

Conciliazione e arbitrato societario

Redatta dal dottor LUCA DELL'UTRI
praticante dello Studio PETRACCI – MARIN

Il giorno venerdì 21 ottobre 2005 si è tenuto un convegno dal titolo “Conciliazione e arbitrato societario” presso le Camere di Commercio di Trieste. a cui erano presenti Antonio Paoletti, Presidente della Camera di Commercio, Arrigo De Pauli, Presidente del Tribunale di Trieste, Francesco Luiso, Ordinario di Diritto Processuale Civile dell'Università di Pisa, Bruno Sassani, Ordinario di Diritto Processuale civile dell'Università “Tor Vergata” di Roma, Fabio Padovini, Ordinario di Diritto Privato dell'Università di Trieste, Claudio Vincis, Segretario del Giudizio Arbitrale della Camera di Commercio di Trieste.

Intervento introduttivo : dottor Arrigo De Pauli (Presidente del Tribunale di Trieste)

Come sottolineato dall'intervento introduttivo nell'apertura dei lavori del **sign. Arrigo De Pauli**, il contenzioso civile ordinario rischia di essere un procedimento che a causa di numerosi fattori, invece di dare giustizia rischia di negarla. Ecco che la possibilità di utilizzare strumenti alternativi già previsti all'interno del nostro ordinamento o dotati di una nuova veste alla luce di recenti interventi legislativi, possono portare a soluzioni soddisfacenti sia per i cittadini che per gli operatori di giustizia in ossequio al principio generale del nostro ordinamento della Ragionevole durata del processo. Proseguendo nell'analisi il sign. Arrigo De Pauli ha fatto notare che strumenti alternativi quali l'arbitrato che avrebbero dovuto allora giovare di tale situazione non hanno mai ottenuto il successo che il legislatore si era prefissato e ciò avveniva per due semplici motivi:

- 1) I costi: si è sempre ritenuto all'interno dell'opinione pubblica e non solo che l'arbitrato era cosa da ricchi o di grandi società;
- 2) La terzietà dell'arbitro: la perplessità che tale organo non fosse imparziale e potesse assicurare un sufficiente tutela.

Tuttavia le recenti modifiche legislative potrebbero aver reso forse tale strumento più utile anche se con numerosi problemi come il fatto che mediante il nuovo arbitrato si possano sospendere le delibere assembleari se non hanno ad oggetto diritti disponibili; tale provvedimento non sarebbe soggetto neanche a reclamo; commistione tra diritti disponibili e d indisponibili.

Ecco che per chiarire meglio tutte le problematiche i relatori hanno deciso pertanto di modificare l'ordine degli interventi cedendo la parola al proff. Sassani in modo tale che si proceda secondo un determinato filo logico che veda di trattare prima l'arbitrato poi lo strumento della conciliazione ed infine il nuovo diritto societario dato che tale procedimento potrebbe diventare il prototipo del nuovo procedimento civile.

Intervento Sassani: “Arbitrato societario e procedure conciliative”

Il prof. Sassani ha incominciato il suo intervento facendo presente che lo strumento dell'arbitrato è uno tra gli strumenti più vecchi del nostro ordinamento e che il recente intervento legislativo operato dall'attuale legislatore tramite il D.Lgs. n. 5/2003 ha apportato numerose modifiche per cercare di renderlo (forse) più utile e rispondente alle esigenze attuali. Il proff. Sassani ha passato subito ad analizzare le nuove norme riguardanti l'arbitrato nel nuovo rito societario procedendo per punti ed evidenziando eventuali spunti controversi:

- 1) Il D.Lgs. n. 5/2003 avente ad oggetto la “Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia”, si occupa nel suo titolo V, e precisamente negli art. 34 e ss., dell'Arbitrato e più precisamente di un arbitrato nascente da una clausola compromissoria previste all'interno dello Statuto.

Tale tipologia di arbitrato prevista all'art. 34, ha proseguito, nasce da una CLAUSOLA COMPROMISSORIA, che può essere inserita direttamente nell'atto costitutivo (Nel testo queste espressioni sono mescolate ed utilizzate pertanto per il legislatore atto costitutivo e statuto possono essere ritenuti solo equivalenti).

