



“REPRESENTATIONS AND WARRANTIES”: C'È LA TRADUZIONE LETTERALE, MANCA QUELLA GIURIDICA

GREGORIO SALATINO*

Le “Dichiarazioni e Garanzie” sono il corrispondente italiano delle “*Representations and Warranties*” statunitensi. Appare immediatamente che la terminologia utilizzata in Italia (“Dichiarazioni e Garanzie”) derivi dalla traduzione “letterale” dei termini statunitensi (“*Representations and Warranties*”). Alla traduzione letterale, tuttavia, non ha fatto seguito una corretta traduzione “giuridica” dell’istituto. Di conseguenza, nonostante molti anni di pratica, le “Dichiarazioni e Garanzie” rappresentano uno dei temi più dibattuti nel contesto delle operazioni di “M&A”.

Negli Stati Uniti si chiamano “*Representations and Warranties*”; in Italia, le chiamiamo “Dichiarazioni e Garanzie”: esse sono le clausole che vengono inserite nei contratti di cessione di partecipazioni sociali, mediante le quali il socio/venditore, garantisce all’acquirente che la società *target* ha una certa consistenza patrimoniale.

In relazione alle “*Representations and Warranties*” (e/o le “Dichiarazioni e Garanzie”) c’è, a nostro avviso, un equivoco di fondo che, nonostante ormai i tanti anni di pratica, continuiamo a “trascinarci”.

È stato dato per scontato – senza che sul punto fosse effettuata una analisi giuridica approfondita – che le “Dichiarazioni e Garanzie” del nostro ordinamento, fossero la stessa e identica cosa (con identici effetti) delle “*Representations and Warranties*” degli Stati Uniti.

* L' Autore esercita l'attività di avvocato, sia in Milano che in Roma, occupandosi prevalentemente di corporate/M&A, contrattualistica (anche internazionale), diritto fallimentare e contenzioso. Indirizzo e-mail: gregorio.salatino@gmail.com



Come se bastasse operare una traduzione letterale di un istituto appartenente a un determinato ordinamento, e all'esito di questa traduzione letterale, quell'istituto potesse senza problemi essere "utilizzato", con gli stessi effetti, in un altro ordinamento. È stato dato, quasi per scontato, che attraverso la traduzione letterale, si potesse ottenere anche la "traduzione giuridica" di quell'istituto.

Benché la cosa fosse abbastanza improbabile (il Prof. De Nova aveva dato un chiaro monito: si tratta di contratto "alieno", le cui clausole possono talvolta "stridere" con principi inderogabili del nostro ordinamento), questo è quanto è successo.

A ben vedere, *"Representations and Warranties"* e "Dichiarazioni e Garanzie", nei rispettivi ordinamenti, hanno caratteristiche talvolta molto diverse.

Senza entrare nei tecnicismi propri dell'ordinamento statunitense, vediamo, sia pur a livello meramente descrittivo, cosa sono le *"Representations and Warranties"*, per poi confrontarle con il loro "corrispondente" italiano, cioè le "Dichiarazioni e Garanzie".

Negli Stati Uniti, la *"Representation"* *"is a statement of (past or present) fact, which is relied upon by a buyer and induces him to enter into a contract. Where a false representation has been made (misrepresentation), a contract may be voidable (rescission): the buyer was misled into making the contract, may set it aside and be put back in the position he was in before the contract, as though it had never existed"*.

La *"Warranty"*, invece, *"is an undertaking that a certain fact is or will be as it is stated or promised. It refers to an agreement to protect the buyer against loss if the fact is or becomes (in the future) untrue. The remedy for breach of a contract term is to put the wronged party into the position that he would have been, had the breached term been performed correctly. If the breach is fundamental to the contract (repudiation), the wronged party may also have the right to terminate the contract, with damages assessed at the point of termination"*.

Se analizziamo la descrizione di *"Representation"*, a noi sembra che questo istituto, quanto agli effetti, possa avvicinarsi alla nostra "presupposizione".

La sussistenza o meno di un determinata circostanza di fatto, è considerata presupposto del consenso, tanto che, in caso di falsa *"Representation"* l'acquirente potrà "tirarsi indietro" dagli impegni contrattuali, e si



troverà nella posizione in cui si sarebbe trovato ove il contratto non fosse mai stato concluso.

Senza “scomodare” la presupposizione, che è comunque istituto di rara applicazione (nella giurisprudenza si fa richiamo ad essa solo in casi eclatanti), lo stesso effetto potrebbe ottenersi attraverso l’esperienza di un’azione di annullamento per errore o per dolo.

Tuttavia, l’azione di annullamento per errore, nel contesto del trasferimento di partecipazioni sociali, ha avuto scarso successo a causa della nota dicotomia sussistente tra oggetto immediato e oggetto mediato del trasferimento; l’azione di annullamento per dolo, invece, si scontra con le difficoltà probatorie in ordine alla sussistenza dello stato soggettivo che legittima l’esercizio del rimedio.

