

I CONTRATTI DI *ESCROW*: PROSPETTIVE DI DIRITTO COMMERCIALE*

MAURIZIO ONZA

SINTESI: Il contributo si propone di analizzare la prassi dell'*escrow* in una prospettiva sia teorica sia pratica.

RESUMEN: El artículo se propone analizar la práctica del *escrow* desde una perspectiva tanto teórica como práctica.

PAROLE CHIAVE: *escrow*; contratti; notaio.

PALABRAS CLAVE: *escrow*; contratos; notario.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Escrow* e tipi contrattuali. – 3. *Escrow* e clausole contrattuali. – 4. Conclusioni (con uno sguardo al futuro).

1. *Introduzione*

Nell'affrontare il tema di ciò che nella prassi legale, assai in uso nell'oggi¹, si designa con il termine '*escrow*' o con la locuzione 'contratti di *escrow*', in via preliminare, muoverei dalle parole: parole che evocano, all'evidenza, un elemento di estraneità all'ordinamento giuridico domestico, innestando in esso consolidati istituti (come sintesi di fattispecie e disciplina) stranieri.

E così, in primo luogo, dal lemma '*escrow*' che, stando al *Black Law Dictionary* (ed. 2002), designa un documento legale o una proprietà consegnata da un promittente ad una terza parte per essere tenuta da quest'ultimo per un periodo di tempo definito o fino al verificarsi di una condizione, occorsi i quali la terza parte deve consegnare il documento o la proprietà al promissario; in un senso più ristretto, si tratta di un conto tenuto in *trust* o in garanzia.

Si avverte poi che si tratta di termine che, come '*scroll*' o '*scrawl*', è di derivazione normanna e francese che isola uno strumento 'scritto' o 'reso per iscritto'.

* Questo lavoro riproduce, con un apparato bibliografico minimo, la relazione presentata al convegno *Dagli argentari ai contratti escrow. Diritto romano e nuove pratiche notarili*, tenuto il 23 giugno 2023, presso la Facoltà di Giurisprudenza 'Sapienza' Università di Roma. Da qui l'andamento colloquiale del discorso.

¹ Ma a cui la dottrina ha dedicato, a quanto mi consti, poca o punto riflessione: per tutti, v. A.M. LUCIANI, *Escrow*, in *Contr. Impr.*, 2005, p. 801 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici. Cfr. anche il bel saggio di F. DELLA ROCCA, *Disciplina applicabile al contratto 'escrow account'. Origine, funzione e caso concreto*, in questa *Rivista*, 1, 2023 (online).

Infine, da un canto, l'*escrow agreement* è definito come 'istruzione dato alla terza parte depositario di un *escrow*'; e, dall'altro, l'*escrow contract* è un accordo tra acquirente, venditore e detentore dell'*escrow* che prevede i diritti e le responsabilità di ciascuno.

Sempre da un punto di vista lessicale, mi pare interessante evidenziare che, in uno dei pochissimi provvedimenti giudiziari italiani in cui si parla di *escrow*, a fronte di un contratto prodotto nel solo testo inglese, si avverte un problema 'terminologico atteso che il giudizio deve essere svolto in italiano e alcuni termini, a seconda della traduzione, potrebbero influire sulla decisione; per esempio il termine *escrow* potrebbe indicare tanto penale che caparra, che acconto, che garanzia, con riferimento agli istituti italiani, ma poiché le parti non danno a questo alcun significato in italiano non potrà trarsi dall'utilizzo di quel termine alcuna conclusione. Si tratta solo di somme di cui le parti chiedono di venire in possesso e pagate nell'ambito della acquisizione, non a portata a termine'².

Ne ricaverei, ancora in via preliminare, che:

- a) il fenomeno di cui stiamo parlando è un fenomeno squisitamente *p a t t i - z i o*;
- b) è un fenomeno '*c a n g i a n t e*', nel senso che racchiude diversi regolamenti tesi a soddisfare diverse esigenze delle parti;
- c) tale diversità di regolamenti richiama, almeno, *t i p i c i t à d e i c o n t r a t t i*, *c o l l e g a m e n t i t r a c o n t r a t t i*, *a t i c i p i c i t à d e i c o n t r a t t i e c o m m i s t i o n e* tra contratti. Dovendo l'interprete di volta in volta, in sede di applicazione della regola o di contestazione della regola, appurarne condizioni e pre-condizioni;
- d) in questo, per così dire, *p o l i m o r f i s m o* dell'*escrow*, si possono tuttavia fissare alcuni profili stabili; e, cioè,
- e) l'*escrow* coinvolge (almeno) *t r e p a r t i* (contrattuali);
- f) nel conflitto, attuale o potenziale, di due parti, queste affidano il governo di quel conflitto ad un *t e r z o*, pre-determinandone diritti, obblighi e, così, responsabilità.

