

ACCERTAMENTO

Contratto preliminare di cessione d'azienda

di Sandro Cerato

Nella prassi operativa, il **trasferimento di un'azienda** o di un ramo di essa è normalmente preceduto dalla stipula di un **contratto preliminare con effetti obbligatori** tra le parti che si impegnano reciprocamente a concludere il contratto definitivo a seguito del quale si produrranno gli effetti reali connessi al passaggio dell'azienda. Ai sensi dell'art. 1351 c.c., il contratto preliminare deve essere concluso nella medesima forma che la legge prescrive per il contratto definitivo, pena la nullità dello stesso. Poiché il contratto di cessione d'azienda deve essere concluso in forma scritta, sia pure *ad probationem*, anche il **contratto preliminare** deve assumere la **forma scritta**, anche mediante semplice scrittura privata non autenticata. Nel contratto preliminare, viene sovente previsto il rilascio di una caparra, avente funzione di garanzia per la futura stipula del contratto definitivo, che può assumere diverse forme e denominazioni, non sempre conosciute in maniera compiuta dalle parti e da chi redige il contratto preliminare. E' interessante fornire un quadro schematico delle **differenti tipologie di caparra** previste dal Codice Civile, evidenziando per ognuna le caratteristiche e le conseguenze che ne derivano in caso di mancato adempimento del contratto. In linea generale, è possibile operare la seguente distinzione:

- **clausola penale**, consistente nella promessa di dare qualcosa;
- **caparra**, consistente nella consegna immediata di qualcosa.

L'art. 1382 c.c., nel disciplinare la clausola penale, precisa che con tale clausola si conviene che in caso di inadempimento, o di ritardo nell'adempimento, da parte di uno dei contraenti, quest'ultimo è tenuto ad una determinata prestazione a **titolo risarcitorio**, con l'effetto di limitare il danno a tale prestazione, a prescindere dall'entità del danno provocato, salvo diverso accordo tra le parti. La clausola penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno. La **clausola penale** può essere definita come un patto accessorio del contratto con funzione sia di coercizione all'adempimento, sia come predeterminazione della misura del risarcimento del danno in caso di inadempimento. Essa trova applicazione in entrambe le seguenti ipotesi:

- **richiesta di risoluzione del contratto** per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 del Codice Civile;
- **richiesta di esecuzione** coatta del contratto.

Come già anticipato, è importante evidenziare che la **clausola penale**, configurando una

liquidazione preventiva e onnicomprensiva del danno da inadempimento, che non necessita di prova di sussistenza del danno e dell'ammontare dello stesso, può essere derogata dalle parti, tramite la sottoscrizione di un patto che preveda la risarcibilità di un ulteriore danno non compreso nella clausola penale. Per quanto riguarda invece la caparra, il Codice Civile distingue le seguenti due tipologie:

- **caparra confirmatoria** (art. 1385 Codice Civile), con la quale un contraente consegna all'altro una somma di denaro al fine di rafforzare il proprio impegno; in caso di adempimento, essa verrà restituita o imputata in conto prezzo, mentre, nell'ipotesi di inadempimento, la controparte avrà le seguenti possibilità:
 1. recedere dal contratto e trattenere la caparra;
 2. domandare l'esecuzione del contratto o la risoluzione dello stesso, salvo il risarcimento del maggior danno.
- **caparra penitenziale** (art. 1386 Codice Civile): svolge una funzione di corrispettivo per il diritto di recesso di una delle parti; in tal caso, un contraente consegna all'altro una somma di denaro che quest'ultimo potrà trattenere nel caso in cui il primo contraente decidesse di non onorare l'impegno assunto.

Come si desume dalle definizioni sopra descritte, nella **caparra penitenziale** non vi è possibilità di chiedere il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno cagionato dal mancato adempimento, facoltà invece esercitabile nell'ipotesi di **caparra confirmatoria**.

La caparra confirmatoria e la caparra penitenziale si distinguono tra loro in quanto:

- la confirmatoria costituisce una sorta di **liquidazione convenzionale del danno** pattuita antecedentemente alla conclusione del contratto, fermo restando la possibilità per la parte non inadempiente di chiedere l'esecuzione del contratto o la risoluzione dello stesso, oltre al risarcimento dei danni secondo i principi generali;
- la penitenziale costituisce il **corrispettivo del diritto di recesso**, contrattualmente stabilito, che le parti si sono riservate, con conseguente possibilità di scioglimento del contratto con una semplice dichiarazione unilaterale e perdita della relativa caparra o restituzione del doppio di quella ricevuta, senza che l'altra parte possa pretendere altro.

Nella prassi professionale, pertanto, assume rilevante importanza precisare nel contratto preliminare la **tipologia della caparra eventualmente corrisposta** da uno dei contraenti, proprio al fine di non creare ulteriori dissidi tra le parti nell'ipotesi della mancata stipula del contratto definitivo di cessione d'azienda.

