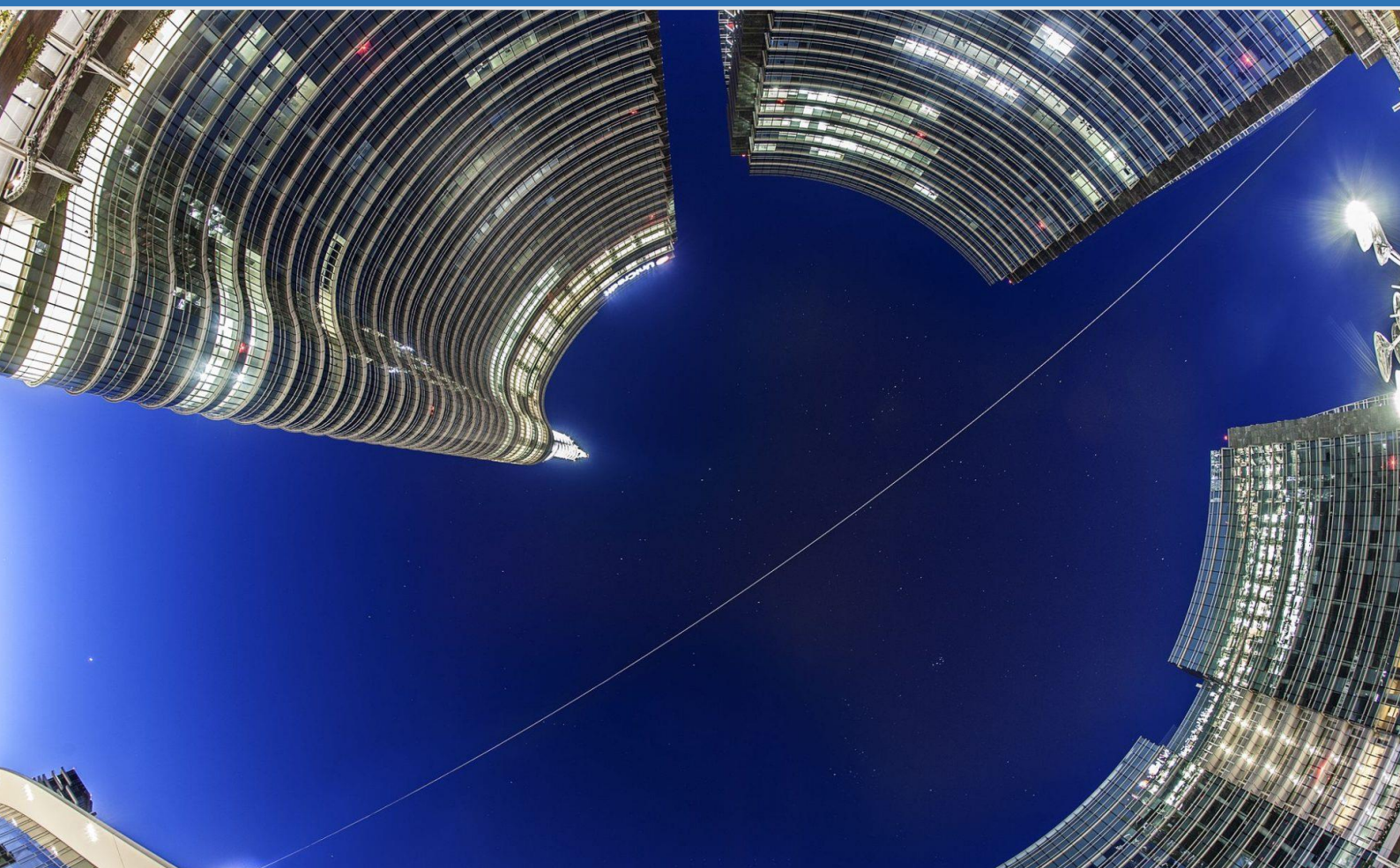


Vol. 2 (2016)



Arbitrato in Italia

Notizie sull'arbitrato domestico e
internazionale in Italia

Vol. 2 (2016)

Arbitrato in Italia

Notizie sull'arbitrato internazionale e
domestico in Italia

Pubblicato nel maggio 2020 da
Arbitration in Italy Ltd
61 Bridge Street
HR5 3DJ Kington
United Kingdom

I provvedimenti richiamati in questa rivista pubblicati nel
corso dell'anno 2016 sono disponibili *online* sul sito *web* della
rivista: <https://www.arbitratoinitalia.it>

INDICE

Arbitrabilità delle controversie societarie	3
Quali sono le controversie arbitrabili?	7
Rapporti tra arbitrato e processo	9
Arbitrato e abuso di dipendenza economica.....	11
Arbitrato ed emolumento dell'amministratore	13
Ancora sull'impugnazione per nullità.....	15
Ancora sui rapporti tra arbitrato e processo	18
Arbitrato societario: e pur si muove!.....	21
Natura dell'arbitrato irrituale	23
Eccezione di compromesso.....	24
Il ritorno del doppio binario.....	26
Impugnazione nel merito.....	28
Arbitrato societario e trasferimento di partecipazioni sociali	31
Ancora su arbitrato e decadenze.....	33
Circolazione della clausola compromissoria.....	34
Arbitrato societario e tutela cautelare.....	38
Deliberazione del lodo	41
Arbitrato societario	43
Arbitrabilità delle controversie societarie	45
Arbitrato e provvedimenti cautelari	48
Clausola compromissoria e responsabilità extracontrattuale.....	50
Ambiguità nella clausola compromissoria	53
Impugnazione di lodo parziale.....	55
Brevi note sugli istituti conciliativi ed arbitrali nell'area del diritto industriale..	57

*
**

Arbitrabilità delle controversie societarie

di Roberto Oliva

Una recente pronunzia del Tribunale di Roma (sentenza n. 25936 del 30 dicembre 2015) consente di svolgere una riflessione sul tema dell'arbitrabilità delle controversie societarie e in particolare di quelle aventi ad oggetto l'impugnazione di deliberazioni assembleari.

Questa, in sintesi, la vicenda decisa dal Tribunale di Roma.

Taluni soci di una società a responsabilità limitata hanno impugnato la deliberazione, assunta dall'assemblea di quest'ultima, con la quale erano state revocate/annullate/rese prive di efficacia precedenti deliberazioni di distribuzione degli utili ai soci.

La società convenuta si è costituita in giudizio sollevando, tra l'altro, *exceptio compromissi*. Invero, l'art. 29 del suo statuto prevede che *“tutte le controversie sorte tra i soci e la società, gli amministratori, i liquidatori, i sindaci o il revisore, aventi per oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, sono risolte da un arbitro unico nominato dal Presidente del Consiglio Notarile del Distretto nel cui ambito ha sede la società. (...) L'arbitro procede in via rituale e decide secondo equità entro novanta giorni dalla nomina, senza obbligo di deposito del lodo, pronunciandosi anche sulle spese dell'arbitrato. La presente clausola compromissoria non si applica alle controversie nelle quali la legge prevede l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero”*.

Il Tribunale di Roma ha quindi esaminato la natura della controversia avanti a esso proposta, per verificare se avesse ad oggetto diritti disponibili (che avrebbero potuto e quindi, nel caso di specie, dovuto essere conosciuti dal Tribunale arbitrale) o se invece riguardasse diritti indisponibili (riservati alla cognizione del giudice statale). Ed è giunto alla conclusione che oggetto della controversia fossero diritti disponibili.

Invero, ad avviso del Tribunale di Roma, *“l'area dei diritti indisponibili, per i quali non può valere la rimessione ad arbitri, è limitata a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte”*. Fatta questa premessa, il giudice romano ha poi osservato che i vizi della deliberazione denunciati dagli attori non comportano tale *“reazione*

(...) svincolata da qualsiasi iniziativa di parte”. Al contrario, si risolvono in mere ragioni di annullabilità della deliberazione impugnata.

Il Tribunale di Roma ha quindi pronunciato la propria incompetenza, in favore del Tribunale arbitrale previsto dallo statuto.

Mi pare che il giudice romano sia giunto a una conclusione corretta (devoluzione alla cognizione arbitrale della specifica controversia promossa avanti il giudice statale) sia pure seguendo un percorso argomentativo non del tutto condivisibile.

Sappiamo che ai sensi dell’art. 34 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 possono essere devolute alla cognizione degli arbitri *“le controversie (...) che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale”*. Non dissimile è la previsione dell’art. 806 cod. proc. civ., come modificata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40: *“Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge”*.

Per comprendere quindi se una controversia sia arbitrabile, occorre innanzi tutto verificare se essa ha ad oggetto diritti disponibili o indisponibili.

Ebbene, in questo quadro, ciò che non mi convince è la corrispondenza – affermata dal Tribunale di Roma – tra carattere indisponibile del diritto controverso e natura inderogabile della norma che definisce tale diritto: *“va ribadito che l’area dei diritti indisponibili, per i quali non può valere la rimessione ad arbitri, è limitata a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell’ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte”*.

Tra questi *“interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell’ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte”*, viene poi citato dal Tribunale di Roma (che sul punto richiama l’orientamento della Cassazione) quello relativo a chiarezza e precisione del bilancio di esercizio.

Mi sembra però che tra la definizione di diritto indisponibile (interesse la cui violazione determina una reazione dell’ordinamento svincolata dall’iniziativa di parte) e l’esemplificazione dello stesso (chiarezza e precisione del bilancio) sussista un salto logico difficilmente colmabile. Infatti, la tutela dell’interesse alla corretta rappresentazione nel bilancio della situazione economica e patrimoniale della società non è affatto *“svincolata da qualsiasi iniziativa di parte”*. Ben al contrario, una iniziativa è richiesta. E deve pure essere abbastanza sollecita: un bilancio non è più impugnabile dopo l’approvazione del successivo (art. 2434/bis cod. civ.).

A ben vedere, come è stato acutamente osservato in dottrina, tutti i diritti previsti da norme civili sono disponibili, nel senso che – salvi i casi, invero non frequenti, di legittimazione del pubblico ministero – di essi si può disporre non esercitandoli, poiché il difetto di iniziativa del privato equivale – sia pure in senso lato – a disposizione del diritto.

Non a caso, altra dottrina ha proposto di circoscrivere l'area dell'indisponibilità dei diritti ai limitati settori e alle poche materie dove le parti non hanno la libera disponibilità dell'azione, poiché devono sottostare all'iniziativa del pubblico ministero, sia essa in via di azione o di intervento obbligatorio.

Si tratta di una interpretazione interessante, ma che mi pare contraddetta dal tessuto normativo che ci interessa. Invero, l'art. 34 d.lgs. 5/2003, dopo aver disposto che *“Gli atti costitutivi delle società (...) possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto”* (co. 1), si cura di specificare che *“Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero”* (co. 5).

In altri termini: è la legge stessa a ricordarci che le controversie su diritti indisponibili e quelle nelle quali è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero rappresentano due insiemi distinti. Ad esempio, non ritengo che una controversia relativa alla revoca di un liquidatore di società concerna diritti indisponibili. Nondimeno, non sarà arbitrabile, poiché in essa è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero *ex art. 70 cod. proc. civ.* (si tratta infatti di controversia che potrebbe essere promossa dallo stesso pubblico ministero: art. 2487, co. 4, cod. civ.).

Dall'altro lato, però, neppure può fondatamente affermarsi, come invece spesso è affermato dalla giurisprudenza che ribadisce tralatiziamente antiche massime, che il carattere inderogabile di una norma comporterebbe automaticamente l'indisponibilità del diritto che in quella norma rinviene la sua fonte, con la conseguente non arbitrabilità delle relative controversie.

Invero, sono pacificamente arbitrabili controversie in cui si deve fare applicazione di norme inderogabili (ad esempio, in tema di nullità di negozi giuridici, ivi compresa la nullità per contrarietà all'ordine pubblico: si pensi alle controversie in materia di diritto della concorrenza).

Che nozione di diritti indisponibili può allora essere impiegata?

A me pare che tali siano quelli – e solo quelli – ai quali non si può validamente rinunciare mediante attività negoziale.

Adottando questa definizione, diviene allora possibile individuare con maggior chiarezza le controversie societarie non arbitrabili.

Invero, i *“diritti disponibili relativi al rapporto sociale”* di cui all'art. 34 d.lgs. 5/2003 sarebbero quelli passibili di valida disposizione ai sensi del diritto societario. Parallelamente, i diritti indisponibili in materia andrebbero a coincidere con i diritti irrinunciabili dei soci: quei diritti che non possono essere validamente derogati non solo dall'assemblea, ma neppure dall'atto costitutivo, ossia neppure

con il consenso di tutti i soci ivi compreso il loro titolare (come chiaramente illustrato da autorevole dottrina).

In questa prospettiva, si ridurrebbe sensibilmente la rilevanza della molteplicità di indici impiegati dalla giurisprudenza per affermare (o negare) l'arbitrabilità di una controversia societaria, quali ad esempio la pretesa natura (individuale o superindividuale) dell'interesse tutelato o, in ipotesi di impugnazione di deliberazioni, il carattere del vizio denunciato o le sue conseguenze (nullità o annullabilità): *frusta fit per plura, quod potest fieri per pauciora*.

**

Quali sono le controversie arbitrabili?

di Roberto Oliva

Ho letto con interesse una recente pronuncia della Cassazione (Cass., Sez. VI Civ., ord. 21 gennaio 2016, n. 1119), in tema di definizione delle controversie arbitrabili, anche poiché ha offerto, in riferimento a un arbitrato di diritto comune, una interpretazione dei limiti di arbitrabilità non del tutto coincidente con quella che la stessa Suprema Corte impiega in caso di arbitrato societario.

La vicenda, in estrema sintesi, è la seguente.

Una società, utilizzatrice in un contratto di *leasing*, ha convenuto avanti il giudice statale l'Istituto finanziario concedente, lamentando il carattere usurario degli interessi determinati ai sensi del contratto e chiedendo quindi la restituzione delle somme pagate indebitamente e il risarcimento del danno subito.

Il concedente si è costituito in giudizio, sollevando *exceptio compromissi*, che è stata accolta dal giudice: la controversia in parola (avente ad oggetto una lamentata nullità per contrarietà a norme imperative) sarebbe senz'altro deferibile in arbitri ai sensi del vigente art. 806 cod. proc. civ., a norma del quale “*Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge*”.

L'ordinanza con la quale il giudice statale ha declinato in favore del Tribunale arbitrale la competenza a decidere della controversia è stata impugnata dalla società utilizzatrice. Ad avviso di quest'ultima, innanzi tutto, il giudice avrebbe dovuto fare applicazione del previgente testo dell'art. 806 cod. proc. civ., ossia quello precedente la riforma di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, poiché il contratto oggetto di contestazione, contenente la clausola compromissoria, era stato concluso nel gennaio 2001. E ai sensi dell'art. 806 cod. proc. civ. applicabile *ratione temporis* (“*Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle (...) che non possono formare oggetto di transazione*”) la controversia in parola non sarebbe arbitrabile, poiché essa non potrebbe formare oggetto di transazione.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che il primo giudice avesse errato nel richiamare il vigente art 806 cod. proc. civ., ma che nondimeno fossero corrette le conclusioni cui è pervenuto.

Il nuovo testo dell'art. 806 cod. proc. civ. è stato introdotto dall'art. 20 d.lgs. 40/2006 e, ai sensi dell'art. 27 del medesimo d.lgs., le disposizioni del suo art. 20 si applicano alle convenzioni di arbitrato stipulate dopo la sua entrata in vigore, avvenuta il 2 marzo 2006. Non vi è quindi alcun dubbio che esse non possano trovare applicazione con riferimento a una clausola compromissoria conclusa nel gennaio 2001.

Nondimeno, alla diversa formulazione dell'art. 806 cod. proc. civ. non consegue una sostanziale modificazione del significato della disposizione: non sono suscettibili di essere deferite in arbitri le controversie aventi ad oggetto diritti che, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti.

Allo scopo di individuare questi diritti indisponibili – afferma la Cassazione – *“non assume un rilievo determinante la circostanza che la disciplina del rapporto sia dettata da norme inderogabili, esistendo una pluralità di materie disciplinate da norme imperative, nell'ambito delle quali è riconosciuta alle parti la facoltà di disporre dei propri diritti, magari a determinate condizioni oppure nel rispetto delle modalità previste dalla legge”*. In altri termini: il concetto di indisponibilità dei diritti non va confuso con quello dell'inderogabilità della disciplina applicabile. Si tratta di un insegnamento ormai risalente (la sentenza in commento richiama sul punto Cass., Sez. I Civ., 27 febbraio 2004, n. 3975), ma che forse talvolta viene dimenticato.

