L'ESCROW AGREEMENT
QUALE STRUMENTO DI COMPRAVENDITA UTILIZZATO ANCHE IN ATTIVITÀ ILLECITE

Ogni accordo commerciale si fonda sulla reciproca fiducia che le parti interessate ripongono nella corretta esecuzione delle prestazioni previste in contratto.
Tuttavia, una serie di rischi (come l'insolvenza, la sospensione o la revoca della commessa, le variazioni valutarie) rendono un'operazione commerciale incerta nella conclusione.
Nella prassi internazionale, fra gli strumenti volti ad accrescere le garanzie che una qualunque operazione si concluda senza problemi, rientra il contratto di "escrow agreement", un particolare accordo di derivazione anglosassone che viene stipulato per accompagnare l'esecuzione delle obbligazioni derivanti da contratti e che va, però, inquadrato giuridicamente in quegli ordinamenti giuridici che si fondano sul sistema di civil law (come quello italiano, ove è in via di diffusione).

di Andrea GIRELLA è Ufficiale Superiore del Corpo della Guardia di Finanza. Autore di pubblicazioni e articoli nella materia di pubblica sicurezza, esperto di sicurezza economico-finanziaria. Attualmente è in forza al Centro Informatico Amministrativo Nazionale della Guardia di Finanza.

1. Inquadramento

Ogni accordo commerciale si fonda sulla reciproca **fiducia** che le parti interessate ripongono nella corretta esecuzione delle prestazioni previste in contratto.
Una fiducia il cui livello oscilla in relazione ai **rischi** che affiancano la conclusione di un contratto quali l'insolvenza, la sospensione o la revoca della commessa, l'escussione arbitraria delle garanzie, la variazione dei costi di produzione, il tasso e a cui si aggiungono altre tipologie in ambito internazionale (di rischio politico, valutario) che rendono un'operazione commerciale incerta nella conclusione.
Quando poi le parti negoziali appartengono a ordinamenti giuridici differenti diventa ancora più importante nelle transazioni commerciali garantire l'esecuzione delle rispettive obbligazioni.
In tale contesto, particolare interesse riveste il contratto di "***escrow***" (o, nella terminologia anglosassone, "*escrow agreement*"), ove le parti hanno come fine quello di garantirsi che l'operazione commerciale si concluda senza alcuna complicazione.
Tale strumento giuridico è largamente **utilizzato all'estero**, in particolare nei Paesi basati su un sistema giuridico di *common law*. In Italia, dove oggi è in via di diffusione, come anche negli altri ordinamenti giuridici che si fondano sul sistema di *civil law*, tuttavia non beneficia di una disciplina espressa.
Nella prassi operativa ci si avvale solitamente del termine inglese in quanto non esiste un'esatta traduzione in lingua italiana.

2. Inquadramento

L'*escrow agreement* è uno strumento non disciplinato dall'ordinamento giuridico italiano.
In via preliminare, possiamo evidenziare come esso consista in un **accordo** contrattuale per il quale un soggetto **deposita** un **bene** mobile (o un documento[1] scritto relativo al trasferimento della proprietà) oggetto del rapporto principale presso un depositario (chiamato *holder*), che si impegna a **consegnarlo ad un altro soggetto** (beneficiario, diverso dal depositante), al verificarsi di un determinato evento ovvero dopo l'adempimento di una certa prestazione. Se l'evento non si realizza, deve essere restituito al depositante.

2.1 Le origini – Il negozio giuridico in commento trova la sua origine nell'antica prassi del diritto commerciale anglosassone[2] di richiedere ad un terzo soggetto indipendente di trattenere in custodia un bene, fino al verificarsi di specifiche condizioni.
Una volta realizzatesi queste ultime, il bene veniva consegnato ad una persona pre-individuata: in tal caso si diceva che il bene era tenuto in *escrow*, cioè in garanzia.

