Le clausole penali nel commercio internazionale

Posted by Sara Martucciello on 7 March 2014 at 12:00 AM

I contratti internazionali di vendita, costruzione ed appalto contengono spesso penali che sanzionano ritardi ed inadempimenti, ma esiste però una notevole differenza tra la disciplina vigente negli ordinamenti di civil law, rispetto a quella vigente nei sistemi di common law.

Nei primi (come in Italia dove la clausola penale è prevista e disciplinata dagli articoli 1382 e ss. del c.c.) viene di regola ammessa la facoltà alle parti di prevedere penali, e viene lasciata eventualmente al Giudice la possibilità di rivederle e di modificarle quando queste risultino essere eccessive o sproporzionate.

In common law tali clausole vengono invece distinte in*liquidated damages clauses* e *penalty clauses* e si ritengono di regola ammissibili le prime e prive di effetto invece le seconde.

In genere hanno validità solo le clausole con cui le parti hanno determinato in via anticipata i danni nascenti dall'inadempimento, ossia attraverso una stima dei danni che possono concretamente ed in modo ragionevole derivare da una violazione.

La giurisprudenza inglese sottolinea che *"the essence of liquidated is a genuine pre-estimate of damage"* con la conseguenza che la clausola non ha finalità punitiva, al riguardo si veda tra le tante decisioni sul punto quella Cenargo Ltd. v. Empresa Nacional Bazan de Costruciones Navales Militares SA del 2001.

Come formulare la Liquidated Damages Clause

Non è sempre facile saper distinguere tra una penale pura ed una liquidated damages clause per questo è opportuno che la parte che intenda rafforzare la propria posizione riponga, particolare attenzione nella corretta formulazione della clausola stessa.

E' importante per esempio non impiegare termini quali "penalty" o "by way of penalty" ricorrendo invece a formulazioni ormai diffuse nella prassi del tipo:

the parties agree that this clause provides a realistic pre-estimate of the loss and is not intended to be a penalty

Allo stesso tempo è possibile che una clausola pur essendo qualificata come penalty clause sia ritenuta ammissibile come di recente è stato deciso nel caso Vitol SA v. Conoil Plc (2009) nascente da una vendita di fornitura di gasolio, in cui le parti avevano pattuito una penalità di 0,50 centesimi di dollaro per tonnellata metrica per ciascun giorno di ritardo, e la corte ha statuito che:

the evidence was that this penalty was the claimant's preestimate of its financing losses caused by delay in taking up the cargo. I have no reason not to accept this evidence and it is to be observed that since the value of the cargo was considerable the financing losses are likely to have been substantial. 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.

Nei paesi di common law: Inghilterra, Francia e Usa a confronto

Nei paesi di common law la somma convenuta a titolo di liquidated damages è costituita da una mera liquidazione anticipata e forfettaria dei danni, che la parte inadempiente dovrà pagare in caso di un esecuzione.

Il Giudice non potrà intervenire anche se il danno risulterà inesistente, minore o maggiore della somma stabilita.

Questa situazione va distinta da quella in cui le parti abbiano introdotto una penalty clause, ossia una clausola stipulata in terrorem, avente la sola funzione coercitiva.

Infatti in common law continua a prevalere la soluzione dell'inefficacia di tali clausole anche nel caso in cui sia possibile dimostrare che è stato, il risultato di una libera scelta tra le parti a seguito di una equilibrata trattativa.

In Inghilterra la clausola penale se si configura come liquidated damages è valida se il suo ammontare è ragionevole alla

luce del danno atteso o concreto prodotto dalla violazione, mentre una clausola che stabilisce una liquidazione dei danni irragionevolmente largheggiante è nulla come la penalty.

Il Giudice nel dichiarare la clausola nulla assegnerà alla parte innocente i danni compensativi che la stessa riuscirà a dimostrare.

In Francia il Code Civil considera la clausola penale come rifusione dei danni e degli interessi, che il creditore soffre a causa del mancato adempimento dell'obbligazione principale.

Negli Stati Uniti l'approccio è sostanzialmente analogo a quello inglese e quindi ritorna la contrapposizione tra liquidated damages v penalty.

Gli interessi moratori

Spesso la penalità assume la forma di interessi moratori dovuti nel caso di ritardo nel versamento di somme dovute (ad esempio quale corrispettivo di una vendita o fornitura).

Anche in tal caso l'elemento centrale è la valutazione se il tasso di interesse sia eccesivo o abnorme a seconda delle circostanze del caso:

- nel caso Jeancham Ltd v Barnet Football Club Ltd (2003) in cui un tasso di interesse pari al 260% all'anno è stato definito dalla corte un extraordinarily large amount, e l'intento punitivo è risultato evidente;
- nel caso taiwan Scot Co Ltd v Masters Golf Company Ltd (2009) un tasso di interesse del 15% è stato ritenuto elevato, ma ammissibile;
- nel contenzioso di poco successivo Fernhill Properties (Northem Ireland) Ltd v Mulgrew (2010) lo stesso tasso di interesse è stato ritenuto non enforceable, in considerazione del fatto che il danno presumibilmente derivante da un ritardo nel pagamento sarebbe stato significativamente inferiore.

Il caso Azimut-Benetti S.p.a. V Healey (2010)

Un altro caso recente e piuttosto noto nel quale la validità di una clausola penale è stata valutata dalle Corti inglesi è il caso Azimut-Benetti v Healey, relativo ad un contratto di costruzione e vendita di yacht, nel quale era stato pattuito che in caso di risoluzione anticipata per inadempimento del compratore, Azimut Benetti avrebbe avuto diritto a conseguire, il 20% del prezzo totale a titolo di risarcimento del danno.

Parte acquirente aveva sostenuto che si trattasse di una clausola penale, poiché la percentuale del 20% era stata determinata in modo arbitrario e non secondo criteri ragionevolmente prevedibili, ma la Corte è stata di diverso avviso, ritenendo che la clausola fosse commercially justifiable e non qualificabile come penale.

Conclusioni

Alla luce del crescente numero di contenziosi in cui la validità di simili clausole è stata posta in discussione, e del fatto che esiste ormai una produzione giurisprudenziale cospicua sul punto con sentenze che hanno ripetutamente tracciato le linee giuda per la redazione di liquidated damages clauses valide ed efficaci, si assiste ormai a clausole sempre più articolate e complesse, nelle quali i criteri seguiti per la loro determinazione vengono esplicitati nel modo quanto più dettagliato possibile, e assumono peso significativo le trattative che hanno portato alla redazione delle clausole nella loro formulazione finale.

Il beneficio di un liquidated damages clauses adeguatamente calibrata è che essa esonera la parte che la invoca dall'onere di provare i danni subiti, e spesso la clausola contempla la possibilità per il soggetto legittimato ai liquidated damages di operare una compensazione (set-off) sulle somme altrimenti dovute alla parte inadempiente.

.