Nel caso di specie, quindi, secondo la Suprema Corte, il carattere inderogabile delle disposizioni che disciplinano la determinazione del tasso di interesse (stabilendo condizioni e limiti per la pattuizione di interessi extralegali e comminando sanzioni penali per l'imposizione di interessi usurari) comporta sì la nullità dei patti che le violano, ma non anche l'incompromettibilità delle relative controversie. Saranno quindi gli arbitri a potersi (e doversi) pronunciare sulla lamentata nullità.

**

Rapporti tra arbitrato e processo

di Roberto Oliva

I rapporti tra arbitrato e processo sono oggetto di una recente pronunzia della Corte di Cassazione (Sez. III Civ., ord. 19 gennaio 2016, n. 783), che è giunta a una conclusione corretta, in punto (im)possibilità di sospendere un procedimento pendente avanti il giudice statale nell'attesa della definizione di altro giudizio pendente avanti un Tribunale arbitrale, sulla base però di un ragionamento non del tutto corretto. E questo è il motivo per cui desidero commentarla brevemente.

La vicenda, in poche parole, è questa. Avanti il giudice statale sono pendenti due procedimenti riuniti (una causa di scioglimento di una comunione ereditaria e una di opposizione a decreto ingiuntivo). Altro giudizio, il cui oggetto però non è possibile conoscere dalla lettura dell'ordinanza in commento, pende avanti gli arbitri. Il giudice statale, ritenendo che la questione sottoposta alla decisione arbitrale fosse pregiudiziale, logicamente e giuridicamente, rispetto alle domande a lui proposte, ha sospeso il procedimento *ex art. 295 cod. proc. civ.*

L'ordinanza di sospensione è stata impugnata con istanza di regolamento di competenza, come previsto dall'art. 42 cod. proc. civ.

L'impugnazione è stata accolta e la Corte di Cassazione ha rimesso le parti avanti il giudice statale.

La Suprema Corte sul punto ha richiamato un suo precedente (Cass., Sez. III Civ., 21 ottobre 2009, n. 22380), che però non ho reperito, in punto inapplicabilità dell'art. 295 cod. proc. civ. ai rapporti tra arbitrato e processo, come espressamente stabilito dall'art. 819/*ter* cod. proc. civ.

La decisione è senz'altro corretta: dispone infatti l'appena citato art. 819/*ter*, co. 2, cod. proc. civ. che *“Nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295”*.

La Corte costituzionale, con la sua sentenza n. 223 del 19 luglio 2013, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questa disposizione, nella parte in cui esclude l'applicabilità, nei rapporti tra arbitrato e processo, di regole

corrispondenti all'art. 50 cod. proc. civ.; mai nessun dubbio è stato posto invece con riferimento alla inapplicabilità dell'art. 295 cod. proc. civ., ossia la disposizione che per l'appunto regola la sospensione del processo.

Per una espressa scelta del legislatore, quindi, procedimento arbitrale e giudizio statale procedono paralleli. Se l'oggetto del procedimento arbitrale è pregiudiziale rispetto a quello del giudizio statale (come nella fattispecie decisa dalla Cassazione con l'ordinanza in commento), il giudice statale ne può conoscere incidentalmente, a meno che non sia passata in giudicato la statuizione arbitrale. In tal caso, infatti, il giudice statale sarà vincolato dal giudicato arbitrale. Quest'ultima ipotesi (sopravvenienza del giudicato arbitrale durante la pendenza del giudizio statale) è forse quella più probabile, se si tiene in considerazione la durata media di un processo in Italia e la si raffronta con la durata tendenziale di un procedimento arbitrale.

Quale è, allora, il vizio del ragionamento – pur pervenuto a una soluzione corretta – della Corte di Cassazione?

La Suprema Corte afferma, nella motivazione della sua ordinanza, di condividere le conclusioni del Pubblico Ministero, che aveva chiesto l'accoglimento del regolamento di competenza, sulla base però di un ragionamento erraneo. Infatti, il Pubblico Ministero (stando a quanto delle sue conclusioni scritte è riportato nel provvedimento in commento) ha rilevato *“che la natura privata dell'arbitrato e del provvedimento che ne deriva, escludendo il pericolo di un contrasto tra giudicati, impedisce la possibilità stessa di una sospensione del giudizio civile, quale che ne sia la ragione”*.

L'art. 824/*bis* cod. proc. civ., però, dispone che *“il lodo ha (...) gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”*. Sussiste, quindi, il rischio di un contrasto tra giudicati. E allora l'inapplicabilità dell'art. 295 cod. proc. civ. ai rapporti tra arbitrato e processo, e pertanto l'impossibilità di sospendere il procedimento pendente avanti il giudice statale, non discende dalla *“natura privata dell'arbitrato”*, ma esclusivamente dall'espressa scelta del legislatore contenuta nell'art. 819/*ter*, co. 2, cod. proc. civ.

*
**

Arbitrato e abuso di dipendenza economica
di Roberto Oliva

Una interessante pronunzia del Tribunale di Milano (Trib. Milano, Sez. VII Civ., 31 dicembre 2015, n. 14874) affronta il tema dell'arbitrabilità delle controversie in materia di abuso di dipendenza economica.

La fattispecie decisa dal Tribunale di Milano, in sintesi e per quanto qui interessa, è la seguente.

Una società per azioni, che opera nel settore dell'avvolgimento protettivo dei bagagli in numerosi aeroporti, si è avvalsa, per prestare i suoi servizi, di una società cooperativa.

I rapporti tra le parti erano regolati solo talvolta con contratti scritti; e quando ciò avveniva, essi erano qualificati come associazione in partecipazione.

Nei primi mesi del 2012, la relazione tra le parti si è bruscamente interrotta: a seguito di reciproche doglianze, la società per azioni ha esercitato la facoltà di recesso che le era riconosciuta contrattualmente.

La società cooperativa l'ha quindi convenuta in giudizio, deducendo che la relazione tra le parti avrebbe dovuto essere qualificata come subfornitura industriale ai sensi della l. 18 giugno 1998, n. 192 e lamentando, in ogni caso, un abuso di dipendenza economica in suo danno *ex art. 9 l. 192/1998* (in effetti, il divieto di abuso di dipendenza economica si applica in tutti i rapporti verticali tra imprese, e non soltanto a quelli di subfornitura, come osservato da Cass., SS.UU., 25 novembre 2011, n. 24906).

La convenuta, oltre a difendersi nel merito, ha anche sollevato *exceptio compromissi*: nei contratti stipulati per iscritto dalle parti era contenuta una clausola compromissoria che prevedeva la devoluzione di ogni controversia inerente tali contratti al giudizio rituale e di diritto di un arbitro unico. Ciò avrebbe comportato, a dire della convenuta, la devoluzione al giudizio arbitrale anche delle azioni inerenti a una sua pretesa responsabilità extracontrattuale (ossia, par di comprendere, quella discendente da un eventuale abuso di dipendenza economica).

Il Tribunale di Milano ha accolto questa eccezione, seguendo però un percorso argomentativo diverso da quello indicato dalla convenuta – e a mio avviso più convincente.

Il giudice ha così rilevato che, *“Indipendentemente dalla questione in ordine alla qualificabilità del contratto stipulato dalle parti – cui le stesse hanno attribuito il nomen iuris dell’associazione in partecipazione – come subfornitura, si rileva che in tale disciplina non si rinviene alcun divieto relativo alla compromettibilità in arbitri delle controversie inerenti tali contratti, né dalla stessa si evince una implicita incompatibilità con la previsione di una clausola compromissoria”*. Anzi, la disciplina di cui all’art. 10 l. 192/1998 prevede proprio il ricorso ad un particolare arbitrato per la risoluzione delle controversie riguardanti il rapporto di subfornitura.

Sgombrato il campo da eventuali ipotesi di non compromettibilità, il Tribunale di Milano ha richiamato l’orientamento della Suprema Corte (la già citata Cass., SS.UU., 25 novembre 2011, n. 24906), secondo il quale la domanda di risarcimento danni fondata su un preteso abuso di dipendenza economica *“rientra nell’ambito della responsabilità contrattuale e la relativa controversia va considerata come relativa al contratto; ciò in quanto l’abuso disciplinato da tale norma si concretizza nell’eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell’ambito di «rapporti commerciali», e presuppone quindi che tali rapporti siano regolati da un contratto”*.

Il giudice statale ha quindi dichiarato la propria incompetenza a decidere le controversie relative ai contratti conclusi per iscritto tra le parti, in cui era contenuta una clausola compromissoria, limitando la sua cognizione ai soli rapporti non formalizzati.

Per quanto invece concerne le controversie devolute agli arbitri, sono previsti tre arbitrati amministrati: dalla Camera Arbitrale di Milano, da quella di Bergamo e da quella di Roma. Sarebbe possibile concentrare tutte le domande in unico procedimento, ma ciò soltanto ove le parti siano d’accordo (penso ad esempio al meccanismo previsto dall’art. 1, co. 2, del Regolamento della Camera Arbitrale di Milano: *“Al di fuori di quanto previsto dal comma 1 [ossia se non è richiamato nella clausola, n.d.s.], il Regolamento è applicato se ricorrono le seguenti condizioni: a. una parte deposita una domanda di arbitrato sottoscritta personalmente dalla parte stessa e contenente la proposta di ricorrere a un arbitrato disciplinato dal Regolamento; b. l’altra parte accetta tale proposta, con dichiarazione sottoscritta personalmente, entro il termine indicato dalla Segreteria Generale”*).

**

Arbitrato ed emolumento dell'amministratore

di Roberto Oliva

La Corte di Cassazione, in una sua recente pronunzia (Cass., Sez. I Civ., 11 febbraio 2016, n. 2759) ha affrontato il tema dell'arbitrabilità delle controversie tra una società e un suo amministratore, aventi ad oggetto il diritto di quest'ultimo di percepire l'emolumento connesso alla carica.

Questa, in sintesi, la vicenda.

L'ex amministratore di una società per azioni ha richiesto e ottenuto, nel giugno 2008, un decreto ingiuntivo per gli importi a suo dire dovuti a titolo di compenso per la sua attività.

Il decreto è stato pronunciato dal giudice del lavoro.

La società ha proposto opposizione a questo decreto, nelle forme del rito societario allora vigente: ha eccepito la competenza arbitrale, in ragione della presenza nel suo statuto di una clausola compromissoria; nel merito, ha pure eccepito l'insussistenza del diritto al compenso vantato dal suo ex amministratore.

Quest'ultimo si è costituito in giudizio eccependo, a sua volta, la tardività dell'opposizione a decreto ingiuntivo (che a suo dire avrebbe dovuto essere proposta con le forme del rito del lavoro), rilevando l'inapplicabilità della clausola compromissoria statutaria, poiché la controversia rientra tra quelle di cui all'art. 409 cod. proc. civ. (e l'art. 806, co. 2, cod. proc. civ. prevede che "*Le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro*"), e contestando infine nel merito le deduzioni della società.

Il giudice statale, sia in primo grado che in appello, ha accolto l'*exceptio compromissi* sollevata dalla società.

La Corte di Cassazione ha infine confermato la correttezza delle decisioni dei giudici di merito.

La Suprema Corte, in primo luogo, ha osservato che le controversie tra amministratori e società sono tutte attribuite alle competenze delle sezioni specializzate in materia d'impresa: *“nella previsione dell’art. 3 lett. a) del d.lgs. n. 168/2003, secondo cui sono di competenza del tribunale delle imprese i procedimenti relativi a rapporti societari, devono essere ricomprese tutte le controversie che vedano coinvolti la società e i suoi amministratori senza poter distinguere tra le controversie che riguardino l’agire degli amministratori nell’espletamento del rapporto organico e i diritti che, sulla base dell’eventuale contratto che la società e l’amministratore abbiano stipulato, siano stati riconosciuti a titolo di compenso”*.

Dopo aver richiamato la sua giurisprudenza, che esclude la natura subordinata (o para-subordinata) del rapporto tra società e amministratore (Cass., Sez. Lavoro, 26 febbraio 2002, n. 2861; Cass., Sez. Lavoro, 5 settembre 2003, n. 13009; Cass., Sez. I Civ., 12 settembre 2008, n. 23557; Cass., Sez. I Civ., 1 aprile 2009, n. 7961; Cass., Sez. I Civ., 13 novembre 2012, n. 19714; Cass., Sez. I Civ., 17 ottobre 2014, n. 22046), la Cassazione giunge alla conclusione che si deve *“ritenere ormai superata (...) l’operatività delle limitazioni alla compromettibilità in arbitri delle controversie relative ai rapporti fra amministratori e società anche se attinenti al compenso dell’amministratore per l’attività gestoria svolta”*.

Secondo la Cassazione, poi, non è più possibile affermare – come avevano fatto in passato le Sezioni Unite (Cass., SS.UU., 14 dicembre 1994, n. 10680) – che le controversie relative al compenso degli amministratori siano soggette al rito del lavoro ai sensi dell’art. 409, n. 3, cod. proc. civ. (*“Si osservano le disposizioni del presente capo nelle controversie relative a: (...) 3) rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinata”*). Questa conclusione, infatti, sarebbe ora impedita proprio dall’attribuzione alle sezioni specializzate in materia di impresa di tutte le controversie tra amministratori e società.

Dall’altro lato, comunque, l’art. 34, co. 4, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 dispone espressamente che *“Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori (...) ovvero nei loro confronti (...)”*. Pertanto, pure ove si volesse ancora ritenere che si applichi il rito del lavoro alle controversie tra società e amministratori relative al compenso di questi ultimi, nondimeno esse sarebbero arbitrabili. L’art. 806, co. 2, cod. proc. civ. dispone infatti che le controversie soggette al rito del lavoro *“possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro”*; e una previsione di legge, come appena visto, esiste.

**

Ancora sull'impugnazione per nullità

di Roberto Oliva

La Corte di Cassazione, con la sentenza della Sez. I Civ. del 23 febbraio 2016, n. 3481, ha definitivamente deciso una vicenda di cui si è ampiamente occupata la stampa: quella della controversia tra Bernardo Caprotti e i suoi figli Violetta e Giuseppe relativa alla proprietà delle azioni della *holding* Supermarkets Italiani S.p.A.

Nel 1996, in vista del compimento di una serie di operazioni societarie, le azioni di questa *holding* (che ai tempi si chiamava Bellefin S.p.A.) sono state intestate fiduciariamente da Bernardo Caprotti ai suoi figli Violetta, Giuseppe e Marina, i quali a loro volta le hanno fatte oggetto di un mandato fiduciario con Unione Fiduciaria S.p.A. Nel contempo, i figli hanno conferito al padre procura generale a compiere tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione senza obbligo di rendiconto.

Nel febbraio 2011, avvalendosi proprio di queste procure, Bernardo Caprotti ha estinto i mandati fiduciari in essere tra i figli e Unione Fiduciaria S.p.A. e ha attivato un nuovo mandato fiduciario, avente ad oggetto le stesse azioni, “*a beneficio del loro unico ed esclusivo pieno proprietario e fiduciante ultimo Signor Bernardo Caprotti*”.

I figli si sono avveduti di quanto avvenuto solo dopo circa un anno e Violetta e Giuseppe Caprotti hanno chiesto al Tribunale di Milano di disporre il sequestro giudiziario delle azioni (ai sensi dell'art. 670 cod. proc. civ., “*Il giudice può autorizzare il sequestro giudiziario: 1) di beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni, quando ne è controversa la proprietà o il possesso, ed è opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea (...)*”).

Il Tribunale ha respinto le richieste dei figli e, nel frattempo, il padre ha promosso il giudizio arbitrale previsto dall'accordo concluso con i figli nel 1996, in virtù del quale erano state effettuate le intestazioni fiduciarie più sopra riferite.

Il Tribunale Arbitrale nel luglio del 2012 ha accolto le domande di Bernardo Caprotti, respingendo invece quelle dei figli.

Questi ultimi hanno impugnato il lodo avanti la Corte di Appello di Milano e, risultati soccombenti pure in quel giudizio, hanno infine presentato ricorso avanti la Suprema Corte.

