
Arbitrato societario.

Ambiti soggettivi ed oggettivi di
applicazione nella prospettiva notarile

PAOLO DIVIZIA

Notaio in Bergamo

Università degli Studi di Bergamo

Introduzione. Cenno alle fonti normative

- **Fino al 2003 non esisteva nell'ordinamento italiano una disciplina specifica per l'arbitrato societario.**
- **A tale tipo di arbitrato si applicavano in via interpretativa le norme di diritto comune ex artt. 806 e ss. c.p.c.**

Successivamente:

- **Art. 12 comma 3 legge n. 366/2001 (c.d. legge delega)**
- **Artt. 34-37 del d.lgs. 5/2003**
***Dottrina prevalente* ha fugato ogni dubbio di costituzionalità delle disposizioni in commento (e ne ha ritenuto conforme il contenuto alla legge delega)**

Metodo di indagine

SCOMPORRE IL TEMA IN DISTINTE PROSPETTIVE DI INDAGINE:

- 1. Tipo di attività che si intende devolvere agli arbitri**
- 2. Analisi della fonte di deroga alla giurisdizione ordinaria**
- 3. Tipologia di arbitrato che può essere scelto dalle parti**
- 4. Tipo e nazionalità delle società coinvolte**
- 5. Ambito soggettivo delle controversie arbitrali**
- 6. Analisi della casistica**

Attività devolvibile agli arbitri

- In linea di principio, può affermarsi come l'arbitrato societario possa costituire unicamente L'OMOLOGO di un giudizio di COGNIZIONE.

Da ciò consegue che:

- a) agli arbitri non può esser devoluta una attività diversa da quella di cognizione;
- b) non vi è spazio per una attività di natura:
 - cautelare (escluso per delibere);
 - esecutiva;
 - di volontaria giurisdizione

Ad esempio:

E' PRECLUSA ALLA COGNIZIONE ARBITRALE LA NOMINA DEI LIQUIDATORI DELLA SOCIETA' ex art. 2487 c.c.

- a) trattasi di materia riconducibile nello schema della volontaria giurisdizione;
- b) assenza ex se di contenzioso;
- c) assenza ex se di contrapposizione di interessi;
- d) presenza per contro di un interesse al funzionamento della società nel suo complesso intesa – indisponibilità diritti

 **Tribunale di Modena 12 maggio 2004**

La controversia relativa alla nomina del liquidatore, non avendo ad oggetto diritti disponibili, non può essere devoluta agli arbitri a causa del divieto contenuto al comma 1 dell'art. 34 d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5.

Fonte dell'arbitrato

- Ai sensi dell'art. 34 comma 1 del d.lgs n. 5 del 2003, l'arbitrato societario può trovare fonte soltanto in **CLAUSOLE COMPROMISSORIE** inserite negli "atti costitutivi" delle società

Attenzione: il concetto di "atto costitutivo" non è utilizzato in senso tecnico dal legislatore (ne è riprova una ambiguità di utilizzo in tutto il reticolato normativo dedicato alla SRL).

QUINDI LA REGOLA E' TROVARE LA NATURALE COLLOCAZIONE DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA IN SENO ALLO STATUTO E NON GIA' ALL'ATTO COSTITUTIVO.

In questo senso la prassi notarile assolutamente prevalente.

Va poi osservato che **NON RIENTRANO** nell'ambito applicativo degli artt. 34-37 del d.lgs 5/2003 (e quindi sono fuori dal solco del diritto societario):

- a) le clausole compromissorie contenute in **PATTI PARASOCIALI**;
- b) le clausole compromissorie contenute in **NEGOZI DI CESSIONE DI PARTECIPAZIONI**

1. Eccesso di delega (la lettera delle legge non è suscettiva di interpretazioni estensive)

2. Patti parasociali e negozi di trasferimento partecipazioni non possono in alcun modo vincolare i soci, né la società ed i suoi organi



Tribunale di Pescara 19 ottobre 2009

L'art. 34, D.Lgs. n. 5/2003 concerne, secondo rubrica e testo, le sole clausole compromissorie statutarie, cioè quelle ospitate dagli atti costitutivi delle società, mentre il patto parasociale, che istituisce rapporti puramente accessori a un preesistente sodalizio e non costituisce una società nuova, non è interessato - per difetto della natura statutaria - dalla regola speciale.

Tipologia di arbitrato che può esser scelto dalle parti

- Chiarito che all'arbitrato societario si può accedere solo per il tramite di una clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo (*rectius*, statuto), occorre domandarsi se tale clausola possa prevedere un arbitrato:
- A) rituale
- B) irrituale
- Analisi delle posizioni dottrinali (rinvio ad altri relatori)
- Il combinato disposto degli artt. 35 comma 3 d.lgs. 5/2003 e 808 ter c.p.c. paiono riconoscere la legittimità di una clausola compromissoria che preveda un arbitrato irrituale.

