



Convegno su
*La gestione del rischio di credito commerciale:
la polizza credito e altri strumenti di tutela
alternativa all'assicurazione*

Unindustria Treviso
Treviso, 12 novembre 2010



*Gli strumenti alternativi all'assicurazione
dei crediti*

Prof. Avv. Matteo De Poli

STUDIO DE POLI – VENEZIA

www.studiodepoli.it



L'ordine di questo intervento

1. Una rapida analisi degli strumenti tipici di tutela contro il rischio di credito
 - 1.1 Le tipologie contrattuali
 - 1.2 Gli strumenti di pagamento
 - 1.3 Le garanzie
 - 1.4 Gli strumenti di autotutela
2. La gestione del singolo rapporto contrattuale alla luce del rischio di credito
 - 2.1 La contrattualistica d'impresa: è adatta?
 - 2.2 I “segnali” del probabile inadempimento: vengono individuati correttamente?
 - 2.4 La gestione del rapporto con il legale: è efficiente?
3. Conclusioni

(1)

Analisi degli strumenti tipici di tutela contro il rischio di credito

1.1 Tipologie contrattuali

1.2 Strumenti di pagamento

1.3 Garanzie

1.4 Strumenti di autotutela

(1.1)

Le tipologie contrattuali

- La vendita con riserva della proprietà
- La cessione del credito
- La cartolarizzazione

La vendita con riserva della proprietà



- **Funzione:** consentire una reazione efficiente all'inadempimento
- **Caratteristiche:** la merce oggetto del contratto è consegnata al compratore subito ma il passaggio della proprietà è rinviato al momento in cui sarà stato pagato l'intero prezzo; i rischi del perimento o danneggiamento del bene passano al compratore nel momento della consegna del bene nonostante questi non abbia ancora acquistato la proprietà.
- **Vantaggi per il venditore:** consente, in caso di inadempimento del compratore,
 - di tornare in possesso della merce fornita senza dover concorrere con gli altri creditori;
 - di ottenere un equo compenso per l'uso della cosa fatto dal compratore, e anche il risarcimento del danno derivante dalla diminuzione del valore del bene.



La vendita con riserva della proprietà: continua

■ Svantaggi, complessità, limiti:

- è opponibile ai creditori solo se il patto di riservato dominio è stato trascritto prima della trascrizione dell'atto di pignoramento; tuttavia resta salva la possibilità per il venditore di dimostrare con altri mezzi la contestualità del patto di riservato dominio con l'atto di vendita;
- serve atto scritto con data certa anteriore al pignoramento, e la data certa non può provenire da una fattura, in quanto questa è un atto unilaterale e non appartiene alla formazione del contratto ma solo alla sua esecuzione;
- la garanzia per i vizi, dovuta dal venditore, è comunque presente, anche se la proprietà non è ancora passata in capo al compratore.



La cessione del credito: *factoring pro soluto*

- **Funzione:** trasferire su altro soggetto il rischio di inadempimento; funge anche da strumento di finanziamento
- **Caratteristiche:** il cessionario acquista la totalità dei crediti ceduti, pagando alla scadenza o, se concordato, in anticipo, il valore di tali crediti, dedotte commissioni e spese. Se *pro soluto*:
 - il cedente garantisce solo l'esistenza del credito, non anche la solvibilità del debitore ceduto; di conseguenza il cessionario assume il rischio dell'inadempimento, in quanto dovrà ugualmente corrispondere al cedente il valore dei crediti ceduti.
 - ha quindi anche una funzione di assicurazione dal rischio di credito commerciale, tuttavia si distingue dall'assicurazione dei crediti, perché l'assicuratore copre di solito non l'intero ammontare ma solo una parte del credito assicurato, mentre invece il pagamento del cessionario non è condizionato all'adempimento del debitore ceduto.

Inoltre, il *factoring* può essere utilizzato anche come strumento di finanziamento qualora si preveda che il cessionario corrisponda il valore dei crediti al momento della cessione anziché al momento della loro scadenza.



La cartolarizzazione

- **Funzione:** sopperire ai bisogni di liquidità; trasferire su altro soggetto il rischio di inadempimento.
- **Caratteristiche:** può essere realizzata tramite modalità differenti; la più diffusa è la cessione del portafoglio crediti ad una società che emette strumenti finanziari da collocare successivamente sul mercato.

