



Camera Civile di Monza

La vendita immobiliare

Monza, 12 marzo – 23 aprile - 14 maggio 2013
Sporting Club, Viale Brianza



I Modulo: ***La due diligence* immobiliare**

-Marco Locati-

Piazza Roma n. 10, 20052 Monza - Tel. +39 039 2301942 – Fax +39 039 2302399 - E-mail: marco.locati@locatiepartners.it



***L'iter* di formazione del contratto nella vendita immobiliare**



Acquisto di un immobile

Qual'è la procedura?
Qual'è l'inquadramento tipologico dei contratti?

Dipende dalla tipologia di *assets*

Per immobili costosi
si attua (normalmente) mediante
contratti di vendita di partecipazioni societarie.

I contratti di vendita di immobili
non sono riconducibili ad una categoria di atti tipica,
non hanno cioè un tipo sociale.



Qual'è dunque il loro inquadramento?

Requisiti del contratto (art. 1325 ss. cc.)

Causa: traslativa

Oggetto: trasferimento



secondo il processo di qualificazione
(criterio prevalenza e/o simiglianza)

anche se le azioni societarie sono “beni di secondo grado”
(in quanto rappresentativi di diritti)
si applica la disciplina dettata per la vendita (artt. 1470 ss. cc.)



Accordo

Soggetti: imprenditori



sul medesimo piano negoziale

i contratti sono oggetto di trattative individuali



non si applicano le norme che regolano
i contratti per adesione
(artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.)



Derogabilità

Le norme che disciplinano l'accordo (artt. 1326 ss. cc.)
sono norme dispositive e quindi derogabili

Libertà di scelta: - tempistiche accordo
- adempimenti formali
- operazioni negoziali

Possibili (sgradite) situazioni:

- a) la parte non ottempera quanto pattuito
- b) il procedimento si arresta
- c) non si realizza pienamente l'interesse delle parti



Conseguenze che comportano responsabilità

Quali sono le azioni possibili per la parte adempiente?

Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto (art. 2932 cc.)?

La risoluzione e il risarcimento (art. 1453 cc.)?



Culpa in contrahendo

Le basi teoriche dell'istituto sono state poste nella seconda metà dell'Ottocento dalla dottrina civilistica tedesca (Rudolph Von Jhering, in *Jherings Jahrbuecher*, 4, 1861) per garantire una tutela risarcitoria per i pregiudizi che uno dei contraenti potesse subire in conseguenza del comportamento scorretto dell'altra parte in sede di trattativa e formazione del contratto. Oggi, secondo la nozione accolta dalla dottrina civilistica istituzionale (Torrente, Gazzoni, Galgano etc.) indica la responsabilità per lesione dell'altrui libertà negoziale, realizzata mediante un comportamento non conforme ai canoni di lealtà, correttezza e serietà in sede di trattative e formazione del contratto.

Il nostro ordinamento recepisce la responsabilità precontrattuale nell'art. 1337 cc.: “le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”.



È discussa la natura
della responsabilità precontrattuale.

Escluso che si tratti di un *tertium genus* (Gazzoni), taluni la ricomprendono in quella contrattuale, altri in quella extracontrattuale.

a) Ambito contrattuale

Tale tesi afferma che l'obbligo di buona fede violato è quello di cui all'art. 1375 cc. che riguarda un rapporto tra soggetti individuati e dunque presuppone un rapporto giuridico in essere nascente con il contatto sociale conseguente all'inizio delle trattative (Scognamiglio).



b) Ambito extra-contrattuale (Cass. 3101/2002)

In senso contrario si è osservato che l'obbligazione impone un dato comportamento per realizzare un interesse del creditore mentre l'obbligo di buona fede preesiste alle trattative, imponendosi *erga omnes*, e mira a tutelare un interesse superiore che è quello al corretto e leale svolgimento della libertà contrattuale e attesta circa l'esistenza, se violato, dell'ingiustizia del danno (Sacco).

L'adesione all'una o all'altra tesi comporta notevoli conseguenze sul piano della disciplina (ad es. in termini di onere della prova, prescrizione dell'azione, rilevanza della colpa, danno risarcibile)



Il risarcimento del danno

L'orientamento più restrittivo attribuisce rilevanza al cd. **interesse negativo** ovvero alle “spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative” e “alla perdita di ulteriori occasioni”, escluso quindi il lucro cessante (Trib. Napoli, 20.10.2006 n. 10501).

In tal caso non sarebbe possibile il risarcimento dell'interesse positivo (art. 1338 cc. “conoscenza delle cause d'invalidità”), cioè il risarcimento del guadagno che sarebbe derivato dalla conclusione del contratto.



Danno = danno emergente (spese sostenute)
+
lucro cessante (provata perdita di occasioni di
concludere lo stesso o altro tipo di
contratto con terzi – Cass. 1632/2000)



La soluzione del problema dipende sia dai vari possibili tipi di violazione della buona fede (Sacco) sia da un corretto inquadramento degli interessi delle parti in gioco (Cass. 23289/2006)



Cosa si intende per interesse positivo?

a) interesse a concludere il contratto



No risarcimento

b) interesse a che l'obbligo di condotta previsto dall'intesa precontrattuale sia adempiuto correttamente



la parte che ha subito la violazione dell'intesa precontrattuale può pretendere che il danno risarcibile sia commisurato all'interesse positivo.



Al di là delle formule il criterio fondamentale per individuare il danno risarcibile è quello del nesso di causalità.

- Nella responsabilità precontrattuale, fondata sulla prova del dolo o della colpa del convenuto, manca di norma il nesso di causalità materiale tra condotta illecita e mancata conclusione del contratto.

