

Affitto d'azienda e vendita di pacchetti azionari

Prof. Francesco Scaglione

Affitto a scopo di mera redditività

- Soggetto che ha già svolto attività di impresa (es. imprenditore in pensione)
- Soggetto che ha acquistato l'azienda, ma non ha ancora svolto attività d'impresa (es: eredi)

Affitto in preparazione del futuro trasferimento

- Verifica, da parte dell'affittuario con opzione di acquisto, della sostenibilità della gestione (“giro di prova”)
- Problema del rischio di “infezione” dell’azienda: canone di affitto e clausole limitative della libertà di impresa dell’affittuario (es: obbligo di conservare l’efficienza dell’organizzazione e degli impianti, le dotazioni di scorte; divieto di alienare a terzi i beni aziendali senza il consenso dell’affittante, né sostituire tali beni con altri dello stesso tipo ritenuti più adeguati dall’affittuario: v. artt. 1615 e 2561, comma 2, c.c.)

Comodato d'azienda

- Nella pratica il comodato è stato talora utilizzato come rapporto temporaneo e provvisorio in attesa della precisa formulazione delle clausole di un contratto di affitto
- Il comodante proprietario dell'azienda è esposto al rischio di subire un pregiudizio economico privo di corrispettivo ove il comodatario non proceda successivamente all'acquisto

Affitto in funzione di gestione di una crisi di impresa

- Ribaltare un trend negativo della gestione del proprietario-affittante, derivante:
 - a) da condizioni soggettive
 - b) da condizioni oggettive del mercato (crisi di settore, stretta creditizia)
- Non si deve trattare di una situazione di insolvenza (rischio di revocatoria fallimentare ex art. 67 legge fall., recesso dietro indennizzo ex art. 79 legge fall. o di bancarotta fraudolenta o semplice: artt. 216 e 217, nn. 3 e 4 legge fall.)
- Differenza dall'appalto di servizi ex art. 1655 c.c., in cui l'appaltatore gestisce temporaneamente l'azienda in crisi dietro corrispettivo a suo favore, assumendo la veste di imprenditore (ma v. art. 81 legge fall.)

Affitto in funzione del passaggio generazionale dell'impresa

- Il proprietario deve verificare le qualità soggettive dell'affittuario (interesse ad una gestione in prova)
- Clausole limitative della libertà di impresa dell'affittuario

Affitto intragruppo

- L'affitto viene impiegato per imputare temporaneamente la gestione dell'impresa ad una diversa società del gruppo di cui la stessa società proprietaria è parte, al fine di razionalizzare gli assetti e le potenzialità del gruppo
- Corrispettivo congruo, anche tenuto conto dei vantaggi compensativi per ciascuna delle società

Affitto di ramo d'azienda

- Tesi estensiva: complesso di beni rilevante ex art. 2555 c.c. che non esaurisce il patrimonio aziendale, senza necessità che i beni esclusi costituiscano, a loro volta, un complesso di beni organizzato ex art. 2555 c.c.: si ha affitto di ramo d'azienda quando un imprenditore concede in affitto l'intera azienda con la sola esclusione, ad es., di un immobile strumentale o di un marchio.

Affitto di ramo d'azienda

- Secondo la tesi estensiva è possibile per le parti decidere liberamente, per gli effetti di cui all'art. 2558, comma 3, c.c., quali contratti sono inerenti al ramo affittato, e quindi trasferiti

Affitto di ramo d'azienda

- Tesi restrittiva: può aversi ramo d'azienda solo quando da un lato si concede in affitto un complesso di beni rilevante ex art. 2555 c.c. che non esaurisce il patrimonio aziendale del proprietario, dall'altro i beni esclusi costituiscono, a loro volta, un complesso ex 2555 c.c.
- Deriva che si ha affitto d'azienda, e non di semplice ramo, quando viene meno il secondo requisito

Affitto di quota indivisa di azienda

- Situazione conflittuale tra eredi
- Impossibilità di procedere alla divisione
- Necessità di continuare una proficua gestione
- Affidamento con contratto di affitto della gestione al coerede più qualificato professionalmente
- Il canone deve tener conto del rischio di mala gestione ed è sospensivamente condizionato all'eventualità che, al termine dell'affitto, emerga una minusvalenza di inventario ex art. 2561, comma 4, c.c.

TIPOLOGIE DI PACCHETTI AZIONARI

- Pacchetto di maggioranza formato dalla metà più uno delle azioni (controllo dell'assemblea ordinaria e, di regola, anche straordinaria: artt. 2368 e 2369 c.c. dominio assoluto sulla gestione sociale)
- Pacchetti di minoranza qualificata (v. ad es. art. 2409 c.c.)
- Pacchetti di maggioranza qualificata (consentono di raggiungere i quorum assembleari eventualmente aumentati dagli statuti)
- Pacchetti di controllo (in cui la riunione di un numero di azioni corrispondente ad una frazione minoritaria, ancorché cospicua, del capitale sociale consente comunque ad un soggetto di esercitare un'influenza dominante nell'assemblea (mancano *stabilità* ed *esclusività* che qualificano la posizione attribuita dal pacchetto maggioritario)

Oggetto della vendita

- oggetto "immediato": la partecipazione sociale
- oggetto "mediato": le attività e le passività rientranti nella società

Attività di due diligence

- Controlli preliminari sulla società target: verifiche finanziarie, fiscali e legali
- Collaborazione degli amministratori
- Diritto del socio venditore all'informazione (v. artt. 2476 e 2422 c.c.)
- Dovere di informazione in capo agli amministratori ex art. 1375 c.c. e accordi di riservatezza
- Criticità della società target e clausole di garanzia a favore del compratore

Le garanzie più comuni

- Clausole basilari sul titolo: si riferiscono direttamente alle caratteristiche della partecipazione e della target sotto il profilo societario
- Esempi: a) il venditore garantisce di essere proprietario delle azioni o quote e che esse sono libere da qualsiasi diritto di terzi;
- b) il venditore garantisce che la società è stata validamente costituita ed è validamente esistente secondo la legge nazionale che la disciplina.

