livello nazionale, accesso all'energia, sviluppo economico e sicurezza energetica.

³ *Ethanol production eats up more corn than livestock, says USDA*, Financial Times, 13 luglio 2011

⁴ *Doubt over US crop data after price swings*, Financial Times, 14 luglio 2011.

Un esempio si è avuto nell'estate del 2008 allorché i prezzi per il biodiesel in ambito comunitario si ridussero drasticamente, e vi fu una proliferazione di contratti non eseguiti, con conseguenti contenziosi di importo estremamente elevato.

E' noto che qualora il prezzo pattuito (spesso molti mesi prima) non riflette più le condizioni di mercato la parte danneggiata dalle variazioni spesso preferisce esporsi ad un contenzioso pur di vendere ad un miglior offerente o di reperire sul mercato merce a condizioni più favorevoli.

Accade peraltro spesso che in relazione a determinate *commodities* vi siano interventi improvvisi da parte delle autorità dei paesi esportatori che introducono limitazioni e prescrizioni che hanno forte impatto sui contratti in via di esecuzione: si pensi ad esempio a quanto è accaduto per l'olio di palma nei mesi di luglio e agosto 2010, allorché il Ministero del Commercio Indonesiano ha imposto per un breve periodo il ricorso a lettere di credito emesse da banche locali, determinando una notevole serie di problemi operativi e forti ritardi e disagi.⁵

E' dunque fondamentale per gli operatori comprendere quali sono gli strumenti contrattuali disponibili e le azioni che vanno adottate per la tutela dei propri diritti ed interessi (soprattutto in considerazione del fatto che - come si vedrà tra breve - è spesso imperativo agire con grande tempestività e decisione).

2. I contratti impiegati nel *trading* di biocombustibili

Il mercato è stato caratterizzato per anni dall'assenza di contratti standard, per effetto della sostanziale novità della tipologia dei prodotti impiegati quali biocombustibili.

Numerosi dei principali operatori si sono tuttavia negli ultimi anni dotati di condizioni generali, e le due principali associazioni operanti nel settore dell'industria agroalimentare ossia FOSFA⁶ (Federation of Oils Seeds and Fats Association) e GAFTA (Grain and Feed Trade Association) hanno adottato rispettivamente gli Standard Contracts n. 60 e 61 per la vendita base FOB e CIF di biodiesel (*Contract for Fatty Acid Methyl Esters in bulk, FAME*) e i contratti n. 201, 202 e 203 per le biomasse.

E' dato ormai di comune esperienza che nel *trading* di *commodities* hanno assunto un peso preponderante contratti-tipo predisposti dalle associazioni di settore.

⁵ *Indonesia: Letter of Credit Requirement for Indonesian Commodities Exports Has Been Revoked*, Mondaq, 6 August 2010

⁶ La FOSFA associa i principali operatori nel commercio mondiale di semi oleosi, oli, grassi, arachidi e conta più di 875 associati di 77 paesi diversi. L'elenco degli associati spazia da produttori, spedizionieri, traders, mediatori, periti e laboratori di analisi, armatori, gestori di terminal portuali e magazzini.

Tale diffusione si spiega alla luce del fatto che attraverso il riferimento ad uno dei contratti-tipo le parti si avvalgono di uno strumento molto dettagliato con un semplice richiamo alla sigla o il numero identificativo contenuto nella conferma d'affare (la cui redazione è spesso affidata ad un mediatore) che riepiloga i termini essenziali delle intese raggiunte (e riporta le clausole del contratto che derogano o integrano la disciplina standard). Un innegabile vantaggio del ricorso ai contratti tipo predisposti dalle associazioni consiste inoltre nel fatto che si tratta di strumenti collaudati nel corso di molti decenni, che vengono costantemente rivisti ed aggiornati alla luce dell'evoluzione dei mercati, dei sistemi di trasporto, delle caratteristiche della merce, delle tecniche di analisi e campionamento, da parte di gruppi di lavoro costituiti all'interno delle associazioni.

Un aspetto spesso trascurato nascente dal richiamo a tali contratti consiste nel fatto che essi contengono una clausola (la cd. *Domicile Clause*) con la quale il contratto viene assoggettato alla legge del paese in cui le associazioni hanno la loro sede, ossia la legge inglese (il che si spiega alla luce del fatto che tali contratti sono storicamente espressione del mondo del *trading* anglosassone, e contengono numerose clausole che vanno necessariamente interpretate alla luce dei principi di diritto inglese).

Non solo, ma tutti i contratti contengono una clausola compromissoria in virtù della quale gli eventuali contenziosi nascenti dalla loro esecuzione vanno risolti in arbitrato a Londra secondo il regolamento arbitrale delle associazioni.

Il richiamo ad una legge straniera ha ovviamente implicazioni di rilievo, ed espone l'operatore italiano a fare i conti con principi e sistemi talora molto diversi da quelli vigenti nel nostro ordinamento.

Si pensi alla distinzione esistente nel diritto inglese tra le varie categorie di obblighi che derivano da un contratto di vendita, che non ha un esatto equivalente nel nostro sistema, e che ha conseguenze talora difficilmente comprensibili per chi non abbia familiarità con i principi vigenti nei sistemi di *common law*.

3. L'importanza della tempestività nell'esecuzione dei contratti

Nel diritto inglese le obbligazioni poste a carico delle parti del contratto di vendita vengono tradizionalmente classificate come *conditions*, *guarantees*, *warranties* ed *intermediate terms*.

