

LA PRONUNCIA DELLA SUPREMA CORTE IN TEMA DI CESSIONE DI PARTECIPAZIONI: TERMINE DI DIECI ANNI E ... FORSE UNA NUOVA IMPOSTAZIONE DELLA QUESTIONE AL DI FUORI DELLE REGOLE DELLA VENDITA?

Con la sentenza del 24 luglio 2014, n. 16963, la Corte di Cassazione ha statuito che, nell'ambito della vendita di partecipazioni sociali o quote, se le parti prevedono pattizamente un indennizzo per il caso in cui, successivamente alla conclusione del contratto, si verifichino perdite o sopravvenienze passive nella società oggetto della cessione, il diritto a far valere tale indennizzo è soggetto al termine di prescrizione ordinaria decennale; non si applicano, viceversa, i termini di cui all'art. 1495 c.c., previsti per le fattispecie contemplate all'interno della disciplina della vendita di cui agli artt. 1490 e 1497 c.c. (rispettivamente, in materia di vizio redibitorio del bene venduto e di mancanza di qualità essenziali o promesse), in quanto in relazione a tali fattispecie si prevede che il difetto del bene venduto preesista al momento della conclusione del contratto. La Corte osserva infatti che la natura del difetto qualificabile in termini di vizio redibitorio oppure di mancanza di qualità essenziali o promesse è ontologicamente differente rispetto alla natura del difetto che si contesta ove emergano perdite e sopravvenienze passive. In questa seconda ipotesi si è a cospetto di eventi relativi alla consistenza patrimoniale e alla redditività della società che possono manifestarsi in tempi successivi al perfezionarsi del contratto, incidendo sul valore di mercato e sull'adeguatezza del prezzo pattuito.

Si comprende – sulla base dei presupposti illustrati – la conclusione cui perviene la Suprema Corte: l'obbligo del venditore di tenere indenne l'acquirente rispetto al rischio connesso ai suddetti eventi, mediante il pagamento della somma prevista per l'ipotesi in cui quei medesimi eventi si verifichino, configura un'obbligazione accessoria al contratto di compravendita, volta a garantire l'esito economico dell'operazione, sotto il profilo della causa in concreto e in specie dell'attuazione del sinallagma funzionale (primariamente sotto il profilo dell'adeguatezza del prezzo pattuito; prezzo in sé non contestabile al di fuori dei presupposti tradizionali¹). Quindi, trattandosi di obbligazione autonoma e accessoria, essa è soggetta alla prescrizione ordinaria decennale.

Da questa sintesi dei passaggi essenziali che scandiscono la motivazione emerge chiara l'innovatività della sentenza della Suprema Corte.

¹ Si pensi a quelli della rescissione per lesione *ultra dimidium* e dell'errore sul prezzo che concreti un errore sulla qualità del bene, come osservato da M. SPERANZIN, *Le clause relative all'oggetto indiretto in generale*, in M. IRRERA (a cura di), *Le acquisizioni societarie*, Bologna, 2011, 194 ss.

Risulta delineato un impianto concettuale piuttosto coraggioso, a fronte dell'antico – non-dimeno sempre urgente – problema della ristrettezza dei termini ex art. 1495 c.c., entro i quali al compratore sarebbe imposto di agire per far valere il diritto all'indennizzo pattuito nel contesto delle clausole di *Representations and Warranties* (in breve, di seguito, R&W), ove il difetto fosse qualificato ai sensi dell'art. 1497 c.c.

A margine, è opportuno rammentare che, allo sguardo della giurisprudenza conservativa che aveva tenuto ferma la qualificazione di siffatta garanzia convenzionale *sub specie* di art. 1497 c.c.², nessuna pattuizione intesa a fissare un più lungo termine di azione si sarebbe potuta ritenere efficace, a fronte dell'inderogabilità del regime della prescrizione imposto dall'art. 2936 c.c.

Orbene, la soluzione adottata dalla sentenza del luglio scorso nel senso dell'allungamento del termine di prescrizione, scaturita dalla scelta radicale di scartare fuori dalla concatenazione concettuale degli artt. 1497-1495 e 2936 c.c. (scelta che – occorre peraltro dire – è praticata pressoché univocamente dalla giurisprudenza arbitrale³), per adottare invece l'idea dell'obbligazione autonoma e accessoria, è senza dubbio da salutarsi con favore.