In questi casi la responsabilità del convenuto è affermata non per il fatto del recesso dalla trattativa, ma per le modalità con cui esso è esercitato, oppure per le modalità con cui è stata condotta la trattativa.



- Nella responsabilità per recesso ingiustificato dalla trattativa, invece, sussiste la **causalità materiale** tra condotta fonte della responsabilità (il recesso) e mancata conclusione del contratto.

Tuttavia tra recesso e mancata conclusione del contratto manca il nesso di **causalità giuridica**.

Infatti la funzione della responsabilità precontrattuale da affidamento non consiste nell'impedire il recesso (che è lecito sino alla conclusione del contratto), ma nel tutelare l'affidamento della parte che ha subito il recesso.

A questo fine è necessario (e sufficiente?) risarcire il solo danno commisurato all'interesse negativo (cd. **danno da affidamento**)



Eccezioni alla regola che esclude il risarcimento del danno commisurato all'interesse positivo.

Il convenuto può essere condannato a risarcire il danno da aspettativa quando:

- a) non aveva il diritto di non concludere il contratto;
- b) ha tenuto una condotta particolarmente grave nei confronti di controparte;
- c) in presenza di certi rigorosi presupposti, quando le parti di una trattativa hanno manifestato la comune intenzione di concludere il contratto, ma hanno raggiunto l'accordo solo su alcuni elementi essenziali dello stesso.



La giurisprudenza dovrebbe fare miglior utilizzo del criterio della causalità giuridica.



- a) selezione delle tipologie di danno risarcibile da responsabilità precontrattuale;
- b) presupposti;
- c) funzioni.



A questo fine
sarebbe utile riconoscere la coesistenza di
diversi tipi di responsabilità precontrattuale.



Nell'ambito della responsabilità precontrattuale
quale valore mantiene la distinzione tra
risarcimento commisurato all'interesse negativo
e
risarcimento commisurato all'interesse positivo?

Questa distinzione mantiene una propria utilità in quanto formula breve per individuare il danno risarcibile secondo il criterio del nesso di causalità.

Tuttavia è necessario che il giudice precisi i risultati cui si può arrivare mediante l'applicazione di queste formule attraverso una maggiore valorizzazione del nesso di causalità.



A nostro parere, in caso di responsabilità precontrattuale per mancata conclusione del contratto, la regola che limita il danno risarcibile all'interesse negativo non ha il valore di un dogma assoluto.

Sarà il giudice che, caso per caso, dovrà decidere se sia ammessa una deroga comportante l'estensione del risarcimento del danno sino ad arrivare a comprendere ogni ipotesi tra quelle sopra prospettate.



Forma

Libertà

- contratti tipici (formali)
- contratti atipici (amorfi)

Forma delle clausole e tipizzazione delle stesse



autonomia delle parti nell'inserirle e/o escluderle
(a seconda, ad esempio, di esigenze temporali, affidabilità della gestione pregressa della società di cui si cedono le quote/azioni, il tipo e la "forza" delle garanzie negoziate tra le parti, i meccanismi di calcolo/ rettifica/ modifica prezzo etc.)



- Fasi della procedura negoziale (operazione) -

1- Riservatezza

2- Esclusiva

3- Lettera di intenti

4- Manifestazione di interessi

disciplina *iter* intera operazione: *due diligence*, contratti e cronologia

5- Atto vincolante (*closing*)

6- Atto definitivo



1- Riservatezza

Durante le trattative le parti scambiano numerose informazioni che attengono a profili sensibili e che richiedono dunque una tutela.

Per tale motivo le parti possono disciplinare:

- 1) il **tipo** di informazioni cui si potrà accedere e quelle che invece non potranno essere rivelate;
- 2) le **modalità di gestione** delle informazioni, l'uso che potrà esserne fatto ed i soggetti autorizzati al loro trattamento;
- 3) le **modalità di restituzione** dei documenti e delle informazioni apprese nel caso in cui la trattativa abbia esito negativo;
- 4) la **durata** dell'obbligo di riservatezza.

La clausole di riservatezza hanno efficacia immediatamente vincolante (anche se stipulate in fase precontrattuale)



2- Esclusiva

Le clausole di esclusiva sono pattuizioni che limitano il diritto delle parti di intrattenere trattative “parallele”.

Tali clausole possono riguardare:

- 1) il tipo di attività
- 2) i soggetti
- 3) l'area geografica
- 4) l'arco temporale (durata).

Anche le clausole di esclusiva, come quelle di riservatezza, hanno efficacia vincolante tra le parti



3- Lettera di intenti

Qual'è la qualificazione giuridica?

È un documento scritto che attesta l'esistenza di un interesse allo svolgimento di trattative tra le parti.

È fonte di obbligazioni contrattuali per le parti oppure appartiene alla fase precontrattuale?

La distinzione tra trattative e accordo è, nei fatti, difficilmente indagabile poiché inerisce alla **volontà delle parti**.



Si ha conclusione dell'accordo
mediante l'incontro delle due volontà
cioè quando – anche per fatti concludenti – detta volontà sia
desumibile, con la definizione di tutti i punti, principali e
secondari, propri di quel contratto.

Con la lettera di intenti, invece,
le parti intendono documentare l'interesse al fine di **iniziare**:
a) la conoscenza;
b) le eventuali trattative.



Non scaturiscono dunque diritti e obblighi per le parti, salvo -
iniziate le trattative - il limite dell'obbligo di buona fede
(art. 1337 cc)



La lettera di intenti, dunque, difficilmente ha valore vincolante tra le parti.
Restano salve le eventuali responsabilità conseguenti a clausole di riservatezza e di esclusiva.

Attenzione, comunque, alla sostanza:
spesso la scrittura intitolata
(erroneamente o volutamente) lettera di intenti
è, in realtà, una manifestazione di interessi.