E' fondamentale, ma non sempre semplice (ed è spesso anzi complesso) accertare se la singola pattuizione ricada nell'una o nell'altra categoria.

In linea generale può dirsi che danno vita a *conditions* le clausole del contratto che prevedono termini entro i quali vanno adempiute le obbligazioni (ad esempio il rispetto del termine previsto per la consegna della merce, per la nomina della nave, per l'apertura della lettera di credito).

Mentre una certa tolleranza è ammessa con riguardo al rispetto delle clausole che riguardano qualità e caratteristiche della merce, le conseguenze del mancato rispetto di un termine vengono invece di regola considerate con estremo rigore.

Ciò è sicuramente vero per la legge inglese, ma lo è anche per la nostra giurisprudenza (che ad esempio ha più volte affermato l'essenzialità del termine previsto in contratto per la caricazione e la consegna della merce), con la conseguenza che la parte di un contratto di vendita internazionale di materie prime deve necessariamente tener conto del fatto che un ritardo anche modesto (talora anche di qualche ora) nel rispetto di determinate scadenze può avere conseguenze fatali.

4. Le problematiche relative a trasporto e stoccaggio, campionamento ed analisi

Il trasporto e lo stoccaggio di bioetanolo e biodiesel danno origine a problematiche molto simili a quelle che interessano prodotti petroliferi.

Una delle principali caratteristiche dell'etanolo è l'igroscopicità e la conseguente attitudine ad assorbire acqua ed umidità dall'ambiente circostante (inclusa l'atmosfera) determinandone un aumento della corrosività.

Il biodiesel presenta inoltre spesso problemi di viscosità, che richiedono che venga garantito il mantenimento della temperatura durante il trasporto.

Entrambe le tipologie di prodotto vengono dunque abitualmente trasportate in quantitativi relativamente piccoli, in *tankers* con stive di acciaio inossidabile impiegate anche per il trasporto di acido ed altri prodotti chimici (e sotto questo profilo sono forti le somiglianze con le problematiche che interessano il trasporto di *fuel* destinato per l'industria aeronautica).

La shipment and classification clause dei contratti FOSFA 60 e 61 stabilisce in particolare che “*shipment in good condition in ships which comply with the FOSFA qualifications and operational procedures for ships engaged in the carriage of oils and fats in bulk for edible and oleochemical use in force at the date of the bill of lading*”.

Un elemento distintivo invece è rappresentato dall'equipaggiamento e dalle procedure per testare i biocombustibili: cruciale sotto questo profilo è il Cold Filter Plugging Point (CFPP) del biodiesel, la temperatura critica alla quale un combustibile rischia di cristallizzare o gelificare determinando l'intasamento dei filtri.

La fase del campionamento e dell'analisi del prodotto è parimenti essenziale, ed è in particolare imperativo che campioni rappresentativi vengano raccolti in tutte le fasi delle operazioni di imbarco e sbarco: non a caso la clausola 17 “*Sampling and analysis*” dei contratti FOSFA 60 e 61 contempla operazioni di campionamento ed accertamento delle specifiche qualitative particolarmente elaborate.

Nei contratti GAFTA e FOSFA la valutazione circa il rispetto delle specifiche qualitative viene di regola affidata a controllori ed analisti inclusi negli elenchi ufficiali delle Associazioni ed a sistemi di campionamento codificati da queste ultime, ed il rispetto di tali requisiti è imperativo, in quanto in caso contrario il campione raccolto viene di regola considerato non attendibile, e la parte che intende fondare un reclamo su risultati di analisi conseguiti in modo difforme rispetto alle procedure prescritte può perdere ogni diritto ad agire in arbitrato

La possibilità di far ricorso a periti o laboratori diversi da quelli inclusi nell'elenco è prevista in via residuale, allorquando ad esempio al porto di caricazione non vi siano ispettori o analisti accreditati, o vengano disposizioni che impongono il ricorso a strutture locali.

Qualora il contratto preveda il diritto del compratore di presenziare personalmente - o con un proprio perito - alle operazioni di campionamento ed analisi il venditore è tenuto a garantire la propria cooperazione al fine di facilitare (o quanto meno non ostacolare) tali operazioni.⁷

Quanto alle clausole che attribuiscono peso ed efficacia ai certificati emessi al termine delle operazioni di caricazione, in via di estrema sintesi si possono distinguere le ipotesi in cui tali certificati hanno semplicemente l'effetto di far scattare l'obbligo di pagamento del prezzo da parte del compratore, senza tuttavia precludere successive contestazioni (non avendo tali certificati carattere vincolante), dai casi in cui all'accertamento della conformità quantitativa e qualitativa contenuta nei certificati viene attribuito invece un valore definitivo e pressoché insormontabile (c.d. clausole "final and binding").

5. Clausola "final at loading": natura ed effetti

Mentre in passato le clausole contrattuali che attribuiscono ai certificati di quantità e qualità una efficacia "*final and binding*" erano considerate abbastanza eccezionali (con la conseguenza che in caso di formulazioni ambigue si tendeva ad escludere che la clausola avesse l'effetto di rendere i certificati "finali"), oggi tali pattuizioni sono rinvenibili con frequenza estrema, e costituiscono ormai la regola nel *commodity trade*, al punto da essere state recepite e codificate in numerosi dei formulari del settore.