Certo, sarebbe assai facile osservare che ogni rigidità rappresenta un limite. E così si potrebbe obiettare che il termine decennale è in molti casi troppo lungo (sicché da un eccesso di brevità si passa oggi d'un tratto, dopo la sentenza di luglio, a un eccesso di lunghezza); ma su questo punto, a fronte del principio di cui all'art. 2936 c.c., ben poco si potrebbe fare: ogni termine di prescrizione rappresenta un termine inderogabile e quindi, per definizione, incapace di assecondare al meglio le esigenze di ciascun concreto assetto d'interessi.

Ciò indurrebbe semmai a sviluppare una riflessione più ampia sulla prescrizione (tant'è che essa è stata in effetti oggetto di rimediazione e pure di riforma in Francia e in Germania negli ultimi anni): ma a questo punto il discorso prenderebbe la differenza direzione di un ragionamento *de iure condendo*.

Invece, si torni a volgere l'attenzione sull'impianto concettuale delineato dai giudici della Suprema Corte.

² Si veda, per esempio, Cass. 10 febbraio 1967, n. 338; Cass. 21 giugno 1996, n. 5773; Cass. 15 novembre 2006, n. 26690; giurisprudenza intervenuta sulla scia dell'impostazione di T. ASCARELLI, *In tema di vendita di azioni e responsabilità degli amministratori*, in *Foro it.*, 1953, I, 1643

³ Cfr. F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 293 ss., ove si riportano, in specie alla nt. 43, alcuni lodi inediti: arbitri G. Alpa, P. Rescigno e L. Francardo; arbitri G. Tarzia, A. Marsaglia e M. Santarelli; arbitri F. Perret, A. Santa Maria e R. Luzzato, ove si è escluso che la garanzia del venditore possa considerarsi «as a promised quality [...] within the meaning of art. 1497», in quanto «the indemnity [...] of the contract is a remedy totally autonomous from those provided in the specific regime of the sale of goods and thus is subject to the ordinary prescription of ten years of art. 2946 c.c.».

Rimangono nella motivazione alcune non marginali zone d'ombra, rispetto alle quali un supplemento d'indagine merita urgentemente di essere compiuto (e l'urgenza deriva dal fatto che viene in discussione un nodo nevralgico del mercato del M&A, con conseguenti e assai impattanti ricadute sul funzionamento del medesimo mercato, nonché sull'attrattività del nostro paese).

Il primo punto che merita di essere approfondito è rappresentato da ciò: dalla motivazione della sentenza sembra doversi ricavare che il nuovo assetto – in estrema sintesi: obbligazione autonoma/prescrizione decennale⁴ – riguardi soltanto le c.d. *business warranties* (se per tali si intendono le garanzie in ordine a caratteristiche patrimoniali, reddituali, finanziarie etc.), mentre non riguarderebbe anche le c.d. *legal warranties* (sotto tale denominazione ricomprendendo le garanzie convenzionali che si aggrappano a quelle previste dalla legge in ordine alle caratteristiche del bene venduto; bene che – qui sarebbe non breve l'approfondimento necessario – è costituito dalla partecipazione ceduta e dunque, solo in via mediata, dagli elementi del patrimonio sociale dei quali la partecipazione è rappresentativa).

A valle di tale distinzione, si aprirebbe pertanto una divaricazione nel trattamento delle R&W: in ipotesi di c.d. *business warranties* il termine di prescrizione sarebbe di dieci anni, mentre in relazione alle *legal warranties* i termini resterebbero quelli brevi dell'art. 1495 c.c.

Tale conclusione si fonda sulla considerazione posta al centro della decisione della Suprema Corte secondo cui nelle c.d. *business warranties* sono rappresentati eventi relativi alla consistenza patrimoniale e alla redditività della società che possono manifestarsi in tempi successivi al perfezionarsi del contratto, incidendo sul valore di mercato e sull'adeguatezza del prezzo pattuito.

Fermandosi a questo snodo del ragionamento, a rigore dovrebbe essere quindi opposta la conclusione (in ordine all'applicabilità dei termini brevi di cui all'art. 1495 c.c.) quando si sia a cospetto di difetti del bene venduto preesistenti al momento della conclusione del contratto.

