



ARBITRATO O ARBITRATI NELLE CONTROVERSIE SOCIETARIE?

UNO SGUARDO DAL PUBBLICO

Il 18 ottobre 2019, presso il Consiglio Notarile di Roma, si è tenuta una conferenza volta ad approfondire, dal punto di vista non solo scientifico ma anche pratico, tematiche e questioni inerenti all'arbitrato societario.

L'evento è stato il frutto della collaborazione di varie istituzioni: l'Università Tor Vergata, la Camera Arbitrale di Milano (CAM), l'Associazione Italiana per l'Arbitrato (AIA), ADR Notariato ed Assonime.

Anche sulla scia di quanto era stato esposto in occasione del convegno AIA svoltosi il 2 dicembre 2016, intitolato appunto "Arbitrato societario", i relatori hanno proseguito il dibattito concentrando l'attenzione su questioni a volte ritenute erroneamente secondarie, quali l'arbitrato societario irrituale, e puntualizzando gli sviluppi della dottrina e della giurisprudenza là dove esistenti.

Il primo intervento dopo quelli introduttivi ha avuto ad oggetto appunto l'arbitrato societario irrituale, trattato dal professor Bruno Sassani. Pur costituendo di fatto una minoranza dei casi di arbitrato societario – circa un terzo dei casi totali da una ricerca Assonime¹ – l'arbitrato irrituale è tutt'ora esistente e gode di rilevanza normativa. Invero, l'art. 35, comma 5, del decreto legislativo 5 del 2003 (d.lgs. 5/2003) espressamente prevede che la parte in arbitrato possa adire l'autorità giudiziaria per ottenere la tutela cautelare di cui all'art. 669-*quinquies* del codice di procedura civile quando l'arbitrato sia "anche non rituale".

¹ Assonime, *L'Arbitrato Societario nella Prospettiva delle imprese*, Note e Studi 5/2017, consultabile al seguente link:
http://www.assonime.it/_layouts/15/Assonime.CustomAction/GetPdfToUrl.aspx?PathPdf=http://www.assonime.it/attivita-editoriale/studi/Documents/note%20e%20studi%205-2017.pdf.

Ad oggi, quindi, non si può negare la validità di una clausola compromissoria inserita in uno statuto societario che preveda un arbitrato irrituale, seppur con qualche limitazione.

A favore di questo orientamento depone, da ultimo, la sentenza della Corte di Cassazione n. 1101 del 2016, in cui si prospetta una sostituzione automatica della clausola compromissoria che preveda un arbitrato irrituale tramite eterointegrazione della normativa inderogabile di cui all'art. 36, comma 1, del d.lgs. 5/2003. Infatti, poiché la richiamata norma impone la decisione secondo diritto delle controversie che abbiano ad oggetto la validità delle delibere assembleari, un'eventuale clausola che stabilisca invece un arbitrato irrituale per tutte le controversie societarie, e quindi anche per quelle controversie inerenti delibere assembleari, è da considerarsi nulla per contrarietà a norma imperativa ex art. 1418 del codice civile e, per l'effetto, viene a essere sostituita con la norma stabilita dalla disposizione imperativa. Nel caso di specie, la Cassazione ha coerentemente riaffermato la competenza del tribunale arbitrale a decidere della controversia, purché si proceda secondo la disciplina dell'arbitrato rituale.

Seconda a intervenire è stata la professoressa Rita Maruffi, la quale ha concentrato la propria presentazione su due figure affini all'arbitrato: l'arbitraggio e la perizia contrattuale. Entrambi questi istituti sono presenti nell'arbitrato societario, tipicamente allo scopo di avere un terzo neutrale che determini il valore di liquidazione delle quote o delle partecipazioni. Nelle ipotesi contemplate dagli articoli 2437-ter, ultimo comma (per la società per azioni) e 2473, comma 3 (per le società a responsabilità limitata) del codice civile, il ricorso all'arbitraggio secondo equità ex art. 1349 c.c. è da intendersi addirittura inderogabile.

Date le affinità strutturali, arbitraggio e perizia contrattuale vengono spesso confusi. È bene, però, che siano tenuti distinti poiché soggiacciono a discipline di impugnazione diverse.