Le conseguenze, sotto il profilo giuridico e pratico, che per le parti nascono dalla scelta di attribuire efficacia "*final and binding*" ai certificati di analisi e qualità sono, come è facile intuire, di estremo rilievo, dal momento che sulla base di tali certificati (anche qualora essi si rivelino viziati da errore) il compratore può trovarsi costretto ad accettare (ed a pagare per intero) merce che non corrisponde, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, alle specifiche contrattuali.

Ciò può dar adito a qualche perplessità ed indurre a dubitare della stessa ammissibilità o validità di clausole di tal genere. Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale consolidato è ormai tempo nel senso di riconoscere piena

⁷ Mantovani v. Carapelli S.p.A. (1978).

validità a simili pattuizioni, ed attribuire in particolare efficacia vincolante a tali certificati anche qualora gli stessi risultino viziati da errori ed omissioni del controllore che emette il certificato.⁸

Alla luce degli effetti legati all'impiego di clausole quali quelle in esame ci si chiede spesso se la natura vincolante dei certificati sia assoluta o incontri invece dei limiti, e se sono in particolare configurabili situazioni in cui, pur in presenza di un certificato previsto dal contratto come "*final and binding*" che attesta la conformità della merce il compratore possa ugualmente contestare la quantità o la qualità della merce consegnatagli.

Alla luce dei precedenti disponibili (numerosi dei quali sono peraltro molto recenti, a testimonianza del fatto che il punto è tuttora soggetto a valutazioni e revisioni) possono individuarsi alcune fattispecie in cui chi si ritenga danneggiato da un certificato non fedele o errato dispone di un certo spazio per contestarne validità e peso probatorio.

Un primo strumento a disposizione del compratore è costituito dalla interpretazione restrittiva della clausola che prevede l'efficacia "*final and binding*" del certificato. Argomentando dal carattere eccezionale di tale pattuizione e degli effetti ad essa connessi si è infatti talora sostenuto, in presenza di clausole dalla formulazione incerta o ambigua, che tale efficacia fosse da escludere.

Si può poi limitare l'efficacia "*final and binding*" ad alcune soltanto delle indicazioni contenute nei certificati, ossia quelle per le quali la portata vincolante e finale sia espressamente prevista, escludendola invece per tutte le altre.⁹

La natura "finale" dei certificati è subordinata alla condizione che essi siano rigorosamente emessi dal soggetto prescelto, ed a seguito di analisi e controlli eseguiti nel pieno rispetto delle pattuizioni del contratto di vendita. L'efficacia del certificato può pertanto essere contestata qualora esso non sia rilasciato dal soggetto indicato dalle parti, o sia emesso da un controllore che non abbia i requisiti o le qualifiche concordate.

Spesso il contratto prevede che il controllo e l'emissione del certificato siano affidati ad un "*independent surveyor*": si tratta di definizione per molti versi ambigua, poiché un'interpretazione rigorosa del requisito della imparzialità richiede in effetti non solo che l'ispettore non abbia legami di sorta con una delle parti, ma anche che esegua autonomamente campionamento ed analisi, non limitandosi ad assistere ad attività svolte da altri ed a recepirne i risultati nel proprio certificato.¹⁰

Così come regolano la scelta del soggetto incaricato di eseguire l'accertamento ed emettere i relativi certificati, le clausole in esame spesso regolano anche la

⁸ Rolimpex v. Dossa & Sons Ltd (1971); Toepfer v. Continental Grain Co. (1973).

⁹ Toepfer v. Continental Grain Co (1973) In tal senso anche Gill & Duffus v. Berger & C. Inc. (N.2) (1984)

¹⁰ Kollerich & Cie. S.A. v. The State Trading Corporation of India (1979).

modalità di tale accertamento, ed in particolare il prelievo dei campioni e la esecuzione delle analisi. Può accadere (ed è anzi evento ricorrente) che il controllore si discosti dalle istruzioni ricevute: anche in tal caso la portata vincolante dei certificati può essere contrastata con successo. Si tratta di un profilo che la giurisprudenza inglese ha affrontato ormai da tempo, e che è efficacemente riassunto in un passaggio delle motivazioni della decisione resa nel caso *Nikko Hotels*¹¹ nel quale il Giudice Knox ha, con esemplare concisione, puntualizzato: *“if [the expert] has answered the right question in the wrong way, his decision will be binding. If he has answered the wrong question, his decision will be a nullity”*.

La portata vincolante del certificato dipende dunque dal rispetto delle prescrizioni contenute nel contratto con riguardo alle modalità di accertamento¹² ed il ricorso a metodologie di analisi del tutto coincidenti con quelle prescritte.¹³

Può accadere che i periti ai quali le parti affidano i controlli del caso incorrano in errori o sviste, che naturalmente falsano le analisi e le risultanze riportate sui certificati.

Si è visto poco sopra che la circostanza che si verifichi un errore non vale di per sé a privare di efficacia vincolante il certificato qualora esso sia definito dalle parti come “final”, e tale impostazione, affermata da tempo dalla giurisprudenza inglese, trova costanti (ed anche in tempi molto recenti)¹⁴ conferme.