Non si è posta, in questo giudizio, la questione dell'ammissibilità dell'impugnazione per violazione di regole di diritto di un lodo pronunciato dopo la riforma del 2006 sulla base di una clausola compromissoria conclusa prima riforma. Anche secondo il previgente art. 829 cod. proc. civ., infatti, non sarebbe stato possibile impugnare per tale motivo il lodo pronunciato nel 2012, poiché esso è stato reso in un arbitrato di equità (e il vecchio art. 829, co. 2, cod. proc. civ. disponeva che *“L'impugnazione per nullità è altresì ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile”*).

Con il primo motivo di ricorso, i ricorrenti hanno denunciato la nullità del lodo ex art. 829, co. 3, ultimo periodo, cod. proc. civ. (*“è ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico”*), poiché esso sarebbe stato emesso in violazione del principio, per l'appunto di ordine pubblico, dell'inammissibilità del trasferimento della proprietà in mancanza di un atto a ciò idoneo. La tesi dei ricorrenti è però stata respinta dalla Suprema Corte: *“anche ad aderire alla prospettazione dei ricorrenti, e quindi a ritenere di ordine pubblico le norme sul trasferimento della proprietà, va rilevato come (...) i ricorrenti tendano a segmentare quello che è un complesso negoziale ed a darne una lettura sostanzialmente frammentata”*; esaminando invece la vicenda in tutti i suoi elementi, ci si avvede che sussiste *“l'atto idoneo al trasferimento della proprietà delle azioni”*.

Con il secondo motivo di ricorso, è stata lamentata una ulteriore violazione di norme di ordine pubblico: questa volta, quelle in materia di prescrizione. Sennonché, la Cassazione, richiamando un suo precedente (Cass., Sez. III Civ., 18 gennaio 2011, n. 1084), ha osservato che *“le norme sulla prescrizione (...) non possono essere considerate di ordine pubblico, e tale rilievo assorbe ogni ulteriore valutazione sulle censure fatte valere nel motivo”*. Questo motivo di ricorso è quindi stato respinto, senza necessità di indagare l'applicazione che delle norme sulla prescrizione era stata fatta dal Tribunale Arbitrale.

Il terzo motivo lamentava una nullità del lodo ex art. 829, co. 1, n. 4, cod. proc. civ. (*“L'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia, nei casi seguenti: (...) 4) se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato (...)”*). L'errore del Tribunale Arbitrale sarebbe consistito, in particolare, nell'aver affermato la *“validità, efficacia e legittimità”* di negozi intervenuti tra Bernardo Caprotti e terzi (nello specifico, Unione Fiduciaria S.p.A.). La Corte ha respinto pure questo motivo di ricorso, notando come, ancora una volta, il vizio denunciato dai ricorrenti derivasse da una forzata frammentazione di una vicenda in realtà unitaria: *“non sfugge che la valutazione del profilo in oggetto intercetta quanto già rilevato nel primo motivo, per cui la reiezione di questo finisce con l'assorbire la censura di cui si tratta”*.

Più complesso era il quarto e ultimo motivo, che si articolava in due distinte censure: da un lato, nel corso del procedimento arbitrale sarebbe avvenuta una violazione del principio contraddittorio, poiché sarebbe stato consentito a Bernardo Caprotti di modificare le sue domande; dall'altro lato, poi, il Tribunale Arbitrale avrebbe accolto una domanda non formulata dalle parti.

Anche questo motivo di ricorso è stato respinto. Quanto alla violazione del contraddittorio, la Corte ha richiamato un suo precedente (Cass., Sez. I Civ., 27 dicembre 2013, n. 28660), che ha espresso il principio *“secondo cui nel procedimento arbitrale l'omessa osservanza del principio del contraddittorio (...) non è un vizio formale, ma di attività; ne consegue che, ai fini della declaratoria di nullità, è necessario accertare la concreta menomazione del diritto di difesa, tenendo conto delle modalità di confronto tra le parti (...) e delle possibilità, per le stesse, di esercitare, nel rispetto della regola «audiatur et altera pars», su un piano di uguaglianza le facoltà processuali loro attribuite”*. Fatta questa premessa, la Corte ha poi osservato che i figli di Caprotti avevano svolto le loro difese, in relazione alla pretesa domanda nuova formulata dal padre, sin dalla loro prima memoria nel procedimento arbitrale, circostanza che *“induce a ritenere che la questione (...) appartenesse già al giudizio”* e *“vale a privare di incisività la difesa degli odierni ricorrenti”*.

L'ulteriore argomento posto a fondamento del quarto motivo (pronuncia su domanda non formulata dalle parti), infine, è stato dichiarato inammissibile dalla Corte, poiché *“dalla sentenza impugnata non risulta che Violetta e Giuseppe Caprotti avessero fatto valere tale vizio [nel giudizio avanti la Corte di Appello, n.d.s.], (...) di talchè sarebbe stato onere della parte indicare come e dove avesse denunciato il profilo in oggetto nel giudizio di merito”*.

Una ultima annotazione che vorrei fare riguarda le tempistiche di questo giudizio. Il lodo arbitrale è stato pronunciato, da un Tribunale Arbitrale composto da giuristi di chiara fama, in meno di un anno. In circa quattro anni dall'inizio della vicenda, è intervenuta la decisione definitiva della Cassazione. Pur nelle peculiarità del caso concreto, è forse la migliore dimostrazione dell'utilità del ricorso all'arbitrato nel nostro Paese.

**

Ancora sui rapporti tra arbitrato e processo

di Roberto Oliva

Una recente pronunzia del Tribunale di Roma (Trib. Roma, Sez. III Civ., 1 marzo 2016, n. 4216) torna sul tema dei rapporti tra arbitrato e processo, e in particolare sulla possibilità di sospendere un procedimento pendente avanti il giudice statale in attesa della definizione di altro procedimento pendente avanti un Tribunale arbitrale.

Questa, in sintesi, era la vicenda sottoposta al Tribunale di Roma.

Tre società, due di Taiwan (Powercom Co. Ltd. e Sunpower Semiconductor Ltd.) e una di Singapore (Yuraku Pte. Ltd.), avevano costituito una *joint venture* (una società di Singapore, denominata Powercom Yuraku Pte. Ltd.) per la realizzazione di impianti fotovoltaici in Europa.

La società risultante dalla *joint venture* (come detto, Powercom Yuraku Pte. Ltd.) ha costituito a sua volta una società di diritto lussemburghese (Powercom Yuraku SA), la quale infine ha costituito in Italia otto distinte società veicolo, una per ogni impianto fotovoltaico da realizzare.

I rapporti tra le società che hanno costituito la *joint venture* erano regolati da due patti parasociali: il primo del maggio 2009 e il secondo dell'ottobre dello stesso anno. In relazione all'adempimento di questi patti, era sorta controversia tra le parti, rimessa al giudizio di un Tribunale arbitrale a Singapore.

Pendente l'arbitrato a Singapore, la Sunpower Semiconductor Ltd. ha ottenuto dal Tribunale di Roma otto decreti ingiuntivi, per il pagamento del prezzo a suo dire dovuto dalle società di progetto per i pannelli fotovoltaici, acquistati per l'appunto dalla Sunpower Semiconductor Ltd.

Il procedimento deciso dal Tribunale di Roma con la sentenza in commento è quello di opposizione a uno di questi otto decreti ingiuntivi.

In tale procedimento, la società di progetto, oltre a contestare nel merito la fondatezza della pretesa avversaria, ha pure chiesto che il giudizio venisse

sospeso (*ex art. 295 cod. proc. civ.* ovvero *ex art. 7 l. 31 maggio 1995, n. 218*) in attesa della definizione del giudizio arbitrale di Singapore.

Tra le previsioni dei patti parasociali oggetto, come visto, della cognizione degli arbitri di Singapore vi era infatti pure quella secondo la quale il pagamento del prezzo dei pannelli fotovoltaici (reclamato dalla Sunpower Semiconductor Ltd.) sarebbe divenuto esigibile solo all'avverarsi di una determinata condizione (concessione di finanziamenti alle società di progetto da parte del sistema bancario); condizione che, secondo la società di progetto, non si era avverata proprio per fatto della Sunpower Semiconductor Ltd.

Il Tribunale di Roma, sul punto, ha raggiunto una conclusione che ritengo corretta: non è possibile sospendere il giudizio pendente avanti il giudice statale in attesa della definizione di un procedimento pendente avanti un Tribunale arbitrale.

La motivazione del provvedimento del Tribunale di Roma non mi pare però completamente condivisibile.

Il Tribunale ha rilevato, è vero, che la sospensione del giudizio avanti a sé pendente era preclusa dal disposto dell'art. 819/*ter*, co. 2, cod. proc. civ., ai sensi del quale *“Nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli artt. 44, 45, 48 (...) e 295”*.

Nondimeno, ha pure aggiunto, citando un precedente della Cassazione (Cass., Sez. III Civ., 9 giugno 2005, n. 12124) che *“il rapporto di pregiudizialità tra due liti, che impone al giudice di sospendere il processo ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ., ricorre solo quando la decisione della prima influenzi la pronuncia che deve essere resa sulla seconda, nel senso che sia idonea a produrre effetti relativamente al diritto dedotto in lite e che possa, quindi, astrattamente configurarsi il conflitto di giudicati. Ne consegue che la natura privata dell'arbitrato e del provvedimento che ne deriva, escludendo il pericolo di un contrasto di giudicati, esclude anche la possibilità per il giudice di sospendere la causa in attesa della definizione di una lite pendente davanti agli arbitri o in relazione alla quale sia prevista la definizione a mezzo di arbitrato”*.

Ecco, questa affermazione è a mio parere scorretta: a seguito della riforma del 2006, infatti, è la legge stessa a prevedere che *“(...) il lodo ha (...) gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”* (art. 824/*bis* cod. proc. civ.). Un conflitto tra giudicati può quindi realizzarsi.

Pertanto, il procedimento avanti il giudice statale non può essere sospeso ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ. in attesa della definizione del procedimento arbitrale non perché non può darsi un conflitto tra giudicati, ma perché è la legge a impedire espressamente tale sospensione.

Un ultimo profilo di interesse della pronunzia del Tribunale di Roma riguarda l'applicabilità, al caso sottoposto al suo esame, dell'art. 7 l. 218/1995. Questa norma disciplina il caso della contemporanea pendenza, avanti il giudice

straniero e il giudice italiano, di una stessa causa (o di una causa pregiudiziale) e prevede che *“Quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l’ordinamento italiano, sospende il giudizio (...)”* (co. 1) e che *“Nel caso di pregiudizialità di una causa straniera, il giudice italiano può sospendere il processo se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l’ordinamento italiano”* (co. 3).

Il Tribunale di Roma ha escluso che la disposizione in parola (art. 7 l. 218/1995) trovi applicazione nei rapporti tra giudice italiano e arbitrato estero. Al contrario, ha ritenuto che essa riguardi soltanto i rapporti tra giudice italiano e giudice straniero, come in effetti già aveva statuito la Suprema Corte (Cass., Sez. I Civ., 25 settembre 2009, n. 20688).

Questa soluzione mi pare corretta.

Nel sistema della l. 218/1995 la previa litispendenza in Italia rappresenta condizione ostativa al riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero (art. 64, lett. f) l. 218/1995).

Specularmente, la previa litispendenza all’estero impone al giudice italiano di sospendere il procedimento avanti a sé pendente, per l’appunto nell’attesa della definizione di quello pendente avanti il giudice straniero (art. 7 l. 218/1995).

La disciplina dettata dalla Convenzione di New York del 1958, su questo punto specifico, è invece diversa. Infatti, il riconoscimento di un lodo straniero non può essere negato, ai sensi della Convenzione di New York, in ragione della pendenza di un giudizio tra le stesse parti ed avente lo stesso oggetto (in argomento, si può vedere Cass., Sez. I Civ., 21 gennaio 2000, n. 671).

Il procedimento avanti il giudice statale e il procedimento arbitrale (domestico o internazionale) procederanno dunque paralleli, fino al momento in cui il giudicato formatosi in uno dei due procedimenti (tendenzialmente quello arbitrale, vista la durata media di un processo in Italia) verrà fatto valere anche nell’altro.

*
**

Arbitrato societario: e pur si muove!

di Roberto Oliva

Una recente sentenza del Tribunale di Firenze (Trib. Firenze, Sez. III Civ., 21 marzo 2016, n. 1129) riapre il dibattito sul tema dell'arbitrabilità delle controversie societarie ed è particolarmente interessante per la chiarezza della sua motivazione.

La questione sottoposta al Tribunale di Firenze, in sintesi, è la seguente.

Un socio di una società cooperativa di tassisti è stato escluso dalla compagine sociale (dapprima con delibera assembleare e poi con delibera del Consiglio di Amministrazione), per pretese scorrettezze che avrebbe commesso nell'accaparramento di clienti in danno dei colleghi.

Le suddette delibere (dell'Assemblea e del Consiglio di Amministrazione) sono state entrambe impugnate dal socio escluso avanti il giudice statale.

La società cooperativa si è costituita in giudizio e ha sollevato *exceptio compromissi*: il suo statuto, infatti, contiene una clausola compromissoria (artt. 44 e 45) in forza della quale qualunque controversia inerente il rapporto sociale e mutualistico, non rientrante tra quelle per cui la legge prevede l'intervento del Pubblico Ministero, è deferita a un arbitro unico.

Il Tribunale di Firenze si è quindi interrogato sulla possibilità di deferire agli arbitri la controversia sottoposta al suo esame e ha sciolto questo interrogativo in senso positivo.

Innanzitutto, se è pur vero che ai sensi dell'art. 2533, co. 3, cod. civ. il socio escluso da una società cooperativa *“può proporre opposizione al tribunale”*, tale disposizione non esclude la devoluzione della controversia agli arbitri.

Infatti – ed è questo il punto di maggior interesse dalla pronuncia del Tribunale di Firenze – *“l'area della non compromettibilità è ristretta all'assoluta indisponibilità del diritto e quindi alle sole nullità insanabili”*. In altri termini, *“La nozione di assoluta indisponibilità va (...) tenuta distinta da quella di inderogabilità, posto che solo la prima*

trascende la singola situazione giuridica soggettiva prescindendo dalla condotta delle parti, poiché tutela interessi di rilievo pubblicistico e dà luogo a nullità insanabili”.

Pertanto, secondo il Tribunale di Firenze sono arbitrabili le impugnazioni di deliberazioni nulle per mancata convocazione dell'assemblea, mancanza del verbale e persino per impossibilità o illiceità dell'oggetto: il vizio di tali deliberazioni, infatti, si sana se nessuna impugnazione viene promossa nel termine di tre anni, a seconda dei casi dall'iscrizione o dal deposito nel registro delle imprese della deliberazione o dalla sua trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea (art. 2379, co. 1 e art. 2479/*ter*, co. 3, cod. civ.).

Non sono invece arbitrabili le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili, che sono affette da un vizio insanabile (e infatti possono essere impugnate senza limiti di tempo).

La conseguenza del ragionamento del Tribunale di Firenze, che quest'ultimo non esplicita ma che è chiara ed evidente, è che sono pure arbitrabili le impugnazioni di deliberazioni di approvazione del bilancio di esercizio, quale che sia il vizio lamentato (procedimentale o sostanziale): tutti questi vizi infatti si sanano se nessuna impugnazione viene promossa prima dell'approvazione del successivo bilancio (art. 2434/*bis* cod. civ.).

Viene quindi superato l'attuale orientamento della Suprema Corte, sulla cui correttezza anch'io nel mio piccolo ho sollevato qualche dubbio, secondo il quale non sarebbero arbitrabili le impugnazioni di deliberazioni di approvazione del bilancio di esercizio, quando il vizio lamentato sia di carattere sostanziale, ossia inerente il contenuto del bilancio. E questo orientamento viene ribaltato utilizzando come leva proprio un'affermazione della Suprema Corte: “*l'area della non compromettibilità è ristretta all'assoluta indisponibilità del diritto e quindi alle sole nullità insanabili*” (Cass., Sez. VI Civ., 20 settembre 2012, n. 15890).

E pur si muove!

**

Natura dell'arbitrato irrituale
di Nicola Rizzo

La Cassazione, con la sentenza n. 23629 del 2015, ribadisce che tanto l'arbitrato rituale quanto quello irrituale hanno "*natura privata*", e che pertanto la differenza tra l'uno e l'altro non può fondarsi sull'idea che con il primo le parti abbiano affidato agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice, ma va ravvisata nel fatto che, nell'arbitrato rituale, le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 824/*bis* cod. proc. civ., con l'osservanza delle regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono demandare all'arbitro la soluzione di controversie – insorte o che possano insorgere in relazione a determinati rapporti giuridici – soltanto attraverso lo strumento negoziale, con cui le parti si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come l'espressione della propria volontà (cfr. già, in questo senso, Cass., Sez. II Civ., 12 ottobre 2009, n. 21585).

