

Il sistema delle clausole “dichiarazioni e garanzie” mutuato dalla prassi anglosassone ^{1 2}

di Ezio Tartaglia

Da quanto esposto in precedenza si evince l'orientamento del soggetto imprenditore verso una soluzione che eviti ricorsi giudiziari, e che, invece, preveda il riconoscimento di indennizzi senza intervento della magistratura: in via automatica.

Possiamo affermare che, a soddisfacimento del quadro di interessi del compratore, quale prima illustrato, possono soccorrere le clausole denominate “dichiarazioni e garanzie”, derivate dalla prassi anglosassone, orientata fin dall'origine a comporre minuziosi contratti di compravendita di partecipazione societaria allo scopo di colmare il vuoto di tutela a favore dell'acquirente, e ispirata dal principio del *caveat emptor*.

L'istituto della garanzia nel nostro ordinamento

Nel vigente ordinamento sono rinvenibili numerose norme in tema di garanzia: citiamo l'articolo 1179 c.c. sull'obbligo della garanzia, l'articolo 1381 c.c. quale promessa del fatto del terzo, le garanzie in materia di compravendita (artt. 1482, 1483, 1484, 1487, 1488, 1489, 1490, 1491, 1492, 1497 c.c.) ed il contratto di fidejussione *ex art.* 1936 c.c. ³, quest'ultimo punto di riferimento per estensioni analoghe a contratti atipici di garanzia.

Si può sostenere la vigenza di un istituto di garanzia, e, per conseguenza, il recepimento nel nostro ordinamento delle clausole applicate nella prassi anglosassone.

Le clausole di “dichiarazioni e garanzie” ⁴

Le clausole, così nella prassi denominate, sono formate:

- da una dichiarazione del venditore, resa con un certo tenore, che lascia intendere la rilevanza della dichiarazione stessa, e presuppone una preventiva verifica in ordine alle situazioni, dati o dati dichiarati;
- nonché da una garanzia espressa di quanto dichiarato.

Concettualmente distinte, le due tipologie di clausola operano in tandem, sì da formare quasi un'endiadi.

Applicazione delle “dichiarazioni e garanzie” in altre tipologie di contratti

Applicate all'origine ai contratti di acquisizione di quote societarie, le clausole “dichiarazioni e garanzie”, o *Reps&Warranties* nello sbrigativo gergo internazionale, si sono estese ad ogni altra forma di contratto ⁵, essendosi avvertita l'esigenza nelle pratiche di affari di richiedere ad una delle parti ulteriori impegni, specie quando l'altra parte si trova in una posizione di maggiore rischiosità o debolezza.

Contenuto delle clausole “dichiarazioni e garanzie”

Il contenuto di tali clausole è il seguente:

- il venditore, come è stato anticipato, dichiara vera una situazione, un fatto, un dato;
- nel contempo, garantisce che quella situazione, fatto o dato è o rimarrà tale.

L'eventuale difformità, **economicamente** misurabile, fra quanto garantito e quanto verificato nella realtà è oggetto di indennizzo da parte del venditore a favore dell'acquirente.

Il venditore non è inadempiente per tale difformità. Egli risulta solo garante di quanto dichiarato, e, dunque, esposto, in virtù del trasferimento di rischio da acquirente ad alienante, alla corresponsione di un indennizzo, così come l'assicuratore paga il danno riveniente da un evento assicurato, ma senza essere lo stesso assicuratore responsabile di quel danno.

Requisiti delle clausole “dichiarazioni e garanzie”

Le sopra dette clausole sono accordi stipulati in autonomia fra le parti, che si affiancano a quelle del contratto di compravendita in senso stretto. Hanno una prescrizione decennale ⁶ (e non ferma a cinque anni, come nei rapporti societari). Insieme alle clausole di indennizzo, contribuiscono a rendere il contratto di acquisto *self-enforcing* o *self-regulatory*, nel senso che questo racchiude al suo interno un efficace sistema di auto-tutela.

Le “dichiarazioni e garanzie” sono obbligazioni di garanzia e non di comportamento

Le clausole già menzionate rientrano nell'ambito delle obbligazioni di garanzia o di risultato, in opposizione a quelle di comportamento.

Chiarita detta differenza, le clausole di garanzia non ammettono, quindi, diversamente dalle obbligazioni di comportamento, la prova liberatoria anche in caso di impossibilità della prestazione ⁷ o di eccessiva onerosità ⁸. Sono irrilevanti gli stati soggettivi di dolo o di colpa del venditore-garante.

E, sempre a differenza delle altre, le obbligazioni di garanzia devono risultare espresse ⁹, né sono implicite, né sono desumibili da fatti concludenti.