E’ tuttavia possibile inserire nel contratto pattuizioni specifiche che contemplano in via preventiva l’eventualità che il certificato sia errato o viziato da errori procedurali. Un precedente significativo sul punto è rappresentato dal caso *Apioil v. Kuwait*¹⁵ nel quale una delle clausole contenute nel contratto di vendita prevedeva che il certificato di qualità emesso alla carica fosse “final” a meno che non fosse provato che *“testing and/or sampling was incorrectly performed”*. Nel giudizio seguito alla impugnazione dei certificati di

¹¹ *Nikko Hotels (U.K.) Ltd. v. MEPC Plc.* (1991)

¹² *Soon Hua Seng v. Glencore Grain* (1996) *Coastal Bermuda v. Esso Petroleum* (2001) *Veba Oil Supply and Trading GMBH v. Petrotrade* (2001)

¹³ *Veba Oil Supply and Trading GMBH v. Petrotrade* (2001) La decisione è di particolare peso, in considerazione del fatto che la Corte ha ritenuto all’unanimità che il certificato non fosse vincolante (e dunque era suscettibile di prova contraria), sebbene fosse pacifico tra le parti che il metodo seguito dal controllore era stato più sofisticato ed accurato rispetto a quello previsto in contratto, che laddove si fosse fatto ricorso al sistema indicato in contratto il risultato non sarebbe mutato, e la merce sarebbe stata comunque ritenuta conforme alle specifiche, ed infine che il metodo di analisi adottato era quello usualmente seguito al porto di sbarco. Il ragionamento seguito dalla Court of Appeal è ben delineato nel passaggio della sentenza dove (anche in tal caso con esemplare concisione) si è chiarito che: *“the parties are only bound by a stipulation as to finality if the expert has done what he was asked to do”*.

¹⁴ *Bernhard Schulte & Ors. v. Nile Holding Ltd.* (2004) dove la Corte ha affermato *“the law is clear that where a contract provides for the decision of an expert to be final and binding, it does bind the parties even if there is an admitted mistake as long as there is no fraud, collusion, bias or a material departure by the expert from his instructions”*.

¹⁵ *Apioil v. Kuwait Petroleum Italia* (1995).

analisi la Corte ha evidenziato che l'effetto di tale previsione era in sostanza quello di privare la clausola di qualunque efficacia vincolante in caso di errore.

Profili analoghi ricorrono in un caso di poco successivo nel quale una clausola affidava determinate valutazioni ad un esperto da scegliersi congiuntamente, le cui determinazioni sarebbero state finali e vincolanti con esclusione del caso di frode o di “*manifest error*”.¹⁶

Alla luce del quadro giurisprudenziale esistente può dunque trarsi una regola di condotta ed un suggerimento di carattere pratico per la parte che intenda attenuare gli effetti connessi alla clausola “*final at loading*”, ossia prevedere in modo espresso l'eventualità che si verifichino errori nella fase del campionamento o dell'analisi, ed escludere (anche qui con pattuizione specifica e chiara) in tal caso portata vincolante ed incontestabile al certificato emesso.

E' pacifico, infine, che il carattere vincolante dei certificati è da escludere in caso di frode.

Si tratta tuttavia di un'eventualità che impone oneri probatori molto complessi, e spesso di fatto insormontabili, in quanto il compratore deve dare la prova di una vera e propria collusione tra venditore e controllore, e se spesso è plausibile argomentare che il perito sia stato soggetto a pressioni o in qualche modo persuaso a fare valutazioni fuorvianti in merito alle caratteristiche della merce analizzata, è molto raro che siano disponibili elementi di prova decisivi sul punto.

6. Il caso “Mercini Lady”

L'assetto raggiunto dalla giurisprudenza in materia di certificazioni finali all'imbarco è stato recentemente messo in discussione da una sentenza della Commercial Court inglese nel caso “*Mercini Lady*”¹⁷ relativo ad una vendita FOB di un carico di 38.500 tonnellate di gasolio.

Nonostante al porto di caricazione il controllore avesse attestato che il carico era nei limiti previsti, la merce si era presentata invece gravemente fuori specifica al *sediment test* eseguito all'arrivo, dopo soli 4 giorni dall'imbarco.

¹⁶ Il “*manifest error*” è stato definito nel caso *Veba Oil* come “*oversights and blunders so obvious and obviously capable of affecting the determination as to admit no difference of opinion*”. Deve trattarsi dunque di un errore “pacifico ed evidente” che inerisce al certificato o alla procedura che ha condotto alla sua emissione. Un *manifest error* ricorre ad esempio se vi è un errore di trascrizione, o un palese errore nell'analisi o nel campionamento, o ancora se si verifica la confusione dei campioni prelevati.

¹⁷ *KG Blominflot Bunkergellschaft fur Mieralole mbh & Co KG v Petroplus Marketing AG* [2010] EWCA Civ 1145.

Parte acquirente aveva pertanto rigettato il carico, reclamando danni superiori a 3 milioni di dollari.

In primo grado il Giudice Field ha ritenuto che l'obbligo posto a carico del venditore in un contratto FOB riguardo alla necessità che la merce sia di "*satisfactory quality*" implica che tale garanzia permanga non solo alla caricazione, ma anche in corso di viaggio, ossia "*for a reasonable time thereafter*", e che tale obbligo finiva per attenuare in modo sostanziale la natura vincolante e definitiva degli accertamenti contenuti nel certificato di qualità emesso alla caricazione.

La decisione è stata tuttavia drasticamente riformata in secondo grado, dove la Corte d'Appello ha evidenziato che seguendo tale impostazione "*all certainty in international sale of goods, which such inspection clauses are designed to provide... would be utterly broken... The whole point of the final and binding determination by an independent inspector on loading would be rendered pointless*".

