



News - 14 maggio 2020

GARANZIA BANCARIA AUTONOMA (ADVANCE PAYMENT BOND) E RISCHIO DI ESCUSSIONE ABUSIVA DA PARTE DEL BENEFICIARIO: COME COMPORTARSI?



1) DESCRIZIONE DEL CASO

Una società di diritto italiano nostra cliente, che chiameremo ALFA, ha stipulato con il proprio cliente estero BETA un contratto per la fornitura e l'installazione di un impianto presso la sede di BETA.

Il contratto disponeva che l'installazione dovesse essere completata entro il 30 aprile.

ALFA ha ricevuto da BETA una consistente somma a titolo di acconto, a fronte dell'emissione, da parte della banca italiana di ALFA e a favore di BETA, di un Advance Payment Bond, ossia di una garanzia bancaria autonoma di restituzione dell'acconto medesimo. Nel caso in cui ALFA non avesse provveduto alla consegna e installazione dell'impianto compravenduto, a fronte del quale aveva ricevuto l'acconto, BETA avrebbe potuto escutere la suddetta garanzia dietro semplice dichiarazione scritta alla banca garante.

A causa del contagio da Coronavirus e dei conseguenti provvedimenti di emergenza, ALFA è stata impossibilitata ad inviare il proprio personale presso la sede di BETA per effettuare l'installazione dell'impianto, nel frattempo giunto in tale sede. Di conseguenza, ALFA non ha potuto rispettare la scadenza del 30 aprile.

La pandemia da Coronavirus costituisce sicuramente un evento sopraggiunto di forza maggiore idoneo ad esonerare ALFA da responsabilità per il ritardo nell'installazione.

Pur tuttavia ALFA non può avere la certezza che BETA non richieda l'escussione dell'Advance Payment Bond.

2) IL QUESITO DEL NOSTRO CLIENTE

ALFA ci ha chiesto un parere per sapere se BETA ha la possibilità di escutere l'Advance Payment Bond e, nel caso, se ALFA ha la possibilità di evitare l'escussione o il pagamento da parte della banca escussa, pur nella consapevolezza che l'Advance Payment Bond costituisce garanzia autonoma completamente svincolata dalle vicende del contratto di fornitura e installazione sottostante.



News - 14 maggio 2020

GARANZIA BANCARIA AUTONOMA (ADVANCE PAYMENT BOND) E RISCHIO DI ESCUSSIONE ABUSIVA DA PARTE DEL BENEFICIARIO: COME COMPORTARSI?

3) LA NOSTRA OPINIONE LEGALE

Verificata la documentazione contrattuale, nonché ovviamente il testo e la natura della garanzia, oltreché la normativa applicabile, abbiamo confermato alla cliente ALFA che sussiste il rischio che BETA escuta l'Advance Payment Bond e rientri in possesso dell'acconto pagato; quindi abbiamo indicato alla cliente ALFA quali atti può porre in essere per ridurre il rischio di escussione (indebita) dell'Advance Payment Bond.

Abbiamo altresì precisato ad ALFA che la sussistenza del rischio è avvalorata dal margine di discrezionalità di cui gode la banca nell'interpretare la situazione fattuale al momento dell'eventuale escussione, come pure che il rischio potrebbe essere difficilmente contrastabile a causa dell'attuale impossibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria in via di urgenza cautelare.

4) LE RAGIONI DI DIRITTO A SOSTEGNO DEL NOSTRO PARERE LEGALE E DELLE NOSTRE CONCLUSIONI

Le conclusioni a cui è pervenuto il nostro Studio sono conseguite a un'analisi specifica della documentazione contrattuale, nonché del testo e della natura della garanzia, che risultava disciplinata dalle Uniform Rules on demand Guarantees della International Chamber of Commerce (URDG 758).

Con riferimento al contratto, il mancato rispetto della data di installazione non risulta certamente addebitabile ad ALFA, in quanto causato da un evento di forza maggiore, rappresentato dai provvedimenti delle autorità.

Con riferimento, invece, alla garanzia, è altrettanto certo che, trattandosi di garanzia autonoma, né il soggetto che ha ordinato la garanzia (ALFA) né il soggetto che ha emesso la garanzia (banca) possono sollevare eccezioni al beneficiario (BETA) per bloccare l'escussione e il pagamento. Di conseguenza, la banca garante sarà tenuta ad eseguire il pagamento a seguito della semplice richiesta inviata dal beneficiario della garanzia.

Tuttavia, in base alla giurisprudenza, l'escussione di una garanzia bancaria autonoma è da considerarsi abusiva quando il mancato adempimento da parte del soggetto che ha procurato la garanzia (generalmente il fornitore o l'appaltatore) è determinato da cause di forza maggiore o da ragioni imputabili direttamente al soggetto che escute la garanzia.

Si tratta cioè di quei casi in cui il beneficiario sa di non aver diritto di esigere l'importo della garanzia e, pur sapendolo, ne chiede comunque il pagamento al garante. In altri termini, l'escussione è abusiva quando il beneficiario agisce in mala fede, sapendo cioè di non averne diritto.

In considerazione di quanto sopra, abbiamo innanzitutto consigliato ad ALFA di notificare per iscritto a BETA che il mancato adempimento della propria prestazione contrattuale è dovuto a forza maggiore, allegando idonea prova documentale.

Una volta ricevuta una simile comunicazione, BETA non può più essere considerata in buona fede, essendo divenuta consapevole che, stanti le circostanze esposte e documentalmente provate da ALFA, non esistono i presupposti di fatto e di diritto per l'escussione, che pertanto sarebbe abusiva.

Abbiamo inoltre consigliato ad ALFA di intimare formalmente alla banca garante di non eseguire alcun pagamento sulla base della garanzia, esponendo, anche in questo caso, le ragioni giuridiche e fattuali per cui un'eventuale escussione di BETA risulterebbe illegittima e allegando idonea prova documentale.

Va rilevato in proposito che, a fronte del rapporto di mandato intercorrente tra la banca e ALFA, anche la banca ha l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e di non eseguire il pagamento in tutti quei casi in cui l'escussione e la richiesta di pagamento appaiono manifestamente ingiustificate e abusive.



News - 14 maggio 2020

GARANZIA BANCARIA AUTONOMA (ADVANCE PAYMENT BOND) E RISCHIO DI ESCUSSIONE ABUSIVA DA PARTE DEL BENEFICIARIO: COME COMPORTARSI?

In circostanze normali, ALFA avrebbe potuto presentare un ricorso d'urgenza al giudice competente affinché intimasse alla banca di non eseguire il pagamento. Purtroppo, tale rimedio risulta impossibile da attivare a seguito del Decreto-Legge 8 marzo 2020 n. 11 e successive modifiche, che ha sospeso pressoché integralmente l'attività del sistema giudiziario italiano.

Fermo quanto sopra, abbiamo comunque rappresentato ad ALFA l'opportunità di avviare con BETA una trattativa, al fine di pervenire ad una rinegoziazione in base alla quale BETA assume l'impegno di non escutere la garanzia e ALFA assume l'impegno di ottenere dalla banca emittente l'estensione della durata della garanzia medesima, alla luce della prevedibile durata dell'evento di forza maggiore.