

Il contratto di escrow (escrow Agreement)

Posted by Lara Garlassi on 4 August 2015 at 12:00 AM

Un negozio sconosciuto nel diritto italiano benché utile e versatile

1) Struttura e finalità dell'escrow Agreement

Una figura negoziale certamente atipica per il diritto italiano ma molto diffusa nei paesi di common law ed ampiamente utilizzato in Inghilterra e negli Stati Uniti, è il contratto di escrow (escrow Agreement).

Si tratta di un "deposito in garanzia" con cui le parti di un contratto affidano in deposito uno o più beni di svariata natura (beni mobili o immobili, denaro, azioni, documenti, etc.) ad un soggetto terzo, autonomo ed indipendente rispetto alle parti stesse, sino all'avveramento della condizione stabilita (ad esempio: sino alla esatta esecuzione della prestazione dovuta da una delle parti o sino alla decisione che definisce una controversia sorta tra le parti...).

L'escrow ha quindi la funzione di garantire i contraenti, tramite la prestazione accessoria di un soggetto terzo (il depositario) il quale si obbliga a custodire il bene affidatogli e a trasferirlo a colui che risulterà averne diritto.

Pensiamo ad esempio ad una compravendita immobiliare, in cui la somma convenuta a saldo del prezzo viene dall'acquirente affidata in deposito ad un terzo, sino all'esatto e puntuale adempimento degli obblighi gravanti sul costruttore dell'immobile. Un tale deposito è in grado di garantire sia l'acquirente, che vedrà versato il prezzo al costruttore solo quando avrà a disposizione l'immobile acquistato, sia il costruttore, che ha la certezza di ricevere la somma pattuita una volta terminata a regola d'arte la costruzione. In caso di inadempimento la somma potrà essere restituita al depositante.

Altra utile applicazione è quella in cui sorga una contestazione tra le parti sul diritto spettante su un certo bene: tale bene potrà essere affidato in custodia ad un terzo sino a quando un arbitro o un giudice avrà deciso chi è l'effettivo titolare del diritto, e a quest'ultimo il bene sarà alla fine consegnato.

Ulteriori tipiche, ma non esaustive, fattispecie di utilizzazione dell'escrow sono i contratti di locazione, anche finanziaria, i contratti di vendita internazionali, la custodia di somme pattuite a titolo di penale, le acquisizioni societarie o le gare d'appalto internazionali. In tali casi l'escrow può efficacemente garantire il pagamento dei canoni, la corresponsione del prezzo di vendita, la custodia della penale o il pagamento delle passività della società acquisita.

L'escrow è in ogni caso una figura negoziale duttile, che si presta alle più svariate applicazioni potendo essere disciplinata in base alle esigenze di ogni specifico caso.

Sotto il profilo giuridico può essere qualificato come un atipico negozio trilaterale, accessorio, collegato ad un contratto principale sottostante benché autonomo ed indipendente, rispetto al quale svolge una funzione di garanzia.

Innanzitutto negozio atipico nel diritto italiano, che non lo disciplina; il che non toglie ovviamente la possibilità di utilizzarlo anche nel nostro ordinamento, mutuandone principi e applicazioni, in ossequio al principio dell'autonomia negoziale delle parti sancito dall'art. 1322 del codice civile. Come noto, tale norma attribuisce ai contraenti la libertà di determinare il contenuto del contratto e anche di stipulare contratti non previsti e disciplinati dall'ordinamento, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo la legge.

E' inoltre un contratto trilaterale, poiché tre sono le parti coinvolte:

- il depositante, ossia colui che affida in deposito il bene al terzo a scopo di garanzia;
- il depositario (escrow agent o escrow holder) ossia il soggetto terzo ed imparziale al quale il bene viene affidato in custodia.
- il beneficiario, ossia il soggetto al quale sarà consegnato il bene all'avverarsi della condizione stabilita nel contratto di escrow.

Il contratto di escrow è autonomo benché accessorio al contratto principale, rispetto al quale svolge una funzione di garanzia. L'escrow Agreement è quindi funzionalmente collegato al negozio principale sottostante, pur potendo essere stipulato in una separata scrittura, quando non contenuto nel corpo dello stesso contratto che deve garantire.

2) Compiti e responsabilità del depositario

Il compito del depositario è di custodire e amministrare il bene affidatogli a titolo di garanzia, in attesa di consegnarlo al beneficiario oppure di restituirlo al depositante, all'avveramento di una determinata condizione prestabilita.