7. Cosa fare se la propria controparte non rispetta il contratto?

Si è evidenziato poco sopra che in momenti di particolare volatilità e di brusche variazioni delle quotazioni esistenti nei mercati di riferimento aumenta inevitabilmente il rischio che i contratti non vengano eseguiti, poiché una delle parti può ritenere più conveniente esporsi ad una richiesta di risarcimento a fronte del vantaggio immediato di poter vendere o reperire a migliori condizioni la merce.

Con il termine di *default* vengono tradizionalmente definite le situazioni in cui una parte non esegue, con il conseguente diritto dell'altra parte di chiedere la risoluzione del contratto.

E' essenziale in tali casi che la parte esposta al danno derivante dalla mancata esecuzione si muova con tempestività, ma senza agire prematuramente, per evitare di determinare un involontario ribaltamento dei ruoli e vedersi contestare di aver illegittimamente dichiarato il contratto risolto.

Si tratta del momento senza dubbio più delicato dell'esecuzione dei contratti, poiché un'eventuale dichiarazione di inadempimento va necessariamente comunicata solo allorquando vi sono riscontri certi e concreti che provano che la propria controparte non può o non vuole adempiere, e dunque solo quando il termine è irrimediabilmente decorso. Una dichiarazione trasmessa mentre venditore o compratore sono ancora giuridicamente nelle condizioni di adempiere (e di rimediare ad un eventuale ritardo) rischia di avere effetti gravi e determinare una risoluzione anticipata: è questo il motivo per cui molto spesso la parte che non può eseguire mantiene una condotta volutamente reticente, evitando di offrire alla propria controparte elementi di valutazione ed inducendola in qualche modo in errore.

8. Il risarcimento del danno

Per il calcolo dei danni che possono reclamarsi a seguito della mancata esecuzione del contratto i principi seguiti sono sostanzialmente analoghi nella legge inglese francese ed italiana, e possono riassumersi come segue:

a) il danno risarcibile è costituito in linea di principio tra la differenza tra il prezzo pattuito in contratto ed il prezzo di mercato. Il criterio in effetti non mira a “punire” la parte inadempiente, ma individua un meccanismo quanto più semplice e lineare possibile per permettere un equo ed immediato risarcimento dei danni.

b) il venditore o il compratore legittimati a chiedere il risarcimento possono optare per l’effettivo acquisto o vendita in danno, ed in tal caso tale prezzo sarà il parametro di valutazione (ma è data alla controparte la possibilità di contestarne la attendibilità e la ragionevolezza, chiedendo che siano gli arbitri a stabilire se il prezzo è congruo) oppure limitarsi a chiedere la differenza tra prezzo di contratto e prezzo di mercato.

I contratti GAFTA e FOSFA non prevedono un termine preciso per l’acquisto o la vendita in danno, è evidente tuttavia che affinché un acquisto o una vendita in danno siano idonei a riflettere le condizioni di mercato esistenti al momento della risoluzione devono avvenire entro breve tempo, soprattutto in situazioni di mercati fortemente instabili nei quali le quotazioni possono mutare grandemente da un giorno all’altro.

Uno degli aspetti più controversi nascenti dall’applicazione dei principi sopra visti è costituito dalla possibilità di chiedere un risarcimento che non sia limitato alla semplice differenza tra il prezzo di contratto e quello di mercato (o il prezzo di acquisto o vendita in danno), bensì di chiedere danni ulteriori (ad esempio per perdite di utili o profitti).

La regola come detto è che si tiene conto solo della differenza calcolata sulle quotazioni di mercato esistenti, ma si ammette che in casi particolari gli arbitri abbiano il potere (discrezionale) di porre a carico della *defaulting party* anche danni da mancato utile: ciò può accadere ad esempio qualora il contratto abbia ad oggetto merce di natura particolare, per la quale il reperimento di un lotto alternativo o la individuazione di un prezzo di mercato siano impossibili, ed i danni derivanti dall’inadempimento nel quale (forzatamente) incorre il compratore nei confronti del proprio sub-acquirente non siano risarciti adeguatamente applicando i parametri previsti nelle *default clauses*.

Le *Default Clauses* prevedono che il danno va calcolato sulla base della quantità di merce pattuita.

E’ noto tuttavia che spesso i contratti prevedono l’opzione di una delle parti di consegnare una percentuale inferiore o superiore (spesso del 5% o del 10%).

Per i contratti con resa FOB si fa riferimento alla quantità dichiarata in vista della caricazione, a meno che la risoluzione contrattuale non si verifica prima di tale dichiarazione. Nel caso dei contratti CIF i danni vengono invece calcolati

sulla base della quantità indicata nella *notice of appropriation* (GAFTA) o *declaration of shipment* (FOSFA) (ossia nelle comunicazioni ufficiali con la quale il venditore indica il quantitativo di merce effettivamente consegnata); laddove la *appropriation* non vi sia stata (ad esempio perché la risoluzione è avvenuta prima) si tende ad accertare, sulla base degli elementi disponibili, quale sarebbe stato il quantitativo effettivamente consegnato, e quale dunque la scelta ad opera della parte a favore della quale è prevista l'opzione. In mancanza di elementi certi si opera una media tra i quantitativi minimi e massimi.

Il risarcimento del danno può variare grandemente anche in base alla data adottata quale riferimento per l'individuazione del prezzo di mercato.