2.2 Finalità – L'*escrow* è ritenuto un **impegno contrattuale** che ha lo **scopo** di **garantire l'adempimento di obbligazioni già contratte**.
L'assolvere finalità di garanzia ne delinea la **natura accessoria**, presupponendo un sottostante rapporto principale, e per il cui perfezionamento viene **vincolato** (appunto in garanzia mediante il contratto di *escrow*) un bene o una somma di denaro che verrà poi svincolato al verificarsi di un certo evento pre-individuato nel contratto.
Ne consegue che il documento che lo formalizza non sostituisce il contratto originariamente stipulato tra le parti, rimanendo l'accordo allo stesso tempo sia separato dal contratto principale, sia inserito al suo interno.

2.3 Qualificazione giuridica – Dal punto di vista giuridico, con "*escrow*" s'intende in generale un "deposito in garanzia". Il suo impiego anche nei rapporti con operatori italiani richiede la sua qualificazione giuridica in base al nostro ordinamento dove non è stato ancora espressamente tipizzato nel codice civile (per questo viene anche ricompreso fra gli *innominati*): per tali motivi viene collocato all'interno della categoria dei *contratti atipici*.
Per gli **effetti** prodotti, gli istituti giuridici del nostro ordinamento più assimilabili (ma che produrrebbero solo parzialmente gli stessi benefici) sono:

a. il **contratto di deposito**, che secondo la definizione legislativa è il contratto col quale una parte riceve dall'altra una cosa mobile con l'obbligo di custodirla e

1 Qualsiasi documento scritto può essere depositato in escrow; ad esempio, titoli di credito o atti di trasferimento, anche sigillati (un'ipoteca, una promessa di pagamento, un'obbligazione, un assegno, una licenza, un brevetto o un contratto per la vendita di una proprietà immobiliare).

2 Tuttavia, il termine "escrow" deriva dalla parola francese "escroe" (o "escroue"), che letteralmente significa "rotolo di pergamena".

di restituirla in natura (art. 1766 c.c.). La fattispecie che più si avvicina al contratto di *escrow* è quella denominata "terzo interessato nel deposito" ove se la cosa è stata depositata anche nell'interesse di un terzo, e questi ha comunicato al depositante e al depositario la sua adesione, il depositario non può liberarsi restituendo la cosa al depositante senza il consenso del terzo (art. 1773 c.c.);

b. il **contratto di mandato**, con il quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra (art. 1703 c.c.). Esso consiste nell'obbligo di trasferire la *res* al soggetto cui spetterà. Si tratta di un mandato congiunto, conferito da due diversi soggetti (venditore e compratore), e irrevocabile (se non sulla base delle istruzioni congiunte di dette parti);

c. il **negozio fiduciario**, mediante il quale un soggetto (fiduciante) conferisce ad un altro soggetto (fiduciario) la titolarità di un bene o di un altro diritto reale il cui esercizio però è limitato nell'ambito dei rapporti tra le parti da un accordo di carattere obbligatorio per uno scopo che il fiduciario si impegna a realizzare trasferendo nuovamente poi il diritto allo stesso fiduciante o ad un terzo beneficiario;

d. il **sequestro convenzionale**, disciplinato dall'art. 1798 c.c. secondo cui due o più persone affidano a un terzo una cosa rispetto alla quale sia nata tra esse controversia, perché la custodisca e la restituisca a quella a cui spetterà quando la controversia sarà definita;

e. il **contratto a favore del terzo**, di cui all'art. 1411 c.c., ove il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione, revocabile (o modificabile) finché il terzo non abbia dichiarato di volerne profittare; in tal caso, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto.

Per alcuni Autori [ZAGAMI] la figura dell'*escrow* si collocherebbe nella categoria – più ampia – dell'istituto del ***trust***, in quanto il depositario altri non sarebbe che un *trustee* con poteri limitati[3].

3. Caratteri

Per meglio comprendere l'istituto in rassegna possiamo accennare ad alcuni aspetti che lo contraddistinguono: oggetto, parti, forma.