Sotto questo profilo, occorre peraltro meglio precisare il pensiero della Corte, onde evitare equivoci terminologici: si evince infatti dalla motivazione della sentenza che nella nozione di *business warranties* (o comunque nel novero delle garanzie convenzionali cui si applica il

⁴ Autonomia dell'obbligazione accessoria che può peraltro apprezzarsi anche sotto il profilo tributario, stante quanto enunciato da Cass. 19 ottobre 2012, n. 17948 (c.d. *Caso Fenice*): ivi si precisa che, ai fini della tassazione, a questi contratti si applica il comma 1 dell'art. 21 del d.P.R. n. 131 del 1986, riguardante i casi in cui due disposizioni del contratto (vendita e patto accessorio) sono autonome l'una rispetto all'altra e quindi sottoposte ad autonoma tassazione. Ritenendo non applicabile il comma 2 del sopracitato articolo, la Suprema Corte ha così rifiutato la tesi secondo cui le due disposizioni derivano l'una dall'altra per la loro intrinseca natura.

termine di prescrizione decennale) sono da ricomprendersi pure tutte quelle ipotesi di eventi relativi alla consistenza patrimoniale e alla redditività della società – tali da manifestarsi in tempi successivi al perfezionarsi del contratto e incidenti sul valore di mercato nonché sull'adeguatezza del prezzo pattuito – che, pur facendo riferimento a “fatti avvenuti prima della conclusione del contratto”, però “si potranno manifestare anche a distanza di anni, senza che l'acquirente ne avesse potuto avere conoscenza prima”.

Ciò per significare che la linea di discriminazione tra preesistenza e sopravvenienza rispetto alla conclusione del contratto dovrebbe essere tracciata con riguardo al momento della conoscenza del difetto e non tanto con riferimento al difetto in sé; sicché sarebbero sopravvenienti anche difetti in realtà preesistenti, ma di fatto conoscibili o conosciuti solo dopo la conclusione del contratto (quindi, per esemplificare, sarebbe sottoposta a prescrizione decennale non solo una clausola relativa alla redditività della società, ma anche una pattuizione con cui si assicuri l'ottemperanza della disciplina fiscale, valutaria, contributiva etc.).

La precisazione appena espressa non modifica comunque la conclusione secondo cui una vera e propria faglia si aprirebbe all'interno delle pattuizioni nel complesso predisposte in relazione all'insieme del contratto di cessione, dovendosi discernere, da un lato, quelle che, *à l'ancienne*, rimangono sottoposte al termine di cui all'art. 1495 c.c. e, dall'altro, quelle che, secondo la *nouvelle vague* della Cassazione, invece a esso sono sottratte per rifluire nel termine ordinario decennale. Ma siamo ben certi che sia necessariamente così?

Credo che la risposta non possa essere fornita prima di una più profonda analisi della ricostruzione delineata dalla Suprema Corte.

L'attenzione deve essere portata sul profilo ricostruttivo davvero centrale, rispetto a tutti gli altri: faccio riferimento alla qualificazione giuridica dell'obbligazione autonoma e accessoria di cui la Suprema Corte ravvisa il nascere in forza della garanzia convenzionale; e si tratta proprio ed esattamente dell'obbligazione rispetto alla quale la Corte stabilisce che il termine di prescrizione sia decennale.

Orbene, la ricostruzione che emerge dalle parole utilizzate in sentenza sembra significativamente superare l'opinione – affermata in dottrina⁵ – in base alla quale sarebbe da vedersi il sorgere di un'obbligazione con funzione sostanzialmente assicurativa, avuto riguardo al risultato della vendita; nella motivazione della sentenza di luglio si nota invece una spiccata e maggiore autonomizzazione di quell'obbligazione rispetto alle caratteristiche del bene

⁵ Sono di riferimento generale le due monografie, pressoché contemporanee, di M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di 'controllo' e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, e di A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007; più recentemente, si veda inoltre A. TINA, *La natura giuridica delle clausole di garanzia nel trasferimento di partecipazioni societarie*, in *Giur. comm.*, 2012, 1015 ss., nonché S. CHERTI, *Cessione di pacchetti azionari e garanzie convenzionali*, in *Contratti*, 2013, 1046 ss.

venduto (bene-partecipazione e, solo mediamente, elemento del patrimonio sociale), dunque con radicale distacco rispetto al blocco di disciplina fondato sugli artt. 1490, 1497 e 1495 c.c.

La Corte sceglie di individuare il fondamento dell'obbligazione, piuttosto che nel collegamento con i caratteri del bene venduto (collegamento soltanto indiretto, del tutto filtrato, stante l'interposizione dell'obbligazione), direttamente nella causa in concreto, in specie sotto il profilo dell'attuazione del sinallagma contrattuale. Più precisamente, l'obbligazione si orienterebbe alla realizzazione dell'equilibrio delle prestazioni a carico della parti.

Non si intende qui far questione di sfumature linguistiche.

Quest'impostazione discende dalla preoccupazione dei Giudici di tenersi ben discosti dai rischi e dalle difficoltà collegabili al fatto che la partecipazione è bene di secondo grado, sicché la quota o l'azione rifletterebbero solo indirettamente – per il valore che quest'ultime assumono – i difetti emergenti e che alla cessione della partecipazione sono collegabili.

