

Il contratto di escrow: natura e finalità

a cura di Giuseppe Demauro

Spesso la conclusione degli accordi commerciali è subordinata alla reciproca fiducia che le parti interessate ripongono nella corretta esecuzione delle prestazioni previste in contratto.

I rischi che scaturiscono a seguito della conclusione di un contratto possono essere molteplici e riconducibili in ambito nazionale al rischio insolvenza, rischio di sospensione o di revoca della commessa, al rischio di escussione arbitraria delle garanzie, al rischio di variazione dei costi di produzione, al rischio tasso.

In ambito internazionale si aggiungono altre tipologie di rischio (rischio politico, rischio valutario, rischio di cambio) che indubbiamente rendono l'intera operazione commerciale incerta nelle prestazioni delle parti coinvolte.

Con lo scopo quindi di fornire maggiore certezza all'esecuzione delle prestazioni in ambito commerciale, è possibile ricorrere al c.d. "escrow agreement o contratto di escrow", figura contrattuale atipica, derivata dall'esperienza dei paesi anglosassoni, in virtù del quale un terzo (spesso una banca) detiene determinati beni (documenti, somme di denaro, partecipazioni societarie, beni mobili o immobili) affidatigli da un soggetto (persona fisica o giuridica) con l'intesa che a sua volta li consegni ad una controparte, subordinatamente all'avvenuto adempimento di una data obbligazione da parte di quest'ultima o al verificarsi di determinate condizioni.



L'utilizzo dei contratti di escrow è abbastanza frequente in ambito commerciale: a titolo d'esempio, in caso di compravendita, acquirente e venditore ricorrono all'escrow per assicurare eventuali pretese risultanti dalle garanzie contrattuali o per assicurare il corretto adempimento di un'operazione in cui il pagamento del prezzo e la consegna di determinati documenti non siano contestuali.

Da una prima definizione del contratto di escrow emerge la sua finalità di garanzia oltre che la sua natura accessoria.

Infatti con riferimento al primo aspetto, il contratto di escrow ha lo scopo di rassicurare e garantire le parti coinvolte nel contratto principale affinché un bene sia detenuto da un soggetto terzo (c.d. escrow agent) ed indipendente il quale si impegna a custodire tale bene secondo le regole stabilite dalle parti del rapporto principale e a consegnare lo stesso bene al soggetto legittimato solo all'avverarsi di una o più condizioni espressamente previste sempre dalle parti.

L'escrow agent opera nell'interesse di entrambe le parti (depositante e beneficiario) assumendo l'impegno di garantire irrevocabilmente il buon esito di una transazione nel pieno e letterale rispetto dell'incarico di escrow.

Quando al secondo aspetto (natura accessoria) si evidenzia che l'esistenza del contratto di escrow presuppone a sua volta la presenza di un altro e precedente rapporto contrattuale principale (esempio, un contratto di vendita o una procedura arbitrale internazionale volta ad accertare la proprietà dei beni oggetto di escrow) a garanzia del quale si fa ricorso al contratto di escrow.