In questo quadro, la qualificazione dell'arbitrato incide sul problema processuale dell'ammissibilità della impugnazione del lodo per nullità, atteso che il lodo irrituale non è soggetto al regime di impugnazione previsto per quello rituale dagli artt. 827 ss. cod. proc. civ., bensì alle impugnative negoziali, con riferimento sia alla validità dell'accordo compromissorio sia all'attività degli arbitri. Proprio perché la relativa qualificazione incide sull'ammissibilità della impugnazione della decisione arbitrale, la Cassazione, al fine di determinare la natura rituale o irrituale dell'arbitrato, ha il potere di accertare direttamente, come giudice del fatto (attraverso l'esame degli atti e degli elementi acquisiti al processo, ferma restando l'esclusione di nuove acquisizioni probatorie), la volontà delle parti espressa nella clausola compromissoria.

**

Eccezione di compromesso

di Roberto Oliva

Una recente pronunzia del Tribunale di Genova (n. 1325 del 14 aprile 2016) consente di svolgere una riflessione sul tema dell'eccezione di compromesso e della sua qualificazione.

La vicenda oggetto del giudizio è, in estrema sintesi, la seguente.

Il socio (e amministratore) di una società a responsabilità limitata ha promosso azione di responsabilità nei confronti di altro amministratore. Quest'ultimo ha sollevato *exceptio compromissi* e chiesto al Tribunale di Genova di pronunziare l'inammissibilità della domanda avversaria, poiché lo statuto sociale prevedeva a suo dire una clausola compromissoria per arbitrato irrituale.

La clausola compromissoria in parola, riportata integralmente nel testo della pronunzia del Tribunale di Genova, è la seguente: *“Tutte le controversie tra i soci oppure tra i soci e la società, gli amministratori, i liquidatori o i sindaci, aventi per oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, sono risolte da un arbitro nominato dal Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti del Distretto nel cui ambito ha sede la società, entro trenta giorni dalla richiesta avanzata in forma scritta dalla parte più diligente. La sede dell'arbitrato è stabilita nell'ambito della Provincia in cui ha sede la società, dall'arbitro nominato. L'arbitro procede in via irrituale, con dispensa da ogni formalità di procedura e decide secondo diritto entro novanta giorni dalla nomina, senza obbligo al deposito del lodo, pronunciandosi anche sulle spese dell'arbitrato”*.

Il Tribunale di Genova, nonostante le espressioni impiegate nella clausola compromissoria (*“L'arbitro procede in via irrituale, con dispensa da ogni formalità di procedura (...)”*), ha ritenuto che essa prevedesse un arbitrato rituale. Ad avviso del Giudice statale, infatti, non era possibile desumere, dalla lettura di questa clausola, la volontà delle parti di pattuire un arbitrato irrituale (ossia un arbitrato destinato a concludersi con un lodo che rappresenta una mera determinazione contrattuale e non un provvedimento decisorio, idoneo al giudicato e a costituire titolo esecutivo). Ben al contrario, l'impiego nel contesto della clausola del verbo *“risolvere”* (*“Tutte le controversie (...) sono risolte (...)”*) deponeva a favore del carattere rituale dell'arbitrato, poiché – anche da un punto di vista semantico – richiamava la presenza di una decisione avente l'efficacia di cui all'art. 824/*bis*

cod. proc. civ. (“(...) *il lodo ha (...) gli effetti della sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria*”), tanto più se si considera che questa “*risoluzione*” doveva avvenire “*secondo diritto*”. L’arbitrato previsto dalla clausola statutaria in parola, quindi, sarebbe secondo il Tribunale di Genova irrituale solo quanto alle modalità procedurali.

Poiché però la parte che aveva sollevato l’*exceptio compromissi* aveva chiesto al Giudice statale di dichiarare l’inammissibilità dell’azione avversaria, ritenendo che l’arbitrato di cui alla clausola statutaria fosse un arbitrato irrituale, il Tribunale di Genova ha respinto l’eccezione e disposto la continuazione della causa.

La pronunzia del Tribunale di Genova può essere valutata positivamente per il suo dichiarato intento di seguire l’orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte, secondo il quale – in caso di dubbio – la clausola compromissoria va interpretata come clausola che prevede un arbitrato rituale (sul punto, si può vedere, ad esempio, Cass., Sez. I Civ., 7 aprile 2015, n. 6909).

Questa sentenza è però a mio avviso criticabile sotto due profili.

Innanzitutto, non mi pare che la clausola compromissoria esaminata dal Tribunale di Genova possa far sorgere dubbi interpretativi: è la stessa clausola ad affermare che l’arbitrato da essa previsto è un arbitrato irrituale. E l’arbitrato irrituale è solo quello di cui all’art. 808/*ter* cod. proc. civ. Non mi sembra infatti convincente la ricostruzione del Giudice statale, che ha ravvisato la sussistenza, nella fattispecie, di un arbitrato irrituale limitatamente “*alle modalità procedurali*”. A dire il vero, non mi è neanche chiaro in cosa questo particolare arbitrato (irrituale quanto alla procedura) si differenzi da un qualsiasi arbitrato ad hoc, in cui come noto le parti – e nel loro silenzio gli arbitri – sono gli unici sovrani del procedimento e delle sue regole (art. 816/*bis* cod. proc. civ.).

Inoltre, ritengo che il Tribunale di Genova avrebbe dovuto accogliere l’eccezione di compromesso. Il Giudice l’ha rigettata poiché era stata chiesta una declaratoria di inammissibilità (conseguente alla pattuizione di un arbitrato irrituale), anziché di incompetenza (che discende da una clausola per arbitrato rituale). Così facendo, però, il Tribunale ha dimenticato, mi pare, la sua libertà di qualificare le domande e le eccezioni delle parti e quindi di far discendere dai fatti da queste allegati (nella specie, la stipulazione di una clausola compromissoria nello statuto sociale) le conseguenze a suo avviso giuridicamente corrette (ossia, sempre nella specie, la declaratoria di incompetenza in favore del Tribunale arbitrale), in applicazione del principio *iura novit Curia*.

Avremo quindi forse in futuro l’occasione di leggere ancora di questa vicenda.

**

Il ritorno del doppio binario

di Roberto Oliva

Una recente pronuncia del Tribunale di Napoli (n. 4874 del 19 aprile 2016) aderisce all'orientamento giurisprudenziale, in realtà ormai superato, secondo il quale sarebbero possibili due distinte tipologie di arbitrario societario: l'arbitrato societario previsto dall'art. 34 d.lgs. 5/2003 (ai sensi del cui co. 2, *“La clausola compromissoria deve prevedere il numero e le modalità degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società (...)”*); e l'arbitrato di diritto comune, fondato su una clausola compromissoria ex art. 808 cod. proc. civ., che potrebbe ancora essere inserita in statuto. È il così detto *“doppio binario”*.

La vicenda oggetto della decisione del Tribunale di Napoli, in sintesi, è la seguente.

Una società in nome collettivo aveva due soli soci. Alla morte di uno dei due, l'erede di quest'ultimo non ha acquistato lo *status socii* e ha quindi convenuto in giudizio la società, per sentirne dichiarare l'intervenuto scioglimento (per l'appunto, per il venir meno della pluralità di soci), nonché per veder liquidata la sua quota. La società si è costituita in giudizio e ha eccepito l'incompetenza del Giudice statale, poiché l'art. 13 del suo statuto prevedeva una clausola compromissoria, ai sensi della quale era devoluta *“qualsiasi controversia dovesse insorgere tra i soci, oppure tra alcuni di essi o tra i loro eredi e la società, circa l'interpretazione, l'esecuzione del presente contratto e per la quale non sia prevista la competenza inderogabile dell'Autorità Giudiziaria, alla cognizione di un arbitro amichevole compositore da scegliersi in accordo tra i soci in una persona di loro comune fiducia o in mancanza dal Presidente del Tribunale di L'Aquila”*.

Il Tribunale di Napoli ha ritenuto che tale clausola – difforme rispetto al paradigma di cui all'art. 34 d.lgs. 5/2003 – fosse nondimeno valida e ha quindi dichiarato il proprio difetto di giurisdizione.

Mi pare che questa pronunzia sia erronea, e per più ragioni.

Innanzitutto, da un punto di vista meramente formale, il Tribunale di Napoli avrebbe dovuto dichiarare la propria incompetenza (siccome era in effetti stato

richiesto dalla società convenuta) o al più l'inammissibilità della domanda dell'attore (ove avesse ritenuto che la clausola statutaria prevedesse un arbitrato irrituale), certo non il proprio difetto di giurisdizione.

Ma al di là di questo aspetto per l'appunto meramente formale, ciò che mi ha sorpreso è che il Tribunale di Napoli abbia ritenuto valida la clausola compromissoria sopra riportata, affermando che *“appare senz'altro più convincente l'orientamento maggioritario dei tribunali di merito, pronunciatisi sulla medesima questione, secondo cui la nuova disciplina dell'arbitrato societario sia da ritenersi peculiare e alternativa rispetto a quella disciplinata dal codice di rito, che rimane scelta discrezionale ad opera delle parti”*.

In altri termini, il Tribunale di Napoli ha contraddetto l'ormai consolidato orientamento della Suprema Corte (secondo la quale in tema di arbitrato societario non vi è alcun doppio binario e l'unica clausola compromissoria che può essere validamente inserita in uno statuto sociale è quella di cui all'art. 34 d.lgs. 5/2003) e lo ha fatto senza nemmeno indicare le ragioni che lo hanno indotto a far *“rivivere”* l'ormai superato orientamento di alcune Corti di merito che si erano espresse in termini favorevoli per il c.d. *“doppio binario”*.

Il risultato è quello di portare nuovamente incertezza su una questione (*“doppio binario”* o *“binario unico”*) che sembrava ormai aver trovato soluzione (in favore del *“binario unico”*). E questa incertezza purtroppo non potrà che avere conseguenze, sfavorevoli, sulla diffusione dell'arbitrato societario.

**

Impugnazione nel merito

di Roberto Oliva

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto il contrasto giurisprudenziale che si era formato in tema di impugnazione nel merito (ossia per violazione delle norme di diritto applicabili al merito della controversia) di un lodo reso sulla base di una clausola stipulata prima della riforma del 2006 (e che sul punto nulla dispone), ma in un procedimento promosso nel vigore della riforma.

Le pronunzie della Suprema Corte che mi appresto a commentare sono la n. 9284, n. 9285 e n. 9341, tutte del 9 maggio 2016.

Il tema su cui era sorto il contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni Unite, in sintesi, è il seguente.

Prima della riforma del 2006 (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), ai sensi dell'art. 829, co. 2, cod. proc. civ., *“L’impugnazione per nullità [era] (...) ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità, o avessero dichiarato il lodo non impugnabile”*.

Regola diametralmente opposta sul punto è quella contenuta nel vigente art. 829, co. 3, cod. proc. civ.: *“L’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. (...)”*.

Cosa accade se viene impugnato un lodo pronunciato sulla base di una clausola compromissoria conclusa prima della riforma del 2006 in un procedimento promosso dopo l'entrata in vigore di quest'ultima (avvenuta il 2 marzo 2006)? Se andiamo a leggere le disposizioni transitorie del d.lgs. 40/2006, e in particolare il suo art. 27, apprendiamo che *“Le disposizioni degli articoli 21, 22, 23, 24 e 25 si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto”*.

L'art. 24 d.lgs. 40/2006 ha modificato, tra le altre cose, l'art. 829 cod. proc. civ. Se ne deve dunque dedurre che il nuovo art. 829 cod. proc. civ., con i suoi limiti alle impugnazioni nel merito, si applichi all'impugnazione di lodi resi in procedimenti arbitrali promossi a far data dal 2 marzo 2006 (entrata in vigore

della riforma), a prescindere dal momento di conclusione della clausola e dal contenuto della disciplina a quel tempo applicabile.

Questo in effetti è un primo orientamento della Cassazione, seguito anche da (una parte almeno della) giurisprudenza di merito.

Senonché, si è formato nella giurisprudenza di legittimità un altro orientamento di segno opposto. Secondo questo orientamento, in poche parole, per evitare una applicazione retroattiva della nuova disciplina (in punto effetti del silenzio delle parti sulla possibilità di impugnare il lodo nel merito), si deve concludere che i lodi resi sulla base di una clausola conclusa prima della riforma del 2006 possano sempre essere impugnati per lamentare un *error in iudicando* del Tribunale arbitrale (salvo ovviamente il caso di lodo non impugnabile in forza della clausola stessa o reso secondo equità).

La questione, nel dicembre scorso, è quindi stata sottoposta alla Sezioni Unite.

L'interpretazione elaborata dalle Sezioni Unite, accompagnata da una attenta e approfondita motivazione, rappresenta un vero e proprio uovo di Colombo.

Secondo il Supremo Collegio, infatti, non vi è dubbio che il nuovo testo dell'art. 829 cod. proc. civ. si applichi a tutti i procedimenti arbitrali iniziati dopo l'entrata in vigore della riforma (ossia dopo il 2 marzo 2006).

La disciplina previgente, però, è tutto fuorché irrilevante.

L'art. 829, co. 3, cod. proc. civ., infatti, dispone – come abbiamo visto – che “*L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. (...)*”. Ebbene, secondo le Sezioni Unite la legge che deve essere esaminata per verificare se sia o no impugnabile un lodo per vizi riguardanti il merito della decisione è la legge vigente al momento della stipulazione della clausola compromissoria.

Un lodo pronunciato dopo la riforma sulla base di una clausola conclusa prima della riforma, pertanto, sarà impugnabile nel merito perché, al momento della conclusione della clausola compromissoria, la legge ammetteva, di regola, questa impugnazione. Il vecchio art. 829, co. 2, cod. proc. civ., civ. prevedeva infatti che “*L'impugnazione per nullità [era] (...) ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità, o avessero dichiarato il lodo non impugnabile*”.

Alle stesse conclusioni, poi, si perviene in materia di arbitrato societario, dove muta soltanto la norma di legge che prevede l'impugnazione nel merito: non più il vecchio testo dell'art. 829, co. 2, cod. proc. civ., ma l'art. 36 d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5; norma, quest'ultima, che ad avviso della Suprema Corte va interpretata nel senso che essa – imponendo la pronuncia secondo diritto, pure contro la volontà delle parti, quando il Tribunale arbitrale per decidere abbia conosciuto di “*questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla*

validità di delibere assembleari?” – nel contempo dispone la possibilità di impugnare, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, i lodi pronunciati in materia di validità di delibere assembleari o conoscendo incidentalmente di questioni non compromettibili.

Per concludere, questi sono i principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite: “*In applicazione della disciplina transitoria dettata dall’art. 27 d.lgs. n. 40 del 2006, l’art. 829 comma 3 c.p.c., come riformulato dall’art. 24 d.lgs. n. 40 del 2006, si applica nei giudizi arbitrali promossi dopo l’entrata in vigore del suddetto decreto, ma la legge cui lo stesso art. 829 comma 3 c.p.c. rinvia, per stabilire se è ammessa l’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, è quella vigente al momento della stipulazione della convenzione d’arbitrato*” (sentenze nn. 9284 e 9341, rese in materia di arbitrato di diritto comune); “*In applicazione della disciplina transitoria dettata dall’art. 27 d.lgs. n. 40 del 2006, l’art. 829 comma 3 c.p.c., come riformulato dall’art. 24 d.lgs. n. 40 del 2006, si applica nei giudizi arbitrali promossi dopo l’entrata in vigore del suddetto decreto, ma nel caso di arbitrato societario la legge cui lo stesso art. 829 comma 3 c.p.c. rinvia, per stabilire se è ammessa l’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, è l’art. 36 d. lgs. n. 5 del 2003, che espressamente ammette l’impugnazione dei lodi per tali motivi*” (sentenza n. 9285, resa in materia di arbitrato societario).

*
**

Arbitrato societario e trasferimento di partecipazioni sociali

di Roberto Oliva

La clausola compromissoria statutaria, che devolve alla cognizione degli arbitri le liti insorte tra soci, concerne anche quelle relative ai negozi di cessione delle partecipazioni sociali? Del tema si è recentemente occupato il Tribunale di Catania (sentenza n. 3127 del 7 giugno 2016), che ha dato, a questo interrogativo, risposta negativa.

La vicenda decisa dal Tribunale di Catania può essere riassunta come segue.

