



LEXJUS  
SINACTA



**Contrattualistica  
Internazionale  
Aerospace**

## **Una recente ed importante sentenza della Corte Suprema UK in materia di clausole penali e *liquidated damages***

*Le implicazioni per il settore aerospace*

**Anna Masutti, Claudio Perrella e Gea Cracco**

I contratti internazionali contemplano spesso penali che mirano ad incentivare la tempestività e la correttezza dell'adempimento delle parti, e sanzionano inadempimenti e ritardi.

Tali pattuizioni sono in particolare presenti con frequenza nei contratti di vendita, di costruzione, di appalto, e sono pressoché immancabili in molti contratti del settore aerospace.

Esiste però una notevole (e per certi versi sorprendente) differenza tra la disciplina vigente negli ordinamenti di *civil law* e quella sviluppatasi nei sistemi di *common law*.

Nei primi (come in Italia, dove la “clausola penale” è prevista e disciplinata dagli articoli 1382 e ss. c.c.) viene di regola ammessa la facoltà delle parti di prevedere penali, e viene lasciata eventualmente al giudice la possibilità di rivederle e modificarle allorquando queste siano eccessive o sproporzionate; in *common law* tali clausole vengono invece tradizionalmente distinte in *liquidated damages clauses* e *penalty clauses*, e si ritengono di regola (ma a certe condizioni) ammissibili le prime, e prive di effetto invece le seconde.

Si riconosce in particolare validità solo alle clausole con cui le parti hanno in sostanza determinato in via anticipata i danni nascenti dall'inadempimento, e l'abbiano fatto in modo equilibrato e ragionevole, ossia attraverso una stima dei danni che possono concretamente e ragionevolmente derivare da una violazione (la giurisprudenza inglese sottolinea che “*the essence of liquidated damages is a genuine pre-estimate of damage...*”)<sup>1</sup>, e la clausola non abbia dunque finalità “punitiva”.

Non è sempre facile distinguere tra penale “pura” e *liquidated damages clause*, ed in considerazione della rilevanza che deriva da tale distinzione (poiché la clausola penale è nulla ed *unenforceable*) è opportuno che la parte che intenda rafforzare la propria posizione riponga particolare attenzione nella corretta formulazione della clausola.

E' importante ad 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*" (tenendo presente però che la terminologia usata dalle parti non mette al sicuro da una eventuale censura qualora la clausola sia formalmente definita di *liquidated damages* ma abbia invece natura e sostanza di penalità).

La giurisprudenza inglese ed americana si è fatta carico di precisare cosa debba intendersi per *genuine preestimate of future loss*, chiarendo che la stima non deve essere necessariamente esatta, ed il danno in concreto può essere anche significativamente maggiore o minore, ma deve tuttavia essere attendibile e "*it must not be unreasonably extravagant or simply arbitrary*".

Un ulteriore elemento spesso considerato di peso è la circostanza che il danno sia di difficile determinazione in via preventiva, ed infatti le *liquidated damages clauses* trovano spesso applicazione per la disciplina relativa alla violazione dei patti di non concorrenza, poiché i danni derivanti dalla violazione di simili patti sono spesso difficili da quantificare sia in via preventiva, sia in concreto a seguito della violazione.

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 guida per la redazione di *liquidated damages clauses* valide ed efficaci, si assiste ormai a clausole sempre più articolate ed complesse, nelle quali i criteri seguiti per la loro determinazione vengono esplicitati in modo quanto più dettagliato possibile, ed assumono peso significativo le trattative che hanno portato alla redazione delle clausole nella loro formulazione finale.

Il beneficio di una *liquidated damages clause* adeguatamente calibrata è che essa esonera la parte che la invoca dall'onere di provare i danni subiti (i *liquidated damages* sono anzi dovuti anche qualora in realtà non vi siano stati danni). Spesso peraltro 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.

Va detto peraltro che il ricorso a simili clausole risponde ad esigenze di entrambe le parti: la parte inadempiente infatti può avere un preciso vantaggio nel concordare una *liquidated damages clause*, poiché in tal modo determina in via preventiva l'ammontare massimo dei danni risarcibili, evitando il rischio di richieste di risarcimento per importi estremamente elevati, e garantendosi una migliore programmazione anche sotto il profilo assicurativo.