Difficile è il passaggio
dalla descrizione degli elementi costituenti
all'individuazione del "tipo" di scrittura/contratto.



Disomogeneità delle varie fattispecie

La lettera di intenti è, nei fatti, identificata:

1) secondo le **modalità** esplicitate, come:

una lettera, un documento di provenienza comune delle parti,
una scrittura contrattuale

2) secondo la **denominazione**, come:

una lettera di intenti, un accordo di principio,
un protocollo di intesa, un *memorandum of understanding*,
una puntuazione, una minuta (etc.)

3) secondo il **contenuto**:

a seconda dell'oggetto del contratto definitivo.



4- Manifestazione di interessi

È una scrittura con la quale le parti intendono documentare l'accordo raggiunto solo su alcuni punti, rinviando la stipulazione del contratto (vincolante ma ancora eventuale) al momento in cui avranno disciplinato anche gli altri punti.

Confrontiamola con l'opzione

“Quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'art. 1329. Se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice” (art. 1331 cc.).



Problematiche relative a:

- 1) soggetti;
- 2) oggetto;
- 3) causa;
- 4) forma;
- 5) schema dell'operazione;
- 6) *due diligence*;
- 7) termine di accettazione per
l'accordo sulla manifestazione;
- 8) offerta;
- 9) professionisti;
- 10) attività collaterali.



In particolare:

5) schema dell'operazione

Nella scelta della struttura dell'operazione
non si può prescindere dagli aspetti *tax* e fiscali



Lo schema dell'operazione che si conclude con la vendita può essere anche un negozio misto.

Ad esempio quali sono le alternative di schema se l'acquisto è commistionato con la locazione?

a) Locazione con opzione d'acquisto

È la formula più semplice: il potenziale acquirente stipula un contratto d'affitto dove è prevista anche un'opzione non obbligatoria di acquisto dell'immobile locato.

b) Locazione con preliminare di vendita

Viene sottoscritto, assieme ad un contratto di locazione, un preliminare di futura vendita entro un termine stabilito.

c) Formula con acconto

La definizione del contratto d'affitto e delle tappe per arrivare all'acquisto (compreso un acconto sul prezzo finale) viene concordata attraverso una pianificazione finanziaria.



La trascrizione del preliminare di compravendita nei registri immobiliari offre più garanzie contro un eventuale pignoramento dell'immobile da parte di un creditore del venditore: grazie all'efficacia prenotativa del preliminare non si rischia infatti di perdere la somma versata sotto forma di maggiorazione dei canoni o di acconto.

“Gli effetti della trascrizione del preliminare cessano e si considerano come mai prodotti se entro 1 anno dalla data convenuta tra le parti, e in ogni caso entro 3 anni dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare” (art. 2465 bis, comma 3, cc.).

d) Vendita a rate *“rent to buy”*

Si vende, con riserva di proprietà, per poi ricevere un canone d'affitto, chi vende (in genere ha necessità liberarsi in fretta dell'immobile) accetta il pagamento rateale, in modo che chi acquista non sia costretto a stipulare un mutuo



In particolare: 6) *Due Diligence*

- soggetti
- termine per la consegna documenti (*check-list*)
- periodo (es. entro e non oltre ... giorni dalla data di **verbalizzazione** della **integrale** consegna dei documenti)

In particolare: 8) **offerta**

a) *binding* = vincolante

b) *No binding* = non vincolante

(es. clausola: “la presente non potrà essere interpretata come accettazione, nuova proposta o contratto preliminare ai sensi degli artt. 1326, 1329 e 1351 cc e pertanto non potrà costituire in alcun modo fonte di responsabilità nemmeno di natura precontrattuale”)



In particolare: 9) **professionisti**

Problematiche relative ai professionisti che occupano i ruoli più diversi nell'ambito della società *target*

In particolare: 10) **attività collaterali**

Tra ognuno di questi passaggi ci sono attività estranee non documentate (es. tra la lettera di intenti e la manifestazione di interesse le società che svolgono attività di *trading* immobiliare costruiscono e concludono, per quanto le riguarda, l'operazione)



Due diligence (DD)

Locuzione di origine francese. Venne infatti utilizzata dalla Banca Rothschild di Parigi alla fine del XIX secolo per individuare la “dovuta diligenza” ovvero la giusta procedura di valutazione da adottare prima dell’apertura di linee di credito alle imprese.

Oggi consiste nell’attività svolta per raccogliere e verificare informazioni di diversa natura (patrimoniale, finanziaria, economica, gestionale, strategica, fiscale, tecnica, ambientale etc.) in vista dell’acquisizione di diritti di proprietà.



Soggetti

La DD può essere effettuata direttamente dall'eventuale acquirente o, normalmente, tramite professionisti.

È consigliabile (e per gli avvocati è obbligatoria) la negoziazione e sottoscrizione di un incarico che delinei:

a) i ruoli;

b) i livelli di responsabilità

professionisti

committente

c) le verifiche da svolgere;

d) i tempi;

e) le modalità;

f) le risorse umane destinate;

g) il compenso.



Tipologie

in relazione al:

- a) momento dell'esecuzione
- b) l'ampiezza dell'indagine
- c) luogo dell'indagine
- d) la natura del committente
- e) l'oggetto



a) **Momento di esecuzione**

- Pre-acquisition D.D.

valutazione preliminare con acquisizione dati (e problematiche) influenti su elementi essenziali dell'operazione ai fini di:

- individuazione/rettifica/reindividuazione del prezzo;
- modificazione oggetto contratto;
- garanzie per particolari situazioni;
- suggerimenti operativi;
- interruzione trattative e abbandono dell'affare.

- Post-acquisition D.D.

Indagine successiva all'acquisizione (generalmente sugli aspetti contabili).