Ove non si ricada nelle ipotesi sopra menzionate, nel nostro ordinamento, la mera “Dichiarazione”, ove risulti non veritiera, potrà al limite essere fonte di responsabilità precontrattuale (quindi, l’acquirente, salvo il risarcimento del danno, non potrebbe porre nel nulla, con efficacia retroattiva, gli effetti del contratto concluso).

In relazione a tutte le ipotesi sopra considerate, è bene chiarire che tutti gli istituti sopra richiamati, nel nostro ordinamento, hanno una “matrice” contrattuale, nel senso che al fine di valutare l’esperibilità o meno di uno dei predetti rimedi, si deve fare riferimento ai parametri di cui all’art. 1218 c.c. (*in primis*, se l’inadempimento è imputabile o meno). Questo, come vedremo, può creare degli “attriti” con alcuni principi inderogabili del nostro ordinamento.

Ad ogni modo, la mera “Dichiarazione”, quanto agli effetti, non corrisponde alla “*Representation*”, e pertanto, se nei contratti soggetti a legge italiana si scrive “Dichiarazione”, detto termine verrà, intuitivamente, interpretato alla stregua del nostro diritto.

Nella “*Warranty*”, invece, il venditore assume la responsabilità in merito alla sussistenza, attuale o futura, di una certa situazione di fatto. Ove risulti che quella situazione di fatto non è, o non sarà, effettivamente come rappresentata (o promessa) dal venditore, l’acquirente avrà diritto di essere “rimesso nella stessa condizione” in cui si sarebbe trovato nel caso in cui la situazione rappresentata/promessa fosse stata veritiera/si fosse realizzata. In questo scenario, pertanto, l’acquirente non può “eliminare gli effetti del contratto”, ma potrà richiedere l’eliminazione del danno



subito (e quindi, eventualmente, richiedere un ristoro in un ammontare tale da eliminare la passività occorsa). Negli Stati Uniti, se l'inadempimento è "*fundamental*", l'acquirente potrà persino risolvere il contratto. La "*Warranty*" sembrerebbe non discostarsi molto dal nostro concetto di garanzia. Tuttavia, l'utilizzo del termine "*breach*" – inadempimento – può rappresentare un'insidia non indifferente nel nostro ordinamento (esso, infatti, richiama i parametri dell'art. 1218 c.c.).

Sebbene pertanto tra "*Warranty*" e "Garanzia" potrebbe non riscontrarsi quella netta differenza rilevata in relazione al rapporto tra "*Representation*" e "Dichiarazione", va sempre fatta attenzione alla terminologia utilizzata, perché la categoria dell'adempimento/inadempimento è altra cosa rispetto al concetto di garanzia.

Per capire le obiezioni che abbiamo mosso all'utilizzo delle espressioni "Dichiarazioni e Garanzie", è opportuno considerare quella che è la funzione che viene attribuita nella nostra prassi contrattuale al "patto di garanzia" (è così che preferiamo chiamare quello che, a nostro avviso impropriamente, viene chiamato "Dichiarazioni e Garanzie").

Il "patto di garanzia" svolge una funzione di allocazione del rischio; le parti contrattuali, cioè, nella loro libertà negoziale, possono stabilire che se dovesse insorgere una passività incidente sul patrimonio della *target*, non sarà quest'ultima a doverne rispondere, ma l'ex socio/venditore. Questi pertanto dovrà versare – alla *target* o all'acquirente, a seconda delle pattuizioni contrattuali – una somma di denaro di un importo tale da "eliminare" la perdita occorsa (*i.e.* riportare il patrimonio della *target* nella consistenza in cui sarebbe stato, ove la passività non si fosse verificata).

E' bene rammentare che al fine di strutturare un "patto di garanzia" che possa svolgere al meglio la predetta funzione, è opportuno che dallo stesso siano "espunti" tutti quegli elementi che, in sede interpretativa, possano spingere a qualificare la responsabilità assunta dal venditore nei termini di responsabilità *ex art.* 1218 c.c.: il "patto di garanzia", essendo infatti un patto di allocazione del rischio, deve avere una funzione "assicurativa", deve essere un patto di "garanzia pura". Così, ad esempio, la somma che dovrà versare il venditore, all'esito dell'insorgere di una passività, dovrà qualificarsi quale indennizzo in senso tecnico, tale cioè da ristorare il solo danno emergente, e non anche il lucro cessante (il risarcimento che deriva da responsabilità contrattuale, invece, "copre" sia il danno emergente che il lucro cessante).