3.1 Oggetto – L'oggetto del contratto di *escrow* può essere vario; dalla prassi più recente è possibile rilevare che è stato impiegato per il deposito di **documenti**, somme di **denaro** (compresi i **bitcoin**), **azioni**, **beni mobili**. È considerato, pertanto, un contratto reale, in quanto postula la consegna della somma o di altro bene sottraendoli alla disponibilità dei contraenti.

3.2 Parti – Anche se il contratto di *escrow* inizialmente sorge come accordo tra due parti, esso ha una configurazione necessariamente trilaterale:

- il **depositante**, cioè colui che consegna/deposita a titolo di garanzia il bene oggetto del contratto di *escrow*;
- il **beneficiario**, che si identifica nel soggetto legittimato a ricevere il bene in seguito al verificarsi delle condizioni previste dalle parti;
- il **depositario** (o *escrow agent/holder*)[4], ovvero la figura neutrale[5] ed indipenden-

3 In proposito, sarebbe qualificabile come un trust nel quale il trustee non ha normalmente poteri di investimento e le cui funzioni sono unicamente quelle di versare la somma o i titoli in un conto bancario o in un dossier titoli specificamente designato come escrow account e poi, rispettivamente, versarla o trasferirli all'uno o all'altro soggetto interessato al verificarsi di una determinata condizione.

4 Nel diritto statunitense è molto radicata e marcata la differenza tra escrow agent ed escrow holder dove il primo è assoggettato al controllo della sola parte principale del rapporto accessorio, ha l'obbligo di attenersi solamente alle direttive da questa provenienti eseguendone alla lettera le istruzioni ricevute nonché l'obbligo di tempestiva comunicazione di ogni informazione attinente il bene o i beni in garanzia solo e soltanto al soggetto che gli ha appunto conferito il mandato in esclusiva; il secondo, invece, è in generale il fiduciario di entrambe le parti di un negozio giuridico che si impegnano a scambiare una certa somma o un certo bene al verificarsi di un determinato evento.

5 Di regola, può essere rappresentato da uno o più professionisti o da banche o da società fiduciarie, le quali diventano così affi-

te[6], benché legato a entrambi le parti da un rapporto fiduciario, al quale viene affidato il compito di custodia e successivo trasferimento al legittimato della *res* oggetto del contratto di *escrow* (oppure di restituirlo allo stesso depositante in caso non si verifichino le condizioni prestabilite).
Oltre a dover agire nel rispetto dei principi di *correttezza* e *buona fede* contrattuali, su di esso gravano specifici obblighi e doveri per i quali in caso di violazione (ovvero inadempimento) sarà responsabile sia nei confronti del depositante che verso il beneficiario.