1. “Nella pratica internazionale la protezione dell'investimento nell'acquisizione di una determinata azienda viene perlopiù affidata ad una nutrita serie di clausole contrattuali comunemente denominate *representations and warranties*. Esse sono diversamente caratterizzate, a seconda del grado di “sinteticità” o di “analiticità” delle situazioni rappresentate e/o garantite dall'alienante, ovvero in base alle diverse tecniche di adeguamento del corrispettivo e di *indemnity* previste per i casi di concreta operatività delle singole clausole, come pure a seconda delle differenti procedure convenzionali per pervenire in tempi rapidi ad una definizione interinale delle controversie che consenta all'impresa acquirente di attivare i propri diritti senza dover attendere gli esiti di un giudizio o di una procedura arbitrale. Avvalendosi di queste clausole il cessionario è in grado di riversare sulla parte cedente il rischio e le responsabilità relative a tutta una serie di circostanze di fatto e di diritto considerate fondamentali rispetto alla decisione di acquisire l'azienda e, soprattutto, nella determinazione del corrispettivo”. Marco Cassotana, *Rappresentazioni e garanzie nei conferimenti d'azienda in società per azioni*, Giuffrè.

2. “La redazione e l'inclusione nel contratto di compravendita di pacchetti azionari (o di quote di società a responsabilità limitata) di articolate clausole di garanzia dell'acquirente costituiscono, quindi, un'attività fondamentale nella predisposizione del contratto e condizionano in maniera decisiva il grado di tutela che esso predispone a favore dell'acquirente”, A. Motta, *Il manuale delle acquisizioni di imprese*, Il Sole 24 Ore.

3. “È fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui”.

4. “... infatti, qualora l'alienante abbia espressamente garantito una determinata situazione patrimoniale della società, è sufficiente il riscontro della difformità tra la situazione garantita e quella effettiva per dimostrare la lesione del diritto dell'acquirente e per far scattare la garanzia alla quale è tenuto l'alienante senza che si renda necessaria un'attività di accertamento volta a considerare se la patologia emersa in concreto integri le caratteristiche di un inadempimento sanzionabile ai sensi di legge”, A. Motta, *Il manuale delle acquisizioni di imprese*, Il Sole 24 Ore.

5. Anche nella scissione, dove la società scissa sottoscrive apposite clausole di garanzia a favore della società beneficiaria.

6. “... si deve ritenere che anche il termine di prescrizione, entro il quale l'acquirente leso potrà promuovere l'azione di indennizzo verso il venditore, non sarà quello breve ma dovrà invece ritenersi quello ordinario decennale previsto dall'art. 2946 c.c.

Per mero scrupolo e per dovere di completezza, si precisa altresì che non si ritiene applicabile alla violazione di garanzie dei contratti di acquisizione societaria, il termine prescrizione breve di 5 anni previsto dall'art. 2949 c.c. (“prescrizione in materia di società”: si prescrivono in cinque anni i diritti che derivano dai rapporti sociali...) perché tale termine breve, per corrente interpretazione, è applicato ai diritti sociali derivanti dai rapporti statuari intercorrenti tra società e soci, non ai contratti di acquisizione societaria”, Ugo Draetta, Carlo Monesi (a cura di), *I contratti di acquisizione di società ed aziende*, Giuffrè.

7. Art. 1218 – *Responsabilità del debitore*. Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.
8. Art. 1467: ... se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte... può domandare la risoluzione del contratto...
9. “Il venditore sarà responsabile della consistenza patrimoniale della società venduta solo se abbia espressamente assunto tale garanzia nel contratto con un’accurata descrizione della posta contabile garantita, a nulla rilevando indizi, dichiarazioni tacite, implicite, né tantomeno rinvii recettizi a documenti non garantiti...”, Ugo Draetta, Carlo Monesi (a cura di), *I contratti di acquisizione di società ed aziende*, Giuffré.

Estratto dal libro “Acquisto di quote societarie e pacchetti azionari”
edito da Maggioli Editore

Indice dei principali argomenti del volume

- › La fase pre-contrattuale
- › Il contratto di acquisto
- › Le clausole “dichiarazioni e garanzie” (reps & warranties)
- › Le clausole di indennizzo
- › Il closing e il post-closing
- › Il recesso
- › I patti parasociali
- › Le clausole di way out con investitori finanziari
- › L’acquisizione a debito (lbo)
- › Il private equity
- › L’acquisizione di carta contro carta
- › L’acquisizione mediante asta
- › I corporate bonds
- › L’acquisizione transfrontaliera - cross border
- › I rischi fiscali nelle acquisizioni societarie
- › L’inquadramento contabile delle partecipazioni
- › L’Opa - offerta pubblica di acquisto
- › Il sistema valutativo dei pacchetti azionari

Aggiornato con il Decreto competitività (D.L. n. 91/2014 convertito nella Legge n. 116/2014)

[Se sei interessato ad acquistare il libro clicca qui](#)

dicembre 2014

di Ezio Tartaglia

www.commercialistatelematico.com

È vietata ogni riproduzione totale o parziale di qualsiasi tipologia di testo, immagine o altro.

Ogni riproduzione non espressamente autorizzata è violativa della Legge 633/1941 e pertanto perseguibile penalmente