Normalmente si riflette sulla rettifica del prezzo o sull'esercizio del diritto di recesso.



b) Ampiezza indagine

- Full D.D.

si analizzano tutte le aree correlate all'operazione (contabile, fiscale, legale, tecnica, amministrativa, commerciale etc.)

- Limited D.D.

indagine limitata solo ad alcuni settori



c) **Luogo indagine**

- **On site D.D**

le verifiche avvengono presso la sede della società *target*
(e in loco per quanto riguarda un immobile);
ciò consente maggiore speditezza del processo

- **Data room D.D.**

i controlli avvengono in luoghi designati
(anche in via telematica)
e su informazioni **selezionate**
(generalmente per esigenze di riservatezza)



d) Natura committente

- Buyer D.D.

D.D. su incarico conferito dall'acquirente

- Vendor D.D.

D.D. su incarico conferito dal venditore

- Investigation D.D.

D.D. promossa da soggetti interni alla compagine sociale

- Litigation D.D.

D.D. intrapresa da Autorità Giudiziaria/CTU/Avvocato



e) Oggetto

- Strategic (o business)

D.D. su attività economica e caratteristiche della concorrenza

- Financial

D.D. su aspetti economici, finanziari e patrimoniali

- Tax

D.D. su aspetti fiscali e contabili



- Legal

elementi e problematiche giuridiche

- Environmental

impatti e rischi di natura ambientale

- Real Estate

aspetti tecnici, amministrativi, urbanistici,
commerciali, legali.



In particolare: D.D. ambientale

Fase I

È orientata al raggiungimento di un parere preliminare per la conformità di immobili, terreni e siti industriali rispetto alle vigenti normative ambientali e ad **identificare la presenza, reale o potenziale, di materiali pericolosi** (nelle strutture, nel suolo e nel sottosuolo, nei materiali edili utilizzati e/o negli impianti fissi).

Gli aspetti indagati sono, ad esempio, i seguenti:

- a) Gestione delle acque;
- b) Emissioni in atmosfera;
- c) Rifiuti;
- d) Materiali contenenti amianto;
- e) Sostanze dannose per l'ozono stratosferico;
- f) Contaminazione di suolo, sottosuolo e acque di falda.



Segue: fase I

Procedimento:

- a) analisi documentale e dello stato di fatto relativamente a:
- 1- Storia dell'insediamento, utilizzo passato e presente, contesto urbano, insediamenti limitrofi;
 - 2- Materiali e impianti presenti;
 - 3- Domande in corso e permessi ricevuti;
 - 4- Autorizzazioni e concessioni;
 - 5- Certificati analitici e indagini svolte per definire l'eventuale presenza di materiali pericolosi nel suolo, nelle acque sotterranee, nei rifiuti ecc.
- b) indagini Ambientali: l'incrocio tra stato di fatto e quanto documentato;
- c) emissione di report di analisi con indicazione degli eventuali approfondimenti necessari nella fase II.



segue: fase I

Output:

- a) giudizio di conformità con dettaglio di interventi necessari o opportuni;
- b) giudizio di impatto su acque e suolo;
- c) giudizio su decisioni e attività eventualmente già intraprese;
- d) giudizio sull'opportunità di approfondimento dell'indagine.



Fase II

È volta ad approfondire l'analisi delle criticità emerse in fase I, tramite prelievo di campioni di suolo e acque, il loro invio in laboratorio, l'ispezione non invasiva degli spazi, delle strutture e degli impianti.

Gli aspetti indagati sono i seguenti:

- a) Verifica e campionamento materiali contenenti amianto;
- b) Gestione apparecchiature e contenitori potenzialmente contenenti PCB;
- c) Verifica serbatoi interrati;
- d) Campionamento e analisi di suolo e sottosuolo;
- e) Prelievo e analisi di Acque sotterranee.

I campionamenti e le analisi di laboratorio permettono di avere maggiori certezze sull'effettiva presenza delle criticità, le potenziali passività da esse derivanti, i costi per le procedure di adeguamento da attuare.



segue: fase II

La fase II consente, individuando le azioni per una loro corretta gestione, di stimare in modo più preciso i costi degli interventi sugli immobili in cui sono state riscontrate delle criticità ambientali.

Procedimento:

- a) Analisi e Reperimento documentale;
- b) Sopralluogo di D.D.;
- c) Prelievi di campioni e verifiche sul campo;
- d) Analisi presso laboratori accreditati;
- e) Analisi dei Dati e Report di Due Diligence;
- f) Predisposizione di studi di fattibilità e di progetti specifici di messa a norma, analisi dei sistemi di gestione adottati con individuazione dei costi e delle metodologie adeguate.



segue: fase II

Output:

- a) Entità e censimento dei materiali rilevati;
- b) Risultati analitici;
- c) Giudizio complessivo su pericolosità e conservazione dei materiali;
- d) Indicazioni preliminari sull'intervento di messa in sicurezza/bonifica;
- e) Comunicazione agli enti competenti.



a) Bonifiche

Il Comune di Milano (a seguito della delega di cui alla legge Regione Lombardia n. 30/2006) è individuato come Ente titolare dei procedimenti di bonifica (ai sensi del titolo V del D.Lgs. 152/2006 "Norme in materia ambientale").