Due società hanno concluso un contratto preliminare di cessione delle quote rappresentative del 100% del capitale sociale di una terza società.

Il preliminare ha avuto esecuzione solo in parte (e precisamente con riferimento al 49% del capitale della società *target*).

La promissaria acquirente ha quindi agito in giudizio per sentir pronunziare il trasferimento, *ex art.* 2932 cod. civ., del restante 51% del capitale sociale, svolgendo pure talune altre domande.

La promittente venditrice si è costituita in giudizio e, oltre e prima ancora di difendersi nel merito, ha sollevato *exceptio compromissi*, rilevando che l'art. 24 dello statuto della società *target* conteneva una clausola arbitrale, con riferimento alle “*controversie che potranno sorgere fra i soci e la società oppure fra i soci stessi, in dipendenza del presente statuto e della gestione sociale*”.

Il Tribunale di Catania, però, come accennato, ha disatteso questa eccezione.

Ha rilevato, infatti, che “*una interpretazione letterale della clausola conduce (...) alla conclusione che la stessa non possa trovare applicazione nel caso di specie, non essendo la presente controversia intercorrente tra la società e i soci, né tra i soci, dovendosi la stessa considerare estranea tanto allo statuto quanto alla gestione della società*”, aggiungendo pure che “*Nel caso di specie (...) il contratto sociale rappresenta solo ed esclusivamente un presupposto dell'oggetto del contendere, che non consente di attrarre nel raggio di applicazione della clausola compromissoria in esso contenuta, anche controversie che traggono la loro origine in un negozio diverso*”.

Lo stesso orientamento è condiviso dalla Suprema Corte, le cui pronunzie non a caso sono richiamate dal Tribunale di Catania: *“La clausola (...) del contratto sociale nel prevedere la devoluzione ad un collegio arbitrale di «ogni controversia fra i soci», deve (...) essere interpretata, in mancanza di espressa volontà contraria, nel senso che rientrano nella competenza arbitrale (tutte) le controversie inerenti al rapporto societario e relative a pretese aventi la loro causa petendi nel medesimo contratto sociale (...) Nella specie invece il contratto sociale costituisce il presupposto storico sullo sfondo del quale si innesta l’azione proposta, ma non la causa petendi della stessa, perché l’inadempimento al preliminare di compravendita denunciato, essendo un comportamento rilevante solo sotto il profilo ricollegabile alla risoluzione dello stesso, è un fatto che non sostanzia alcun legame con gli obblighi derivanti dal contratto di società, al quale soltanto si riferisce la clausola arbitrale sottoscritta dalle medesime parti, peraltro in epoca antecedente alla stipula del preliminare in contesa”* (Cass., Sez. II Civ., 31 marzo 2014, n. 7501; in senso conforme, Cass., Sez. I Civ., 25 giugno 2008, n. 17328).

Non mi risultano invece precedenti pronunzie che abbiano esaminato il caso, diverso da quello deciso dal Tribunale di Catania, in cui la clausola compromissoria statutaria esplicitamente estenda il suo ambito di applicazione anche alle controversie tra soci relative ai negozi di cessione delle partecipazioni sociali. Ho l'impressione, in effetti, che simili clausole siano estremamente rare, se non addirittura sconosciute alla pratica: forse perché si desiderano evitare ulteriori complicazioni in una materia (quella dell'arbitrato societario) che ha fatto sorgere molteplici dubbi interpretativi; forse per la tendenza, particolarmente radicata in Italia, a ritenere preferibile che gli arbitri siano nominati dalle parti (mentre in caso di arbitrato societario, come sappiamo, gli arbitri devono essere nominati da un terzo).

*
**

Ancora su arbitrato e decadenze

di Roberto Oliva

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (con pronunzia n. 13722 del 6 luglio 2016) hanno risolto la questione di diritto concernente il rapporto tra l'arbitrato e la particolare decadenza di cui all'art. 2527, co. 2, cod. civ. (ora art. 2533, co. 3, cod. civ.).

Aderendo all'impostazione del tema dato dalla Sezione Prima Civile, che aveva rimesso la questione alle Sezioni Unite, queste ultime hanno affermato il seguente principio di diritto: *“il termine di decadenza di trenta giorni per l'impugnazione della delibera di esclusione del socio di una società cooperativa previsto dall'art. 2527, comma 3, c.c., nella sua formulazione antecedente alla modifica introdotta dall'art. 8 del d.lgs. n. 6 del 2003, è in ogni caso applicabile anche in presenza di una clausola compromissoria nello statuto”*.

In altri termini, le Sezioni Unite hanno ribadito la natura indubitabilmente giurisdizionale dell'arbitrato e rilevato come la *“assimilazione in toto, alla domanda giudiziale, attribuita all'atto introduttivo dell'arbitrato, quanto alla prescrizione e alla trascrizione delle domande giudiziali, postula (...) l'equiparazione alla domanda giudiziale (esercizio dell'azione giudiziaria) dell'atto di promovimento del processo arbitrale”*.

Una piccola, buona notizia: soprattutto, se si considera il disfavore per l'arbitrato – e la sua (erronea) qualificazione come strumento *“privato”* e non giurisdizionale di soluzione delle controversie – che talvolta ancora emerge nei provvedimenti di taluni Giudici.

*
**

Circolazione della clausola compromissoria

di Roberto Oliva

Quello della circolazione della clausola compromissoria in caso di cessione del credito è un tema sul quale la giurisprudenza è pervenuta a un peculiare risultato che, in pratica, consente al debitore ceduto di difendersi dal processo, prima ancora che nel processo. Una recente pronuncia del Tribunale di Milano (Trib. Milano, Sez. VII Civ., 5 luglio 2016, n. 8379) ci dà l'occasione per parlarne.

Il caso deciso del Tribunale di Milano è particolarmente complesso. La sintesi che segue è quindi focalizzata solo sugli aspetti che rilevano ai fini dell'argomento che mi accingo a trattare.

Due società, riunite in ATI, si sono viste aggiudicare un appalto pubblico e hanno costituito, per la sua esecuzione, un apposito veicolo societario, nella forma di una società consortile a responsabilità limitata. Quest'ultima ha concluso con una terza società un contratto avente ad oggetto la fornitura di taluni beni da impiegare nell'esecuzione dell'appalto. Il contratto di fornitura conteneva una clausola compromissoria, del seguente tenore: *“Qualsiasi controversia dovesse insorgere in ordine alla interpretazione e/o all'esecuzione del presente contratto sarà risolta da un Collegio Arbitrale, secondo diritto (...)”*.

A garanzia dell'adempimento delle obbligazioni dell'acquirente (la società consortile), una delle società dell'ATI e poi anche di un terzo hanno prestato fideiussione.

L'acquirente (la società consortile) si è reso inadempiente e il venditore ha quindi escusso la fideiussione, ottenendo il pagamento da parte del terzo garante, che ha surrogato nei suoi diritti.

Il terzo garante, infine, ha agito, per l'appunto in surroga, non nei confronti del debitore principale, ossia la società consortile (che nel frattempo era fallita), bensì nei confronti della società capogruppo dell'ATI, invocando la sua responsabilità solidale con la società consortile costituita per l'esecuzione dell'appalto; responsabilità, questa, prevista dalla legge (la sentenza in commento richiama gli

artt. 13, co. 2, l. 11 febbraio 1994 n. 109 e 96 d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, vigenti al tempo delle vicende oggetto di causa).

Il terzo garante, quindi, ha ottenuto nei confronti della capogruppo dell'ATI un decreto ingiuntivo, che è stato oggetto di opposizione. E il debitore ingiunto ha sollevato, tra l'altro, eccezione di compromesso, in forza della clausola compromissoria contenuta nel contratto di fornitura, di cui si è già detto.

Ed è qui che emerge l'accennato peculiare orientamento giurisprudenziale.

La giurisprudenza infatti ha definito una singolare legge di circolazione della clausola compromissoria in caso di cessione del credito: il cessionario non può invocare la clausola compromissoria nei confronti del ceduto, il quale però può sollevare eccezione di compromesso se il cessionario lo evoca in giudizio avanti il Giudice statale.

In altri termini, qualsiasi scelta processuale venga compiuta dal cessionario (iniziare un procedimento arbitrale o un procedimento avanti il Giudice statale), il ceduto avrà un'eccezione pregiudiziale idonea a paralizzare l'iniziativa avversaria. Come detto, potrà difendersi dal processo, prima ancora di difendersi nel processo.

Così, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ritenuto che il cessionario del credito sorto da un contratto contenente una clausola compromissoria non possa sollevare eccezione di compromesso: *“Se (...) il subentro del cessionario nel distinto negozio compromissorio è escluso (secondo la prevalente giurisprudenza) nel caso di cessione del contratto nel quale la clausola è inserita, ai sensi degli artt. 1406 e seguenti c.c., a maggior ragione deve ritenersi che il subentro non si verifichi nell'ipotesi di mera cessione di un credito nascente dal contratto nel quale è inserita la clausola. Ed infatti, la cessione di credito, che il creditore può effettuare anche senza il consenso del debitore (art. 1260, comma 1, c.c.), ha un effetto più circoscritto rispetto alla cessione del contratto, in quanto è limitata al solo diritto di credito derivante al cedente da un precedente contratto, e non determina il trasferimento dal cedente al cessionario dell'intera posizione giuridica contrattuale, con tutti i diritti e gli obblighi ad essa relativi (...) Conseguenza che il cessionario di credito nascente da contratto nel quale sia inserita una clausola compromissoria non subentra nella titolarità di tale negozio, autonomo e distinto rispetto al contratto al quale aderisce, e non può pertanto avvalersi a suo favore (come pretende nella specie la SOFAL) della clausola nei confronti del debitore ceduto”* (Cass., SS.UU., 17 dicembre 1998, n. 12616).

Le stesse Sezioni Unite hanno però del pari osservato che il debitore ceduto ben può sollevare eccezione di compromesso: *“Con l'affermato principio non contrastano le sentenze di questa Corte che, nel caso di cessione di credito nascente da contratto munito di clausola compromissoria, hanno riconosciuto al debitore ceduto la facoltà di opporre la clausola al cessionario (...). Si tratta invero di pronunce che hanno esaminato la questione non già con riferimento alla posizione del cessionario del credito, bensì con riferimento alla posizione del debitore ceduto, sottolineando l'esigenza di non privarlo della facoltà di avvalersi della clausola compromissoria nei confronti del cessionario. Hanno invero rilevato che: «se così non fosse, il debitore ceduto, che in virtù della clausola ha il diritto di far decidere da arbitri le controversie*

sul credito, si vedrebbe privato di tale diritto in forza di un accordo intervenuto tra cedente e cessionario, ed al quale egli è rimasto estraneo». Non viene quindi in considerazione il fenomeno del subentro del cessionario del credito nel negozio compromissorio, con conseguente acquisizione della facoltà di avvalersi della clausola, da ritenersi precluso, come già rilevato, in ragione del principio dell'autonomia del detto negozio, ma risulta sostanzialmente applicato il principio, non sancito normativamente dagli artt. 1260 e seguenti c.c., ma del tutto pacifico in dottrina ed in giurisprudenza, della trasferibilità delle eccezioni che il debitore ceduto avrebbe potuto opporre al creditore originario. Posta la premessa che una modificazione soggettiva del rapporto che si verifica anche contro la volontà del debitore non può arrecare pregiudizio alla posizione di quest'ultimo, si afferma infatti che nella cessione del credito il debitore ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'originario creditore (...). E tra le menzionate eccezioni va ritenuta compresa anche quella, di natura processuale, derivante dal negozio compromissorio stipulato con l'originario creditore ed inserito nel contratto dal quale nasce il credito ceduto" (Cass., SS.UU., 17 dicembre 1998, n. 12616; in tempi più recenti, hanno affermato lo stesso principio Cass., Sez. II Civ., 21 novembre 2006, n. 24681 e Cass., Sez. VI Civ., 28 dicembre 2011, n. 29261, entrambe richiamate dal Tribunale di Milano nella pronunzia in commento; nonché Cass., Sez. I Civ., 19 settembre 2003, n. 13893 e Cass., Sez. I Civ., 21 marzo 2007, n. 6809).

Nello stesso senso si è pronunziato il Tribunale di Milano nella sentenza in commento: *"se è vero che il cessionario di un credito nascente da un contratto nel quale sia inserita una clausola compromissoria non subentra nella titolarità del distinto ed autonomo negozio compromissorio e non può, pertanto, invocare detta clausola nei confronti del debitore ceduto, è altresì vero che, viceversa, quest'ultimo può avvalersi della clausola compromissoria nei confronti del cessionario"*.

L'eccezione di compromesso sollevata dal debitore ceduto è stata pertanto accolta e il Tribunale di Milano ha declinato la competenza in favore del Tribunale arbitrale previsto dalla clausola compromissoria più sopra richiamata.

L'orientamento giurisprudenziale che prevede, in caso di cessione del credito, una circolazione *"a senso unico"* della clausola compromissoria è stato oggetto di critica da parte della dottrina, sia per quanto concerne i suoi fondamenti dogmatici, sia con riferimento alle conseguenze che ne derivano sul piano pratico. Nondimeno, tale orientamento esiste ed è consolidato sia nella giurisprudenza di legittimità che in quella di merito (tra le più recenti, si possono vedere Trib. Modena, 23 maggio 2013, n. 807 e Trib. Rimini, 17 dicembre 2015). La speranza di una sua rimeditazione, poi, sembra lungi dal ricevere realizzazione. Invero, *rara avis* in senso contrario è Cass., Sez. I Civ., 1 settembre 2004, n. 17531, che però sembra più ignorare l'orientamento giurisprudenziale in parola che contrapporsi consapevolmente a esso.

In questo contesto, il Tribunale di Milano sarebbe potuto pervenire a una diversa soluzione? C'è un tema sul quale la pronunzia in commento non si sofferma. Nel caso di specie, il debitore ingiunto (ossia la parte che ha sollevato l'eccezione di compromesso) non era il debitore ceduto, parte del contratto contenente la clausola compromissoria, bensì il soggetto con quest'ultimo obbligato in solido

in forza di espressa disposizione di legge. Questa responsabilità solidale lo legittima a sollevare eccezione di compromesso, invocando la clausola compromissoria stipulata dal suo co-obbligato?

*
**

Arbitrato societario e tutela cautelare

di Roberto Oliva

Un recente provvedimento del Tribunale di Catania (sentenza n. 4041 del 19 luglio 2016) si è soffermato sul tema del rapporto tra arbitrato societario e tutela cautelare ed è particolarmente interessante per il suo potenziale impatto.

Questa, in sintesi, la vicenda.

Il socio di una società a responsabilità limitata ha impugnato talune deliberazioni assunte da quest'ultima (di approvazione del bilancio, aumento del capitale sociale e trasferimento della sede legale).

La società convenuta si è costituita in giudizio e, oltre a difendersi nel merito, ha sollevato eccezione di compromesso in relazione all'impugnazione delle deliberazioni di aumento di capitale e trasferimento della sede legale, in quanto lo statuto della società conteneva una clausola compromissoria. La stessa eccezione non è stata invece sollevata con riferimento all'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio e ciò nonostante i vizi lamentati dalla parte attrice fossero di carattere procedimentale (e quindi tali da consentire la cognizione da parte di un Tribunale Arbitrale, che invece è esclusa – almeno secondo l'attuale prevalente giurisprudenza – ove i vizi denunziati riguardino il contenuto del bilancio).

Il Tribunale di Catania ha quindi dichiarato – con riferimento alle impugnazioni delle deliberazioni di aumento di capitale e trasferimento della sede sociale – la propria incompetenza, in favore del Tribunale Arbitrale previsto dalla clausola compromissoria statutaria. Nel far ciò, si è però anche soffermato sul tema della competenza del Giudice statale a emettere un provvedimento cautelare di sospensione delle deliberazioni impugate nelle more della costituzione del Tribunale Arbitrale. Questa competenza, ad avviso del Tribunale di Catania, non sussiste.

In materia di arbitrato societario, la legge attribuisce al Tribunale Arbitrale il potere di sospendere le deliberazioni assembleari impugate (art. 35, co. 5, d.l.gs 17 gennaio 2003, n. 5: *“La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia*

non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669/quinquies del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera"). In altri termini, la legge attribuisce al Tribunale Arbitrale un potere cautelare che, di regola, non ha nel nostro ordinamento. Nell'arbitrato di diritto comune, infatti, gli arbitri non hanno poteri cautelari (art. 818 cod. proc. civ.) e la tutela d'urgenza si chiede quindi al Giudice statale (art. 669/quinquies cod. proc. civ.).

