

La responsabilità precontrattuale per ingiustificato recesso dalle trattative nell'ambito di operazioni societarie

Carlotta Seghi - Avvocato in Padova (GREGGIO-Avvocati d'Impresa), diritto societario e commerciale

1. Premessa.

Nella prassi commerciale sempre maggior diffusione sta avendo il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie, mediante il quale un soggetto - di frequente un fondo - acquista una partecipazione (di maggioranza o totalitaria) in un'altra società. Il relativo contratto, noto come *sale and purchase agreement*, è solitamente il risultato di una lunga attività negoziale, proporzionale alla complessità della società oggetto di acquisizione, che si svolge nel corso (anche) di molto tempo.

Può tuttavia accadere che, nell'ambito delle trattative volte a perfezionare un'operazione di acquisizione societaria, una delle parti decida di ritirarsi dal negoziato. Di talché si pone il problema di individuare se e che tipo di responsabilità possa configurarsi in capo alla parte recedente.

2. I documenti precontrattuali nelle operazioni di acquisizioni di partecipazioni societarie.

Lo schema attraverso il quale si perviene alla sottoscrizione del *sale and purchase agreement* è caratterizzato da fasi: partendo dalla fase iniziale di incontro o primo contatto tra le parti, passando a quella successiva della sottoscrizione di eventuali lettere di intenti (*term sheet*) e/o accordi di riservatezza (c.d. n.d.a.) e, infine, alla sottoscrizione del *closing* cui segue l'esecuzione dell'accordo.

Il *term sheet* - altresì denominato "*memorandum of understandings*" (MOU) o "*letter of interest*" o lettera d'intenti (LOI) - consta di una puntuazione preliminare prodromica alla formazione e sottoscrizione di un successivo contratto, di frequente, di (i) collaborazione e *partnership*; (ii) *joint venture* commerciale o industriale; (iii) compravendita e *leasing* immobiliare; (iv)

cessione e acquisto di quote societarie.

In giurisprudenza con riferimento alla lettera di intenti è stato osservato: "*le parti che, con riferimento ad una scrittura privata, abbiano per essa usata la formula "lettera di intenti", adottando un'espressione con cui, nel linguaggio commerciale, si esprimono i propositi dei futuri contraenti nella fase delle trattative precontrattuali che precede la stipulazione di un negozio soltanto eventuale (e, pertanto, non doveroso per i suoi sottoscrittori), mostrano l'esclusivo intento di predisporre le clausole da recepire nel futuro contratto nell'eventualità della positiva conclusione delle trattative stesse*" (cfr. Cass. 14.5.1998, n. 4853). Ne discende che la sottoscrizione di tale documento non ha efficacia vincolante per le parti, non ingenerando l'obbligo per le stesse di sottoscrivere il definitivo.

Ciononostante, ancorché non vincolante per la sottoscrizione del definitivo, la lettera di intenti può avere un contenuto di immediata valenza precettiva: il riferimento è, ad esempio, alle clausole che disciplinano eventuali obblighi di riservatezza o di esclusiva, la cui violazione potrebbe comportare una responsabilità di natura contrattuale.

Fermo quanto sopra, il recesso dalle trattative potrebbe comunque ingenerare una responsabilità per la parte recedente ed infatti: "*le conseguenze giuridiche di un mancato adempimento degli obblighi assunti con una lettera di intenti vanno ricercate altrove, e precisamente nell'ambito della culpa in contrahendo*" (v. Speciale, *Contratti preliminari ed intese precontrattuali*, Milano, 1990, p. 142).

3. La "culpa in contrahendo": la responsabilità precontrattuale.

La responsabilità precontrattuale altresì denominata

"*culpa in contrahendo*" è disciplinata all'art. 1337 c.c. il quale prevede che: "*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*".

Si tratta di un particolare tipo di responsabilità appartenente, per orientamento maggioritario in giurisprudenza, al *genus* della responsabilità extracontrattuale - il cui fondamento viene ravvisato nella lesione dell'interesse di un soggetto alla libera esplicazione della sua autonomia negoziale.

I presupposti della responsabilità precontrattuale sono stati individuati dalla giurisprudenza: "*incombe nella responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. e, conseguentemente, nell'obbligo risarcitorio colui che, con il proprio comportamento e con le proprie dichiarazioni propositive, lasci che controparte maturi - in senso oggettivo - una certezza sul buon esito dell'affare e, in uno stadio avanzato delle negoziazioni, rifiuti improvvisamente la conclusione del contratto. Perché possa essere ritenuta integrata la suddetta responsabilità precontrattuale occorre, (i) che tra le parti siano in corso trattative, (ii) che le trattative siano giunte ad uno stadio tale da far sorgere, nella parte che invochi l'altrui responsabilità, il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, (iii) che la parte alla quale si addebita la responsabilità, interrompa le trattative senza un giustificato motivo, (iv) che, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto*" (v. Trib. Milano, 4.5.2017, in www.ilcaso.it).