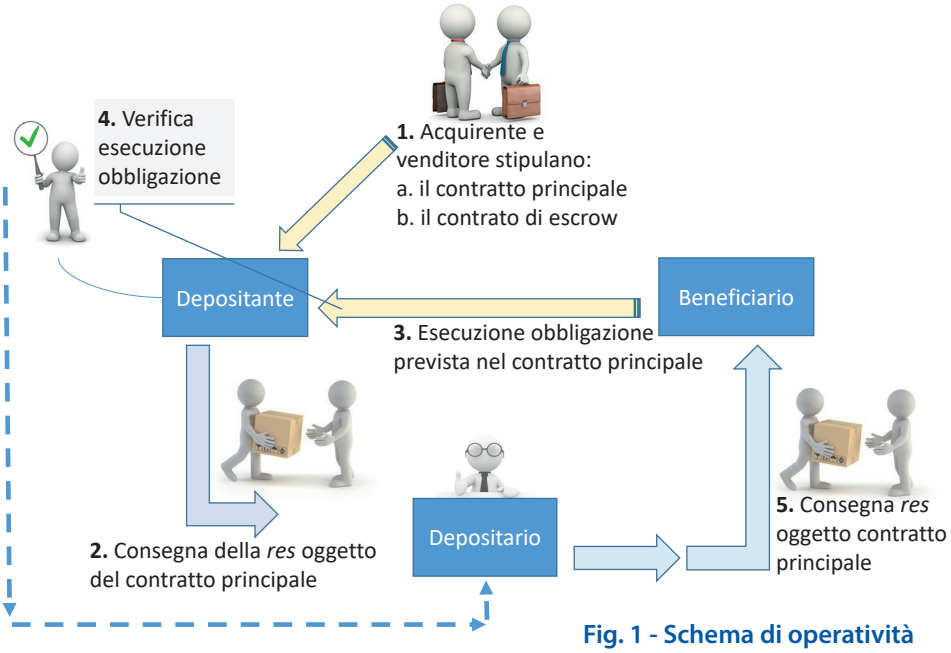

Fig. 1 - Schema di operatività dell'escrow agreement

3.3 Forma – Per una parte della dottrina [Pistilli] la forma del contratto di *escrow* deve essere obbligatoriamente scritta, e in caso di scrittura privata dovrà essere soggetta ad autentica notarile; in questo caso il notaio dovrà poi provvedere al deposito presso il Registro delle Imprese entro 30 giorni al fine di procedere alla relativa iscrizione.

Per altra [Luciani], non è richiesta in generale una forma particolare[7], restando sufficiente che l'intenzione delle parti sia nel senso di voler costituire l'*escrow*, né tantomeno è richiesto che venga utilizzato il termine *escrow* e, di contro, l'uso del termine non garantisce l'esistenza dell'istituto, se la volontà delle parti non è in quel senso.

4. Ambito di operatività

Nella prassi europea, il contratto di *escrow* è impiegato:

a) in **operazioni di import-export** attraverso l'attivazione di un *escrow account* vincolato ad un determinato fine e movimentato in funzione dell'esecuzione dei **flussi di merci** che stanno alla base dell'accordo tra le parti.
È il caso, ad esempio, in cui un'impresa italiana si trova per la prima volta ad acquistare un grande quantitativo di merce da un'azienda estera e:
   - le parti non si conoscono ancora sufficientemente bene ed entrambe vogliono tutelare la loro transazione commerciale;
   - l'acquirente italiano vede il rischio della scarsa affidabilità del venditore;
   - il venditore non conosce la solidità finanziaria dell'azienda italiana;

b) nei **rapporti finanziari tra istituti di credito e gruppi di società**, dove la capogruppo spesso utilizza tale strumento per svolgere la propria assistenza finanziaria alle società controllate.
Il mandato di *escrow* realizzerebbe, infatti, contemporaneamente gli obiettivi e le garanzie della lettera di *patronage*[8] e del

datarie dei beni nonché esclusive amministratrici dei medesimi; può, comunque, ricoprire questo ruolo qualunque soggetto in grado di stipulare contratti.

6 Il depositario rimane estraneo rispetto al rapporto principale asseverando i suoi requisiti di terzietà e indipendenza. Egli, pertanto, non può vantare alcun diritto sui beni oggetto di escrow, in quanto tali beni fanno parte del rapporto principale.

7 L'acquirente potrebbe limitarsi ad attivare uno smart contract per gestire la garanzia; distribuito su una blockchain il deposito potrebbe essere così detenuto nel conto del contratto o su un conto bancario.