Tipologie di società coinvolte

- L'art. 34 del d.lgs n. 5 del 2003 utilizza il termine generico "società", ma l'interpretazione sistematica degli artt. 34-37 nel loro complesso unitamente al vaglio della portata oggettiva della legge delega n. 366 del 2001, portano a ritenere che l'arbitrato societario sia applicabile **ALLE SOLE SOCIETA' COMMERCIALI**

- Sono dunque **ESCLUSE** le società' semplici

 Tribunale Roma 4 luglio 2007

*La disciplina dell'arbitrato societario (ed, in particolare, la nomina dell'arbitro o degli arbitri da parte di soggetti estranei alla società) **non** si applica alla società semplice. – si discute per le attività connesse e strumentali*

- Sono invece **INCLUDE**:
 - SRL e SAPA
 - SOCIETA' COOPERATIVE
 - le sole SPA chiuse

ESCLUSE: SPA quotate o diffuse fra il pubblico in misura rilevante

La *ratio* di questa esclusione è discussa. In altri ordinamenti stranieri la scelta legislativa è stata in senso opposto. Nel nostro ordinamento il fondamento dell'esclusione è quello di una presumibile *non conoscenza* da parte dei soci delle SPA quotate (meri investitori / speculatori) del contenuto dello statuto e dunque della clausola di compromesso arbitrale

Tipologie di società coinvolte

- *Sono incluse le società di persone diverse dalla società semplice?* **SI, SECONDO L'INTERPRETAZIONE DOTTRINALE PREVALENTE SONO INCLUSE:**
 - S.N.C.
 - S.A.S.

In senso dubitativo

 **Tribunale Udine 4 novembre 2004**

Le norme richiamate dal comma 2 dell'art. 41 d.lg. n. 5 del 2003 (oltre all'art. 223 bis, anche l'art. 223 duodecies disp. att. c.c.) possono trovare applicazione solamente con riguardo alle società di capitali ed alle società cooperative, ma non anche alle società di persone, del tutto estranee alla disciplina del d.lg n. 5 del 2003.

In senso favorevole ex multis

 **Tribunale Salerno 12 aprile 2007**

[...] l'art 34 d.lg. n. 5/2003, vista la genericità del richiamo operato nel comma 1 agli atti costitutivi delle società, si estende a tutti i rapporti societari senza alcuna distinzione tra società di capitali e società di persone

NB: la portata dell'art. 34 comma 6 non è estensibile alle SDP, per cui prevale la regola unanimistica ex art. 2252 c.c. (clausola compromissoria si modifica o elimina con consenso (e *non voto!*) unanime.

Tipologie di società coinvolte

- **SOCIETA' IRREGOLARI**
- **E' irregolare la società in nome collettivo il cui atto costitutivo non è stato iscritto al Registro Imprese; ciò avviene in tre casi:**
 - a) **è una snc di fatto;**
 - b) **vi è stata costituzione orale o con scrittura privata semplice;**
 - c) **atto non iscritto al Registro Imprese dal notaio rogante (vedi art. 2296 c.c. – 30 gg. amministratori / notaio 2296 ultimo comma c.c.)**

PARE RAGIONEVOLE ESCLUDERE IL RICORSO ALL'ARBITRATO SOCIETARIO PER LE SOCIETA' IRREGOLARI : L'ART. 35 D.LGS. 5/2003 RICHIEDE UN ADEMPIMENTO PUBBLICITARIO INCOMPATIBILE CON LA CONDIZIONE DI SOCIETA' NON ISCRITTA

L'articolo 35, primo comma, del decreto citato, stabilisce che **la domanda di arbitrato** proposta dalla società o in suo confronto **è depositata presso il Registro delle imprese ed è accessibile ai soci**. Poiché gli effetti della decisione potrebbero interessare una pluralità di soggetti, è, infatti, necessario che la pendenza del procedimento arbitrale sia resa nota con il deposito nel Registro delle imprese, affinché tutti possano prenderne atto e decidere sull'opportunità di un eventuale intervento nel procedimento.

Il deposito della domanda costituisce una forma di garanzia per tutti coloro che potrebbero essere, in qualche modo, toccati dall'esito del procedimento arbitrale.

Tipologie di società coinvolte

- **SOCIETA' DI FATTO**
 - A) La società di fatto è quella costituita mediante comportamenti concludenti (fondo comune ed *affectio societatis*)
 - B) Esercizio in comune di attività economica senza che vi sia stata la stipula di un accordo espresso, scritto o orale
- *Sono incluse le società di fatto nell'ambito dell'arbitrato societario?*
NO, SECONDO L'INTERPRETAZIONE DOTTRINALE PREVALENTE SONO ESCLUSE PERCHE' MANCA IL CONTESTO NEGOZIALE IN CUI INSERIRE UNA CLAUSOLA COMPROMISSORIA

In senso difforme però

 Tribunale Trento 8 aprile 2004

La disciplina dell'arbitrato societario introdotta dal d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5, si applica anche alle società di persone, ivi comprese quelle di fatto.