In tema di arbitraggio il riferimento normativo è da rintracciarsi nell'art. 1349 c.c., a mente del quale il terzo arbitratore può essere chiamato a decidere sulla base di equo apprezzamento ovvero secondo il proprio arbitrio. Nel primo caso, è annullabile la determinazione che si dimostri manifestamente iniqua o erronea, e che verrà quindi sostituita da nuova operata dal giudice. Nel secondo caso, la determinazione è impugnabile esclusivamente dando prova della mala fede del terzo. Diversamente deve dirsi per la perizia contrattuale, alla quale – data la natura negoziale – si applicano le disposizioni in materia di impugnazione valide per il contratto in generale, ossia l'azione di annullamento o di risoluzione per inadempimento.

In merito al criterio adottabile per distinguere i due istituti, ciò che si riscontra è che, mentre l'arbitratore è chiamato a compiere la propria valutazione sulla base di un giudizio di equità mercantile, tentando di raggiungere un equilibrio economico tra le parti, il perito deve attenersi strettamente ai parametri tecnico-scientifici propri del settore. Il criterio per la distinzione sembra quindi concernere l'ampiezza dei poteri e della discrezionalità conferiti al terzo nel determinare l'elemento della fattispecie che sono chiamati a integrare.

Il Presidente di ADR Notariato, notaio Alberto Vladimiro Capasso, è poi intervenuto illustrando le numerose attività svolte dai notai nel contesto dell'arbitrato societario, sottolineando la minore quantità di contenzioso concernente contratti notarili rispetto alla mole di contenzioso che tipicamente affligge i contratti stipulati in forma di scrittura privata.

Il relatore ha inoltre illustrato l'origine e le finalità di ADR Notariato s.r.l., iscritta nel registro degli organismi di conciliazione a opera del Ministro della Giustizia già nel giugno del 2007. Ad oggi, ADR Notariato fornisce non solo servizi di conciliazione e mediazione, ma anche corsi e programmi specifici per la formazione dei professionisti del settore.

L'intervento in tema di clausole arbitrali redatte dai notai è stato trattato dal notaio Massimo Saraceno, il quale ha fornito una dettagliata panoramica della disciplina normativa dell'arbitrato societario allo stato dell'arte. La rilevanza della tematica per i notai discende in particolar modo dall'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione che configura la responsabilità disciplinare del notaio per aver redatto un atto espressamente proibito dalla legge, di cui all'art. 28 della legge 89 del 1913, quando venga inserita in statuto societario una clausola compromissoria carente dei requisiti sanciti dall'art. 34 d.lgs. 5/2003 – tra cui, in particolar modo, la nomina degli arbitri a opera di un terzo estraneo alla società. Invero, la Suprema Corte ha incontrovertibilmente stabilito la non praticabilità del "doppio binario" nell'arbitrato societario, onde una clausola d'arbitrato per la risoluzione di controversie endosocietarie deve aderire alla normativa stabilita nel succitato decreto, pena la nullità assoluta, seppur parziale, della clausola stessa.

Di qui, l'invito del notaio Saraceno a un elevato grado di tecnicismo e di chiarezza da parte dei professionisti alle prese con la redazione di una convenzione d'arbitrato societario.

La relazione del professor Massimo Benedettelli, occupandosi degli arbitrati endosocietari in contesto internazionale, ha affrontato uno scenario che potrebbe presentare profili di problematicità: una clausola compromissoria inserita in statuto di società di diritto italiano ma in cui è scelta sede dell'arbitrato all'estero. Sebbene la normativa italiana in merito all'arbitrato societario sembri far riferimento ad arbitrati puramente domestici, in cui non si riscontra alcun elemento di estraneità al foro italiano, ben potrebbe verificarsi un'ipotesi come quella sopra prospettata, e questo perché l'arbitrato societario si fonda su due momenti di esercizio dell'autonomia privata di uguale importanza: da un lato, la volontà di costituire una società attraverso l'atto costitutivo e dall'altro la volontà di devolvere ad arbitri la competenza di decidere delle controversie relative alla società.

