

LUISS - LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ARBITRATO INTERNO E INTERNAZIONALE

FORME DI RESISTENZA ALL'ARBITRATO.

L'ARBITRATO PER LE *PUBLIC COMPANIES* FRA ADESIONE E CONSENSO

- CHIARA ORTAGGI -

L'applicabilità dell'arbitrato alle società, campo di elezione dell'iniziativa e dell'autonomia privata, rappresenta il banco di prova di molti dei principi elaborati in tema di arbitrato ed il terreno in cui si è manifestato in modo più evidente il contrasto tra l'atteggiamento di favore nei confronti dell'istituto arbitrale e la chiusura all'operatività ed alle concrete possibilità applicative di tale mezzo di soluzione delle controversie.

Un filo rosso di resistenza collega gli orientamenti giurisprudenziali elaborati nella seconda metà del secolo scorso a talune recenti previsioni della riforma dell'arbitrato societario attuata con il d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Un filo rosso che emerge sullo sfondo di un generale atteggiamento di favore della prassi societaria italiana verso la soluzione privata dei conflitti sociali e che contrasta con la crescente diffusione, in ambito internazionale, di questo strumento per la composizione delle liti interne alla società.

Una di tali resistenze può essere ravvisata nell'esclusione dall'ambito della riforma dell'arbitrato societario delle società facenti ricorso al mercato del capitale di rischio.

L'esclusione si pone in contrasto, da un lato, con le scelte normative di taluni ordinamenti stranieri, che, mossi dall'interesse ad incentivare l'attrazione di investimenti stranieri, hanno espressamente consentito il (e talvolta obbligato al) ricorso all'arbitrato per le società ad azionariato diffuso e con la crescente attenzione prestata da organizzazioni internazionali alla possibilità di estendere l'uso dell'arbitrato alle *public companies* ed alla soluzione dei problemi pratici che tale estensione comporterebbe. E, dall'altro lato, con l'intento del legislatore delegato di favorire l'utilizzo dell'arbitrato come mezzo di soluzione dei conflitti interni alle società e con l'ampliamento dei poteri di autonomia statutaria operato dalla riforma organica delle società di capitali.

La ragione dell'esclusione è stata ricondotta, non già ad ostacoli di natura giuridica, bensì a considerazioni di opportunità, che non sono state oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina, ossia alla volontà di assicurare tutela al socio investitore di società ad azionariato diffuso, in quanto socio tipicamente passivo, interessato alla sola massimizzazione del proprio investimento, generalmente inconsapevole del contenuto dell'atto costitutivo e, quindi, incapace di prestare adeguato consenso alla clausola compromissoria statutaria.

Con il presente lavoro si intende verificare, se ragioni di carattere giuridico, prima ancora che di opportunità, non debbano indurre a mettere in discussione il fondamento di tale esclusione ovvero che l'ignoranza del socio investitore sia meritevole di tutela e che tale tutela debba essere necessariamente attuata impedendo in modo assoluto il ricorso all'arbitrato societario (e in generale all'arbitrato, ove si ritenga che alle società facenti ricorso al mercato del capitale di rischio sia preclusa, per effetto della limitazione, anche la possibilità di utilizzare l'arbitrato di diritto comune), al fine di dimostrare che la valutazione dello strumento arbitrale deve prescindere dalle diversità tipologiche che caratterizzano i modelli societari negli statuti dei quali la clausola compromissoria sia inserita, e, in particolare, dalla natura, dal tipo e dall'oggetto sociale nonché dagli elementi che concorrono ad individuare la struttura dell'impresa societaria (quali, ad esempio, il capitale sociale, il numero dei soci, le dimensioni organizzative, il tipo di conduzione dell'attività imprenditoriale o il funzionamento della società su basi personalistiche o manageriali).

Il tema si collega a quello dell'efficacia soggettiva delle clausole compromissorie statutarie ed offre lo spunto per analizzare le particolarità che assume il principio consensualistico che governa l'arbitrato quando questo sia utilizzato per la soluzione di liti societarie. Una volta esclusa l'opportunità della tutela del socio investitore (anche in ragione della sua inassimilabilità al consumatore) e, soprattutto, dei mezzi (: esclusione *tout court* dal ricorso all'arbitrato) scelti dal legislatore delegato per perseguirla, occorre verificare infatti, quali siano i principi che governano l'efficacia del patto compromissorio statutario nei confronti degli aderenti alla società. Tema che assume un'importanza tanto maggiore quanto più aumenti la diffusione dei titoli partecipativi della società (e quindi le possibilità di ricambi ed ampliamenti della compagine societaria).

La dottrina che si è preoccupata di trovare una giustificazione sistematica alla regola dell'efficacia automatica della clausola compromissoria statutaria nei confronti di chi partecipi alla vita sociale ha richiamato i principi che regolano la successione nei contratti di scambio ed il principio della parità di trattamento dei soci.

Tuttavia, entrambi tali principi si rivelano inadeguati a spiegare perché il socio (compreso il socio subentrante) debba essere vincolato alla devoluzione delle liti societarie agli arbitri, per il solo fatto dell'adesione alla società che abbia scelto di derogare alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria. Il primo, perché relativo ai contratti di scambio e quindi ad una fattispecie (per il profilo che qui interessa) ben diversa dai contratti associativi e comunque inerente solo al fenomeno della successione nella qualità di socio (e non all'acquisto di tale qualità a titolo originario come accade, ad esempio, in caso di sottoscrizione di aumento di capitale). Il secondo, perché, essendo ancorato alla tutela di un effetto che si vuole raggiungere, non presuppone (e quindi non spiega, se non in modo circolare) l'efficacia automatica della clausola (il rispetto della parità di trattamento sarebbe assicurata anche richiedendo l'approvazione espressa del patto compromissorio statutario da parte di ogni socio).