Per l'attivazione del procedimento di bonifica occorre:

- 1) tempestiva comunicazione agli Enti da parte del soggetto responsabile o del soggetto interessato (ma non responsabile) relativamente al riscontro della potenziale contaminazione;
- 2) fase I e fase II e consegna agli Enti preposti (ARPA) dell'indagine preliminare contenente l'approvazione del Progetto Operativo di Bonifica;
- 3) prestazione delle garanzie finanziarie per l'esecuzione degli interventi autorizzati (in conformità alla DGR n. 8/2744 del 15/6/2006).



b) Obbligatorietà o meno delle indagini ambientali preliminari (IAP)

b1) Il proponente è **tenuto** ad eseguirle quando per la presentazione di un titolo edilizio oppure nell'ambito di interventi urbanistici attuativi e strumenti di programmazione negoziata sia richiesta la verifica dello stato di qualità delle matrici ambientali.

L'operatore deve eseguire l'indagine in autonomia e rimettere gli esiti in forma di dichiarazione sostitutiva di atto notorio, (salvo i casi in cui sia espressamente richiesto un contraddittorio con l'agenzia regionale per la protezione dell'ambiente (ARPA) ai sensi del Regolamento di Igiene o per espressi accordi convenzionali o di altro tipo tra l'operatore e il Comune).



b2) L'indagine ambientale **non è invece necessaria** quando il proponente possa esibire il certificato di avvenuta bonifica o il provvedimento di conclusione positiva del procedimento di bonifica.

In tal caso deve essere resa apposita autocertificazione (dichiarazione sostitutiva di atto notorio) relativa alla non compromissione dello stato di qualità delle matrici ambientali nel tempo intercorso dalla conclusione del procedimento di bonifica.

Le dichiarazioni devono essere inviate all'ufficio comunale competente per il titolo edilizio e per lo strumento attuativo, nonché al Settore Piani di Bonifica in caso di effettiva realizzazione delle indagini.



c) Gestione dei materiali da scavo (cd. “Piani scavi”)

A seguito dell'entrata in vigore in data 6 ottobre 2012 del DM 161/12 ("Regolamento recante la disciplina dell'utilizzazione delle terre e rocce da scavo"), il “Piano scavi”, ora “Piano di utilizzo”, non è più parte del titolo abilitativo e **non è obbligatorio**.

L'operatore può scegliere di gestire i materiali di risulta dagli scavi secondo i seguenti criteri:

1. Smaltimento in qualità di rifiuti
2. Reimpiego diretto per rinterri nel medesimo sito di escavazione (ai sensi dell'art. 185 del DLgs 152/06).
3. Reimpiego in altro sito o processo produttivo in qualità di sottoprodotti ottenendo approvazione di un "Piano di utilizzo" (ai sensi del DM 161/2012).



In particolare: 3) il piano di utilizzo

Deve essere presentato almeno 90 giorni prima dell'avvio dei lavori.

La sua efficacia è vincolata all'assenso del Comune, mediante approvazione espressa o silenzio assenso.

Restano fermi gli obblighi di comunicazione di potenziale Contaminazione (ai sensi degli artt. 242 e 245 del D.lgs. 152/06)



Triplice scopo:

- 1- Informativo: conoscere le caratteristiche dell'oggetto di acquisizione (società bersaglio, immobile, ecc.); acquisire le dichiarazioni del venditore sulla base delle quali si devono iniziare a tarare le garanzie;
- 2- Identificare i rischi dell'operazione di acquisizione;
- 3- Individuare, conseguentemente, gli strumenti giuridici idonei a perfezionare l'acquisizione.



La *pre acquisition* D.D. è utile:

- sia all'acquirente → per negoziare una disciplina pattizia aderente alla situazione effettiva, paramentrando il “giusto” prezzo e introducendo adeguate garanzie contrattuali.
- sia al venditore → per evitare ogni sorta di contestazioni e/o azioni legali per vizi o mancanza di qualità della cosa venduta ovvero per *aliud pro alio*.



D.D. infedele

Se la D.D. non è veritiera su chi ricade il rischio?
Quali azioni possono essere fatte valere?

Se il venditore non ha messo a disposizione la documentazione richiesta, ha occultato informazioni, oppure ha collaborato nella DD approvando una relazione definitiva non veritiera, l'acquirente può far valere nei confronti dello stesso l'azione di risoluzione del contratto di compravendita:

- per vizi o per mancanza di qualità della cosa venduta (soggiace ai termini di cui all'art. 1495 cc.);
- per *aliud pro alio* ossia quando il bene è completamente diverso da quello pattuito (disciplina dell'azione di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 cc).



Qualora tali rimedi non siano esperibili l'acquirente può rivalersi nei confronti del soggetto incaricato di svolgere la D.D.

Allo stesso modo può agire il venditore se la DD è affidata ad un terzo che abbia scoraggiato con i risultati ottenuti l'acquirente ad effettuare l'operazione ovvero lo abbia indotto a credere in una situazione diversa da quella esistente.

La responsabilità varia in base al committente:

- *Vendor D.D.*: il venditore può rivolgersi al consulente in virtù di un titolo negoziale - responsabilità contrattuale (1218 ss. cc.);
- *Buyer DD*: il cessionario/acquirente può far valere le pretese in via extra-contrattuale (art 2043 cc.)



Se una garanzia contrattuale offerta dal venditore non viene rispettata i rimedi a disposizione dell'acquirente possono essere di tipo:

- 1- restitutorio: annullamento o risoluzione del contratto
- 2- risarcitorio: riduzione del prezzo (rimedio generalmente preferito).



Tutela dei dati personali

Problema: posizione dei soggetti terzi che sono entrati in contatto con la società e i cui dati emergono da quanto messo a disposizione dei potenziali acquirenti nell'ambito della DD.

Non sono dati “**personali**” e dunque non richiedono la tutela riservata ai “dati sensibili”.

Sono dati di natura “**economica**” e quindi riguardano il “segreto aziendale” (art. 24 lett. d) del Codice Privacy)



Non è pertanto richiesto il consenso dell'interessato per poter eseguire la DD.