- 2) L'art. 34 prevede che tale strumento non si applica a tutte le tipologie di società essendo espressamente previsto che siano escluse quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. E questo è ampiamente giustificabile secondo la sua opinione dal fatto che l'acquisto delle azioni ha il più delle volte si tratta di acquisto di tipo speculativo che non riguardano le vicende societarie. Al contrario per tutte le altre società qualora siano previste esse sono vincolanti e non possono essere derogate.
- 3) Per quanto attiene al problema della clausola compromissoria contenuta non all'interno dello statuto o dell'atto costitutivo, ma in un'altra tipologia contrattuale quali i contratti parasociali il proff. Sassani ritiene che la disciplina debba essere derogata a favore di quella del c.p.c.; infatti la riforma dovrebbe essere applicata solo alle clausole compromissorie contenute negli atti costitutivi e non a quelle presenti in altre tipologie contrattuali. Infatti per l'interrogativo che sorge da clausola difforme da quella prevista dalla normativa se sia nulla o compatibile altri regimi quali ad esempio quello processuale civile, il proff. Sassani ha fatto presente che due sono le soluzioni: a) la logica giuridica astratta prevede tale possibilità e quindi un eventuale clausola difforme qualora non possa essere regolata da una disciplina dovrebbe essere regolata da un'altra; b) una soluzione pratica e di buon senso dovrebbe far propendere verso l'applicazione in via interpretativa di un solo regime, onde evitare inutili complicazioni ed abbandonare completamente il vecchio.
- 4) La clausola compromissoria prevede che debba avere ad oggetto diritti disponibili del rapporto sociale, ma il 5° comma dell'art.34 prevede che non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie per le quali la legge prevede l'intervento del P.M.; il che secondo il proff. Sassani, porta a concludere onde evitare problemi di coordinamento con il resto dell'ordinamento che l'oggetto della clausola compromissoria debba avere ad oggetto solo diritti disponibili ed escluso quelli indisponibili e dove sia previsto l'intervento del P.M. Tuttavia le delibere assembleari spesso riguardano diritti indisponibili e il legislatore non ha utilizzato una tecnica chiara al riguardo, così secondo il proff. Sassani, per l'interprete in buona fede, ritenere che in linea di principio tale clausola riguarda diritti disponibili, ma che può essere utilizzato anche per impugnare le delibere, anche se le prime pronunce al riguardo evidenziano la palese incompatibilità.
- 5) Un punto innovativo della riforma è per il proff. Sassani, la nomina degli arbitri, dove si prevede all'art 34 che le parti debbano, a pena di nullità, conferire il potere di nomina a soggetto estraneo. Ciò porta alla conclusione che ora le parti sono definitivamente escluse dal processo di nomina, ed si è risolto il problema nelle liti plurisoggettive. Se la lite riguarda più persone, occorre che il patto sia efficace per tutti e il regolamento valga per tutti, di conseguenza se ogni parte nomina un suo arbitro c'è il rischio teorico che qualcuna rimanga senza, ecco che l'affidamento del potere di nomina ad un soggetto esterno permette di evitare tale problema. Inoltre per richiedere la nomina di un arbitro bisogna essere soci; tuttavia la clausola compromissoria è vincolante non solo per loro, ma anche per i soci la cui qualità è oggetto della controversia. Una soluzione drastica per il proff. Sassani che potrebbe portare a qualche problema interpretativo. Tuttavia la legge ha previsto anche che si possa prevedere una clausola che permetta a collegi o ad altri organi di azionare lo strumento dell'arbitrato, ma che è valida solo se accettata e che può essere modificata o soppressa solo da soci che abbiano almeno i due terzi del capitale con la possibilità anche del diritto di recesso.
- 6) Per quanto attiene alla pubblicità, la domanda di arbitrato deve essere depositata nel registro delle imprese ed è accessibile dai soli soci. Per il mancato deposito non è prevista alcuna sanzione.
- 7) Punto di grande importanza e novità dato dalla riforma, secondo il proff. Sassani, è il problema della tutela cautelare conferita all'arbitro (art. 35, 5° comma); infatti ha potere di disporre la sospensione dell'efficacia della delibera assembleare con ordinanza non

reclamabile. Ciò potrebbe portare in futuro ad un dibattito dottrinale su tale argomento già controverso.