L'interrogativo che si pone concerne quindi il carattere della competenza cautelare degli arbitri nell'arbitrato societario: si tratta di una competenza esclusiva (che esclude ossia la competenza del Giudice statale) oppure di una competenza concorrente? La soluzione cui è pervenuto il Tribunale di Milano (e che altri Giudici di merito hanno condiviso) è nel senso che questa competenza sia attribuita, in via esclusiva, al Tribunale Arbitrale una volta che esso sia costituito. Prima della sua costituzione, però, la competenza cautelare spetta al Giudice statale: altrimenti, le parti sarebbero private di uno strumento di tutela tanto energica quanto, sovente, necessaria.

Il Tribunale di Catania non sembra invece essere preoccupato dal possibile vuoto di tutela, che a suo avviso costituirebbe conseguenza della scelta delle parti di deferire agli arbitri le controversie societarie: *"la scelta statutaria cristallizzata nella clausola compromissoria presuppone la consapevole preferenza per la forma di tutela arbitrale, che presenta tempi di responso – anche nella fase cautelare – necessariamente diversi da quelli pronosticabili innanzi al giudice ordinario".*

Questo orientamento del Tribunale di Catania è peraltro ormai consolidato: ne dà atto la sentenza in commento, che richiama pure due precedenti in senso conforme (Trib. Catania, 14 novembre 2013 e Trib. Catania, 14 ottobre 2005).

A fronte di questo orientamento, che al momento mi risulta essere seguito dal solo Tribunale di Catania, ma che potrebbe emergere anche in altre Sezioni Specializzate, mi sono interrogato sulle soluzioni disponibili per le parti.

Numerosi regolamenti arbitrali prevedono specifiche disposizioni in tema di arbitrato d'urgenza: penso ad esempio, in Europa, all'International Chamber of Commerce (art. 29 del Regolamento di arbitrato dell'ICC e Appendice V dello stesso); alla Stockholm Chamber of Commerce (Appendice II del Regolamento arbitrale della SCC); all'Istituzione Arbitrale delle Camere Svizzere (art. 43 del Regolamento svizzero d'arbitrato internazionale); e in Asia al Singapore International Arbitration Centre (art. 26 e Schedule 1 del Regolamento SIAC attualmente in vigore, che corrispondono all'art. 30 e alla Schedule 1 del Regolamento che entrerà in vigore il primo agosto 2016) e allo Hong Kong International Arbitration Centre (art. 23 e Schedule 4 del Regolamento HKIAC).

Tutti questi regolamenti prevedono la costituzione di uno specifico Tribunale Arbitrale, competente solo a pronunciare sulle richieste di provvedimenti d'urgenza, all'esito di una procedura snella e rapida.

Nel nostro ordinamento, simili disposizioni non sembravano necessarie (e forse neanche utili), vuoi per la generale assenza di poteri cautelari in capo agli arbitri, vuoi per la soluzione adottata dalla prevalente giurisprudenza per i casi di arbitrato societario, ove invece tali poteri sono previsti. Se però si diffondesse l'orientamento del Tribunale di Catania, la prospettiva cambierebbe in maniera significativa.

*
**

Deliberazione del lodo di Roberto Oliva

Una recente sentenza della Corte di Appello di Venezia (n. 1855 del 17 agosto 2016) consente di fare una riflessione sul tema della deliberazione del lodo in caso di comportamenti ostruzionistici da parte degli arbitri.

Il caso deciso dalla Corte di Appello, in estrema sintesi, è il seguente.

La parte soccombente in un procedimento arbitrale ha impugnato il lodo, per una serie di ragioni.

Uno dei motivi di impugnazione riguardava il fatto che il lodo non era stato deliberato con la partecipazione di tutti gli arbitri, come richiesto dall'art. 823 cod. proc. civ.

La Corte di Appello di Venezia ha in effetti appurato che, allorquando gli arbitri si sono riuniti per deliberare il lodo, uno di loro ha abbandonato la riunione nel momento in cui la maggioranza (ossia gli altri due arbitri) ha respinto la sua posizione con riferimento a una questione pregiudiziale. Il lodo è stato quindi deliberato, per quanto riguarda il merito della decisione, solo dai due arbitri rimasti.

In questo quadro, è senz'altro corretta la decisione della Corte di Appello, che ha dichiarato nullo il lodo: è infatti necessario che tutti gli arbitri partecipino alla deliberazione del lodo, seppure non sia di regola richiesta la loro conferenza personale (sì che il lodo può anche deliberarsi, per così dire, per approssimazioni successive, ad esempio con l'invio via *e-mail* di una bozza, solitamente predisposta dal Presidente del Tribunale Arbitrale, che poi verrà rivista, integrata e modificata dagli altri arbitri).

La domanda che mi pongo è quindi la seguente: nella situazione che ha portato al lodo dichiarato nullo dalla Corte di Appello di Venezia, cosa si sarebbe potuto (e dovuto) fare? Sussiste un rimedio per il caso (auspicabilmente raro) di ostruzionismo da parte di uno degli arbitri?

La legge prevede un rimedio, che è quello previsto dall'art. 813/*bis* cod. proc. civ.: l'arbitro che omette di compiere un atto relativo alle sue funzioni (e quindi senz'altro l'arbitro che si rifiuti di deliberare il lodo) può essere rimosso e sostituito. Inoltre, come osservato in dottrina e statuito dalla Suprema Corte, l'arbitro che rifiuti di partecipare alla deliberazione del lodo può pure incorrere in responsabilità, ove dal suo comportamento derivi un danno per le parti (Cass., Sez. I Civ., 27 febbraio 2009, n. 4823).

*
**

Arbitrato societario di Roberto Oliva

Arbitrato societario: quali controversie sono arbitrabili? Che significato va attribuito all'art. 34 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ai sensi del quale sono arbitrabili le controversie che hanno “*ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale*”?

Il Tribunale di Firenze sta sviluppando sul punto un orientamento molto interessante, di cui è espressione una recente pronuncia (Trib. Firenze, 8 settembre 2016, n. 2906).

La controversia decisa dal Tribunale di Firenze non è particolarmente complessa: un socio di una società a responsabilità limitata ha impugnato una deliberazione assunta dall'assemblea di quest'ultima; la società si è costituita in giudizio e ha eccepito l'incompetenza del Giudice statale, poiché il suo statuto conteneva una clausola compromissoria per arbitrato societario; il Tribunale di Firenze ha accolto questa eccezione e dichiarato la propria incompetenza.

Perché, allora, la pronuncia in commento è interessante?

Il preteso vizio della delibera impugnata consisterebbe in questo: il socio impugnante afferma di non essere stato validamente convocato alla relativa assemblea. Questo vizio comporterebbe la nullità della deliberazione e quindi potrebbe dubitarsi dell'arbitrabilità della controversia.

Il Tribunale di Firenze ha affermato che tale controversia è arbitrabile e, per far ciò, ha compiuto una ricostruzione della materia accurata e condivisibile.

Ha ricordato, innanzi tutto, che per regola generale le controversie societarie, comprese quelle relative alla validità di delibere assembleari, sono arbitrabili quando hanno ad oggetto diritti disponibili: questo principio già era stato affermato dalla Cassazione, con sentenza della Sez. VI Civ., n. 17283 del 28 agosto 2015.

La controversia relativa alla pretesa invalidità di una delibera assembleare in ragione della mancata convocazione di un socio, poi, è arbitrabile: è vero, la

delibera è nulla, ma questa nullità è sanabile se la delibera non viene impugnata entro tre anni (artt. 2379 e 2479/*ter* cod. civ.). Ancora una volta, si tratta di un principio già affermato dalla Suprema Corte: Cass., Sez. VI Civ., 20 settembre 2012, n. 15890.

Da questa regola particolare – sono arbitrabili le controversie su delibere in tesi nulle per assenza di convocazione di un socio – il Tribunale di Firenze ha poi tratto un principio generale: se la legge prevede la possibilità di sanatoria del vizio di una deliberazione, in conseguenza della mancata impugnazione della stessa entro un certo periodo di tempo, allora la controversia riguarda diritti disponibili ed è arbitrabile.

In definitiva, le uniche controversie non arbitrabili sarebbero quelle concernenti la validità di delibere che modificano l'oggetto sociale, prevedendo attività illecite o impossibili, che in effetti non sono sanabili.

A queste si devono poi aggiungere le controversie (sulle quali il Tribunale di Firenze non si è soffermato) per le quali la legge prevede l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, che non sono arbitrabili ai sensi dell'art. 34, co. 5, d.lgs. 5/2003 (*“Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero”*).

Sono arbitrabili quindi le controversie relative alla delibera di approvazione del bilancio di esercizio? Secondo l'orientamento del Tribunale di Firenze, sì – e in ogni caso: qualsiasi vizio della delibera infatti si sana se essa non viene impugnata prima dell'approvazione del successivo bilancio (art. 2434/*bis* cod. civ.). La Suprema Corte, però, è di diverso avviso, come sappiamo: ritiene che le controversie in cui si lamenta un vizio del contenuto del bilancio non siano arbitrabili (mentre lo sarebbero quelle in cui si denuncia un vizio del procedimento assembleare).

Questo orientamento della Suprema Corte, però, non ha un vero fondamento normativo, e le sentenze che lo esprimono sembrano ignorare le altre sentenze, della stessa Suprema Corte, sulla base delle quali il Tribunale di Firenze ha fondato il suo ragionamento.

Non ci resta quindi che attendere una evoluzione della giurisprudenza della Cassazione – o in mancanza, un intervento del legislatore.

*
**

Arbitrabilità delle controversie societarie

di Roberto Oliva

Una recente pronuncia della Corte di Appello di Catanzaro (n. 1478 del 22 settembre 2016) è interessante perché delinea chiaramente l'attuale orientamento giurisprudenziale in tema di arbitrabilità delle controversie societarie.

La fattispecie esaminata dalla Corte di Appello, da un punto di vista processuale, era abbastanza semplice.

Un socio di una società a responsabilità limitata aveva promosso azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore di quest'ultima, attivando la procedura arbitrale prevista dallo statuto sociale. Oltre al risarcimento dei danni subiti dalla società, aveva pure chiesto la revoca dell'amministratore *ex art.* 2476, co. 3, cod. civ.

L'amministratore, costituitosi nel procedimento arbitrale, ha contestato la competenza del Tribunale Arbitrale, la legittimazione attiva della parte attrice e in ogni caso l'infondatezza delle doglianze di quest'ultima.

Il Tribunale Arbitrale ha ritenuto di non essere competente sulla domanda di revoca dell'amministratore, ma solo sull'azione di responsabilità nei confronti dello stesso, sulla quale si è pronunziato, accogliendo le domande della parte attrice.

L'amministratore ha quindi impugnato il lodo avanti la Corte di Appello di Catanzaro, chiedendo che venisse annullato. A suo dire il Tribunale Arbitrale non sarebbe stato competente a pronunziarsi sulle domande formulate nei suoi confronti, che avrebbero riguardato un interesse collettivo insuscettibile di essere devoluto alla cognizione arbitrale (l'affermazione secondo la quale non sarebbero arbitrabili le controversie relative a interessi "*collettivi*" è un antico *Leitmotiv* della giurisprudenza della Suprema Corte, poi per fortuna abbandonato: esso è espresso ad esempio in Cass., Sez. I Civ., 25 maggio 1965, n. 999). Dall'altro lato, l'amministratore ha pure lamentato una lesione, nel corso del procedimento arbitrale, del suo diritto di difesa.

Entrambe queste doglianze sono state respinte. La doglianza più interessante, come accennato, è quella relativa all'arbitrabilità della controversia.

Sul punto, la Corte di Appello di Catanzaro ha innanzi tutto richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale *“le controversie tra amministratori e società, anche se specificamente attinenti al profilo interno dell'attività gestoria ed ai diritti che ne derivano agli amministratori (quali, nella specie, quello al compenso), sono compromettibili in arbitri, ove tale possibilità sia prevista dagli statuti societari”* (Cass., Sez. I Civ., 11 febbraio 2016, n. 2759; sul punto è ancor più specifica Cass., Sez. I Civ., 19 febbraio 2014, n. 3887, che però la Corte di Appello non richiama).

Passando poi a un punto di vista più generale, la Corte di Appello ha pure richiamato la giurisprudenza della Suprema Corte, secondo la quale le controversie non arbitrabili sono solo quelle relative a diritti indisponibili, ossia diritti protetti *“mediante la predisposizione di norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione da parte dell'orientamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte”* (Cass., Sez. I Civ., 12 settembre 2011, n. 18600). Si tratta del principio più volte riaffermato con riferimento alla ritenuta (non) arbitrabilità delle impugnazioni di bilancio, ove il vizio lamentato concerna il contenuto di quest'ultimo.

Trovo più persuasiva un'altra ricostruzione, che pure talvolta affiora nella giurisprudenza della Suprema Corte: *“attengono a diritti indisponibili, come tali non compromettibili in arbitri ex art. 806 cod. proc. civ., soltanto le controversie relative all'impugnazione di deliberazioni assembleari di società aventi oggetto illecito o impossibile, le quali danno luogo a nullità rilevabile anche di ufficio dal giudice, cui sono equiparate, ai sensi dell'art. 2479 ter cod. civ., quelle prese in assoluta mancanza di informazione”* (Cass., Sez. VI Civ., 27 giugno 2013, n. 16265, pure richiamata dalla Corte di Appello di Catanzaro).

Ora, tornando alla fattispecie in commento, le controversie relative alla responsabilità degli amministratori possono essere oggetto di rinuncia e transazione (art. 2394 cod. civ.). Nessun dubbio quindi può sorgere sulla disponibilità del diritto in parola e correttamente la Corte di Appello ha confermato la sussistenza della giurisdizione del Tribunale Arbitrale e rigettato l'impugnazione del lodo.

Per concludere, un aspetto interessante è rimasto sullo sfondo: quello relativo alla istanza di revoca ex art. 2476, co. 3, cod. civ. dell'amministratore, sulla quale il Tribunale Arbitrale ha escluso la propria competenza.

Questa soluzione mi pare corretta. La suddetta istanza ha natura senz'altro cautelare (anche se c'è chi dubita che possa essere proposta *ante causam*). Gli arbitri societari hanno sì poteri cautelari, ma limitatamente alla possibilità di sospendere l'efficacia di deliberazioni sociali impugnate (art. 35, co. 5, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5).

Si tratta di una limitazione che mi pare poco ragionevole. Da tempo si parla di una (nuova) riforma dell'arbitrato. Speriamo che costituisca l'occasione per riconsiderare la questione dei poteri cautelari degli arbitri.

*
**

Arbitrato e provvedimenti cautelari

di Roberto Oliva

Ho letto con grande interesse una recente pronuncia della High Court inglese (Gerald Metals SA v. The Trustees of the Timis Trust & others [2016] EWHC 2327 (Ch)). Si tratta di una pronuncia in tema di rapporti tra la giurisdizione cautelare del Giudice statale e quella dei Tribunali Arbitrali e mi ha ricordato l'orientamento seguito dai Tribunali italiani nei casi eccezionali in cui, secondo il diritto italiano, sussiste una giurisdizione cautelare degli arbitri.

L'attore aveva iniziato un procedimento arbitrale, amministrato dalla LCIA, in relazione a pretesi inadempimenti a un contratto di garanzia. Il regolamento della LCIA prevede la possibilità di nominare un *emergency arbitrator* per pronunciare provvedimenti cautelari in casi di “*eccezionale urgenza*”. L'attore ha quindi chiesto la nomina di questo *emergency arbitrator*.

Il convenuto ha replicato a questa richiesta assumendo talune obbligazioni (di non disporre dei suoi beni se non a prezzo di mercato e, con riferimento ad alcuni beni, dandone pure preavviso di sette giorni). A seguito dell'assunzione di queste obbligazioni, la LCIA ha respinto la richiesta dell'attore di nominare un *emergency arbitrator*.

L'attore si è quindi rivolto al Giudice statale, chiedendo tra le altre cose un sequestro dei beni del convenuto. Ad avviso dell'attore, in particolare, il rigetto della sua istanza da parte della LCIA non impedirebbe di riproporre la stessa istanza al Giudice statale, perché mentre la nomina di un *emergency arbitrator* avviene solo in casi di “*eccezionale urgenza*”, la giurisdizione cautelare del Giudice statale sussiste in tutti i casi di urgenza – anche quelli non eccezionali, quindi.