Notazione, quest'ultima, in grado di giustificare, esemplarmente, il perché, nella prassi italiana, quel terzo sia (normalmente) un *n o t a i o*³, se si condivide l'idea che la riserva notarile sia sistematicamente giustificata dalla funzione (anti- e)

² Trib. Milano, 25 febbraio 2013, n. 2612, in *banca dati* De Jure.

³ Con la l. n. 147/2013, modificata poi con la l. n. 124/2017, sono state introdotte nell'ordinamento giuridico italiano alcune regole, eteronome, sulla predisposizione, presso un notaio, di un conto corrente dedicato a specifiche operazioni: con una funzione socio-economica non lontana, appunto, dall'*escrow*. In tema, dall'angolo visuale notarile ma con una prospettiva sistematica, v. D. MURITANO, *Compravendita immobiliare e deposito del prezzo*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, Studio n. 418-2017/C; nonché V. TAGLIAFERRI, *Il conto corrente dedicato e i conseguenti obblighi in capo al notaio*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, Studio n. 419-2017/C; saggi, questi, entrambi reperibili all'indirizzo elettronico <<https://notariato.it/>>.

pre-conteziosa radicata nell'art. 27 Cost.; e che mi pare pure giustifichi il rilievo per il quale in definitiva l'*escrow* richiede una *f o r m a s c r i t t a*.

Naturalmente, il conflitto di cui parlo, attuale o potenziale, è tra parti di un contratto; un conflitto, in un certo senso, 'composto' nella regola contrattuale; o da 'comporre' nello svolgimento del rapporto. Il che significa che l'*escrow* s u p p o n e sempre un r a p p o r t o d a g o v e r n a r e; e che le parti di questo rapporto, congiuntamente, affidano il governo ad un terzo. D'onde ci si potrebbe domandare quanto e come questo rapporto sia 'c o l l e g a t o' all'*escrow*; in che misura, voglio dire, le vicende dell'uno si riflettono sulle vicende dell'altro. Il che, ancora e stante la natura pattizia e poliforme della vicenda, richiede, credo, una verifica caso per caso.

2. Escrow e tipi contrattuali

Sulla base di quanto fin qui solo abbozzato, mi parrebbe che, almeno tra i contratti tipici, gli *escrow* partecipino certamente degli elementi del c o n t r a t t o d i d e p o s i t o.

C'è, negli *escrow*, la consegna di qualcosa, relativa al rapporto da governare, a qualcuno, il terzo; e questa consegna è temporanea, richiama la necessità di una custodia e di una restituzione a qualcuno (a seconda dei casi, all'una o all'altra parte). Ciò non dimeno, non escluderei la partecipazione di elementi relativi al c o n t r a t t o d i m a n d a t o; il terzo, in fondo, è tenuto a compiere uno o più atti giuridici nell'interesse altrui, delle parti, ed a compiere alcune valutazioni (sulle condizioni dedotte dalle parti) dietro la prestazione di un compenso.

Ma anche qui, direi, occorre una attenta valutazione, caso per caso, dell'assetto pattizio. Ovviamente, quando il terzo sia un n o t a i o, tutto ciò concorre con la di esso f u n z i o n e p u b b l i c a e r e s p o n s a b i l i t à n o t a r i l e.

3. Escrow e clausole contrattuali

Proverei a questo punto a proporre qualche esemplare di clausole relative agli *escrow*⁴ che così compendierei:

- a) ipotizzando come rapporto da governare un contratto di compravendita di partecipazioni sociali, nel regolamento contrattuale si prevede, anzitutto, che 'il venditore è obbligato a versare l'importo vincolato sul conto vincolato, al fine di garantire l'adempimento delle obbligazioni assunte nei confronti dell'acquirente'; tra cui, quella di versare un indennizzo in caso di violazione di alcune garanzie assunte dal venditore in relazione ad alcune caratteristiche delle partecipazioni sociali oggetto di compravendita;

⁴ Traggio spunto da concreti contratti che ho potuto esaminare grazie alla gentilezza ed alla competenza dell'avv. Gherardo Cadore.