8 Con la lettera di patronage una società a capo di un gruppo (che gode di ampia credi-

pegno sulle quote sociali[9];

c) nelle **operazioni di commercio** internazionale, quando si ha la necessità di ottenere garanzie circa il corretto e puntuale **adempimento delle obbligazioni** della controparte.
Ad esempio, è frequente il caso in cui un costruttore italiano di macchinari riceva da un committente straniero (magari appartenente ad un Paese in via di sviluppo) l'ordine per la costruzione di un impianto;

d) nel **trasferimento di tecnologie o know-how**, nell'ambito di operazioni tra distributore e fornitore, aventi ad oggetto prodotti o servizi tecnologicamente sofisticati.
In tale ipotesi, il primo si impegna a vendere nel mercato il prodotto ultimato dal suo fornitore a patto che quest'ultimo gli garantisca le informazioni tecniche che permettano al primo di fornire servizi di manutenzione e di garanzia al cliente.
Siccome il fornitore non divulga l'intero pacchetto di informazioni tecniche privilegiate del proprio prodotto (per salvaguardare la segretezza del *know-how*) con l'*escrow* il terzo viene incaricato di consegnare i documenti informativi al distributore al verificarsi di determinati eventi o condizioni.
Ciò vale anche nel cd. "*source code escrow*", ossia quel particolare contratto che si perfeziona mediante il deposito presso un terzo di una copia del codice sorgente di un programma prodotto da una parte (licenziante, la *software house*) e concesso in utilizzo a un'altra (licenziatario)[10];

e) in quella pratica del commercio internazionale nota come **scambio in compensazione** (o *countertrade*)[11], costituita dall'insieme delle operazioni dirette a sistemare posizioni creditorie, vantate da un gruppo di operatori commerciali di un certo paese, verso operatori di un altro (solitamente in via di sviluppo, ove vi è di solito scarsità di valuta forte, necessaria per il pagamento di importazioni indispensabili al loro sviluppo economico).

5. Utilità pratica

I principali **vantaggi** pratici nella stipula di un contratto di *escrow* sono:

- **garantire l'adempimento** di un'**obbligazione principale** sottostante, soprattutto quando una delle parti[12] non ha piena fiducia che l'altra darà esecuzione[13].
La soluzione è vantaggiosa per realizzare una favorevole conclusione in quanto la collaborazione del debitore potrebbe in diversi casi mancare.
Tuttavia, questo è possibile quando il depositario è conosciuto o ha una reputazione di affidabilità. Infatti, nel *surface*

bilità e solidità patrimoniale) invia alla banca, dalla quale una delle società del gruppo aspira ad avere o ha già ottenuto un finanziamento, una lettera nella quale dichiara di:
- possedere una partecipazione di controllo nella società da finanziare;
- verificare che questa adempia regolarmente alle proprie obbligazioni di restituzione;
- non cedere la propria partecipazione di controllo sino a quando il debito non sarà estinto.

9 Il pegno sulle partecipazioni sociali attribuisce alla banca finanziatrice un privilegio per la soddisfazione dei propri diritti e un controllo molto penetrante nella gestione della società, poiché il diritto di voto, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2352 c.c., nel caso di pegno spetta al creditore pignoratizio, salvo patto contrario.

10 Trib. Oristano, 9 marzo 2016; v. anche Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2018, n. 7364.

11 Il termine countertrade indica genericamente una varietà di attività il cui elemento comune è il collegamento tra le due parti del rapporto o tra le due aree economiche cui appartengono le varie parti coinvolte nel rapporto stesso.

12 La costituzione di un escrow account può fungere da garanzia anche per l'esportatore primario e per le banche assicuratrici ed è positivamente considerata anche dalle agenzie di assicurazione del credito all'esportazione ai fini del rilascio di eventuali coperture assicurative. Alcuni Autori [ZAGAMI] ritengono che lo strumento dell'escrow sia da preferire rispetto alle lettere di credito i cui principi di letteralità e formalismo determinano spesso l'insuccesso di una operazione commerciale.