Ciò che rileva, pertanto, al fine della violazione del dovere precontrattuale di buona fede, è il recesso senza giusta causa da trattative che siano giunte ad uno stadio tale da generare nell'altro contraente un legittimo affidamento circa la conclusione del contratto (cfr. Cass. 25.1.2012, n. 1051; Cass. 18.6.2004, n. 11438).

Quanto alla condotta è stato rilevato che "*per la sussistenza della responsabilità precontrattuale, a norma dell'art. 1337 cod. civ., l'obbligo della buona fede nelle trattative deve essere inteso in senso oggettivo, sicché non è necessario un particolare comportamento soggettivo di malafede, ma è sufficiente anche il comportamento non intenzionale o meramente colposo della parte che senza giusto motivo ha interrotto le trattative, eludendo così le aspettative di controparte che confidando nella conclusione del contratto, è stata indotta a sostenere spese o abbia rinunciato ad occasioni più favorevoli*" (cfr. Cass. 7.2.2006, n. 2525). Il danno risarcibile è quantificato nelle spese inutilmente affrontate (ovverosia i costi sostenuti per lo svolgimento delle trattative e per la stipulazione del contratto) oltre che della perdita di altre e più favorevoli alternative contrattuali (in tal senso: Cass. 30.7.2004, n. 14539 e Cass. 14.2.2000, n. 1632).

4. La responsabilità precontrattuale nella fase delle trattative per la sottoscrizione del sale and purchase agreement.

Nella primissima fase di incontro delle parti, entrambe saranno libere di recedere senza alcuna conseguenza. In tale fase non sussiste, infatti, alcun affidamento meritevole di tutela, e ciascuna parte sopporta il rischio che le trattative non vadano a buon fine, senza che ciò comporti un disincentivo a valutare potenziali affari. La Suprema Corte ha invero affermato che: "*la mera presenza di trattative non è, infatti, sufficiente ad integrare l'invocata responsabilità e la giustificazione del "recesso" dalle trattative diventa necessaria (per escludere la responsabilità precontrattuale) ove preesista il ragionevole affidamento della controparte sulla successiva conclusione del contratto*" (cfr. Cass. 26.2.2013, n. 4802).

La possibilità di ritenere integrata la fattispecie di responsabilità diventerà maggiore a mano a mano che ci si avvicinerà al momento del c.d. "*signing*" atteso che "*più avanzato è lo stato delle negoziazioni minori saranno i limiti lasciati all'abbandono libero delle stesse e più facile riscontrare un abbandono contrario a buona fede*" (v. Moya, *La fase preliminare delle operazioni di fusione e scissione: configurazione giuridica del progetto e responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2009, n. 1, p. 101).

Tuttavia, non pare ragionevole ritenere che dal mero scambio della bozza del contratto definitivo tra le parti (o i legali delle stesse) possa derivare una responsabilità precontrattuale in caso di interruzione delle trattative.

Invero, sebbene i primi scambi della bozza del *sale and purchase agreement* avvengano allorché le parti abbiano già compiuto, almeno in parte, l'attività di *due diligence*; si siano già scambiati le lettere di intenti ed abbiano eventualmente già sottoscritto accordi di riservatezza e/o di esclusiva, è prassi diffusa che il contratto venga inoltrato con la dicitura "*bozza*" o "*draft*". Ciò significa che l'accordo è soggetto ad ulteriori modifiche e/o commenti delle parti (o di soggetti terzi). Di talché non si ritiene configurabile la responsabilità precontrattuale laddove, in tale fase, ancora di contrattazione fossero interrotte le trattative.

La responsabilità *de qua* sussisterebbe invece nel caso in cui che le parti avessero già raggiunto un accordo, se non su tutti i punti del contratto, sulla maggioranza degli stessi, a seguito di negoziazioni e scambi di bozze tra le stesse, residuando la definizione soltanto di alcuni punti secondari dello stesso ovvero allorché, all'esito della contrattazione, sia già stata fissata, avanti al notaio, la data per la sottoscrizione del definitivo.

Sul punto, si richiamano alcune pronunce giurisprudenziali che, proprio in casi di recesso di una delle parti da operazioni straordinarie in materia societaria, hanno confermato ovvero escluso la sussistenza della responsabilità precontrattuale alla luce dello stadio cui erano giunte le trattative dando rilevanza al (legittimo) affidamento che la parte non recedente aveva posto sul buon esito dell'operazione.