Invero, l'efficacia automatica della clausola compromissoria discende dai principi del diritto societario che governano l'adesione prestata dal socio al contratto di società ossia dalla natura delle regole di carattere organizzativo che disciplinano il fenomeno associativo e dagli effetti di c.d. "rilievo reale" che tali regole, una volta inserite nell'atto costitutivo e debitamente pubblicizzate, sono idonee a spiegare.

Alla stregua dei suddetti principi, il consenso da parte del singolo socio al vincolo compromissorio deve essere fatto discendere dall'adesione alla società e dal consenso a sottoporsi alle regole che il gruppo ha deciso di darsi, che quell'adesione necessariamente implica. In sostanza, ove si tratti di società il quesito su chi sia "parte" del patto compromissorio si trasforma in quello su chi sia "partecipante", ed a vario titolo, alla vita sociale.

Il che consente di ridimensionare anche quel mito dell'arbitrato obbligatorio che sembra aver orientato parte della dottrina a sollevare dubbi di legittimità costituzionale in relazione alle norme introdotte dalla riforma in tema di efficacia soggettiva delle clausole compromissorie statutarie.

In questa prospettiva, in un primo capitolo si analizzeranno le ragioni della diffusione dell'arbitrato societario e le aperture e le resistenze che hanno caratterizzato in passato l'approccio del legislatore nei confronti, in generale, dell'uso dell'arbitrato come mezzo di soluzione dei conflitti interni alla società. Inoltre, si esporranno le principali novità introdotte dalla riforma dell'arbitrato societario, con particolare riferimento al suo ambito di applicazione ed all'efficacia soggettiva delle clausole compromissorie statutarie.

Nel secondo capitolo, si tratterà, da un lato, delle iniziative recentemente adottate dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OECD), insieme con la Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL) e la Camera di Commercio Internazionale (ICC), per indagare le possibilità applicative dell'arbitrato alle società ad azionariato diffuso ed elaborare strumenti e correttivi idonei a risolvere i problemi che quella applicazione pone. E, dall'altro lato, delle soluzioni adottate dagli ordinamenti di taluni paesi emergenti (Cina, Brasile, Cile, Argentina), i quali hanno introdotto norme volte a favorire, consentire, e in alcuni casi addirittura imporre, il ricorso all'arbitrato per le società quotate.

Nel terzo capitolo, verrà analizzato l'ampio dibattito che negli Stati Uniti ha interessato la questione dell'applicabilità dell'arbitrato alle società quotate, che costituisce ancora una delle poche, almeno apparentemente, insuperabili roccaforti di competenza giudiziale, nonostante l'opinione contraria espressa in vario modo da organismi finanziari e dottrina. Si vedrà come uno dei principali argomenti contro l'apertura della via arbitrale alle società ad azionariato diffuso è quello dell'ignoranza del soci investitore.

Nel quarto capitolo, tornando alla prospettiva dell'ordinamento italiano, verranno considerati gli effetti della prevista esclusione delle società facenti ricorso al mercato del capitale di rischio dall'ambito di applicazione della riforma. A tal fine, dopo aver esposto le caratteristiche delle società escluse ed il momento rilevante per tale esclusione, si tratterà dei dubbi di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, sollevati da parte della dottrina, in riferimento al divieto e della possibilità per le società con azionariato diffuso di fare ricorso all'arbitrato di diritto comune.

Il quinto capitolo, infine, è dedicato alla valutazione dell'opportunità della scelta legislativa. Premessi cenni alla struttura del mercato mobiliare italiano, verranno descritte le caratteristiche tipiche delle società ad azionariato diffuso, anche alla luce degli orientamenti dottrinali statunitensi che hanno contribuito ad individuarle, nonché la natura del socio che detiene partecipazioni in società aperte. Successivamente, una volta esposte le ragioni della inassimilabilità del socio investitore al consumatore, verranno analizzati i principi che si ritiene governino l'efficacia della clausola compromissoria nei confronti di tutti i soci. In particolare, si tratterà del carattere organizzativo del contratto di società, della natura delle regole che presiedono al suo funzionamento e del c.d. "rilievo reale" dell'atto costitutivo. Da questi principi, si farà discendere la conclusione che l'adesione alla società importa consenso alle clausole compromissorie inserite nel suo statuto, con conseguente inapplicabilità degli articoli 1341 e 1342 c.c. ai patti compromissori statutari e, in

generale, non necessità di un'approvazione espressa di tali patti da parte del socio. Si vedrà anche come gli stessi principi consentono di estendere l'efficacia del patto compromissorio statutario a chi, pur non essendo socio, tuttavia partecipi alla vita sociale. Infine, si vedrà come tale conclusione trova conferma nelle disposizioni dettate dal legislatore delegato in tema di efficacia soggettiva delle clausole compromissorie statutarie nei confronti di tutti i soggetti a vario titolo coinvolti nella vita sociale (ivi compresi i soci assenti o dissenzienti e gli amministratori, liquidatori e sindaci) e sia idonea a fugare quei dubbi di legittimità costituzionale sollevati al riguardo dalla dottrina ed ispirati dal timore di ricadere in ipotesi di arbitrato obbligatorio.