La High Court ha respinto questa ricostruzione interpretativa, affermando che sarebbe irragionevole, sia dal punto di vista logico, che da quello commerciale (“*it would be uncommercial and unreasonable to interpret the LCIA rules as creating such a gap*”). Ha quindi ritenuto che un provvedimento cautelare può essere emesso da un Giudice statale solo nei casi in cui il Tribunale Arbitrale non abbia adeguati poteri cautelari, o da un punto di vista pratico questi non possano essere impiegati.

L'orientamento dei nostri Giudici non è molto lontano da quello dei Giudici inglesi: affermano infatti che il Giudice statale ha giurisdizione cautelare, anche nei casi in cui tale giurisdizione competerebbe agli arbitri, quando gli arbitri non possono in concreto esercitarla, perché il Tribunale Arbitrale ancora non si è costituito.

La pronuncia della High Court è ritenuta molto rilevante (almeno, nei primi commenti che sono apparsi) poiché i principi che ha espresso hanno l'effetto di restringere la giurisdizione cautelare dei Giudici inglesi. Gli stessi principi, paradossalmente, hanno invece l'effetto, nel nostro ordinamento, di estendere la giurisdizione cautelare dei Giudici statali.

*
**

Clausola compromissoria e responsabilità extracontrattuale

di Roberto Oliva

La riforma del 2006 ha espressamente previsto la possibilità per le parti di far conoscere da arbitri future liti di natura extracontrattuale. Dispone infatti l'art. 808/*bis* cod. proc. civ., introdotto per l'appunto con la riforma del 2006, che “*Le parti possono stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati (...)*”.

Non sono molti i precedenti che concernono l'applicazione dell'art. 808/*bis*, sì che qualche dubbio può essere nutrito circa la diffusione dell'istituto. E ciò nonostante la sua utilità: esso infatti, in caso di cause connesse relative a pretesi illeciti contrattuali ed extracontrattuali, può ad esempio consentire di evitare le c.d. vie parallele.

Sul punto, si è recentemente pronunciata la Suprema Corte (Cass., Sez. VI Civ., 13 ottobre 2016, n. 20673), con quella che mi risulta essere la sua prima decisione in materia.

Il caso deciso dalla Cassazione può essere riassunto come segue.

Wind Jet e Alitalia hanno sottoscritto un *memorandum of understanding* e un accordo (nell'aprile 2012) concernente l'acquisizione da parte di Alitalia dell'attività di Wind Jet.

Nella prospettiva di Wind Jet, Alitalia si sarebbe illegittimamente rifiutata di concludere l'operazione di acquisizione e anzi avrebbe addirittura impiegato informazioni riservate acquisite nel corso delle negoziazioni per sottrarre quote di mercato a Wind Jet. Questo comportamento costituirebbe sia un illecito precontrattuale sia un illecito concorrenziale, per dolersi dei quali Wind Jet ha convenuto Alitalia avanti il Tribunale di Catania.

Alitalia si è costituita in giudizio, eccependo la competenza del Tribunale Arbitrale previsto dall'accordo concluso tra le parti, o comunque del Tribunale di Milano, previsto dallo stesso accordo come Tribunale competente per le controversie che non potessero essere decise dagli arbitri, o infine del Tribunale di Civitavecchia, nel cui circondario Alitalia ha la sua sede legale.

Il Tribunale di Catania ha affermato la competenza arbitrale e, avverso la sua decisione, Wind Jet ha proposto regolamento di competenza avanti la Suprema Corte, deducendo che la clausola compromissoria contenuta nell'accordo concluso tra le parti non riguardava controversie di natura extracontrattuale.

Alitalia si è costituita in giudizio e, da un lato, ha sostenuto la correttezza della decisione del Tribunale di Catania, che ha interpretato estensivamente la clausola compromissoria così come richiesto dall'art. 808/*quater* cod. proc. civ. Dall'altro lato, ha comunque insistito, in via subordinata, per la competenza dei Tribunali di Milano o Civitavecchia.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che la controversia non rientrasse nella competenza arbitrale, poiché essa è estranea all'ambito di applicazione della clausola compromissoria. Il tenore letterale di quest'ultima è il seguente: *“Tutte le controversie derivanti dal presente Accordo, comprese quelle relative alla sua validità, interpretazione, esecuzione e risoluzione saranno risolte in maniera definitiva secondo il regolamento arbitrale nazionale della camera arbitrale nazionale ed internazionale di Milano (...)”*. Ebbene, ad avviso della Suprema Corte, perché una controversia extracontrattuale sia attribuita alla cognizione arbitrale è necessario che essa sia espressamente menzionata nella clausola compromissoria e, in difetto di tale menzione, non soccorre il criterio interpretativo di cui all'art. 808/*quater* cod. proc. civ.: *“giusta il disposto dell'art. 808 bis c.p.c., quando le parti intendano devolvere agli arbitri anche le controversie extracontrattuali scaturenti da un accordo negoziale, debbono prevederlo espressamente. Più precisamente, cioè, dato il tenore dell'art. 808 bis c.p.c., non pare potersi sostenere che l'art. 808 quater c.p.c. consenta sempre e comunque, pur in difetto di una espressa estensione della clausola compromissoria, di ricondurre a quest'ultima, quando il suo tenore letterale sia equivoco, non solo le controversie contrattuali ma anche le vicende extracontrattuali connesse alla medesima vicenda negoziale. Muovendo da queste considerazioni è allora preferibile sostenere che l'art. 808 quater c.p.c. consenta una interpretazione favorevole alla competenza arbitrale tutte le volte in cui sorga contrasto sulla portata della clausola compromissoria fermo restando che il deferimento agli arbitri delle controversie extracontrattuali connesse a vicende negoziali debba essere espressamente previsto”*.

La Suprema Corte ha poi trovato conferma di queste conclusioni, con riferimento al caso concreto, in altra clausola contenuta nell'accordo concluso tra Wind Jet e Alitalia, ossia quella che prevedeva che *“(...) ogni eventuale controversia o vertenza comunque relativa al presente Accordo che non possa essere affidata alla competenza arbitrale sarà sottoposta alla competenza esclusiva del foro di Milano”*. Osserva infatti la Cassazione che, ove le parti avessero inteso sottoporre alla cognizione arbitrale tutte le controversie comunque connesse all'accordo tra le stesse concluso, a prescindere dalla loro natura (contrattuale o extracontrattuale), una simile clausola non avrebbe avuto significato.

La Suprema Corte ha quindi affermato la competenza del Tribunale di Milano e, nel contempo, ha offerto le sue autorevoli indicazioni circa il contenuto e la formulazione della clausola compromissoria, per il caso in cui le parti desiderino sottoporre alla cognizione degli arbitri anche possibili liti di natura

extracontrattuale; indicazioni di cui gli operativi più avvertiti terranno senz'altro conto.

**

Ambiguità nella clausola compromissoria
di Maria Elena Armandola

La formulazione della clausola compromissoria è estremamente importante. La ragione è semplice: una clausola compromissoria mal formulata comporta, nel migliore dei casi, la nascita di questioni processuali e la conseguente dilatazione dei tempi necessari ad arrivare a una pronuncia sul merito. Nel peggiore dei casi, poi, impedisce la realizzazione dell'originaria intenzione delle parti, ossia quella di avere le loro controversie risolte in arbitrato.

L'occasione per ricordare questo tema ci è data da una recente sentenza della Corte di Cassazione (Cass., Sez. VI Civ., 14 ottobre 2016, n. 20880).

Il caso deciso dalla Suprema Corte, in sintesi, è il seguente.

Una società italiana e una società nordamericana avevano concluso un contratto di distribuzione, relativo ad alcune attrezzature sportive prodotte dalla prima.

Il contratto conteneva una clausola compromissoria, così riportata nella sentenza di Cassazione: art. 29.1: *“tutte le controversie che dovessero sorgere in relazione al presente contratto verranno definitivamente decise (...) da un Collegio composto da tre arbitri (...)”*; art. 29.2: *“il Tribunale competente avente giurisdizione è quello di Treviso”*.

Sorta controversia in relazione a pretesi inadempimenti da parte della società nordamericana e alla conseguente risoluzione del contratto, la società italiana ha proposto le sue domande avanti il Tribunale di Treviso.

La società nordamericana, convenuta insieme ad altra società italiana (la posizione della quale non è chiarita nel testo della sentenza della Cassazione), ha sollevato *exceptio compromissi*, oltre a difendersi nel merito.

Il Tribunale di Treviso ha ritenuto sussistente la propria competenza e ha accolto nel merito le domande della parte attrice.

Il percorso argomentativo seguito dal Tribunale di Treviso, in punto competenza, non è chiaramente indicato, ma dalla sentenza della Cassazione può essere

ricostruito come segue: il contratto oggetto di causa conteneva una pattuizione ambigua (contemplava infatti sia un arbitrato sia un Giudice statale competente), sì che nel dubbio doveva darsi preferenza alla competenza del Giudice statale.

La parte soccombente ha impugnato la pronuncia del Tribunale di Treviso avanti la Suprema Corte.

La Cassazione ha ritenuto che il ragionamento del Tribunale di Treviso fosse erroneo, per una serie concorrente di ragioni: (i) il tenore della clausola compromissoria contenuta nel contratto concluso tra le parti in causa era perfettamente chiaro: desideravano che le loro controversie venissero risolte in arbitrato; (ii) la menzione del Tribunale di Treviso quale Giudice competente può essere letta nel senso che questo Tribunale è competente per tutte le controversie non arbitrabili nonché per l'emissione delle misure non emanabili da un Tribunale Arbitrale (come i provvedimenti cautelari); (iii) non è corretta l'affermazione del Tribunale di Treviso secondo la quale *“il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri comporta una deroga alla giurisdizione del giudice naturale così come prevista dalla Costituzione”*, in quanto *“la giurisdizione degli arbitri non è più un'eccezione o una deroga rispetto alla giurisdizione statale, ma un rimedio a questa perfettamente alternativo”*.

La Suprema Corte ha quindi dichiarato la competenza del Tribunale Arbitrale previsto dalla clausola compromissoria pattuita dalle parti. In questo modo, ha consentito la realizzazione della loro originaria volontà, pur in presenza di una pattuizione ambigua anche alla luce del criterio ermeneutico di conservazione del contratto *ex art. 1367 cod. civ.*

La competenza del Giudice statale per le materie non arbitrabili o per l'emissione di provvedimenti cautelari è infatti fondata direttamente sulla legge, sì che la clausola contrattuale sopra descritta si presta – come in effetti si è prestata – a letture contrastanti. Una sua migliore formulazione avrebbe quindi risparmiato alle parti qualche anno di controversie su questioni processuali.

*
**

Impugnazione di lodo parziale

di Roberto Oliva

Il lodo parziale che afferma la competenza arbitrale deve essere impugnato immediatamente, oppure insieme al lodo definitivo? La questione è stata recentemente affrontata e risolta dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza n. 23463 del 18 novembre 2016), secondo le quali il lodo parziale sulla competenza deve essere impugnato insieme al lodo definitivo.

Questa, in sintesi, la vicenda decisa dalle Sezioni Unite.

Un appaltatore ha promosso nei confronti del committente il procedimento arbitrale previsto nella clausola compromissoria contenuta nel contratto di appalto.

La particolarità della vicenda, che bisogna subito menzionare per comprenderne lo svolgimento, è questa: l'appaltatore indicato nel contratto di appalto è una impresa individuale; l'appaltatore che ha eseguito l'appalto e promosso la procedura arbitrale è invece un soggetto diverso: una società alla quale era stata conferita – prima però della conclusione del contratto d'appalto – l'azienda dell'impresa individuale.

Nel corso del procedimento arbitrale sono stati pronunciati due lodi: il primo lodo, un lodo parziale del 2007, ha affermato la competenza arbitrale (contestata dal committente). Il secondo lodo, il lodo definitivo del 2008, ha deciso il merito della controversia.

Entrambi questi lodi sono stati impugnati dal committente, solo dopo la pronuncia del secondo, e sono stati annullati dalla Corte d'Appello di Napoli. Quest'ultima ha invero ritenuto fondata l'eccezione sollevata dal committente, secondo la quale l'appaltatore società era soggetto estraneo alla convenzione arbitrale e non sussisteva quindi la competenza del Tribunale Arbitrale.

La pronunzia della Corte di Appello è stata impugnata dall'appaltatore avanti la Suprema Corte, sulla base di due motivi. Il secondo motivo riguarda l'interpretazione del contratto di appalto (e quindi non ne parlerò); il primo motivo, che è quello che ci interessa, concerne invece l'impugnabilità del lodo

parziale che decide sulla competenza arbitrale. Secondo l'appaltatore, infatti, si tratta di un lodo che dovrebbe essere immediatamente impugnato *ex art. 827, co. 3, cod. proc. civ.* (ai sensi del quale “*Il lodo che decide parzialmente il merito della controversia è immediatamente impugnabile (...)*”).

La Suprema Corte ha analizzato la questione sotto due profili. Innanzi tutto si è chiesta se il lodo sia impugnabile solo quando decida nel merito una domanda (come affermato, ad esempio, da Cass., Sez. I Civ., 26 marzo 2012, n. 4790) oppure anche quando decida questioni pregiudiziali o preliminari (come ha ritenuto, ad esempio, Cass., Sez. I Civ., 6 aprile 2012, n. 5634). Il secondo profilo riguarda invece la qualificazione della questione concernente la potestà decisoria degli arbitri: è una questione di merito (Cass., Sez. I Civ., 6 aprile 2012, n. 5634) oppure una questione di rito (Cass., SS.UU., 25 ottobre 2013, n. 24153)?

Questo secondo interrogativo è sciolto dalla Cassazione sulla base della sua più autorevole giurisprudenza (le Sezioni Unite del 2013 appena citate): la questione sulla sussistenza del potere decisorio in capo agli arbitri è senz'altro una questione di rito.

Meno cristallino è invece il ragionamento delle Sezioni Unite con riferimento al primo interrogativo (se sia possibile – e quindi si debba – impugnare immediatamente un lodo parziale che decide solo questioni pregiudiziali o preliminari). Nondimeno, è chiaro l'approdo cui la Cassazione è pervenuta: il lodo parziale immediatamente impugnabile è il lodo sull'*an debeatur* (ossia il lodo che reca una condanna generica come quella prevista dall'art. 278 cod. proc. civ.: sul punto, già si era pronunciata Cass., Sez. I Civ., 7 febbraio 2007, n. 2715) oppure il lodo che decide una o alcuna delle domande proposte senza definire il giudizio. Non sono invece immediatamente impugnabili i lodi che decidono questioni pregiudiziali o preliminari.

**

Brevi note sugli istituti conciliativi ed arbitrali nell'area del diritto industriale

di Massimo Scuffi ⁽¹⁾

I metodi alternativi di composizione delle liti impiegati nel contenzioso civile non sono sempre sovrapponibili a quelli utilizzabili nelle controversie industrialistiche che presentano peculiarità proprie.

Vediamone i caratteri distintivi.

Arbitraggio.

Nel corpus del Codice della proprietà industriale trova innanzitutto collocazione l'istituto dell'«arbitraggio» sul valore economico dei titoli di p.i. (con riguardo soprattutto alle invenzioni), modello ritenuto dal legislatore il meccanismo più funzionale in tutte le ipotesi nelle quali sul «*quantum debeatur*» non vi sia accordo tra le parti ed occorra affidarsi ad un terzo per la sua determinazione.

L'«arbitraggio» non costituisce modo di risoluzione di controversia su preesistenti posizioni giuridiche soggettive poiché al terzo «*arbitratore*» è esclusivamente conferita dai paciscenti la «*determinazione*» in loro vece del contenuto di un contratto già concluso alla cui integrazione e formazione concorre con attività volitiva ed autonoma.

L'istituto (previsto — in via generale — dall'art. 1349 cod. civ.) è ripreso dal Codice della proprietà industriale ⁽²⁾ con riferimento alle «*invenzioni dei dipendenti*» (art. 6 4) ove non sia raggiunto l'accordo sul premio dovuto all'inventore e sulle modalità di pagamento, nel caso di «*espropriazione dei diritti di proprietà industriale*» nell'interesse della difesa militare del paese o per altre ragioni di pubblica utilità (art. 143) ove difetti l'accordo sull'indennità da corrispondere, in ipotesi di «*licenza di pieno diritto*» (art. 80) ove sia dal terzo accettata l'offerta dell'inventore per l'uso non esclusivo dell'invenzione ma non il compenso, in tema di «*licenza obbligatoria*» (art. 70) a fronte della mancata attuazione dell'invenzione ovvero per lo sfruttamento di invenzione dipendente allorché il terzo interessato —

⁽¹⁾ Magistrato, rappresentante italiano nel Comitato preparatorio (legal group) e amministrativo dell'Unitary Patent Court, componente della Commissione ricorsi UIBM.