Molto spesso accade infatti che in un lasso di tempo molto contenuto il prezzo di mercato della merce subisce fluttuazioni molto forti, e diviene di particolare importanza accertare con precisione quale sia la data esatta di *default*, in quanto anche un solo giorno di differenza può portare a risarcimenti molto diversi. Non stupisce dunque che l'individuazione della data alla quale far riferimento per determinare il risarcimento del danno si riveli spesso complessa ed abbia dato origine ad accessi contenziosi.

In linea generale si segue il principio che il parametro da adottare quale base di calcolo è dato dalle quotazioni esistenti il giorno in cui si verifica l'inadempimento che dà origine alla risoluzione. In alcune decisioni le Corti hanno tuttavia espresso il convincimento che per la determinazione del *market price* debba tenersi conto del giorno successivo, poiché è solo da tale momento che la parte che fronteggia l'inadempimento è nella materiale condizione di agire ed adottare le misure disponibili per mitigare il danno cui è esposta.

9. Impossibilità di eseguire il contratto e forza maggiore

La vita di un contratto di vendita di *commodities* può essere (e spesso effettivamente è) travagliata: le parti possono fronteggiare situazioni impreviste, condizioni atmosferiche eccezionali, calamità naturali.

Spesso l'esecuzione di un contratto è ritardata o resa impossibile da agitazioni o scioperi al porto di caricazione o di sbarco, dal sorgere improvviso di conflitti o sommosse, o da impreviste e repentine restrizioni all'*export*.

Il rischio di restrizioni all'esportazione è divenuto in effetti crescente negli ultimi anni, in considerazione del fatto che l'aumento esponenziale del fabbisogno mondiale di materie di prime, legato alla crescita vertiginosa dell'economia di alcuni paesi, impone sempre più spesso a paesi tradizionalmente esportatori di intervenire per garantire che le scorte siano sufficienti a coprire le esigenze del mercato interno, e l'applicazione imprevista di drastiche misure restrittive sembra destinata senza dubbio a costituire uno dei tratti caratteristici del mercato dei cereali nel prossimo futuro.

Va tenuto presente che il sorgere di situazioni di difficoltà nel reperimento della merce non determina automaticamente l'impossibilità ad adempiere: se una determinata partita di cereali si rende indisponibile la parte venditrice è

comunque tenuta a reperire - anche a costo fortemente maggiorato, se necessario - un'ulteriore partita dalle stesse caratteristiche con il quale eseguire il contratto.

Tuttavia, può accadere che le specifiche della merce siano talmente tassative e peculiari che la partita costituisca di fatto l'unico lotto presente sul mercato.

Può inoltre accadere che nelle specifiche contrattuali o nella descrizione della merce venga indicato il luogo d'origine ed il periodo di produzione, o ancora vi sia l'indicazione di uno o più singoli porti di imbarco, in modo da circoscrivere grandemente la gamma di opzioni possibili e determinare un'ipotesi di forza maggiore in situazioni in cui in mancanza di indicazioni così tassative il contratto resterebbe in realtà eseguibile.

In altri casi il reperimento di un lotto sostitutivo può essere talmente complesso o oneroso che di fatto il venditore si trova nella materiale impossibilità di reperirlo in tempo utile. Ancora, può accadere che l'esportazione sia vietata in tutto o in parte per effetto dell'intervento delle autorità del paese d'origine.

Al fine di prevenire e disciplinare simili evenienze le parti dei contratti di vendita di *commodities* sono solite inserire nel complesso delle loro pattuizioni disposizioni con le quali prevedono che al ricorrere di determinati eventi esse sono esonerate da ogni obbligo e non sono responsabili per i danni nascenti dalla mancata esecuzione.

Tali pattuizioni sono di regola racchiuse in una clausola che viene tradizionalmente definita "*force majeure*", e che è presente in praticamente tutti i formulari redatti dalle varie associazioni.

Nei contratti GAFTA particolare rilievo assume poi la "*prohibition clause*", con la quale viene invece prevista e disciplinata l'eventualità che l'esecuzione del contratto sia impedita (o resa molto più gravosa del previsto) per effetto dell'intervento di autorità locali.

La distinzione, sotto il profilo pratico ed interpretativo, delle due tipologie di clausole è spesso difficile, e l'esame della casistica disponibile evidenzia che le due clausole vengono di regola richiamate congiuntamente, sul presupposto che determinati eventi ricadono (o possono presumibilmente ricadere) in entrambe le previsioni.

Quanto alla *prohibition clause* ed agli elementi di fatto che devono ricorrere affinché un divieto all'esportazione possa effettivamente determinare un esonero di responsabilità per impossibilità sopravvenuta, si possono (in sintesi) individuare i seguenti presupposti:

- a) il divieto all'esportazione deve essere frutto di un'imposizione proveniente da una norma di legge, o un provvedimento delle autorità competenti.
- b) tale provvedimento deve concretamente impedire l'esportazione della merce dal paese di origine, o impedire la caricazione nel porto o nei porti nominati nel contratto, e deve di fatto rendere impossibile qualunque forma di esportazione.

c) la *prohibition clause* prende di regola in considerazione provvedimenti restrittivi o di divieto all'esportazione, e non contempla gli effetti di provvedimenti che eventualmente limitino l'importazione della merce: solo i primi possono dar luogo ad una risoluzione contrattuale senza conseguenze per il venditore.

d) dal momento che le conseguenze connesse alla *prohibition clause* sono molto rilevanti, il venditore deve provare adeguatamente le circostanze di fatto e diritto che impediscono l'esecuzione, e le comunicazioni relative al divieto all'esportazione devono essere trasmesse al compratore con estrema tempestività.