13 La funzione di garanzia svolta dal contratto di deposito fiduciario si realizza per il fatto che il soggetto cui spetta la res può ottenerla senza il consenso del debitore, purché si siano verificate le condizioni dedotte in contratto.

web (e a maggior ragione nel *deep web*) ci si potrebbe imbattere in **falsi siti** di *escrow service* ovvero potrebbero esserci **dubbi anche sull'affidabilità** dell'*escrow agent/holder* quando questi è un perfetto sconosciuto e ben potrebbe (occultamente) coincidere con una delle due parti, con fini truffaldini. Qui, vista la difficoltà di identificare chi sia realmente il depositario, tipica del web, ci si può solo[14] affidare alle recensioni degli utenti della community;

- **ridurre il rischio di contenzioso** fra le parti, considerato che nell'ambito di una trattativa commerciale possono sorgere contestazioni sia sul fatto che una somma sia dovuta sia sull'ammontare del debito; pertanto, trasferendo in anticipo l'importo a un terzo, si facilita il successivo pagamento, una volta che si è accertato definitivamente a chi spetti la somma;
- le somme e/o i beni depositati sono **vincolati** all'esecuzione degli obblighi contrattuali e sottratti alla libera disponibilità delle parti, destinati ad un preciso scopo e non esposti all'azione diretta di terzi creditori[15]. Con la separazione tra i rispettivi patrimoni ne deriva che il creditore avrà la certezza che – in caso di inadempimento del debitore – riceverà quanto conferito in *escrow*;
- tali somme e/o beni divengono opponibili ai creditori anche in caso di fallimento del depositante,

evitando/limitando i **rischi** degli altri contratti italiani[16].

Inoltre, l'acquirente ha la:

- opportunità di **ispezionare/visionare la merce** prima che il pagamento sia erogato al venditore;
- certezza che la somma depositata non sarà movimentata sino a quando il venditore non avrà adempiuto esattamente alle prestazioni pattuite,

mentre il venditore può:

- **assicurarsi il pagamento** della fornitura quando l'opzione di una lettera di credito o degli altri strumenti tradizionali risulti troppo costosa;
- contare sulla **solvibilità finanziaria** del suo cliente, visto che il conto viene acceso presso l'*escrow agent* prima della spedizione delle merci.

Invece, l'*escrow* presenta un significativo **svantaggio** per chi conferisce il bene consistente nel fatto che la *res* viene immobilizzata per un certo periodo di tempo a garanzia della possibile pretesa del terzo e non può essere usata da chi la ha consegnato: sotto questo profilo potrebbe essere valutata come una scelta onerosa. ©

BIBLIOGRAFIA

- DEMAURO G., Il contratto di escrow: natura e finalità, in www.commercialistatelematico.com, 2010;
- FUSARO A., La clausola di escrow account, in Nuova Giur. Civ., 2015; LUCIANI A.M., Escrow, in Contratto e Impr., 2005;
- PISTILLI A., Escrow agreement, Contratti nazionali [Leggi d'Italia];
- SANGIOVANNI V., Il deposito in garanzia nelle operazioni di M&A, in La gestione straordinaria delle imprese, 2013, fasc. 6;
- ZAGAMI P., L'escrow agreement negli ordinamenti di common law e nell'ordinamento italiano, in Trust e attività fiduciarie, n. 4/2012; Id., Poteri e responsabilità dell'escrow holder nel diritto statunitense, in Trust e attività fiduciarie, n. 1/2018.

14 Oppure (azzardare ad) innalzare il livello di sicurezza con l'adozione di altri piccoli accorgimenti, quali, affidarsi solo a siti che adottano più di una chiave privata, magari da usare in combinazione.

15 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.

16 Ad esempio, nel contratto di deposito e di mandato i creditori del depositario o del mandatario possono rivalersi sulla somma di denaro trasferita dal deponente/mandante, dal momento che essa si è confusa nel patrimonio del loro debitore; quindi, con tali strumenti non si otterrebbe l'effetto di garantire le somme da eventuali aggressioni di terzi, in quanto proprietario delle suddette somme diviene appunto il depositario. Infatti, in base alle norme dell'ordinamento italiano, con riferimento alle analoghe figure, ad esempio, il terzo depositario al momento del deposito diverrebbe – come precisato – proprietario dei beni o delle somme depositate con la conseguente possibilità per i creditori dello stesso di agire su di essi.