Inconvenienti che comporterebbe l'informazione e/o il consenso dei titolari dei dati della DD:

- compito difficile per le parti
- costi elevati
- dilazioni di tempo
- rischio di compromettere l'operazione
- fuga di informazioni
- barriera alla circolazione di partecipazioni azionarie (ostacolo al mercato)

Se il segreto aziendale dovesse essere violato ne risponderebbero sia chi l'ha commesso sia il cedente (che ha permesso di compierlo).



Struttura: 4 fasi

1- Preparazione dell'attività di analisi

È fondamentale predisporre la lista dei documenti che si intende visionare e che il venditore dovrà mettere a disposizione (cd. Check list)



- Struttura ed organizzazione societaria: atto costitutivo, statuto vigente, libri sociali e contabili, bilanci degli ultimi tre esercizi, bilancio di riferimento, eventuali patti parasociali, sindacati di voto e di blocco, etc.;
- Patrimonio (beni immobili): atti di provenienza e relative certificazioni catastali, accertamenti presso le conservatorie dei registri immobiliari per verificare esistenza di ipoteche o altri diritti reali e/o vincoli od oneri;



Check list: segue

- Cdu per oneri reali;
- Diritti reali (superficie, usufrutto, uso, abitazione, enfiteusi, servitù);
- Patrimonio (beni mobili): stato di fatto e vincoli di natura giuridica ad esempio privilegi a favore di finanziatori;
- Contrattualistica: contratti commerciali, di locazione, di appalto, finanziari (mutuo / leasing), associativi, assicurativi;
- Area giuslavoristica (non solo contratti di lavoratori subordinati, anche collaboratori esterni);
- Salute e sicurezza dei lavoratori sui luoghi di lavoro e rischio incendi rilevanti (d.lgs. 626/1994);
- Concessioni e autorizzazioni, situazione ambientale e rapporti con la pubblica amministrazione;



Check list: segue

- Profili urbanistici e di edilizia;
- Certificazioni (agibilità e regolarità impianti e sicurezza);
- Rapporti finanziari e garanzie (anche *patronage*);
- Eventuali contributi o sovvenzioni;
- Proprietà intellettuale e industriale (marchi, brevetti, licenze, *know-how*);
- Tutela della privacy;
- Contenzioso (cause civili, arbitrati, cause amministrative, cause penali, precontenzioso – ingiunzioni, intimazioni etc. -, procedimenti tributari – verbali, accertamenti, adesioni etc.-).
- *Status* e individuazione/qualificazione delle eventuali passività previsionali correlate; conseguente accantonamento a fondo rischi (se mancante evidenziazione nel *report*).



2- Esame documentale

Analisi dei documenti e raccolta del materiale necessario

3- Redazione del *report* di DD

Relazione in cui sono contenute le risultanze della DD (informazioni e considerazioni) solitamente predisposto sia in forma sintetica sia analitica. È fondamentale per la valutazione della convenienza e dei rischi dell'operazione e delle misure da adottare.



4- Redazione (eventuale) delle clausole di garanzia da inserire nel contratto vincolante e/o definitivo.



5- Atto vincolante (*closing*)

Ha la struttura di un accordo preliminare che obbliga le parti a perfezionare la transazione entro una determinata data.

L'offerta vincolante deve essere inviata nel termine indicato nella manifestazione, normalmente entro la fine del periodo di DD (in caso di esito positivo della stessa) a conferma del definitivo interesse ad acquistare.

Deve indicare:

- a) impegno ad acquistare
- b) prezzo e termine di pagamento
(normalmente al momento del trasferimento definitivo)
- c) periodo di esclusiva



d) impegno a stipulare un eventuale contratto preliminare per l'acquisizione, termine e condizioni (es. caparra confirmatoria)

e) impegno a stipulare il contratto definitivo di compravendita, termine e condizioni