(1.2)

Gli strumenti di pagamento

La lettera di credito



La lettera di credito

- **Funzione:** interporre nell'operazione commerciale, quale pagatore, una banca, “assicurando” il buon esito della stessa; indirettamente, ha funzione di “garanzia”
- **Caratteristiche:**
 - la banca, su ordine di un cliente, si impegna inderogabilmente ad eseguire una determinata prestazione a favore di un terzo beneficiario (venditore/fornitore), dietro consegna dei documenti previsti (per esempio il documento di trasporto merci) e nei termini **pattuiti** nel credito (per esempio la data di scadenza).
 - l'obbligo della banca è autonomo e indipendente da quello del compratore.
- **Vantaggi per il venditore**
 - sono dati dalla sicurezza che, rispettati i termini contrattuali, il prezzo verrà pagato

(1.3)

Le garanzie

- La fideiussione
- La clausola “*solve et repete*” e “a prima richiesta” o “senza eccezioni”
- La *stand-by letter of credit*
- Il contratto autonomo di garanzia
- Le lettere di *patronage*
- Le garanzie reali : pegno ed ipoteca
- I titoli di credito: cambiale ed avallo cambiario



La fideiussione

- **Funzione:** garantire l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria altrui
- **Caratteristiche:**
 - Contratto con cui un terzo si obbliga personalmente verso il creditore, garantendo l'adempimento di un'obbligazione altrui.
 - Costituisce un'obbligazione accessoria rispetto al debito principale, di conseguenza ne segue le vicende e possono essere eccepite le stesse eccezioni.
 - Non c'è sussidiarietà (tranne il caso in cui sia previsto il beneficio di escussione), quindi non necessariamente deve essere escusso prima il debitore principale.
 - È possibile anche una fideiussione per obbligazioni future, tuttavia deve però essere previsto l'importo massimo garantito.
 - Si differenzia dall'accollo in quanto questo costituisce l'obbligo a pagare assunto non verso il creditore, ma verso il debitore.



Le clausole “*solve et repete*” e “a prima richiesta” (o “senza eccezioni”)

- **Funzione:** attenuare l’accessorietà dell’obbligo del garante a quello del debitore principale
- *Solve et repete*
 - Fa sì che le eccezioni relative al rapporto principale siano opponibili al creditore ma solo in un momento successivo al pagamento;
 - In caso di indebita escussione della garanzia, la ripetizione dell’indebitto viene indirizzata al creditore, mentre nel caso del contratto autonomo di garanzia, la richiesta può essere fatta solo contro l’ordinante (il debitore garantito).
- “A prima richiesta” o “senza eccezioni”
 - Consente l’escussione dietro semplice richiesta scritta del beneficiario della garanzia ed eventualmente contro presentazione della fattura.



La stand-by letter of credit

- **Funzione:** garantire contro l'inadempimento del compratore
- **Caratteristiche:** consiste nell'impegno di una banca verso il beneficiario (di regola il venditore di un bene) ad onorare la sua eventuale richiesta di rimborso, tramite una sua semplice dichiarazione di inadempimento degli impegni contrattuali da parte dell'ordinante (acquirente del bene).

- **Vantaggi per il venditore**

In caso di inadempimento del compratore questo strumento avrà lo stesso effetto della lettera di credito e consentirà di incassare il prezzo della merce venduta. Si distingue dalla lettera di credito nel caso di **adempimento**: se il debitore/compratore paga regolarmente, la *stand-by letter* non verrà escussa, non sarà quindi necessario presentare i documenti al fine di ottenere il pagamento; invece tali documenti (in merito ai quali può sorgere contestazione) sono sempre necessari per ottenere il pagamento a mezzo lettera di credito.



Il contratto autonomo di garanzia

- **Funzione:** garantire in modo particolarmente robusto contro l'inadempimento del compratore
- **Caratteristiche:** consiste nell'impegno di un terzo a pagare una somma di denaro sulla base di una richiesta conforme a quella prevista nel testo della garanzia stessa, unitamente alla presentazione dei documenti stabiliti, senza che il terzo possa opporre *eccezioni attinenti alla validità, all'efficacia in genere, alle vicende del rapporto di base, nonostante le eventuali opposizioni al pagamento formulate in relazione ad esse dal debitore mandante o l'esistenza di contestazioni al riguardo.*



Le lettere di *patronage*

- **Funzione:** dare maggiore sicurezza al creditore
- **Caratteristiche:** dichiarazione, rivolta ad un terzo (banca; fornitore), rilasciata segnalando che una società è controllata direttamente o indirettamente dalla scrivente, oppure dichiarandosi informata delle obbligazioni assunte da questa società. In sostanza consiste in una dichiarazione che ha lo scopo di rassicurare il futuro creditore.
 - **Lettere deboli** o di comunicazione: la società autrice della lettera comunica un rapporto di controllo o comunque di influenza, impegnandosi a fornire le risorse necessarie ad evitare l'inadempimento.
 - **Lettere forti:** la società si dichiara disposta a trasferire il rischio di insolvenza su se stessa; assume una o più obbligazioni.



I titoli di credito

- **Cambiale:** costituisce titolo esecutivo, quindi semplifica la soddisfazione in caso di inadempimento.
- **Avallo cambiario:** sottoscrizione della cambiale da parte di un terzo, che sottoscrivendola assume un'obbligazione – anch'essa con carattere cambiario – cioè indipendente ed astratta. Si differenzia dalla fideiussione in quanto origina un obbligo autonomo, valido anche qualora l'obbligazione garantita risulti viziata.