Per quanto riguarda invece la "forza maggiore", sono tradizionalmente ritenuti necessari tre elementi, ossia

- a) che l'evento sia al di fuori del controllo delle parti,
- b) sia imprevedibile,
- c) sia tale da non consentire l'esecuzione del contratto o di una obbligazione che ne costituisca un elemento centrale.

E' necessaria l'impossibilità assoluta di eseguire il contratto, e non è sufficiente uno stato di cose che renda (solo) maggiormente onerosa l'esecuzione del contratto.

Dunque, qualora una parte può eseguire in vari modi, solo alcuni dei quali siano impediti, essa resta vincolata al contratto.

10. La risoluzione dei contenziosi

I contratti-tipo delle Associazioni contengono una clausola compromissoria che deferisce la risoluzione di ogni contenzioso nascente dal contratto ad un arbitrato, e che costituisce senza dubbio uno degli elementi distintivi dei contratti in esame.¹⁸

Tali arbitrati, che si svolgono secondo la procedura prevista nel regolamento di ciascuna Associazione (ad esempio la procedura prevista nelle Arbitration Rules del Form 125 per i contratti GAFTA) sono cd. "arbitrati amministrati", ed offrono alcuni precisi vantaggi per le parti, soprattutto sotto il profilo dei costi (che vengono determinati in via preventiva dalle varie associazioni, in base ad un tariffario che tiene di regola conto del valore del contenzioso) e della efficienza e rapidità della procedura.

¹⁸ La clausola contenuta nei contratti FOSFA recita: "29. *ARBITRATION: Any dispute arising out of this contract, including any question of law arising in connection therewith, shall be referred to arbitration in London (or elsewhere if so agreed) in accordance with the Rules of Arbitration and Appeal of the Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Limited, in force at the date of this contract and of which both parties hereto shall be deemed to be cognizant.*

Il richiamo alla clausola compromissoria spesso implica, oltre al deferimento in arbitrato di qualunque contenzioso insorgente dal contratto, anche l'assunzione di un obbligo di un certo peso, vale a dire la rinuncia ad adire l'autorità giudiziaria del proprio paese fino al momento in cui non venga emesso il lodo arbitrale che definisce il contenzioso; tale previsione è contenuta in una clausola che viene tradizionalmente definita nel diritto inglese come *Scott Avery Clause*.¹⁹

Si tratta di una limitazione di peso significativo, che implica la rinuncia a ricorrere ai procedimenti cautelari e di urgenza che possono precedere il giudizio (si pensi, per il diritto italiano, al sequestro conservativo, al sequestro giudiziario quando sorge una controversia circa la proprietà o il possesso della merce, o il ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c.).²⁰

Sotto questo profilo va peraltro segnalata una differenza significativa tra i contratti GAFTA ed i contratti FOSFA, in quanto nei primi la clausola è stata modificata ammettendo espressamente la possibilità di agire per conseguire un sequestro conservativo o una misura di protezione del reclamo prima dell'inizio o in pendenza del procedimento arbitrale.

La nomina degli arbitri ad opera delle parti (o delle Associazioni, qualora una delle parti resti inerte e non provveda a nominare un proprio arbitro) va eseguita con il rispetto di alcune precise modalità e seguendo criteri determinati.

Va tenuto presente che qualora una parte intenda presentare un reclamo e dare inizio ad procedimento arbitrale è tenuta a farlo entro termini che possono essere estremamente brevi, che sono stati più volte ritoccati nel corso degli anni e che spesso impongono alle parti una condotta di grande prontezza.

Il principio generale è che termini molto brevi trovano applicazione in relazione a contenziosi aventi ad oggetto le caratteristiche qualitative della merce, mentre un lasso di tempo più esteso viene invece riconosciuto per contenziosi di natura diversa (in particolare aventi ad oggetto il risarcimento del danno).

La brevità dei termini entro i quali dare inizio all'arbitrato nei contenziosi di natura qualitativa si spiega alla luce del fatto che analisi e controlli qualitativi

¹⁹ La clausola contenuta nei contratti FOSFA recita: "*Neither party hereto, nor any persons claiming under either of them, shall bring any action or other legal proceedings against the other of them in respect of any such dispute until such dispute shall first have been heard and determined by the arbitrators, umpire or Board of Appeal (as the case may be), in accordance with the Rules of Arbitration and Appeal of the Federation, and it is hereby expressly agreed and declared that the obtaining of an Award from the arbitrators, umpire or Board of Appeal (as the case may be), shall be a condition precedent to the right of either party hereto or of any person claiming under either of them to bring any action or other legal proceedings against the other of them in respect of any such dispute.*"

²⁰ Mantovani c. Carapelli (1980); Glencore v. Agros (1999). In tempi recentissimi *B v S* (2011) EWHC 691 (Comm)

vanno condotti con sollecitudine per essere effettivamente rappresentativi ed affidabili, e che soprattutto laddove si contesti uno stato precario della merce per eccesso di umidità, surriscaldamento, contatto con agenti patogeni, ogni minimo ritardo è suscettibile di alterare in modo sostanziale il quadro probatorio.

Un elemento controverso e fonte di contenziosi è il potere attribuito agli arbitri di ammettere la presentazione di reclami tardivi, qualora cioè la parte reclamante lasci inutilmente decorrere il termine fissato per l'inizio del procedimento arbitrale.