Ambito soggettivo

- **Il principio generale è quello secondo cui la convenzione arbitrale può valere solo nei confronti di coloro che l'hanno sottoscritta ed accettata.**
- **Vi è quindi un immanente principio consensualistico.**
- **Va osservato che il vincolo compromissorio si estende ad una serie di soggetti che – ancorché tecnicamente terzi rispetto al contratto di società, hanno aderito al gruppo sociale (ad es., gli amministratori estranei – i liquidatori post nomina)**

Ambito soggettivo: la società

- **LA SOCIETA': la clausola compromissoria è vincolante per la società, trattandosi di norma strutturale della società medesima**
- **Non serve un espresso atto di “adesione”**
- **La società è vincolata alle statuizioni contenute nel lodo. Essa è legittimata ad agire e resistere in arbitrato.**
- **Il lodo è vincolante anche per le ipotesi in cui la società non è parte formale del lodo** (ad es., lodo che – in una controversia relativa alla cessione del credito al dividendo fra Tizio e Caio – riconosce Caio come cessionario effettivo, con ciò obbligando la società a versare la somma a Caio stesso).

Ambito soggettivo

- **SOCI FONDATORI:** la clausola compromissoria è vincolante nei confronti di tutti i soci fondatori, dato che questi – stante il consenso negoziale unanime che contraddistingue il momento genetico della società – sono parti formali della clausola medesima
- **NUOVI SOCI:** sono coloro che “entrano in società” dopo che la clausola compromissoria è già stata introdotta
- **E’ importante distinguere le “modalità di ingresso”.**

Ambito soggettivo

- **SOCI “NUOVI”**: la clausola compromissoria è vincolante nei confronti anche dei soci nuovi.
 - A) nelle società di persone vi è un vero momento negoziale di adesione ex art. 2252 c.c. ai patti sociali;
 - B) B) nelle società di capitali vi è comunque vincolatività anche a prescindere dalla manifestazione di un consenso ad hoc, ossia diverso e ulteriore rispetto al consenso all’acquisto.
- Nella successione *mortis causa* il subentro è nella posizione originaria del de cuius (quindi anche nella clausola in sé – salvo il 2284 c.c.)

Ambito soggettivo

- **SOCI “NUOVI” A SEGUITO DI CESSIONE:** la clausola compromissoria, secondo interpretazione prevalente, è vincolante nei confronti anche dei cessionari, trattandosi di un “accessorio” rispetto al rapporto sostanziale ceduto.
- A) **SS.UU. 17.12.1998, n. 12616 (opportunità di manifestazione di un consenso ad hoc per fruire della clausola compromissoria)**
- B) **Può essere utile, al fine di prevenire controversie, inserire in atto una dichiarazione ad hoc del cessionario in cui – anche solo attraverso una *relatio* formale – si accetta il contenuto dello statuto e, di esso, la clausola compromissoria**
- **Attenzione alle ipotesi nascoste della fusione – Massima n. 21 Milano**


Ambito soggettivo

- ART. 34 comma 3 D.lgs. 5/2003:

“la clausola compromissoria è vincolante per i soci la cui qualità è oggetto della controversia”

Tipologie ricorrenti:

- a) Controversie relative a fatti estintivi della *qualitas* di socio (ad esempio, esclusione del socio ovvero esercizio del diritto di recesso – **in tal senso Cass. civ. 30.04.2018, n. 10399**);

 **Tribunale L'Aquila 7 marzo 2018, n. 190** (Sole 24 ore – 22/03/2018) – appartiene alla cognizione arbitrale anche la domanda di esatta quantificazione del valore della quota di recesso

 **Tribunale Milano 27 settembre 2005** – soci esclusi dalla compagine sociale, in quanto non avevano aderito all'aumento di ricapitalizzazione

Analisi del caso

Qualitas socii controversa

- **SOCIO APPARENTE:** la dottrina prevalente esclude che possa essere fatta valere la clausola compromissoria nei confronti del socio apparente
- **SOCIO OCCULTO:** la dottrina estende al socio occulto la vincolatività della clausola, in quanto questi è a tutti gli effetti un socio (profilo anche sanzionatorio)

Amministratori, sindaci e liquidatori

- **E' OPPORTUNO** disciplinare questa ipotesi nella clausola compromissoria
- **Questi soggetti restano vincolati con l'atto formale di accettazione della carica (vi è chi definisce la vincolatività a cui sono soggetti una conseguenza legale)**
- **Si tratta di soggetti che "in qualche modo" hanno aderito al programma societario (dubbi su figura del direttore generale) – errato qualificarlo come consenso implicito**
- **Vi è sempre spazio per le dimissioni, ma attenzione alla disciplina statutaria della *prorogatio***
- **Analisi di un caso**