

Inquadramento giuridico delle garanzie confidi

Nicola e Gabriele Iuvinale

Seminario di studio

*Le convenzioni tra banche e confidi:
che cosa cambiare, e le ragioni per farlo*

Milano, 1 dicembre 2010

La scelta tra forme contrattuali tipiche (fideiussione) e atipiche

- Inquadramento garanzia mutualistica personale:
 - a) fideiussione
 - b) fideiussione solve et repete
 - c) contratto autonomo di garanzia

La fideiussione

- **Fideiussore**

- garantisce personalmente l'adempimento di un debito altrui
- vincola il suo patrimonio
- stessa prestazione del debitore
- anche per una parte limitata del debito
- coobbligato in solido con il debitore principale (no preventiva escussione)
- obbligazione sussidiaria (preventiva escussione debitore principale)
- eccezioni opponibili del debitore principale
- accessorietà

La fideiussione atipica *solve et repete* (a prima richiesta)

- clausola di pagamento a prima richiesta (cioè senza eccezioni)
- vengono posticipate le eccezioni al pagamento (cd. azione di ripetizione)
- soggiace alla disciplina della fideiussione
- riequilibrio con l'azione di ripetizione

La fideiussione sussidiaria

- il creditore escute
 - prima il debitore principale ...
 - e poi eventualmente il fideiussore
 - cd. clausola del beneficio della preventiva escussione del debitore principale
- no sussidiarietà clausola cd. del beneficio dell'ordine

Il contratto autonomo di garanzia

- contratto atipico (non disciplinato dalla legge)
 - prassi commercio internazionale
- il garante si impegna nei confronti del creditore a pagare se il debitore non paga
- causa indennitaria
- autonomia rispetto al contratto sottostante
- clausola di pagamento a prima richiesta e senza eccezioni
 - il creditore escute direttamente e definitivamente il garante
 - il garante si rivolge poi verso debitore

I principali profili di rischio

- Presentano differenze rilevanti tra
 - Fideiussione
 - Contratto autonomo di garanzia

Problematiche connesse al *litigation risk*

Fideiussione: effetti accessorietà

- eccezioni per ritardare/evitare pagamento
 - es. quelle del debitore
- invalidità fideiussione se invalida obbligazione garantita
 - salvo eccezioni
- ricomprende tutti gli accessori del debito principale
 - penali, spese, ecc.
- non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore
- non può essere prestata a condizioni più onerose
- trasferimento automatico in caso di cessione del credito garantito
- confideiussione
 - regressi tra garanti

Problematiche connesse al *litigation risk*

Contratto autonomo di garanzia: effetti autonomia

- no eccezioni del garante all'escussione
- sì in casi particolari:
 - avvenuto pagamento (necessità di prove documentali) + mancanza di requisiti formali garanzia, irregolarità dei documenti (escussione documentata) + nullità del contratto garantito
- ci si può rivolgere al creditore solo nel caso di pagamento non dovuto
- no trasmissibilità della garanzia in caso di cessione credito
- incertezza del testo contrattuale
- generica definizione di evento di default
- escussione non documentata

**I nessi tra caratteristiche contrattuali e
requisiti di eleggibilità delle garanzie ai fini di
vigilanza**

Requisiti garanzie personali confidi 107

Basilea 2 metodo standard

Requisiti generali

- Certezza giuridica
- Tempestività realizzo
- Requisiti organizzativi
- Informativa al pubblico

Requisiti specifici

- Diretta
- Esplicita
- Completa
- Irrevocabile
- Incondizionata
- Tempestiva
- Esplicitamente documentata

Quali forme contrattuali sono ammesse?

- forma scritta: contratto/convenzione: vincolo giuridico
- diritto della banca (diritto di credito liberamente esercitabile in caso di default)
- obbligo di garanzia per confidi
- no impegni morali
- conformità della garanzia al diritto interno/internazionale, ecc
- no eccezioni del garante all'escussione (clausola prima richiesta)

SÌ

**fideiussione solve et
repete oppure contratto
autonomo di garanzia**

no

**fideiussione semplice
(causa regime
eccezioni)**

I requisiti specifici delle forme ammesse

- precisazione impegno confidi di pagare un importo in caso di default
- determinazione oggetto della garanzia + indicazione efficacia temporale garanzia
- responsabilità patrimoniale confidi art. 2740 c.c.
- clausola di pagamento a prima richiesta
- esatta definizione degli eventi di default
- clausola recesso a certe condizioni
- no condizioni sospensive/risolutive
 - clausole di inefficacia garanzia dipendenti da condotte della banca (novero circoscritto)

Le deroghe ai requisiti riconosciute dalle disposizioni di Vigilanza

- La norma è no beneficio di preventiva escussione ...
 - garanzia a prima richiesta/tempestività
- ... però può essere convenuta la sussidiarietà in due casi
- **1) ipotesi in deroga: pagamento provvisorio/congruo acconto al default**
 - a) sussidiarietà più o meno accentuata anche per tipologia pagamento (versamento o deposito pignoratizio)*
 - b) in genere la banca ha facoltà di abbandonare le azioni di recupero credito*
 - c) il pagamento anche con costituzione di collaterale pignoratizio in deposito infruttifero indisponibile su conto corrente articolato in sottoconti*
- **2) ipotesi in deroga: nessun pagamento al default**
 - a) escussione della garanzia dopo quella del garantito*
 - b) ipotesi ritenuta dagli istituti di credito percorribile solo in caso di utilizzo del metodo IRB avanzato*

I requisiti per l'ammissione alla controgaranzia a prima richiesta del Fondo centrale Pmi

- Caratteristiche controgaranzia a “ponderazione zero”: a prima richiesta, incondizionata, esplicita e irrevocabile
- Garanzia confidi: secondo il regolamento del Fondo deve avere caratteristiche analoghe, quindi
 - Pagamento confidi a titolo definitivo con surroga
 - Gestione recupero credito diretta del confidi per conto del Fondo centrale
- La materia è ancora oggetto di discussione