- Clausole relative al contenuto della partecipazione (attività e passività della società)
- Esempio: clausole sul bilancio o in materia tributaria (garanzia che la società ha sempre rispettato gli adempimenti fiscali)
- Garanzie sui rapporti di lavoro e contribuzioni previdenziali
- Garanzie relative ai rapporti contrattuali di cui è parte la società target
- Garanzia ambientale, sulle autorizzazioni amministrative, sul contenzioso (clausole di *indemnity*, riferite a un pericolo di danno concreto e imminente, non sono assoggettate a limitazioni quantitative)

Risoluzione e annullamento del contratto

- Inadeguatezza dei tradizionali rimedi restitutori (v. artt. 1490 e 1492 c.c., risoluzione)
- Si dovrebbero ricreare la medesime condizioni precedenti l'acquisizione (ma tempi lunghi e costi elevati; l'impresa può nel frattempo avere subito significative modifiche non più reversibili).
- Unico rimedio risarcitorio (analogamente a quanto disposto in caso di fusione ex art. 2504 quater c.c.)

Segue

- Garanzia per mancanza di qualità essenziali: 1497 c.c.
- Qualità essenziali: attributi che esprimono la *funzionalità, utilità e pregio* della cosa
- Qualità promesse
- Es: se si tratta di azioni liberate o meno, se di azioni ordinarie, di risparmio o di godimento, se comprendono prestazioni accessorie o meno

Segue

- *Aliud pro alio*: non è riscontrabile identità tra le azioni negoziate e quelle consegnate
- Es: vendita di azioni di una società di un differente tipo sociale o con diverso oggetto sociale, azioni di società fallita
- Azione di risoluzione ex 1453 c.c. (prescrizione decennale)

- Annullamento per dolo ex art. 1439 c.c.
- Annullamento per errore sulla consistenza patrimoniale della società target ex artt. 1429 e 1431 c.c.
- Ma v. Cass., 12 giugno 2008, n. 15706: l'errore sulla valutazione economica di una partecipazione sociale non rientra nella nozione di errore di fatto idoneo a giustificare una pronuncia di annullamento del contratto, in quanto il difetto di qualità della cosa deve attenersi **solo ai diritti e obblighi che il contratto in concreto sia idoneo ad attribuire, e non al valore economico del bene oggetto del contratto**, che afferisce alla sfera dei motivi in base ai quali la parte si è determinata a concludere un determinato accordo, sfera non tutelata con lo strumento dell'annullabilità, non essendo riconosciuta dall'ordinamento alcuna tutela rispetto al cattivo uso dell'autonomia contrattuale e all'errore sulle proprie personali valutazioni, delle quali ciascuno dei contraenti assume il rischio.

- Cass., 19 luglio 2007, n. 16031: non è configurabile un'azione di annullamento della compravendita basata su una pretesa revisione del prezzo tramite la revisione di atti contabili (bilancio e conto profitti e perdite) per dimostrare quello che altro non è che un errore di valutazione da parte dell'acquirente, **anche quando il bilancio della società pubblicato prima della vendita sia falso** e nasconda una situazione tale da rendere applicabili le norme in materia di riduzione e perdita del capitale sociale.

Riduzione del prezzo o risarcimento del danno

- L'effetto economico del risarcimento è analogo alla riduzione del prezzo
- Clausola dell'*exclusive remedy*, che esclude la risoluzione o l'annullamento
- Clausole limitative del risarcimento al solo danno emergente (v. 1223 c.c.): es. costi di bonifica di uno stabilimento e lucro cessante per chiusura temporanea

- Durata della garanzia: *signing* e *closing*
- Clausola limitativa dell'obbligo risarcitorio (*de minimis*)
- Clausola *de minimis* (es: 10.000 euro)

- Clausola c.d. "basket" (letteralmente "cesto", o più tecnicamente soglia collettiva): il risarcimento del danno potrà essere chiesto dall'acquirente al venditore solo se la somma delle singole voci di documento supera una seconda soglia (si supponga di 100.000 euro). Ad esempio, nel caso di un singolo danno del valore di 60.000 euro, in presenza di una clausola "basket" la garanzia pur superando il limite minimo di 10.000 euro non può essere attivata, a meno che non venga attivata insieme a una seconda pretesa di risarcimento che, unitamente alla prima, supera la soglia collettiva. Se per esempio vengono avanzate due richieste (una prima di 60.000 euro e una seconda sempre di 60.000 euro), allora ambedue i limiti previsti in contratto sono raggiunti.
- Anche nel caso di clausola "basket" va opportunamente previsto nel contratto se l'acquirente sia tenuto a risarcire tutto il danno oppure solo la parte che supera la seconda soglia.

- Clausola di soglia massima (*cap*) alla responsabilità patrimoniale del venditore: la responsabilità del venditore non potrà in nessun caso superare un certo importo. Tale somma ammonta generalmente a una cifra variabile fra il 10% e il 30% del prezzo di acquisto della partecipazione.
- Una clausola frequente è quella che prevede che il venditore risponda solo nel caso di importanti (*material*) violazioni delle garanzie che offre.