Chiunque esso sia (una società, un professionista, una banca...) il depositario resta imparziale ed indipendente rispetto alle parti ed al contratto sottostante che le lega; conseguentemente non può vantare alcun diritto sul bene che ha in custodia, trattandosi di un bene afferente al contratto principale.

Sussiste, com'è ovvio, un rapporto di fiducia che lega il depositario alle parti; non a caso l'escrow può essere giuridicamente inquadrato nella più ampia fattispecie di quel tipico negozio fiduciario che è il trust.

Il depositario deve eseguire scrupolosamente ("alla lettera") e diligentemente le istruzioni stabilite nel contratto di escrow e sarà responsabile verso i contraenti in caso di violazione degli obblighi posti a suo carico. Dovrà altresì riferire alle parti ogni informazione relativa al bene che ha in custodia e rendere periodicamente il conto della gestione.

Si è già detto che, in genere, il depositario è il fiduciario di entrambe le parti del rapporto principale, benché rispetto ad esse debba restare terzo ed imparziale, per cui il suo mandato potrà, di regola, essere revocato solo dalle parti congiuntamente.

Tuttavia, facendo riferimento al diritto degli Stati Uniti, dove l'escrow è figura negoziale tipica, è possibile distinguere tra due distinte figure di depositario: l'escrow holder e l'escrow agent.

L'escrow holder è il fiduciario referente di entrambe le parti del rapporto sostanziale e di regola custodisce beni che gli sono consegnati da entrambe le parti, in attesa di rilasciarli al verificarsi della condizione prestabilita. Riceve istruzioni da entrambi i contraenti, i quali, solo congiuntamente tra loro, possono modificarne i poteri e revocargli l'incarico.

L'escrow agent, pur essendo legato da un rapporto fiduciario ad entrambe le parti negoziali, è soggetto al controllo di un solo contraente, che gli impartisce direttive ed istruzioni. Il depositario "agent" è quindi l'agente di una sola parte e deve agire secondo gli ordini che riceve da questa.

Proprio in virtù del carattere fiduciario dell'escrow Agreement, in caso di inadempimento degli obblighi stabiliti a suo carico o di malafede, l'escrow agent, così come l'escrow holder, risponderà del suo operato nei confronti sia del depositante che del beneficiario.

Nell'ambito dell'escrow Agreement è frequente l'utilizzo dell'escrow account, ossia l'apertura di un conto di deposito fiduciario, presso una banca di fiducia delle parti e gestito dal depositario, sul quale confluiscono i fondi depositati in garanzia. Il depositario amministra il conto secondo le direttive impartite dai contraenti e, al verificarsi della condizione stabilita, rilascerà i fondi a favore dell'avente diritto.

3) Il contenuto del contratto di escrow

Il modello negoziale di escrow è estremamente versatile, ben potendo adattarsi alle specifiche esigenze di regolamentazione dei contraenti. Ci sono tuttavia alcune clausole tipiche dell'escrow Agreement, senza le quali si rischierebbe di creare incertezza.

Normalmente l'escrow Agreement contiene, oltre alle generalità di tutte le parti e la descrizione del rapporto a garanzia del quale viene stipulato, la data di entrata in vigore del contratto (escrow date) e il termine di durata (execution date). E' importante la dettagliata specificazione delle istruzioni alle quali il depositario dovrà attenersi nella gestione del bene in garanzia, i suoi obblighi, poteri e responsabilità.

Se è affidata in garanzia una somma di denaro sarà bene specificare se e come essa potrà essere investita e l'imputazione degli eventuali interessi. E' opportuno fornire la descrizione del bene affidato in deposito e, se si tratta di un immobile, sarà utile una perizia che ne stabilisca preventivamente il valore. Il contratto dovrà indicare la condizione al verificarsi della quale il bene potrà essere consegnato al beneficiario o restituito al depositante. In genere nel contratto è determinato il compenso per il depositario e le modalità di pagamento.

Potrà esservi specificata, in caso di contratti internazionali, la lingua adottata per le comunicazioni tra le parti, la normativa applicabile al rapporto e l'autorità competente a dirimere eventuali controversie. Pur essendo una figura sconosciuta nell'ambito del diritto italiano, l'escrow si presta ad essere utilizzato anche nel nostro ordinamento, potendo efficacemente garantire la tutela dei contraenti.

Lara Garlassi

Avvocato in Reggio Emilia

lgarlassi@sabrinamalaguti.com