Dalla descrizione della funzione del “patto di garanzia” nel nostro ordinamento (e, soprattutto dei tecnicismi giuridici ad esso sottesi e qui solamente accennati – *i.e.* la natura di “garanzia pura” che lo stesso debba rivestire), può evincersi la differenza con le “*Representations and Warranties*”.

Il “nostro” patto di garanzia offre all’acquirente il solo rimedio indennitario (soprattutto in quei casi in cui la clausola indennitaria è strutturata espressamente quale clausola “*exclusive remedy*”), e non la possibilità, ad esempio di risolvere il contratto (come ad esempio la “*Representation*”, nel caso di falsa rappresentazione, o come nella “*Warranty*”, ove l’“inadempimento” sia “*fundamental*”).

E non sarà operando la traduzione letterale dell’istituto statunitense, che si consentirà all’ acquirente di esercitare questi ulteriori rimedi.

Infatti, ove nel contratto sia riprodotta la formula “il venditore dichiara e garantisce ...” la “Dichiarazione” e la “Garanzia” saranno interpretati alla stregua dei nostri principi giuridici, primo fra tutti, il principio della netta dicotomia tra l’oggetto immediato e l’oggetto mediato del contratto, in virtù del quale i rimedi “di legge” possono essere esercitati esclusivamente in relazione all’oggetto immediato del contratto (*i.e.* la vendita della partecipazione) e non anche in relazione all’oggetto mediato (*i.e.* il patrimonio della *target*).

Ma a parte la concreta “indisponibilità” di detti rimedi, il rischio che si corre ad usare quelle espressioni, è ancora più grave. Non esiste infatti, *a priori*, una qualificazione giuridica del “patto di garanzia”: il giudice dovrà di volta in volta qualificarlo secondo le pattuizioni che concretamente vengono inserite in esso dalle parti.

Se si scrive “Dichiarazione”, vengono in mente le “dichiarazioni” che possono dar luogo a responsabilità precontrattuale (semmai, potrebbero essere interpretate quale indice rilevante ai fini dell’operatività della “pre-supposizione” le statuizioni riportate non nelle “Dichiarazioni e Garanzie” ma nelle premesse del contratto). In ogni caso, la responsabilità del venditore andrebbe verificata facendo riferimento alla categoria dell’imputabilità, siamo pertanto in piena operatività dei concetti che caratterizzano la responsabilità *ex art. 1218 c.c.*.

Se si scrive semplicemente “Garanzia” (e in aggiunta si dovesse anche utilizzare il termine “inadempimento” – come negli Stati Uniti, dove se l’inadempimento è “*fundamental*” il contratto può essere “risolto”), il



rischio è che il giudice interpreti la parola “Garanzia”, facendo riferimento alle garanzie che il venditore fornisce nella vendita di cose (artt. 1470 e ss.), che a prescindere dal nome, non sono vere e proprie garanzie in senso tecnico, ma piuttosto obblighi accessori di natura contrattuale. Si ricade, insomma, nuovamente, nella responsabilità ex art. 1218 c.c.

Il rischio, quindi, è che ad utilizzare quelle espressioni, “Dichiarazioni e Garanzie”, il “patto di garanzia” possa perdere, in via interpretativa, la sua funzione di allocazione del rischio, che è tipica, non delle obbligazioni ex art. 1218 c.c., ma delle ipotesi di “garanzia pura”.

E, a quel punto, si va “ad incappare” nei principi fondamentali che governano il nostro ordinamento, primo fra tutti il principio dell’inadempimento ex art. 1218 c.c., che per essere tale deve essere “imputabile”; condizione questa che, nel contesto del trasferimento di partecipazioni sociali, non può caratterizzare il socio/venditore, atteso che la responsabilità sul patrimonio sociale non è su questi, ma – per principi inderogabili del nostro ordinamento – sull’amministratore della *target*.

In verità, come fatto notare dal Prof. Tina, nel nostro ordinamento avrebbe addirittura poco senso persino andare a ricercare una differenza tra “Dichiarazioni” e “Garanzie”, queste locuzioni dovrebbero considerarsi una “endiadi”.

Riteniamo di condividere questa posizione: le “Dichiarazioni e Garanzie”, di fatto, vengono utilizzate nei contratti in senso “quasi atecnico”. È un utilizzo “improprio”, la verità è che nel nostro ordinamento, non esistono (o meglio non dovrebbero esistere) le “Dichiarazioni e Garanzie”, ma solo il “patto di garanzia”, che a prescindere dalla denominazione che gli si voglia dare, deve essere redatto in modo da potergli attribuire, a livello interpretativo, una valenza assicurativa (quale prototipo di “garanzia pura”), e pertanto, *in primis*, renderlo “asettico” dalla categoria della responsabilità ex art. 1218 c.c.

In caso contrario, il rischio è che dette pattuizioni possano scontrarsi con principi inderogabili del nostro ordinamento.