⁽²⁾ D.lgs. 10 febbraio 2005, n.30.

preventivamente rivoltosi al titolare — non abbia da questi potuto ottenere licenza contrattuale ad eque condizioni.

In tutti questi casi misura e modalità dell'equo corrispettivo sono appunto rimessi ad «*arbitratori*» che fungono da mandatari delle parti nel colmare il «*vuoto contrattuale*».

Consulenza tecnica preventiva.

Strumento regolato dal Codice di procedura civile destinato a valere, non solo, come acquisizione preventiva di un mezzo di prova ma anche (e soprattutto) come mezzo di risoluzione della controversia alternativo alla instaurazione di un ordinario giudizio di cognizione, la «*consulenza tecnica preventiva*» opera anche all'interno del sistema processuale di protezione della proprietà industriale per espresso rinvio disposto dal Codice p.i.

Il meccanismo — per i suoi connotati che prescindono dal requisito del *periculum* e per la marcata natura conciliativa — non può essere annoverato tra i procedimenti cautelari in senso stretto per cui non soggiace alle regole di competenza proprie delle misure provvisorie di diritto industriale (descrizione, sequestro, inibitoria) regolate dal modello uniforme di cui agli artt. 669/*bis-terdecies* cod. proc. civ.

La novità del mezzo risiede non tanto nella funzione probatoria («*semplificatoria*» e meno invasiva rispetto alla «*descrizione*» che per conservare efficacia richiede sempre la obbligatoria instaurazione del giudizio di merito nei termini perentori prescritti dal Codice p.i.) quanto piuttosto nella accentuata funzione conciliativa ancorché circoscritta all'accertamento e determinazione dei crediti derivanti da inadempimenti contrattuali e fatti illeciti.

La lettera della legge parrebbe dunque escludere dal vaglio critico del consulente incaricato ogni questione interpretativa che investa il contenuto e la portata dell'esclusiva, la esistenza di illecite interferenze di terzi, la stessa validità del titolo di p.i., prevedendo un impiego del mezzo per le definizioni risarcitorie («*sussistenza*» e «*consistenza*» del danno) derivate da fenomeni di contraffazione o violazioni negoziali non messi (ancora) in discussione o già accertati giudizialmente (ad esempio con sentenza di condanna generica).

Il concetto di accertamento (ancorché riferito al *quantum*) implica — peraltro — la individuazione della causa del danno e la verifica di una certa responsabilità ai fini della imputabilità per cui l'operato dell'esperto, viste soprattutto le caratteristiche dell'istituto tendenzialmente volto a predeterminare il contenuto di una transazione tra le parti, ben potrebbe affrontare questioni più estese trascendenti il mero aspetto tecnico-contabile in vista di soluzioni più propriamente giuridiche (quali sono quelle riguardanti l'esclusiva e la validità).

Non mancano per contro perplessità sull'affidamento di indagini e/o approfondimenti sull'*an* ad una procedura preliminare quale quella prefigurata dalla norma dove non è ammesso l'intervento di CT di parte né il consulente-

compositore è in grado di assumere funzione di «*ausiliario*» del giudice con tutti i poteri acquisitivi e collaborativi riconosciutigli in tale veste.

Mediazione.

La mediazione è strumento di confronto tra le parti chiamate a incontrarsi davanti ad un mediatore al fine di prevenire una lite. Il mediatore è terzo imparziale (di regola un organismo di mediazione) che assiste le parti prima del giudizio per facilitarne l'accordo con una soluzione condivisa.

La procedura di mediazione è anteriore alla lite e si distingue dal tentativo di conciliazione che ha natura «*endoprocessuale*» perché esperito liberamente dal giudice nel corso del giudizio per comporre i contrapposti interessi ed è finalizzato alla estinzione del medesimo.

La mediazione si distingue anche dall'arbitrato che (almeno quello rituale) ha natura di vero e proprio giudizio (al pari di quello ordinario) dove gli arbitri esercitano funzioni decisorie pronunciando un lodo equivalente alla sentenza.

Esistono diversificati procedimenti di mediazione.

La mediazione c.d. «*obbligatoria*» costituisce una condizione di procedibilità (che si perfeziona dopo il primo incontro senza accordo) per l'azione civile in specifiche materie.

L'elencazione è tassativa.

Questo filtro di accesso al contenzioso (che presuppone la presentazione di apposita domanda agli organismi di mediazione) coinvolge la conflittualità anche sui «*diritti reali*» senza altra specificazione ma non è applicabile al contenzioso industrialistico perché i «*diritti di esclusiva*» non rientrano nel novero dei diritti cui allude la norma.

La proprietà sui beni immateriali non è infatti un diritto reale, poiché manca la «*materialità*» dell'oggetto (*res*), si tratta cioè di una proprietà diversa da quella tradizionale da intendere come sinonimo di diritto assoluto al quale è estraneo qualsiasi elemento di realtà.

Esiste anche una mediazione «*facoltativa*» ⁽³⁾ cui chiunque può accedere, estendibile a qualsiasi controversia civile e commerciale purché siano coinvolti diritti disponibili (la mediazione può essere indotta anche per clausola contrattuale o statutaria in tal caso assumendo la veste di mediazione «*concordata*»).

Innovativa è altresì la mediazione c.d. «*delegata*» proponibile anche in appello dal giudice con invito alle parti ad avviarla separatamente, previa valutazione della natura della causa, dello stato dell'istruzione e del comportamento dei litiganti.

⁽³⁾ D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

L'opzione del giudice è qui duplice: tentativo di conciliazione esperito davanti a sé (art. 185/*bis* cod. proc. civ.) ed ordine di procedere a mediazione davanti ad un organismo abilitato.

Con il c.d rito partecipativo il tentativo di conciliazione e la mediazione sono perciò esperiti in sequenza.

La procedura ha valenza generale e si applica a tutte le controversie relative a diritti disponibili.

E dunque, ancorché la mediazione «*obbligatoria*» – come si è detto – resti estranea ai diritti di p.i., nella misura in cui questi si identifichino in diritti disponibili potranno rimanere assoggettati a tutte le altre procedure di mediazione sovra elencate.

In linea di massima – infatti – tutti i diritti di proprietà industriale sono diritti patrimoniali «*disponibili*» perché oggetto di trasferimento ed alienazioni per atto tra vivi come «*mortis causa*».

L'art. 63 del Codice p.i. prevede la cessione a qualsiasi titolo dei diritti nascenti dalle invenzioni industriali (escluso il diritto morale che spetta all'inventore) al pari dei marchi (art. 23); oggetto di proprietà liberamente trasferibili sono pure i titoli «*unionisti*» (marchi, modelli, disegni europei) gestibili secondo gli Accordi, Convenzioni e Regolamenti europei che li riguardano.

La mediazione nel settore della proprietà industriale (facoltativa o delegata) è gestita anche da organismi internazionali quali il Wipo Arbitration e Mediation Center di Ginevra che mette – tra l'altro – a disposizione *expert determinations procedures* sugli aspetti tecnici della controversia (equivalenti a perizie contrattuali).

Nel settore brevettuale va poi segnalato l'istituendo Patent Mediation Arbitration Center-PMAC con duplice sede in Lisbona e Lubiana, quale parte della struttura (centrale e periferica) del Unitary Patent Court destinata ad operare indipendentemente ma in stretta collaborazione con l'organismo giudiziario.

Le regole di procedura che presiedono il giudizio di contraffazione e validità brevettuale avanti alla Corte europea prevedono che nella fase interinale del processo destinata a mettere a fuoco i principali punti litigiosi e delineare la posizione delle parti sui fatti e le reciproche istanze il giudice possa esplorare le possibilità di conciliazione invitando i contendenti ad utilizzare – appunto – le strutture del PMAC.

La richiesta di *mediation* è fatta ai servizi del Centro con scelta di un mediatore tra quelli indicati nella lista tenuta dall'organismo (che ne fornirà le credenziali) e quegli opererà come terzo neutrale, imparziale ed indipendente, assistendo le parti nella ricerca di un *final settlement* in maniera efficiente e spedita (di durata non eccedente i tre mesi salvo deroghe concordate).

Durante la pendenza del procedimento di mediazione non potranno essere attivate o proseguite iniziative giudiziali od arbitrali salvo il ricorso alla Corte per ottenere eventuali misure cautelari.

Negoziiazione assistita.

Istituto volto a valorizzare il più possibile la competenza tecnico professionale del mondo dell'avvocatura è poi – nell'ambito dei sistemi di deflazione del contenzioso – la «*negoziiazione assistita*», procedura preliminare destinata ad «*ufficializzare*» gli accordi stragiudiziali intervenuti nel corso delle trattative tra le parti con una convenzione scritta e «*asseverata*» (certificata, cioè, come conforme all'ordine pubblico ed al buon costume al pari della omologa giudiziale) a valere come titolo esecutivo e che concerne – anche essa – solo «*diritti disponibili*».

Il sistema che ha precedenti nella legge francese (c.d. *act d'avocat*) si attiva con l'invito che il legale di una parte rivolge con una serie di avvertimenti all'altra per pervenire ad un accordo e trova limite solo nella «*indisponibilità*» dei diritti coinvolti.

È dunque mezzo estendibile – a seconda dei casi – anche alle vertenze sui diritti di p.i.

Arbitrato.

Strumento principe della giustizia privata, l'arbitrato c.d. «*rituale*» è stabilito in via preventiva con previsione negoziale in vista della risoluzione di future liti (clausola compromissoria) o con patto successivo per la risoluzione di controversia già insorta tra le parti (compromesso).

In entrambi i casi l'istituto trova fonte nella c.d. «*convenzione d'arbitrato*».

L'istituto può assumere anche la forma del c.d. «*arbitrato forense*» ⁽⁴⁾ che si attiva quando la causa già instaurata davanti al giudice (e che non sia stata ancora assunta in decisione) venga a trasmigrare in sede arbitrale (sempre quando non abbia oggetto diritti indisponibili) su istanza congiunta delle parti che andranno a promuovere (e proseguire) il relativo procedimento avanti ad un prescelto collegio di avvocati (o avanti arbitro unico) tra quelli che hanno fornito la loro disponibilità all'Ordine.

Viene in tal modo ulteriormente valorizzata la natura propriamente giurisdizionale dell'arbitrato che si conclude con un lodo o sentenza arbitrale pronunciata dall'arbitro nell'esercizio di funzione decisoria «*sostitutiva*» di quella del giudice ordinario cui l'ordinamento attribuisce efficacia di titolo esecutivo giudiziale mediante «*omologazione*», cioè il visto di esecutorietà rilasciato dal Tribunale dopo averne verificato — in sede di deposito — la sua «*regolarità formale*».

⁽⁴⁾ Legge 10 novembre 2014 n.162.

Diverse caratteristiche e funzione presenta invece l'arbitrato «libero» o «irrituale» dove l'arbitro non è chiamato a svolgere compiti giurisdizionali ma si presenta come un mero «mandatario» delle parti affidatario della composizione bonaria della vertenza con responso direttamente riferibile alla volontà dei «mandanti».

Non sfociando l'arbitrato libero in un provvedimento equiparabile a sentenza evidentemente non sarà neppure assoggettabile alla procedura omologatoria.

Nel campo dei brevetti europei (sia «classici» che ad «effetto unitario») il futuro Patent mediation arbitration Center-PMAC è deputato a fornire un servizio di *arbitration* «amministrato» secondo proprie regole di procedura.

Allo scopo le *arbitration rules* prevedono la costituzione di un Tribunale arbitrale e la disputa potrà essere affidata ad un sole arbitrator scelto tra una rosa di esperti dalla lista tenuta dal Centro ovvero ad una terna di arbitri (scelti uno per parte che a loro volta nomineranno un terzo come Presidente).

La procedura contempla una trattazione documentale o – se del caso – orale con fissazione di udienze, audizione di testimoni e nomina di esperti, adozione di eventuali provvedimenti di urgenza e di misure protettive (*urgent measures*) e – a conclusione del procedimento – la pronunzia del lodo (*award*) contenente le ragioni della decisione (a meno che le parti non si accordino per omettere la motivazione).

Si è già detto che – in linea di massima – i diritti di proprietà industriale sono diritti patrimoniali «disponibili» dunque le relative controversie non incontrano limiti nell'accesso ai modelli di risoluzione alternativa.

Ebbene mentre questo è vero in relazione alla dinamica negoziale sottesa alla circolazione dei diritti di p.i. ed al loro normale sfruttamento, discorso diverso è da farsi laddove sia messa in gioco la validità della privativa il cui ostacolo alla arbitrabilità è stato per lungo tempo ravvisato – almeno in Italia – più che nel rilievo «pubblicistico» della sopravvivenza o meno del monopolio di esclusiva sul mercato, nella esigenza di «ordine processuale» della partecipazione «obbligatoria» al giudizio del pubblico ministero e nella estensione «erga omnes» dell'efficacia riconosciuta alle decisioni dell'AGO in tema di nullità/decadenza.

Orbene la facoltatività dell'intervento del PM oggi espressamente consentita ha eliminato un ostacolo alla adozione di forme di risoluzione alternativa, ma solo apparentemente, restando comunque insostituibile la valenza «universale» di pronunzie di invalidità che solo il giudice e non l'arbitro è legittimato ad emettere.

Del resto l'insegnamento giurisprudenziale e della dottrina processualistica è stato sempre nel senso che – solo allorché la dedotta nullità sia fatta oggetto di mera eccezione e non di domanda proposta in via principale o riconvenzionale, non profilandosi una controversia sulla «validità» del titolo da decidere con efficacia di giudicato, la relativa questione da affrontare «incidenter tantum» è da

considerare non sottratta alla cognizione degli arbitri difettando – in codesta ipotesi – ragione «*procedimentale*» di limitazione alla loro competenza.

Inoltre, quand'anche fosse ammessa la devoluzione in arbitrato di questioni «*principali*» afferenti la validità/nullità dei titoli di proprietà industriale, le relative determinazioni sarebbero comunque destinate ad assumere solo efficacia «*inter partes*».

Anche nei Paesi europei di area occidentale resta di regola esclusa la composizione extragiudiziale di controversie nelle quali l'arbitro sia chiamato a declaratorie di nullità.

Così in Francia dove non sono compromettibili «*toutes les matieres qui interessent l'ordre public*» ed in Germania dove la materia rientra nella competenza esclusiva del Bundespatentgericht ed è insuscettibile di transazione ⁽⁵⁾.

Analogamente dispone l'Agreement istitutivo dell'UPC e del PMAC ⁽⁶⁾ enunciando il principio generale per cui un brevetto non può mai essere revocato o limitato mediante una «*transazione*».

Di conseguenza nell'ambito del procedimento di mediazione od arbitrato non possono trovare definizione questioni di invalidità (parziale o totale) del titolo contestato.

Ciò nondimeno le regole di procedura (R.11.2) ⁽⁷⁾ parrebbero autorizzare la Corte a confermare giudizialmente anche *settlements* contenenti l'obbligo per il titolare di revocare o ridurre la portata del brevetto ovvero non farlo valere nei confronti della controparte.

Il che sta significare che nonostante le disposizioni tassative dell'Accordo la composizione della lite potrebbe portare – come effetto voluto dalle parti – anche alla revoca o la limitazione di un brevetto ed essere come tale convalidato dalla Corte.

La filosofia che ispira il sistema unitario porta dunque a riscontrare un trend favorevole all'uso «indistinto» dello strumento conciliativo quale vantaggiosa alternativa a complessi e costosi procedimenti specie per le piccole e medie imprese.

*
**

⁽⁵⁾ Nel settore antitrust (dove spesso le privative interferiscono con le regole sulla tutela della concorrenza) vige in genere il principio di compromettibilità delle relative controversie escludendosi il carattere indisponibile dei diritti coinvolti anche laddove entri in gioco il c.d. ordine pubblico economico (ed il corretto funzionamento del mercato interno).

⁽⁶⁾ Accordo e Statuto sono stati firmati a Bruxelles il 19 febbraio 2013.

⁽⁷⁾ La 18^a versione delle *Rules of procedure* è stata presentata al Comitato preparatorio il 19 ottobre 2015.



Rivista giuridica pubblicata da
Arbitration in Italy Ltd