- 8) Gli arbitri devono decidere secondo equità, ma sempre secondo diritto altrimenti la loro decisione è impugnabile. Per poter permettere all'arbitro di decidere liberamente, la riforma ha conferito all'arbitro il potere di conoscere tutte le questioni incidentali.

Questi in linea di massima secondo il proff. Sassani i profili di innovazione della nuova disciplina in materia di arbitrato che si spera abbiano reso tale strumento più utile flessibile, che a seguito del suo intervento ha ceduto la parola al proff. Luiso perché parlasse di conciliazione.

Intervento Luiso: “La conciliazione societaria tra presente e futuro”

Iniziando il suo discorso il proff. Luiso faceva notare come il passaggio iniziale prima di iniziare una controversia non è l'arbitrato che anzi è lo strumento utilizzabile solo in via sussidiaria quando tutti gli altri strumenti hanno fallito. I veri strumenti per il proff. Luiso sono altri e vanno ricercati tra quelli negoziali. Il contratto ha forza di legge tra le parti, e pertanto in materia di diritti disponibili le parti possono regolare negozialmente tutti i loro interessi; al contrario in materia di diritti indisponibili le parti non hanno alcun potere e i loro accordi sono nulli se violano regole inderogabili dell'ordinamento. E dove le parti hanno potere di darsi delle regole ecco che devono farlo rispettando i paletti delle regole poste dall'ordinamento e affidare la risoluzione di eventuali loro controversie. Gli strumenti negoziali quali la transazione possono facilmente dirimere le controversie e il vantaggio di utilizzare strumenti negoziali sono le loro infinite possibilità di soluzione. Mentre un giudice od un arbitro devono decidere secondo diritto, un diritto cristallizzato che non porta a raggiungere le vere esigenze delle parti o il cuore della controversia. Tutto ciò invece è possibile, ha continuato il proff. Luiso, solo nei contratti di scambio. Lo strumento negoziale permette di raggiungere il nocciolo della questione e accontentare tutte le parti.

Per il proff. Luiso il ruolo del conciliatore deve essere quello di fare di catalizzatore tra le parti che terzo ed imparziale si occupa di far raggiungere l'accordo senza dire niente (Conciliazione facilitativa), prospettando rischi e costi (Conciliazione necessaria). In tutto questo il legislatore ha una grande importanza perché se tale strumento è obbligatorio costringi le parti a provarci, mentre se è facoltativo occorre conferire degli incentivi che spingano verso tale soluzione. Per il proff. Luiso quindi la conciliazione è uno strumento che potrebbe essere decisivo in futuro.

(coffe Break)

riprende il dibattito il proff. Padovini con “**Arbitraggio e nuovo diritto societario**”:

il proff. Padovini ha fatto notare come l'arbitraggio sia un istituto tradizionale del nostro ordinamento che si ritrova in moltissimi istituti, ma è uno strumento tradizionale dei contratti che trova la sua fonte nell'art. 1349 c.c.; l'arbitraggio si ritrova così ad esempio nel legato, nelle donazioni, nelle obbligazioni alternative ed ora con la riforma del 2003 anche nel rito societario. Arbitrato e nuovo rito societario sembrano essere due strumenti lontani, ma non è così perché ampiamente nella prassi tali strumenti erano utilizzati ed inseriti all'interno di qualche clausola statutaria. Da ciò nasce la riscoperta del legislatore per uno strumento escluso dal diritto societario, ma ben presente nella prassi.

Le novità per quanto attiene tale strumento si ritrovano nell'arbitrato cosiddetto gestionale previsto all'art. 37 che conferisce il potere ad alcuni soggetti di indirizzare il potere di gestire la società (anche se numerosi sono i dubbi circa il potere vincolante di tale clausola nei confronti dell'amministratore), ma soprattutto si ritrovano in materia di recesso, infatti qualora sia prevista una uscita di un socio opera la regola dell'arbitrato (si veda la contestazione della liquidazione di somme, l'art. 2347 ter, l'art. 2473 per le S.r.l., le clausole di gradimento ex art. 2355 bis c.c.; vedi art.29 D.Lgs. 2003)).