Nell'esercizio di questa seconda autonomia, c.d. autonomia compromissoria, i soci sono liberi di determinare la sede dell'arbitrato, che quindi non deve necessariamente trovarsi all'interno dei confini nazionali. Nonostante la possibilità che una simile e legittima eventualità si verifichi, il legislatore italiano non ha predisposto alcuna norma a tal fine. Sarà quindi compito dell'interprete individuare una soluzione coerente con l'ordinamento vigente. La soluzione offerta dal professor Benedettelli attinge al diritto internazionale privato, precisamente dagli artt. 4, comma 2, e 25 della legge 218 del 1995 e dalla Convenzione di New York. Infatti, leggendo combinatamente le norme appena richiamate, se ne evince che l'ordinamento italiano ammette che (i) le parti possano derogare alla giurisdizione italiana a favore di arbitrato estero, purché tale intenzione sia manifestata in forma scritta e riguardi diritti arbitrabili; (ii) le società siano regolate nel loro modello organizzativo dalle norme applicabili nello Stato di incorporazione; (iii) venga dato riconoscimento e, se richiesta, esecuzione a lodi pronunciati all'estero. Da ciò discende che, purché tali norme siano rispettate e applicate al caso concreto, non v'è motivo per negare la validità di una clausola compromissoria inserita in uno statuto societario che preveda sede dell'arbitrato all'estero, e conseguente applicazione delle regole di procedura arbitrale ivi vigenti. Data la delicatezza della materia, soprattutto alla luce dell'inderogabilità della normativa ex d.lgs. 5/2003, è comunque consigliabile un approccio caso per caso, specialmente al fine di individuare eventuali conflitti tra leggi straniere che regolano la materia dell'arbitrato societario in maniera difforme dalla normativa italiana.

A seguire, durante la tavola rotonda moderata dal professor Filippo Corsini, hanno preso la parola professionisti provenienti da settori diversi.

In particolare, il professor Giuseppe Rescio ha dato atto del perdurare di un *favor* per la convenzione d'arbitrato negli statuti delle società italiane anche a fronte dell'istituzione nel 2012 dei Tribunali

delle Imprese, che si sono in parte rivelati poco fruibili per le parti coinvolte.

Il dottor Massimo Scotton, in qualità di dottore commercialista, ha portato la prospettiva dell'esperto che si confronta con le questioni tecnico-pratiche dell'arbitrato societario, ponendo l'accento sulle notevoli competenze richieste, anche a volte a fronte di problematiche prive di precedenti.

L'avvocato Valentina Allotti, dirigente Assonime, ha offerto una teoria *de iure condendo* in cui sia prevista la possibilità di inserire una convenzione d'arbitrato anche nello statuto delle società quotate, sulla scia dell'esperienza brasiliana, partendo magari dal mercato alternativo (AIM Italia) in cui le società sono relativamente piccole e con flottante ridotto.

Da ultimo, il Vice Direttore Generale CAM, dottor Rinaldo Sali, ha sottolineato la rilevante quantità di arbitrati in ambito societario condotti presso CAM, costituendo essi un terzo degli arbitrati totali. Il relatore ha poi posto l'accento sulle novità del Regolamento Arbitrale in vigore a partire dal 1° marzo 2019 che hanno impatto anche in tema di arbitrato societario. In particolare, l'art. 17, rubricato "Arbitrato societario", stabilisce che qualora una clausola compromissoria inserita in un atto costitutivo ovvero in uno statuto di una società di diritto italiano non preveda la nomina di tutti gli arbitri a opera di un soggetto estraneo alla società, sarà il Consiglio Arbitrale a nominare l'intero Tribunale Arbitrale, così assicurando di fatto l'attuazione della disciplina di cui all'art. 34, comma 2, del d.lgs. 5/2003. Di rilevanza per l'arbitrato societario è altresì la previsione dell'art. 26 del nuovo Regolamento, ai sensi del quale il Tribunale Arbitrale può pronunciare qualunque tipologia di provvedimento cautelare che non sia vietato da norme inderogabili, ferma naturalmente la possibilità per le parti di rivolgersi al giudice ordinario e senza con ciò rinunciare agli effetti della convenzione arbitrale.

La conclusione della conferenza è stata affidata al professor Antonio Briguglio, il quale ha ripreso e sottolineato la "filosofia" che ha ispirato la disciplina dell'arbitrato societario. A tal riguardo, stante l'ostilità della giurisprudenza per l'arbitrato societario poiché facilmente corruttibile nella sua struttura, il legislatore del 2003 è intervenuto con un intento moralizzatore. Le previsioni della nomina del collegio ad opera di un terzo e dell'impugnabilità per violazione di legge vanno allora intese come il "nucleo moralizzante" dell'arbitrato societario, che ne garantiscono la fruibilità per gli operatori del settore.