

Maggio 2018

Questioni in tema di arbitrato societario. Commento a Cassazione Civile, Sez. I, 30 aprile 2018, n. 10399 - Pres. Campanile, Rel. Fichera.

Avv. Vittorio Pisapia, Craca Di Carlo Guffanti Pisapia Tatozzi & Associati

1. Premessa

La sentenza della Cassazione qui in commento affronta le seguenti questioni in materia di **arbitrato** avente per oggetto controversie societarie:

- a) se siano arbitrabili le controversie in tema di **recesso** del socio dalla società;
- b) se sia valida la **clausola compromissoria** che non riservi a un terzo la scelta dell'arbitro, ove tale clausola sia contenuta in una convenzione di arbitrato avente per oggetto una **specificata** lite tra i soci e la società.

La pronuncia offre lo spunto per ripercorrere brevemente alcune rilevanti questioni in tema di arbitrato societario.

2. La compromettibilità delle controversie in tema di recesso del socio.

1. – Com'è noto, il criterio per individuare le materie arbitrabili è negativo; sono, cioè, arbitrabili tutte le controversie “*che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge*” (art. 806, comma 1, c.p.c., richiamato, per la clausola compromissoria, dall'art. 808); in generale, si ritiene che siano disponibili i diritti rispetto ai quali il titolare abbia potere negoziale, cioè il potere di darsi regole di condotta.

In materia societaria la norma di riferimento è l'art. 34 del D.Lgs n. 5/2003, secondo cui è ammessa la devoluzione in arbitrato delle controversie tra i soci, ovvero tra i soci e la società, “*che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale*”.

2. – La clausola compromissoria avente per oggetto diritti indisponibili e il relativo lodo che venga emesso sulla base di tale clausola dovrebbero ritenersi inesistenti e/o comunque nulli (anche alla stregua del principio espresso, per la transazione, dall'art. 1966 c.c.); alcuni autori sostengono che si tratterebbe di nullità insanabile e/o non ratificabile e non sarebbe applicabile l'art. 817, comma 3, c.p.c. (secondo cui “*la parte che non eccepisce nel corso dell'arbitrato che le conclusioni delle altre parti esorbitano*”).

dai limiti della convenzione arbitrale non può, per questo motivo, impugnare il lodo”¹, mentre altra dottrina si esprime in termine di “inidoneità al giudicato”².

3. - La clausola avente per oggetto diritti indisponibili pone poi il tema dell’esperibilità di un’autonoma *actio nullitatis*, distinta dalle azioni di cui all’art. 827 c.p.c., ossia di un’azione di accertamento da far valere al di fuori delle ipotesi di cui all’art. 827 c.p.c. avanti il giudice ordinario. Ciò in analogia con l’art. 161, c. 2 c.p.c., in tema di sentenza nulla del giudice statale. Al riguardo si ritiene che, in caso di lodo su materia non compromettibile, la relativa inesistenza /e nullità insanabile possa essere fatta valere con un’ordinaria azione di accertamento, anche in concorso con le impugnazioni previste dall’art. 827 c.p.c.

4. - In materia societaria, secondo la giurisprudenza, non sono arbitrabili le controversie aventi per oggetto norme imperative, quali le impugnative delle delibere di bilancio e di delibere nulle³; ciò in quanto in tali controversie l’interesse che viene in considerazione non è solo quello del singolo socio, ma anche l’interesse alla tutela dell’affidamento di tutti i soggetti che entrano in rapporto con la società.

Peraltro, si è osservato che *“la distinzione nel diritto societario tra interessi individuali e superindividuali non appare tuttavia agevole ed è stata quindi fonte di gravi incertezze, che la giurisprudenza ha affrontato privilegiando atteggiamenti di rigore, tesi ad escludere da numerosi ambiti l’arbitrabilità delle controversie”⁴.*

5. – La questione oggetto della sentenza in esame è, come si è detto, se sia compromettibile la controversia in tema di **recesso del socio**.

La questione è stata sottoposta alla Corte in considerazione del fatto che il recesso sarebbe idoneo a influire sul patrimonio sociale con effetti, quindi, sugli altri soci, sui creditori e sui terzi.

La Cassazione risolve la questione nel senso della **compromettibilità** della controversia.

Secondo la Corte, infatti:

a) la circostanza che il recesso del socio possa avere conseguenze di natura patrimoniale anche in capo agli altri soci e/o a terzi creditori non significa che la relativa controversia trascende l’interesse del singolo socio; infatti si tratta - semplicemente - di *“effetti*

¹ LUISSO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2015.

² SALVANESCHI, in *Commentario a cura di Chiarloni*, Bologna, 2014, 844.

³ Cass., 30 settembre 2015, n. 19546; Cass., 13 ottobre 2016, n. 20674.

⁴ DALMOTTO, *L’arbitrato nelle società*, Bologna, 2013, 43.

*patrimoniali (...) potenzialmente derivanti da ogni tipo di controversia tra società e i soci e, pur tuttavia, non certo tali da rendere indisponibili i diritti in questione*⁵;

b) inoltre non “*si è mai dubitato che tra le controversie concernenti diritti disponibili (...) rientrasse anche la lite - per certi versi speculare a quella sul recesso del socio - concernente la legittimità della delibera assembleare di **esclusione del socio** (Cass., 20/04/195, n. 2611)*”.

Dunque, la controversia avente per oggetto la legittimità del recesso del socio, coinvolgendo esclusivamente lo *status* del medesimo, attiene a diritti disponibili ed è pertanto suscettibile di dar luogo a un arbitrato rituale sia di diritto comune che societario⁶.