Resta da rilevare che il venir meno della validità di una *liquidated damages clause* fa sorgere una situazione di incertezza potenzialmente molto grave per la parte beneficiaria della clausola, poiché è dubbio se quest'ultima abbia il diritto a ricevere il risarcimento dei danni subiti (a condizione di darne prova adeguata) oppure se la clausola

deve interpretarsi come *exclusive remedy for damages*, con la conseguenza che la nullità della clausola priva la parte a beneficio della quale è prevista di ogni diritto al risarcimento.

Con la recente sentenza *Cavendish Square Holding B.V. v. Makdessi [2015] UKSC 67* la Corte Suprema UK è tornata sull'argomento ed ha chiarito il proprio orientamento in materia.

## Il caso

Il contenzioso era relativo ad un contratto di vendita di una partecipazione societaria che prevedeva, nel caso in cui parte venditrice non avesse adempiuto determinate obbligazioni a garanzia del valore di avviamento della società e fosse stato inadempiente ad un obbligo contrattuale di non concorrenza, che essa:

- non avrebbe avuto diritto di ricevere le due rate finali del prezzo di acquisto pattuito (clausola 5.1);
- avrebbe potuto essere obbligata a vendere la residua quota di partecipazione nella società ad un prezzo predeterminato che non includeva il valore dell'avviamento (clausola 5.6).

La questione dibattuta nel corso del procedimento è stata se ed in che misura dette clausole fossero “*enforceable*”.

Parte venditrice affermava che si trattava di clausole penali e in quanto tali nulle, e la Court of Appeal condivideva il punto, ritenendo che tali clausole miravano a creare una sorta di “*deterrence*” e quindi, in quanto clausole penali, erano inefficaci.

## La decisione della Corte

La Corte Suprema, chiamata a decidere su impugnazione di parte acquirente, ha sovvertito la decisione di secondo grado, ed ha ritenuto le clausole pienamente efficaci. Le valutazioni della Corte sono destinate ad avere un peso rilevante in futuro per la valutazione della validità di clausole quali quella in esame, e per la redazione di patteggiamenti efficaci ed operanti.

La Supreme Court ha in primo luogo operato una distinzione tra obbligazioni principali e obbligazioni secondarie, ed ha chiarito che la c.d. *penalty rule* si applica soltanto alle obbligazioni secondarie, ossia quelle che disciplinano le conseguenze dell'inadempimento di una delle parti.

In caso di obbligazioni c.d. primarie ad avviso della Corte non vi è spazio invece per applicare i principi elaborati in materia di *liquidated damages*.

La Corte ha poi ritenuto che la pattuizioni intervenute tra le parti fossero in realtà clausole di determinazione del prezzo e di modalità di esercizio delle opzioni di acquisto e non fossero invece neppure astrattamente configurabili come penali.

La Corte ha peraltro aggiunto che la valutazione se una clausola sia configurabile come penalty va operata in modo rigoroso, accertando in particolare quale sia l'interesse della parte beneficiaria e quale sia l'equilibrio raggiunto, riconoscendo carattere di penale solo per pattuizioni che siano “*out of all proportion to any legitimate interest of the innocent party*”.

Infine la Supreme Court ha valorizzato il dato che il contratto era stato negoziato a lungo e con l'assistenza di legali, con parti definite “*sophisticated, successful and experienced commercial people*”.

### Commento

La decisione in esame si aggiunge ad una produzione giurisprudenziale ormai nutrita in materia di *liquidated damages clauses*.

E' evidente che le Corti valutano con attenzione crescente l'intero complesso delle pattuizioni e sono ormai riluttanti a qualificare come *penalties* clausole che abbiano una logica nel contesto del contratto, e che siano frutto di pattuizioni attente.

Alla luce della frequenza con cui queste pattuizioni vengono inserite nei contratti del settore aerospace gli operatori italiani dovranno muoversi con sempre maggiore consapevolezza nel pattuire e calibrare previsioni contrattuali che si rivelino operanti ed efficaci in caso di contenzioso.

---

<sup>1</sup>Si veda ad esempio tra le numerose decisioni sul punto *Cenargo Ltd. v. Empresa Nacional Bazan de Construcciones Navales Militares SA* (2001) *Dunlop Pneumatic Tyre Company Ltd v. New Garage and Motor Company Ltd*

Anna Masutti  
[a.masutti@lslex.com](mailto:a.masutti@lslex.com)  
tel. 051 232495



Claudio Perrella  
[c.perrella@lslex.com](mailto:c.perrella@lslex.com)  
tel. 051 232495



Gea Cracco  
[g.cracco@lslex.com](mailto:g.cracco@lslex.com)  
tel. 051 232495