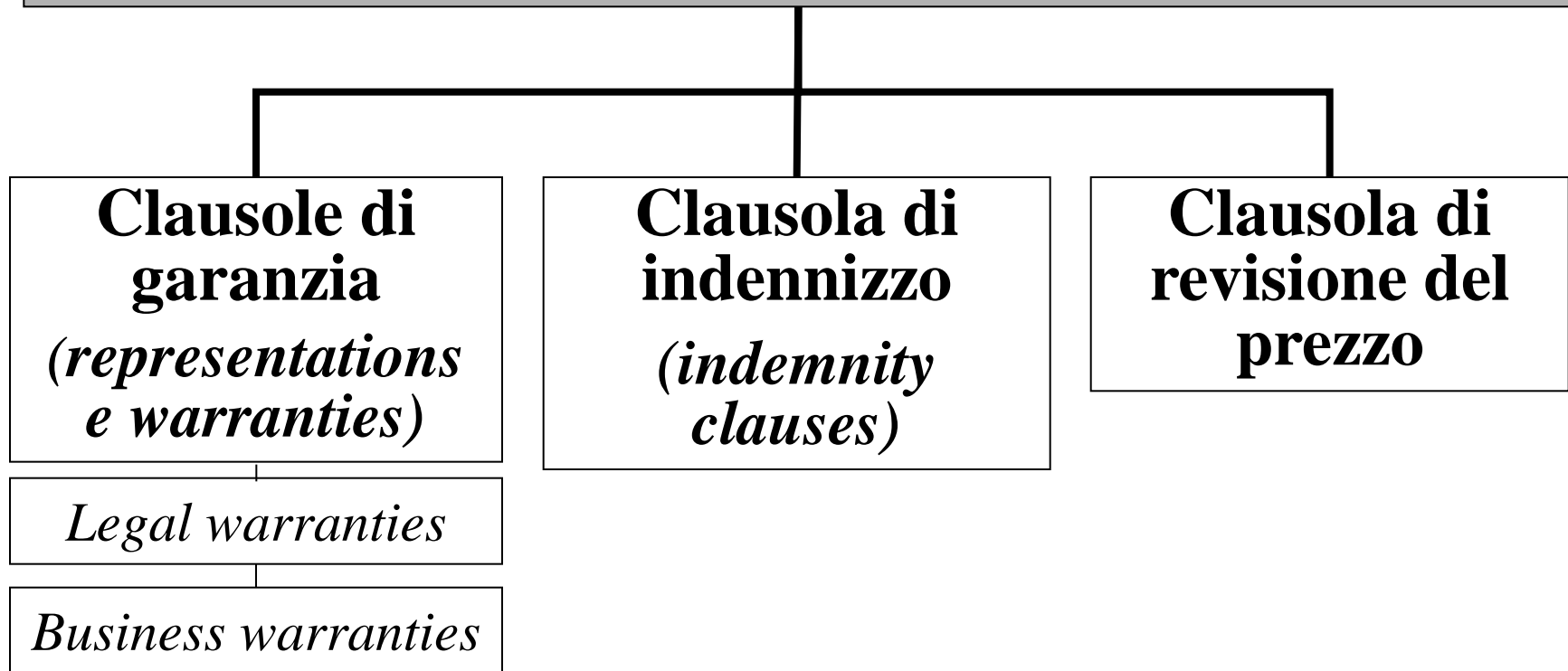
6 - Atto definitivo

La fase negoziale si conclude con la sottoscrizione di un contratto di acquisizione.



In particolare: 4) clausole di garanzia

Patti di garanzia collegati al contratto di cessione di partecipazioni societarie





Legal warranties

1) **Garanzia di piena proprietà della partecipazione**

Esclude comproprietà della quota con terzi

2) **Garanzia di assenza di vincoli, gravami, diritti di terzi** (rilevante in caso di *due diligence* successiva alla sottoscrizione del contratto)

3) **Garanzia di inesistenza di accordi limitativi alla circolazione delle quote/azioni**

Esclude restrizioni di natura pattizia/diritti di prelazione/*take along*/opzioni call

Funzione di queste garanzie è costituire anticipatamente una prova sia della buona fede sia delle sostanziali conoscenze di parte acquirente



Legal warranties (segue)

4) Garanzia di libera disponibilità della partecipazione
Esclude versamenti residui

5) Garanzia di *good standing*

Assenza di procedure concorsuali o liquidazione della società *Target* che renderebbero la partecipazione inidonea all'uso

Erroneità / Inesattezza della dichiarazione

- ⇒ Costituiscono prova, a favore dell'acquirente, ai fini della risoluzione contrattuale ex art. 1480 c.c.
- ⇒ Elementi probatori sufficienti per la richiesta di indennizzo al venditore



Business warranties

Garanzie Analitiche: dedicate a uno specifico aspetto contrattuale

Garanzie Sintetiche (o di chiusura): di carattere generale. In dette clausole il venditore si impegna a rifondere al compratore (o alla società) eventuali differenze.



Business warranties (1)

1) Garanzie di veridicità e correttezza del bilancio

- ⇒ Presuppone che al contratto venga allegato un documento contabile di riferimento (bilancio annuale/situazione contabile infrannuale)
- ⇒ Documento contabile predisposto in modo corretto, veritiero, conforme alle norme di legge e agli standard contabili indicati
- ⇒ Valore complessivo della società *Target* espresso nel bilancio come criterio per la definizione del prezzo corrisposto dall'acquirente per la partecipazione sociale compravenduta
- ⇒ Identificazione della consistenza del patrimonio netto (valore / data)



Business warranties (2)

2) Garanzie inerenti a specifiche voci di bilancio

a) Garanzie sui crediti

- ⇒ Veridicità dei crediti registrati a bilancio
- ⇒ Garanzie sui crediti relativi all'*interim period*
- ⇒ Estensione della garanzia: 1) Validità/incassabilità dei crediti entro un dato termine; 2) Impegno del venditore a riacquistare i crediti non soddisfatti entro il termine stabilito



Business warranties (3)

2) Garanzie inerenti a specifiche voci di bilancio

b) Garanzie sull'esatta registrazione a bilancio del valore di magazzino

- ⇒ Descrizione qualitativa delle scorte (stato / obsolescenza)
- ⇒ Vendibilità per un certo prezzo
- ⇒ Specificazione dei criteri di stima (accantonamenti ecc.)

c) Garanzie sui beni sociali

- ⇒ Proprietà e disponibilità e assenza di diritti reali minori su beni immobili
- ⇒ Leveraged Buy Out / Management Buy Out / Family Buy Out



Business warranties (4)

3) Garanzie sulla proprietà intellettuale

- ⇒ Elenco analitico
- ⇒ Assolvimento adempimenti amministrativi → efficacia
- ⇒ Validità proprietà: né violazioni né contestazioni da parte di terzi
- ⇒ Legittimità dell'attività per l'utilizzo del patrimonio di marca

4) Garanzie di conformità alla normativa fiscale e previdenziale

- ⇒ adempimenti pregressi / interim period / assenza di verifiche



Business warranties (5)

5) Garanzie lavoristiche

⇒ Adeguatezza retribuzioni, mansioni, rapporti ex dipendenti ecc.

6) Garanzie sul contenzioso

- ⇒ Inesistenza di controversie pendenti (attive o passive)
- ⇒ Inesistenza di controversie minacciate (attive o passive)
- ⇒ In caso di controversie pendenti, possibilità per l'acquirente di trattenere la relativa parte del prezzo o di depositarla in *Escrow*.