Le garanzie reali

- **Funzione:** garantire contro l'inadempimento altrui facendo leva sull'apposizione di un vincolo su un bene mobile o immobile
- **Caratteristiche:** Contengono un diritto di prelazione che consente al garantito di soddisfarsi prioritariamente rispetto agli altri creditori sui beni oggetto della garanzia.
 - **Pegno:** si costituisce sopra i beni mobili (non registrati), universalità di mobili, i crediti e altri diritti aventi per oggetto beni immobili (art. 2784 c.c.).
 - **Ipoteca volontaria:** si costituisce sopra beni immobili e alcuni diritti immobiliari (usufrutto e superficie) e le rendite dello Stato (art. 2810 c.c.). Diversamente dal pegno il bene rimane in godimento del proprietario. Fondamentale è la pubblicità, che si ottiene mediante trascrizione nei registri immobiliari.

(1.4)

Gli strumenti di autotutela

Il diritto di ritenzione



Il diritto di ritenzione e l'art. 2756 c.c.

- Il titolare di un credito per una prestazione e le spese relative alla **conservazione** o al **miglioramento** può ritenere la cosa soggetta al privilegio finché non è soddisfatto del suo credito e può anche venderla
- “Miglioramento” e “trasformazione”:
 - Semilavorati
 - Materie prime

(2)

La gestione del singolo rapporto contrattuale

- 2.1 La contrattualistica d'impresa: è adatta?
- 2.2 La gestione dei termini contrattuali in corso di rapporto: è corretta?
- 2.3 La gestione del rapporto con il legale: è efficiente?

(2.1)

La contrattualistica d'impresa

Alcune variabili da analizzare nella strategia di contenimento del rischio di credito

A) L'impresa che assume stabilmente la posizione di creditore

1. opera sulla base di condizioni generali di contratto redatte dalla controparte?

I margini di intervento sono inesistenti

2. negozia individualmente ogni contenuto – prezzo; regole – dei contratti?

I margini dipendono dal potere contrattuale

3. opera sulla base di condizioni generali di contratto da essa redatte?

I margini sono ampi.



Il caso del contratto negoziato individualmente e le clausole sulla giurisdizione e sul Foro competente

- Clausole sul Foro competente, sulla giurisdizione applicabile, sulla giurisdizione arbitrale: clausole di “secondaria importanza”? Occorre valutarle con attenzione, astenendosi da ogni recepimento acritico....
 - In taluni casi è conveniente la giurisdizione ordinaria ...
 - In altri l'arbitrato:
 - Amministrato?
 - Libero?
 - Rituale?
 - Irrituale?
 - Di equità?



Un'ulteriore variabile da considerare

- Dato per scontato l'inadempimento del debitore, si preferisce
 - “Aggredirlo” per ottenere forzosamente il pagamento, o
 - Riottenere il possesso del bene venduto?
 - In questo caso, la regolamentazione contrattuale può aiutare

(2.2)

I “segnali” del probabile inadempimento: vengono individuati correttamente?

- Il mancato rispetto del termine di pagamento è il frutto:
 - di uno stato di difficoltà o impossibilità di adempiere del debitore?
 - Esigenza di accelerazione - passaggio della pratica al legale
 - di una, anche solo possibile, contestazione del bene venduto o del servizio fornito?
 - Esigenza di una previa analisi tecnica della fornitura
 - di una pretesa modifica dei termini contrattuali avvenuta in corso di rapporto?
 - Esigenza di una previa analisi dei rapporti con la controparte

(2.3)

Strategia processuale e gestione efficiente del rapporto con il legale

- L'impresa deve reagire prontamente e intelligentemente ai segnali di inadempimento. Il ruolo delle informazioni sulla solvibilità del debitore ai fini della corretta strategia legale:
 - Le informazioni commerciali;
 - Quelle legali: i registri delle cancellerie delle esecuzioni civili e quelli delle cancellerie fallimentari
- Le tutele
 - monitoria: le condizioni per ottenerla; e per ottenere la provvisoria esecutorietà
 - Cautelare;
 - l'istanza di fallimento: pro e contra
- Scelta del legale e sua incentivazione
 - Nell'attività di semplice "recupero del credito"
 - Nell'attività di gestione del contenzioso

(3)

Conclusioni

“... Non domandarci la formula che mondi possa aprirti sì qualche storta sillaba e secca come un ramo. Codesto solo oggi possiamo dirti, ciò che non siamo, ciò che non vogliamo”

Eugenio Montale,
Ossi di Seppia, 1925



Grazie e arrivederci

Prof. Avv. Matteo De Poli
STUDIO DE POLI – VENEZIA

www.studiodepoli.it