3. La validità o meno di una convenzione di arbitrato - avente per oggetto una specifica lite tra i soci e la società - che non devolva a un terzo la nomina dell'arbitro o degli arbitri.

1. – In merito alla seconda questione, va detto che la dottrina è pressoché pacifica nel ritenere che, in generale, la disciplina dell'art. 34 D.Lgs n. 5/2003 non si applica alla “*stipulazione di un apposito compromesso o*” alla “*clausola compromissoria contenuta in un documento diverso dall'atto costitutivo o dallo statuto della società*”⁷.

Problema diverso è invece “*stabilire se, in alternativa, un compromesso o comunque una convenzione arbitrale non statutaria (...) possano dare luogo, quantomeno, ad un arbitrato su controversie endosocietarie retto dalla disciplina ordinaria contenuta nel codice di rito*”⁸.

Al riguardo vi sono due (principali) orientamenti:

a) secondo un primo orientamento, sarebbe ammissibile sottoporre alla disciplina di diritto comune controversie endosocietarie oggetto di una specifica convenzione arbitrale ovvero prevedere l'applicazione del diritto comune in relazione a una clausola

⁵ Cfr., più in generale, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, 103, la quale osserva che “*il fatto che siano coinvolti diritti ultronei rispetto a quelli delle parti non è decisivo per escludere l'arbitrato, in quanto lo stesso problema si pone in molte altre controversie per le quali la compromettibilità non è discussione (si pensi a un accordo economico che mette in gioco gli interessi dei consumatori)*”.

⁶ Cfr. anche Trib. Milano, 16 giugno 2017, n. 6971, in *questa rivista*, con nota di PLATÉ, *La clausola compromissoria statutaria opera anche per le liti tra società e socio escluso*.

⁷ DALMOTTO, *Op. cit.*, 77-78.

⁸ DALMOTTO, *Op. cit.*, 78.

compromissoria non contenuta in un atto diverso dallo statuto o dall'atto costitutivo di una società⁹;

b) secondo altro orientamento, ciò non sarebbe invece ammissibile in quanto comporterebbe il rischio di “*elusione*” di norme inderogabili contenute negli artt. 34-36, D.Lgs 5/2003¹⁰.

2. – Nella pronuncia qui in esame la Cassazione premette che è vero che, ai sensi dell'art. 34 del D.Lgs n. 5/2003¹¹, “*la clausola compromissoria contenuta nello statuto societario la quale (...) non prevede che la nomina degli arbitri debba essere effettuata da un soggetto estraneo alla società è nulla*”.

Tuttavia - afferma la Corte - l'art. 34 si riferisce ai soli “*atti costitutivi delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*”.

⁹ Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Arbitrati speciali*, diretto da Carpi, sub art. 34, Bologna, 2008, 107 e ss. Cfr. anche i riferimenti citati da DALMOTTO, *Op. cit.*, 78. Cfr. anche in argomento DONATIVI, *L'arbitrato societario. Presupposti di compromettibilità*, Torino 2015, 181 e ss., il quale evidenzia che non vi sono dubbi sulla compromettibilità in arbitri secondo il diritto comune le controversie: a) “*afferenti a rapporti di natura 'parasociale', per le quali la soluzione arbitrale sia adottata in virtù di clausola compromissoria contenuta nello stesso patto parasociale o in apposito e separato compromesso*”; b) “*afferenti a situazioni giuridiche o a rapporti giuridici che hanno quale riferimento una determinata società, ma che traggano origine da un contratto diverso (come, per limitarsi agli esempi più ricorrenti, un contratto di trasferimento di partecipazioni o di costituzione di usufrutto o di pegno sulle partecipazioni) e diano quindi luogo a rapporti di natura extrasociale, per le quali la soluzione arbitrale sia adottata in virtù di apposito compromesso o di clausola compromissoria contenuta nel contratto in questione*”; c) “*relativi a contratti extrasociali, per i quali non si pone in radice neanche la questione della compatibilità con la struttura binaria dell'arbitrato classico, avendo essi natura di ordinari contratti di scambio*” (DONATIVI, *Op. cit.*, 182-184 e ivi per ulteriori rilevanti questioni).

¹⁰ DALMOTTO, *Op. cit.*, 78.

¹¹ Riportiamo qui di seguito il contenuto dell'articolo: “*I. Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, 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 sociale. II. La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale. III. La clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia. IV. Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro. V. Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero. VI. Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso*”.

Ne segue che *“deve ritenersi che fuori da una clausola di arbitrato contenuta nello statuto o nell’atto costitutivo di una società, resti possibile solo il ricorso al giudice o, **dopo che insorga la controversia**, la redazione di un compromesso che sia conforme alla disciplina codicistica e, quindi, senza le peculiarità dell’arbitrato endosocietario e, soprattutto, senza le nullità comminate dal cennato comma 2 dell’art. 34 del d.lgs. n. 5/2003”*.

Dunque, la Cassazione, in relazione a una lite endosocietaria che sia già insorta afferma l’ammissibilità di una convenzione arbitrale che preveda l’applicazione a tale lite della disciplina arbitrale di diritto comune.

Nella specie si trattava di un compromesso arbitrale che aveva per oggetto, appunto, la lite sul recesso del socio già insorta a seguito del recesso medesimo.

Al riguardo la Cassazione dà atto che nel caso in esame *“le parti - in mancanza di una qualsivoglia previsione statutaria - hanno inteso stipulare il compromesso di comune accordo, successivamente al sorgere della lite tra il socio e la società sulla legittimità del recesso esercitato dal primo”*.