- b) il contratto in questione è definito come contratto di deposito, in cui ‘le parti intendono disciplinare i termini e le condizioni in conformità ai quali il terzo, definito depositario, ‘deterrà e libererà l’importo vincolato depositato dal venditore, al fine di garantire i diritti e gli interessi dell’acquirente in relazione alle obbligazioni garantite’ dal deposito;
- c) il deposito consta di un ‘conto vincolato’, quale conto corrente bancario (identificato) ‘aperto presso il depositario a nome del venditore e dell’acquirente’; conto che rappresenta un ‘importo vincolato’;
- d) questo importo, vincolato conformemente a quanto ‘previsto dal contratto’ di compravendita (ed ecco qui un elemento di collegamento) ed ‘al fine di garantire i diritti dell’acquirente in relazione alle obbligazioni garantite’, è stato alimentato ‘in nome e per conto del venditore’ dal versamento da parte dell’acquirente (dandosi, per tale via, un passaggio di denaro dal venditore all’acquirente con l’obbligo, per quest’ultimo, di riversarlo nel conto vincolato);
- e) si prevede, quindi, che, per l’intera durata del contratto di deposito, il depositario debba trattenere e liberare l’importo vincolato solo ed esclusivamente in conformità alle previsioni del contratto di deposito’;
- f) si dà atto che l’importo vincolato è depositato sul conto vincolato anche nell’interesse del venditore secondo l’art. 1173 c.c., rilevando siccome fonte dell’obbligazione che coinvolge la posizione del venditore, qualificando il deposito anche quale contratto a favore di terzo;
- g) il depositario è pertanto l’unica parte contrattuale titolata alla gestione del conto vincolato; d’onde su quest’ultimo è precluso ogni potere dispositivo del venditore e dell’acquirente in ordine alla liberazione, in tutto o in parte, dell’importo vincolato, quelli potendo solo agire attraverso richieste o istruzioni al depositario conformi al contratto di deposito; e, da ultimo,
- h) sono previste regole di dettaglio sulla liberazione dell’importo vincolato (su richiesta dei venditori, dell’acquirente o congiunta).

Proprio in questo caso concreto, allora, in fondo il depositario deve *valutare*: deve valutare non solo gli aspetti formali della richiesta (conformità alle istruzioni pattizie) ma anche la ‘sostanza’.

Penso, in particolare, alla validità delle garanzie che assistono la circolazione delle partecipazioni sociali che spesso si sostanziano nella previsione della compensazione del prezzo dovuto con le sopravvenute passività: che potrebbero essere, per esempio, eccessivamente indeterminate⁵.

⁵ V., con ampia ricostruzione, Cass. n. 9347/2023, nella quale si trovano i passaggi in esponente nel testo. Sulla questione, in dottrina, v., tra i molti, M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di «controllo» e garanzie contrattuali*, Milano, Giuffrè, 2006, *passim*, e A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*.

Sono, in effetti, clausole contrattuali che istituiscono ‘garanzie’ su una determinata situazione debitoria della società ovvero un determinato valore patrimoniale netto dell’azienda; clausole che la giurisprudenza tende a distinguere tra quelle che si limitano ad ‘aggiustare’ il prezzo, governando il futuro, e clausole che effettivamente costituiscono una vera e propria garanzia, operando nella fase ‘patologica’ (quelle, dette di *price adjustment*, queste, nominate di *indemnity*).

Ebbene, le clausole c.d. *indemnity* svolgono una funzione ‘assicurativa’, il cedente assumendo ‘un autonomo e specifico obbligo di indennizzo (altrimenti estraneo all’oggetto della garanzia legale, cui il venditore è tenuto nei confronti del compratore), rappresentato dal reintegro, totale o parziale, di passività sopravvenute, usualmente di natura fiscale, riferibili alla gestione anteriore all’acquisto (obbligo di ‘manleva’)’. Indipendentemente dalla qualificazione di garanzia in senso tecnico, si pone, per esse e come cennavo poco fa, la questione dell’eventuale nullità per indeterminatezza. Ecco, di tutto ciò, credo, il depositario, soprattutto se notaio, non può non tenere conto nell’adempimento della sua obbligazione, lasciando, per questo rispetto e soprattutto considerando che inevitabilmente i regolamenti pattizi sono o lacunosi o soggetti ad interpretazione, un margine di discrezionalità e quindi di responsabilità affatto irrilevante.

4. Conclusioni (con uno sguardo al futuro)

Affido le conclusioni ad uno sguardo verso il futuro: forse, la funzione degli *escrow* potrà essere sostituita dagli *smart contracts*⁶: contratti che si auto-eseguiscono in assenza o anche contro la volontà delle parti. Ma essi, penso, non saranno in grado di sostituire la funzione del notaio, nel suo prudente apprezzamento della vicenda concreta, svolto, questo è il punto, non solo nell’interesse delle parti ma pure nell’interesse pubblico che, forse, qui potrebbe pure concretizzarsi, considerando il contratto ed il suo contesto, nel buon funzionamento del mercato.

⁶ Sui quali, può utilmente leggersi MAR. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, Il Mulino, 2021, *passim*.