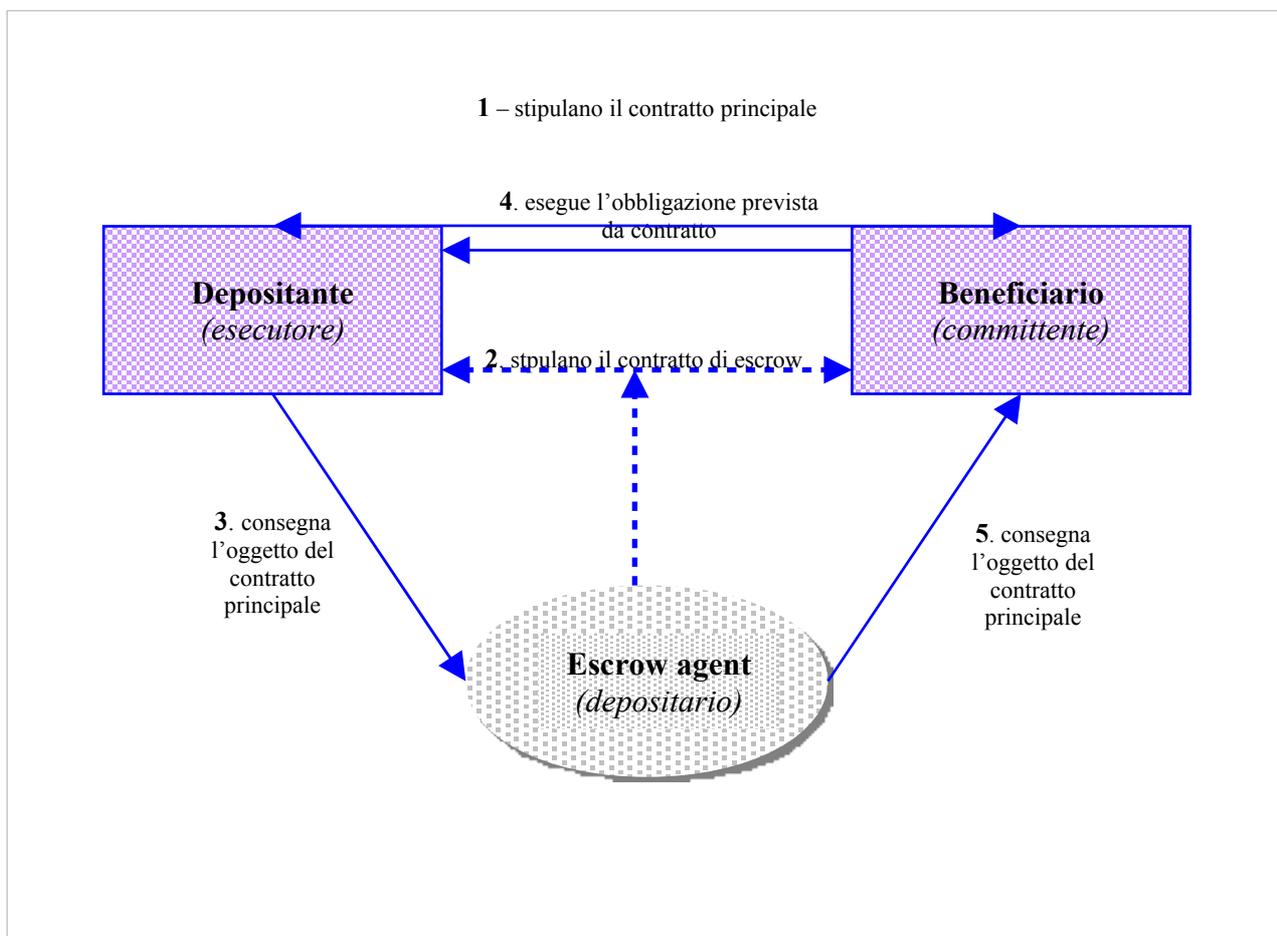
I soggetti

I soggetti coinvolti nel contratto di escrow sono:

- il depositante, ossia colui che deposita a titolo di garanzia il bene oggetto del contratto di escrow;
- il beneficiario, ossia colui al quale a seguito della controprestazione prevista dal contratto principale andrà consegnato il bene oggetto del contratto di escrow;
- il depositario o escrow agent, ossia il soggetto terzo ed indipendente rispetto alle altre parti del contratto principale che custodisce i beni ricevuti dal depositante per la successiva consegna al beneficiario in caso di rispetto delle condizioni stabilite dalle parti sulle modalità di esecuzione delle rispettive prestazioni contrattuali. Egli ha l'obbligo di eseguire le istruzioni impartite dalle parti del rapporto principale dettagliatamente elencate nel contratto di escrow.

Appare evidente come nonostante il contratto di escrow possa trovare applicazione per qualunque fattispecie contrattuale che prevede reciproche prestazioni, la sua applicazione appare opportuna ed economicamente conveniente in presenza di sostanziosi importi da garantire.

Infatti soprattutto in ambito internazionale, lì dove appare necessario ricorrere a sistemi di garanzia sull'esecuzione delle obbligazioni per i motivi sopra esposti (vedi anche Giuseppe Demauro: *Le attività di import-export: i finanziamenti alle imprese e le tecniche internazionali di pagamento*) le parti potrebbero ricorrere a tale forma contrattuale in alternativa alle tradizionali forme di garanzia come le fidejussioni bancarie o l'apertura di lettere di credito.



Le finalità ed i vantaggi

Il contratto di escrow, che trova pratica applicazione in ambito internazionale, ad oggi viene frequentemente utilizzato nell'ambito dei contratti di compravendita internazionale, nei contratti di locazione a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni del locatario, nelle operazioni di acquisto di rami di azienda come deposito a garanzia per il pagamento dei debiti e più in generale delle passività acquisite, per la custodia penale nell'ambito dei contratti di durata.

Nonostante la sua frequente applicazione in ambito internazionale, si ritiene che il contratto di escrow possa essere utilizzato anche in ambito nazionale¹.

Infatti posto che il nostro ordinamento giuridico salvaguardia il principio dell'autonomia negoziale delle parti (art. 1322 c.c.), *“le stesse possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”*.

Tuttavia a tale disposto si aggiunge anche il fatto che il nostro ordinamento contempla degli istituti che pur non potendo trovare pratica applicazione in ambito internazionale, di fatto producono conseguenze simili a quelle del contratto di escrow quali il negozio fiduciario, il contratto di deposito e il contratto di mandato irrevocabile.

Di fatto il contratto di escrow trova pratica applicazione, in ambito domestico, nei rapporti tra banche e società capogruppo che intendono assistere da un punto di vista finanziario le proprie società controllate; in questo modo vengono, con un unico accordo,

¹ Pescatore, Angione “Il contratto di escrow: struttura fondamentale e principali utilizzi”, Bollettino dell'Internazionalizzazione, novembre 2005

sostituiti gli effetti della lettera di patronage e del pegno su partecipazione di società spesso invece utilizzati.