Siamo allora giunti al punto decisivo: pare a me che l'obbligazione di cui la Cassazione ha fissato in dieci anni il termine di prescrizione debba dirsi del tutto riplasmata nella sua struttura per il fatto di avere quale unico oggetto, puramente e semplicemente, il *quantum* corrispondente all'indennizzo prefissato, abbandonando al loro destino tutte le difficoltà legate alla funzione assicurativa (o pressoché tale: si potrebbe anche parlare della funzione di tenere indenne o addirittura recuperare l'antica idea del *praestare*) che caratterizzerebbe quella stessa obbligazione. Inoltre, è da dire che l'obbligazione è sottoposta a condizione sospensiva: più esattamente, l'esigibilità dell'obbligo di pagamento della somma di denaro a titolo di indennizzo è sottoposta al verificarsi degli eventi (futuri e incerti) descritti in contratto, proprio quegli eventi che siano in grado di evidenziare uno squilibrio contrattuale.

La proposta interpretativa appena avanzata renderebbe, a mio parere, finalmente perspicua e lineare la costruzione giuridica proposta dalla Corte.

Anzitutto, la lettura in termini di obbligazione pecuniaria sottoposta a condizione sospensiva consente di ritenere che ogni evento futuro e incerto possa essere versato all'interno della condizione: in particolare, troverebbero collocazione all'interno della condizione tutte le R&W, senza quindi necessità di dar corso alla sottile quanto pericolosa distinzione tra *business warranties* e *legal warranties* o comunque tra garanzia in ordine a difetti preesistenti al momento della conclusione del contratto e garanzia rispetto a perdite e sopravvenienze passive, ivi inclusi quei difetti di cui solo la conoscenza sia sopravvenuta dopo la conclusione del contratto (con correlativa distinzione tra l'applicabilità del termine breve e di quello lungo).

Oggetto di scrutinio sarebbe rappresentato invece dal verificarsi o meno di tutto ciò che sia stato collocato all'interno delle R&W: così, in maniera molto lineare, una volta che sia venu-

ta a esistenza la condizione, e ciò accade nella misura in cui quanto detto nelle R&W risulti realizzato (per esempio, vi sia prova di una difettosità relativa al patrimonio, preesistente o sopravvenuta, oppure di criticità reddituali o finanziarie, preesistenti o sopravvenute), allora scatterebbe l'obbligo di corresponsione della somma a titolo di indennizzo.

Da ciò consegue che l'intera disciplina delle R&W sarebbe riassorbita entro il campo di applicazione della sentenza in commento; non sarebbe necessario distinguere in base al criterio cronologico sopra evidenziato della preesistenza ovvero sopravvenienza del difetto, ma sempre – almeno quando le parti abbiano deciso di affidarsi a una garanzia convenzionale con previsione di un indennizzo – necessiterebbe di essere applicato il termine ordinario decennale.

Opportuna è infine un'ulteriore precisazione collegata all'opzione ricostruttiva che qui sto proponendo. Si tratta di una precisazione così riassumibile: sulla base di una garanzia convenzionale come dianzi strutturata sarebbe esperibile soltanto la domanda diretta a ottenere l'indennità pattuita; invece, non sarebbe in alcun modo invocabile un'azione diretta alla risoluzione del contratto ovvero al suo c.d. esatto adempimento, giacché – come detto – l'obbligazione nascente dalla convenzione deve intendersi come avente per oggetto solo e soltanto il pagamento della somma di denaro (non un fare, ma un dare di *certa pecunia*), sottoposto a condizione sospensiva.

Dopodiché, ovviamente nulla impedisce che quanto ai rimanenti profili restino a disposizione del compratore tutti i rimedi collegabili alla natura sinallagmatica del contratto: così, nella misura in cui possa ravvisarsi un *aliud pro alio*, sarebbe ovviamente invocabile l'art. 1453 ss. c.c., come pure l'art. 1460 c.c.

La proposta interpretativa che ho avanzato in queste pagine si propone dunque – per dirla in estrema sintesi – di collocare la decisione della Suprema Corte del luglio scorso in una cornice più ampia e coerente: la lettura dell'obbligazione autonoma e accessoria in termini di obbligazione pecuniaria sottoposta a condizione sospensiva consente di spiegare l'allungamento del termine di prescrizione, con definitiva recisione di ogni collegamento rispetto alle caratteristiche del bene venduto, senza che residui spazio per dar luogo a diversificazioni di trattamento all'interno delle R&W, in collegamento con la preesistenza ovvero la sopravvenienza del difetto.