Da tutto ciò il professor Padovini ricavava delle osservazioni in materia:

- 1) il criterio per la liquidazione delle somme è un criterio che si fonda sull'equo apprezzamento e con conoscenza di tutte le circostanze in buona fede. Quindi è un caso di applicazione classica dell'istituto dell'arbitraggio.
- 2) Per quanto attiene allo svolgimento, l'arbitratore non è un arbitro e quindi non si applicano le regole per il numero dispari del collegio e può giudicare secondo le sue conoscenze;
- 3) È impugnabile secondo i criteri dell'art. 1349 c.c. e quindi solo per due motivi: nel caso sia iniqua o erronea o per mala fede. Tuttavia si dovrebbe ritenere fondata la possibilità di attuazione anche nel caso di motivi lievi, ma fondamentali.
- 4) Per quanto attiene ai profili processuali, il professor Padovini ha fatto notare come l'art. 82 delle disp. attuative prevedevano che la nomina spettasse al presidente della CDA. Mentre ora la competenza spetta ex art. 28 del D.Lgs. al magistrato nominato dal presidente che seguirà la controversia.

Detto ciò il professor Padovani ha individuato alcuni punti controversi presentando delle soluzioni al riguardo:

- 1) nomina: una interpretazione coerente ed in senso lato deve far ritenere che si possono nominare arbitratore sia persone fisiche che giuridiche, quindi deve essere conferita la possibilità di svolgere tale attività anche a società o enti.
- 2) Ispezioni: devono essere riconosciuti all'arbitro il potere di compiere ed ordinare ispezioni in modo da poter vigilare ad esempio sui bilanci.
- 3) Responsabilità: il D.lgs. richiama l'art. 64 e prevede una responsabilità risarcitoria che deve essere stesa anche all'arbitro.
- 4) Autonomia statutaria: per quanto attiene alla possibilità di una maggiore disciplina delle modalità di esecuzione dello statuto queste devono essere misurate secondo il principio della Non eccessiva onerosità; pertanto sono permesse solo quelle che mirano a non impedire l'attività.
- 5) La conciliazione: potrebbe essere utilizzata come fase propedeutica all'arbitraggio in materia societaria e il contributo della camera di commercio in tal senso potrebbe essere quello di fornire l'elenco degli arbitri.
- 6) Arbitrato e arbitraggio, non sono due strumenti equivalenti, ma rischiano la commistione in sede negoziale.

Comunque sia, sottolinea il professor Padovini l'arbitraggio è uno strumento coerente con la riforma potrebbe essere un utile strumento per l'autonomia dei soci. Così due espressioni che sembravano antitetico e distanti nel tempo sembrano diventate vicine.

Il dibattito è poi proseguito con l'intervento del sign. Claudio Vincis: **“L'arbitrato amministrativo della camera di commercio”**

Il signor Vincis dopo aver preso la parola, ha fatto presente che malgrado i convegni, gli sforzi, lo strumento della conciliazione non è ancora molto utilizzato. I fattori sono molteplici e vanno dalla carenza legislativa del settore, ad una mancanza di cultura arbitrale (al contrario dei Paesi Nordici), ma si prende atto che finalmente anche il legislatore di questi ultimi anni ha dimostrato un crescente interesse per questo strumento che potrebbe veramente fornire serio aiuto alla giustizia italiana.

L'arbitrato amministrativo, ha proseguito, è uno degli strumenti migliori, tra quelli stragiudiziali per la risoluzione delle controversie; infatti le parti affidano la risoluzione della controversia ad un arbitro di un ente (la camera di commercio) e aderiscono ad un regolamento predisposto che disciplina la procedura. I pregi di tale strumento sono la celerità, la riservatezza, la competenza tecnica, la trasparenza e l'imparzialità. Quello che deve essere ancora fatto per rendere tale strumento pienamente efficiente è il conferimento di strutture efficienti e un regolamento efficace. Per quanto riguarda il primo punto non vi sono problemi, mentre per il regolamento l'Ordine degli Avvocati di Trieste ha inaugurato l'apertura di una commissione di lavoro per la redazione e stesura dello stesso.

Vincis e successivamente un brevissimo intervento del signor Paoletti hanno fatto notare che molta è la strada ancora da percorrere, ma la conciliazione e l'arbitrato sono delle strade obbligate se si vogliono conseguire strumenti efficaci che diano una giustizia efficiente ed efficace.