In particolare:

- Trib. Milano 4.5.2017, in www.ilcaso.it: il quale nel condannare i recedenti per responsabilità precontrattuale ha rilevato che *"le trattative per la cessione delle partecipazioni di ... si sono protratte in un lungo arco temporale, che ha avuto inizio nel maggio 2013"* e di come *"alcune condotte dei convenuti che fanno propendere per l'avvenuta insorgenza di un contesto fattuale e comportamentale idoneo, in senso oggettivo, ad ingenerare nelle parti attrici il ragionevole affidamento nella conclusione del contratto"* quali *"in data 12 dicembre 2013, il sig. aveva manifestato piena soddisfazione per la fase che le trattative avevano raggiunto fino a quel momento... si veda la comunicazione di posta elettronica in cui ebbe a dichiarare "vado a letto contento"... nel corso dell'assemblea dei soci di del 18 dicembre 2013, il presidente ... ebbe ad illustrare ai soci l'operazione in corso, compresa l'adozione di un nuovo statuto sociale, con la specificazione delle modifiche rispetto a quello in vigore, e l'adesione al nuovo patto parasociale, oltre alle motivazioni di carattere economico, finanziario e strategico sottese all'operazione in parola... non è contestato che in data 18 dicembre 2013 si sono dimessi i componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale di Welcome Italia in ottemperanza agli accordi; che il giorno seguente il presidente del Cda ha convocato l'assemblea dei soci in quello stesso giorno, per la sottoscrizione e l'esecuzione degli accordi, per deliberare sulle varie modifiche dello statuto sociale conseguenti all'operazione"*. Il Tribunale ha quindi fondato la responsabilità dei recedenti in quanto le trattative potevano ritenersi giunte in fase conclusiva ad uno stadio tale da ingenerare nelle *"la certezza sul buon fine dell'affare"*;
- Trib. Bologna 5.10.2021 in www.giurisprudenzadel-leimprese.it: che ha respinto la richiesta di condanna in quanto *"le trattative così avviate e condotte sono proseguite, in modo non continuativo ed alquanto intermittente, fino al mese di febbraio 2016 senza che, a tale data, le parti avessero ancora raggiunto un'intesa su tutte le modalità e le tempistiche con cui attuare il trasferimento delle quote"* e per-

tanto *"la trattativa in esame, dunque, non aveva, a quel punto, raggiunto ancora uno stadio di avanzamento tale da creare tra i soggetti in essa coinvolti un avvicinamento negoziale ragionevolmente valutabile come non più reversibile, e tale, per ciò, da suscitare nei potenziali acquirenti il legittimo affidamento circa l'utile conclusione dell'affare"*;

- Trib. Torino 2.11.2021 in www.ilcaso.it: ove è stata rigettata la richiesta di condanna dei recedenti a titolo di responsabilità precontrattuale in quanto nonostante le trattative si fossero articolate come segue: *"Accordo preliminare di riservatezza; 13.9.2017 Sottoscrizione preliminare Term-sheet; 19.9.17 e 31.10.17 Consegna del Business Plan G.Q. e Valutazione Preliminare di S.P.; 6.3.2018 Redazione di Offerta Non Vincolante (NBO); 20.3.18 Sottoscrizione NBO; tra il 23.3.18 e il 4.5.18 Incarico a P.W. e S.P., inizio due diligence, progetto di fusione del G.Q.; 7.5.2018 e 8.5.2018 Riunione per analisi due diligence e bozza di contratto e scambio di e-mail; 15.5.18 Lettera di posticipo dell'esclusiva; 12.6.2018 Recesso"* vi erano *"molti punti sui quali le parti dovevano ancora confrontarsi seriamente, a cominciare dal tema software (C.), di cui - da quanto verbalizzato dalle parti e sopra riportato - risultavano ancora da definire i termini non solo economici ma anche legali di inclusione nell'operazione"*.

4. Conclusione.

Al fine di ritenere sussistente la responsabilità precontrattuale della parte recedente dalle trattative svolte nell'ambito di operazioni di acquisizione di partecipazioni societarie per la violazione dell'obbligo di buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c., occorre verificare lo stadio cui sono giunte tali trattative, dovendosi infatti dare rilevanza all'idoneità delle stesse ad ingenerare nella controparte la legittima convinzione sul buon esito dell'affare.

L'eventuale sottoscrizione di lettere di intenti non è circostanza di per sé idonea a fondare tale tipo di responsabilità, atteso che trattasi di puntualizzazioni preliminari e come tali non vincolanti, alle quali segue il confronto delle parti sul contenuto del contratto definitivo.

L'esigenza di tutelare la parte durante le lunghe trattative negoziali necessarie alla conclusione di un'acquisizione societaria nasce, infatti, allorché vi sia stato un avvicinamento negoziale ragionevolmente valutabile come non più reversibile, tale, per ciò, da suscitare nella parte il legittimo affidamento circa l'utile conclusione dell'affare.