Le Liquidated damages clauses nei contratti internazionali

Posted by Laura Guercio on 8 July 2014 at 12:00 AM

Se la previsione di clausole penali, che sanzionino ritardi e inadempimenti contrattuali,è uno strumento ampiamente utilizzato nei contratti internazionali, manca una disciplina giuridica omogenea ad esse relativa, sussistendo importante distinzioni tra gli ordinamenti di civil law e i sistemi di common law.

Negli ordinamenti di civil law le parti hanno la facoltà di prevedere clausole penali e, nel caso,il giudice ha il potere di intervenire su essi per rivederle o modificarle nel caso siano sproporzionate. Diversamente nel sistema di ***common law*** vige la distinzione, non in vigore in quello di civil law, tra*liquidated damages clauses,*volte a determinare il danno e considerate ammissibili a certe condizioni, e *penalty clauses,* strutturate non già per predeterminare i danni quanto piuttosto come una sorta di sanzione privata e considerate prive di alcun effetto.

Il termine *liquidated damages* indica l'importo dei danni predeterminato nel contratto e che uno dei contraenti, in caso di inadempimento, si obbliga a pagare all'altro contraente a titolo di risarcimento il ricorso a tale clausola è certamente vantaggiosa per entrambe le parti contraenti, in quanto anche la parte inadempiente può avare una garanzia nel concordare a priori l'ammontare massimo dei danni risarcibili.

Le liquidated damages clauses, hanno validità se ed in quanto l'importo in essa indicato costituisca una ragionevole stima dei probabili danni che deriverebbero da un ipotetico futuro inadempimento. Stima che non deve essere necessariamente esatta potendo, infatti, il danno in concreto essere anche maggiore o minore, ma tuttavia attendibil**e,** anche se la parte che la invoca è esonerato dall'onere di proverlo**.** "*It must not be unreasonably extravagant or simply arbitrary",*caso *Vitol SA v. Conoil Plc (2009).* Ciò comporta, per esempio, che qualora la somma pattuita tra le parti sia manifestamente eccessiva e non ragionevole , essa possa essere considerata una vera e propria "penalty" e quindi nulla e *not enforceable:* a differenza del sistema giuridico di civil law ove, al più, la penale manifestamente eccessiva può essere ridotta dal Giudice, (In Italia, art. 1384 Cod. Civ., "avuto sempre riguardo all' interesse che il creditore aveva all' adempimento").

Sul punto, esiste oramai una vasta produzione giurisprudenziale tesa a definire i criteri per la redazione di*liquidated damages clauses* valide ed efficaci

Interessante a riguardo è il caso Azimut- Benetti Spa v Healey (2010) relativo a un contratto di costruzioni e vendita yathc nel quale era stata previsto il diritto della Azimut Benetti a conseguire il 20% del prezzo totale a titolo di risarcimento danno in caso di risoluzione anticipato per inadempimento del compratore. Sebbene parte acquirente avesse sostenuto trattarsi di una penalty clause, per essere stata determinata la percentuale del 20% in modo arbitrario e non secondo criteri ragionevoli, la Corte ritenne invece che la clausola fosse ***commercially justifiable*** e non qualificabile, pertanto, come penale.

Ugualmente rilevante è il caso *Int'l Marine LLC v Delta Towing LLC (2013),in cui*la corte ha ritenuto che la previsione di risarcimento di 250.000 USD in caso di violazione del patto di non concorrenza, fosse una previsione ragionevole, e quindi ammissibile, in considerazione della difficoltà di accertare e provare in maniera specifica i danni derivanti da una violazione del divieto

A fronte dell'ampio utilizzo delle liquidated damages clauses e nel contempo delle difficoltà con cui le stesse possono individuarsi, i criteri seguiti per la loro determinazione vengono esplicitati in modo sempre più dettagliato. Infatti, poiché non è sempre facile distinguere tra penale "pura", che come detto è nulla e unenforceable, e *liquidated damages clause,* la corretta formulazione e utilizzo dei termini nella clausola, è uno degli aspetti più rilevanti. Sebbene la terminologia impiegata non costituisca garanzia di avere una clausola che sia formalmente definita di liquidated damage, ma che nella sostanza è penale pura, auspicabile è comunque usare espressioni oramai di prassi come *"the parties agree that this clause provides a realistic pre-estimate of the loss and is not intended to be a penalty"*

Ugualmente può verificarsi la situazione inversa, ovverosia che una norma definita penale, sia invece nella sostanza una liquidated damages clause, e pertanto ritenuta ammissibile nonostante la dicitura penalty clause. In merito è significativa la sentenza emessa nel caso Vitol SA v. Conoil Plc (2009) , in cui la corte ha stabilito che "*Thus, although the penalty is described as a penalty there is no reason why I should not regard it as other than a genuine preestimate of the claimant's financing costs and accordingly enforceable".*

Avendo riferimento alla giurisprudenza dei Tribunali Inglesi (a cominciare da*Dunlop Pneumatic Tyre Company, Limited – V – New Garage And Motor Company, Limited* (1/7/1914) i cirteri di riconoscimento di una liquidated damages clause possono essere cosi individuati: a) L'uso del termine liquidated damages in alternativa a *penalty* non è definitivo;b)l'importo contrattualmente determinato è qualificato come "penale", e non come *liquidated damage*, qualora sia eccessivo ("*extravagant*" and "*unconscionable*") rispetto i danni che ragionevolmente potrebbero derivare

dall'inadempimento;c)L'importo risarcitorio può comunque essere qualificato quale *liquidated damages*anche quando sia impossibile predeterminare i danni derivanti dall'ipotetico inadempimento di una obbligazione contrattuale.

Avvocato Laura Guercio

(**l.guercio@libero.it**)

Avvocato inscritto all'Albo di Roma

.