Le Arbitration Rules di GAFTA e FOSFA prevedono che la parte che non rispetta il termine previsto per dare inizio all'arbitrato può chiedere che gli arbitri concedano una rimessione in termini.

Di regola gli arbitri ritengono di ammettere reclami tardivi qualora la parte reclamante sostenga (e provi) che la decadenza è dovuta ad un caso fortuito, o ad inavvertenze legate ad esempio ad indicazioni parziali o fuorvianti ricevute dalle Associazioni. In alcuni casi la proroga è stata concessa in casi in cui parte reclamante ha provato che per effetto della decadenza essa avrebbe subito pregiudizi particolarmente forti sotto il profilo economico; altri elementi che hanno sovente indotto gli arbitri GAFTA e FOSFA ad esercitare il potere di rimessione in termini sono stati il carattere estremamente contenuto del ritardo, o la circostanza che esso non arrecava di fatto alcun pregiudizio per la parte convenuta.²¹

Va tenuto presente tuttavia che è sempre opportuno muoversi con la massima tempestività senza confidare sulla possibilità di beneficiare di una riammissione in termini, la cui concessione non può mai darsi per scontata.

Sotto questo profilo è emblematico un caso recentissimo²² relativo ad un contenzioso sorto a seguito della accertata contaminazione di un carico di olio di semi di girasole di origine ucraina, con contratto che richiamava le condizioni FOSFA 54.

Parte acquirente ha rilevato con notevole ritardo rispetto alla scadenza di 120 giorni prevista nelle FOSFA Rules l'esistenza di una contaminazione ed ha dato

²¹ *Comdel Commodities Ltd v Siporex Trade SA* (1990) Tale sistema è stato peraltro sottoposto a riconsiderazione nella pronuncia resa nel caso *Al Hadha v. Tradigrain* avente ad oggetto l'impugnazione di un lodo del Board of Appeal della GAFTA, che pur avendo accertato che uno dei reclami era stato presentato con un ritardo di 47 giorni, aveva esercitato il potere discrezionale conferito dalle rules ritenendo di ammetterlo comunque. La decisione è stata impugnata sulla base del rilievo che essa era totalmente priva di motivazione, e la Corte ha evidenziato che nonostante il Board avesse in effetti discrezionalità assoluta per ammettere la presentazione di reclami tardivi, ciò non esimeva gli arbitri dall'indicare le motivazioni poste a base della decisione.

²² *SOS Corporacion Alimentaria SA and another v Inerco Trade SA* [2010] EWHC 162 (Comm)

avvio al procedimento arbitrale cinque mesi dopo aver accertato che la merce era gravemente fuori specifica.

Gli arbitri FOSFA e successivamente la Commercial Court (alla quale era stata richiesta la concessione di una *extension* ai sensi della Section 12 dell'Arbitration Act 1996) hanno respinto la richiesta di rimessione in termini, sul presupposto che parte acquirente non aveva offerto alcuna ragionevole spiegazione per giustificare il ritardo maturato.

E' previsto il termine massimo di un anno entro il quale la parte che abbia dato inizio all'arbitrato deve dare impulso alla procedura, decorso inutilmente il quale il reclamo viene ritenuto abbandonato.

Per evitare tale meccanismo è prevista la possibilità per la parte di rinnovare la presentazione del reclamo entro 30 giorni dalla scadenza del termine annuale.²³

Anche in tal caso va valutata la tempestività del rinnovo ed il rispetto del termine annuale, ed anche in tal caso gli arbitri spesso operano una valutazione discrezionale fondata sull'accertamento del danno che per la parte resistente deriva dall'eventuale ritardo.

Questo è stato ad esempio il criterio seguito in un caso recente²⁴ nel quale il Board of Appeal della FOSFA, in relazione ad un contenzioso per controstallie pari a circa 5,5 milioni di dollari, ha ammesso il reclamo pur essendo decorso il termine annuale sul presupposto che parte resistente "could show absolutely no prejudice suffered by reason of Bunge's failure to send them a renewal of claim notice".

11. Efficacia e riconoscimento del lodo

Il lodo arbitrale, qualora la parte soccombente non vi presti spontaneamente adesione, va riconosciuto nel paese della parte a carico della quale è stato pronunciato.

Un elemento che si rivela peraltro spesso efficace per indurre la parte condannata ad adempiere e versare le somme liquidate dagli arbitri è un peculiare meccanismo previsto nelle Rules delle Associazioni.

Qualora la parte condannata non onori tempestivamente la decisione arbitrale la parte vittoriosa può chiedere che l'Associazione, dopo aver ricevuto prova adeguata circa il mancato rispetto del lodo, segnali tale inadempienza a tutti i membri dell'Associazione.

Può trattarsi di uno strumento di un certo peso, soprattutto a fronte della proliferazione di lodi arbitrali di condanna che restano privi di adempimento spontaneo. Si tratta di un fenomeno che ha raggiunto dimensioni rilevanti, se si pensa che alla data del dicembre 2010 l'elenco delle società inserite dalla FOSFA

²³ *Cargill S.r.l. v. Kadinopoulos SA* (1992)

²⁴ *Gulf Import & Export Co v. Bunge* (2009)

nell'elenco delle società inadempienti raggiungeva la cifra record di 206 operatori, e che il *trend* è rimasto in forte crescita nel corso del 2011.