Business warranties (6)

7) Garanzie sui contratti

- ⇒ Elenco, in apposito allegato, dei rapporti contrattuali
- ⇒ Assenza di condotte inadempienti relativamente ai contratti elencati
- ⇒ Conformità dei contratti agli *standard di mercato* e assenza di rapporti anomali
- ⇒ Verifica esistenza clausole “change of control”



Business warranties (7)

8) Garanzie relative all'*interim period*

- ⇒ Corrispondenza della complessiva situazione sociale riflessa nel bilancio a quella esistente alla data del contratto ed alla data del *closing*
- ⇒ Impegno del venditore alla corretta gestione
- ⇒ Responsabilità del venditore per eventuali nuove iniziative intraprese che danneggino l'assetto sociale

9) Garanzie sull'esistenza e sull'adeguatezza della copertura assicurativa (con riferimento ai beni sociali ed all'attività svolta dalla società)



Business warranties (8)

10) Garanzie su licenze e autorizzazioni (comunicazioni)

11) Garanzie ambientali (problemi di cognizione, consapevolezza, dichiarazioni)

12) Garanzie di chiusura (sintetica)

⇒ Garanzie di *general compliance* (conformità dell'attività svolta dalla società *Target* alla normativa vigente)

⇒ Garanzie di accuratezza (veridicità delle singole dichiarazioni di garanzia rilasciate dal venditore); inesistenza di fattori modificativi



Clausole legali, patrimoniali, d'indennizzo

- Funzione: equilibrio economico tra prezzo e acquisto della partecipazione
- Oggetto: entità diverse dall'oggetto della cessione

Sono quindi un insieme di clausole che danno origine ad un contratto (atipico) funzionalmente connesso e collegato al contratto di cessione



Clausola di indennizzo (1)

- 1) Doveri di corretta informazione
- 2) Passività impreviste
- 3) Inadempimento pregresso (informazioni non corrette)
- 4) Indennizzo



Clausola di indennizzo (2)

- Prezzo / cessione partecipazione = sostanza
- Congruità prezzo / cessione partecipazione = tutela

Le clausole di indennizzo sono quindi obbligazioni aggiuntive.



Clausola di indennizzo (3)

E' un'alternativa all'ordinaria procedura di indennizzo in via risarcitoria

⇒ Interdipendenza con le clausole di garanzia: operatività in caso di garanzie inesatte

⇒ Indennizzo diretto a reintegrare il patrimonio della società *Target* in caso di perdite subite a causa di dichiarazioni di garanzia inesatte rilasciate dal venditore



Clausola di indennizzo (4)

- ⇒ Destinatario dell'indennizzo: società (reintegrazione del patrimonio) oltre che l'acquirente (scelte fiscali)
- ⇒ Limitazioni di esercizio:
 - 1) monetarie: indennizzabilità minima (franchigia assoluta o relativa) e massima (*cap*)
 - 2) temporali all'obbligo di indennizzo:
 - a) termini prescrizionali (fiscali, ambientali, lavoristici);
 - b) termini convenzionali (derivanti dalla tipicità del contratto);
 - c) termini di decadenza ai diritti e obblighi nascenti dalla *indemnity*;



Clausola di riduzione del prezzo

Opera in caso di prezzo non concordato in misura fissa o non interamente versato alla data del *Closing*

⇒ Diritto dell'acquirente di compensare il debito da pagamento del prezzo con il credito da indennizzo, mediante riduzione del prezzo

⇒ Procedura concordata dalle parti di aggiustamento del prezzo ad opera di esperti contabili incaricati dalle parti o di contabile terzo arbitratore

⇒ Possibilità di garanzia della dilazione del prezzo mediante deposito in un conto vincolato (*escrow account*) con determinazione delle procedure di svincolo.



Trasferimento di partecipazioni societarie: notai o professionisti?

L'art. 36, comma I-*bis*, della L. 133/2008 ha introdotto la possibilità di sottoscrivere con firma digitale l'atto di trasferimento di partecipazioni.

La norma, tuttavia, non precisa se tale firma debba essere autenticata da un Notaio (ex art. 2470 c.c.) o se tale autenticazione non sia più necessaria.

Si è quindi aperto un acceso dibattito dottrinale.

Per il Notariato vi è la necessità dell'autentica delle sottoscrizioni delle parti, anche se digitali.



Trasferimento di partecipazioni societarie: notai o professionisti? *(segue)*

Tuttavia la *ratio* dell'art. 36 della L. 133/2008 è di semplificare la procedura, ammettendo anche la firma digitale senza necessità di successiva autentica da parte del Notaio.

Si segnala una pronuncia (per ora isolata) del Giudice del Registro del Tribunale di Vicenza (ordinanza del 17.04.2009) che ha dichiarato nullo l'atto di trasferimento qualora la firma digitale non sia autenticata dal Notaio, in quanto l'art. 36 sarebbe una norma derogatoria che, tuttavia, non abroga l'art. 2470 c.c..



Trasferimento di partecipazioni societarie: notai o professionisti? *(segue)*

Se l'art. 36 della L. 133/2008 fosse una norma che non deroga all'art. 2470 c.c., quale sarebbe la natura “derogatoria” della norma?

Ad avviso dello scrivente, l'interpretazione del Tribunale di Vicenza è limitativa in quanto svuota di significato l'art. 36 ed impedisce di realizzare la semplificazione delle operazioni di trasferimento di partecipazioni societarie voluta dal Legislatore.



Riassunto della D.D. legale immobiliare

- 1) Aspetti societari
struttura e organizzazione;
- 2) Patrimonio (immobili);
- 3) Contrattualistica;
- 4) Contenzioso.



È quindi importantissimo affidarsi ai “giusti” consulenti che riescano – il più possibile – sulla base dell’esperienza e della capacità professionale a “vedere” l’intero *iter* di acquisizione.