Soprattutto con riferimento al pegno su partecipazioni occorre effettuare alcune utili riflessioni in termini di opportunità fiscale.

Infatti l'operazione di pegno su partecipazioni secondo quanto disposto dall'art. 43 comma 1 lettera f del D.P.R. del 26 aprile 1986 n. 131 è assoggettata all'imposta di registro nella misura dello 0,50% secondo quanto disposto dall'art. 6 comma 1 della Tariffa allegata. (il testo normativo espressamente recita: *“la base imponibile, salvo quanto disposto negli articoli seguenti, è costituita: ... omissis ... f) per gli atti con i quali viene prestata garanzia reale o personale, dalla somma garantita; se la garanzia è prestata in denaro o in titoli, dalla somma di denaro o dal valore dei titoli, se inferiore alla somma garantita”*).

Appare evidente come rispetto al contratto di escrow (per il quale la norma non prevede alcuna registrazione se non quella prevista dall'art. 8 del citato decreto e cioè la registrazione volontaria) il pegno su partecipazione risulta già più oneroso.

A tutto ciò si aggiungono, sempre per il pegno su partecipazioni, le conseguenze derivanti dall'applicazione dell'art 51 e 52 del D.P.R. 131/1986 per il quale la determinazione del valore dei titoli non risulta immediata nonchè oggetto di frequenti “discussioni” con gli Uffici accertatori.

Infatti l'art. 51, che fornisce indicazioni sulla determinazione del valore dei beni e dei diritti, al comma 2 con riferimento ai diritti reali su aziende intende per valore, *“il valore venale in comune commercio”*; la difficoltà di determinazione di tale valore riguarda soprattutto le partecipazioni i cui titoli non sono quotati nei mercati regolamentati per la cui determinazione spesso interviene a posteriori l'Ufficio con l'obiettivo di rettificare il valore nonostante l'art. 52 comma 1 del D.P.R. 131/1986 prevede che *“l'Ufficio, se ritiene che i*

beni o i diritti di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 51 – quindi non comma 2 – hanno un valore venale superiore al valore dichiarato o al corrispettivo pattuito, provvede con lo stesso atto alla rettifica ed alla liquidazione della maggiore imposta, con gli interessi e le sanzioni”.

Ciononostante capita che l'Ufficio intervenga con scopi rettificativi e in tal senso occorre rilevare che nel caso di specie, l'ufficio può procedere ad una autonoma valutazione del valore venale dei titoli solo se le parti non hanno detto nulla al riguardo (art. 53 D.P.R. 131/1986), altrimenti non è dato all'Ufficio il potere di sindacare il valore venale dichiarato ai fini dell'imposta di registro.

Quali quindi i vantaggi in termini pratici nella stipula di un contratto di escrow ?

In primo luogo, le somme e/o i beni confluiti nell'escrow sono vincolati strettamente alla esecuzione di determinati obblighi contrattuali e pertanto sottratti alla libera disponibilità delle parti, destinati ad un preciso scopo e non esposti all'azione diretta di terzi creditori; nello stesso tempo tali somme e/o beni divengono opponibili ai creditori anche in caso di fallimento del depositante.

Inoltre, rispetto ad altri istituti giuridici che possono essere considerati succedanei, l'escrow, oltre ai vantaggi tipici derivanti dall'intervento di un terzo soggetto indipendente e garante, presenta maggiori garanzie per le parti.

Infatti non trascurabile è il fatto che la costituzione di un escrow account può fungere da garanzia anche per l'esportatore primario e le banche assicuratrici ed è positivamente considerata anche dalle società di assicurazione del credito all'esportazione ai fini del rilascio di eventuali coperture assicurative.

Nel nostro ordinamento esistono infatti fattispecie simili all'escrow come il contratto a favore di terzi e la norma che disciplina l'interesse di un terzo nel deposito; entrambi i

citati istituti giuridici però non forniscono le stesse garanzie dell'account escrow. Infatti solo con il contratto di escrow, le somme e/o i beni depositati sono garantiti da eventuali aggressioni di terzi (impegno scritto a garanzia depositato presso il terzo).

Al contrario in base alla normativa italiana il terzo depositario, al momento del deposito, diverrebbe proprietario dei beni o delle somme depositate con la possibilità per i creditori dello terzo di agire su di essi.

Con il contratto di escrow le parti risultano completamente tutelate, in quanto i beni o la somma di denaro sono nella disponibilità del terzo depositario che deve gestirli attenendosi strettamente alle direttive indicate nel contratto dalle parti.

L'escrow agent, quindi, al verificarsi delle condizioni previste dal contratto consegnerà al beneficiario legittimato le somme e/o i beni detenuti.

15 gennaio 2010

Demauro Giuseppe