

What's up in the Italian courts?

Legance Dispute Resolution Bulletin

02

Maggio
2024



03

Editoriale

04

Capitolo 1

La clausola Incoterms "Ex Works" e la giurisdizione competente

05

Capitolo 2

Focus su arbitrato societario

07

Capitolo 3

Interrelazioni tra clausola compromissoria e clausola di determinazione del prezzo

08

Capitolo 4

Patti parasociali e opzione *Put*

Il mondo giuridico è in costante e rapido mutamento, riflesso delle complesse dinamiche del contesto politico ed economico in cui operiamo. Il contenzioso e l'arbitrato continuano ad attrarre un interesse senza precedenti, non solo da parte degli addetti ai lavori, ma anche da parte degli investitori e delle imprese, che devono adattare costantemente le proprie strategie aziendali alla sempre più intricata rete normativa, considerando sia i rischi che le opportunità che emergono dagli strumenti a loro disposizione.

In questo contesto, e in riferimento alle questioni di diritto civile sostanziale, nasce questo nuovo progetto del Dipartimento Contenzioso, Arbitrati e ADR di Legance. Il suo obiettivo è raccogliere le novità normative e giurisprudenziali di maggior interesse per tutte le realtà economiche assistite dallo Studio.

In questo secondo numero, l'arbitrato societario, come riformato dalla nota Riforma Cartabia, occupa una posizione di primaria importanza. La newsletter evidenzierà come le peculiarità di questo tipo di arbitrato debbano coordinarsi con l'assetto generale delineato negli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile. Inoltre, approfondiremo temi di rilevanza internazionale, come le clausole INCOTERMS, e analizzeremo alcuni arresti della giurisprudenza in tema di "Put option", strumento di massima diffusione nei rapporti societari.

Con la speranza che questo secondo numero del Legance Dispute Resolution Bulletin sia un'opportunità di confronto per noi e per voi, rimaniamo a vostra disposizione all'indirizzodisputeresolutionbulletin@legance.it.

Stefano Parlatore, Daniele Geronzi, Daria Pastore, Enrico Attanasio, Cecilia Carrara.

La clausola Incoterms “Ex Works” e la giurisdizione competente

Le Sezioni Unite della Cassazione, dirimendo il contrasto giurisprudenziale esistente rispetto alla portata della **clausola Incoterms “Ex Works” (“EXW”)**, hanno stabilito che quest'ultima, quando inserita in un contratto di compravendita internazionale, individua **sia il luogo di consegna della merce sia la giurisdizione in casi di lite giudiziaria tra le parti** (cfr. Sentenza n. 11346/2023).

Il caso sottoposto alla Suprema Corte riguardava un contratto di compravendita internazionale di beni tra un'azienda produttrice italiana ed un'azienda acquirente francese. Il contratto specificava che la consegna dovesse avvenire “*ex works*” ossia mediante ritiro dei colli presso il magazzino della società italiana.

Richiamando e facendo propri due precedenti della Corte di Giustizia - i.e., la sentenza “Electrosteel Europe SA” (causa C-87/10) e la sentenza Granarolo (causa C-196/15), - le Sezioni Unite, discostandosi dall'orientamento prevalente della giurisprudenza italiana, hanno statuito che le clausole Incoterms sono idonee a determinare il luogo di consegna delle merci e dunque a **derogare al principio generale del foro del convenuto così come disposto dall'art. 4 del Regolamento UE 1215/2012**.

La Suprema Corte di Cassazione ha dunque cassato la decisione impugnata affermando che, in caso di compravendita internazionale di beni regolata da un contratto che prevede una clausola EXW, sarà competente il giudice del paese della parte venditrice, ai sensi e per gli effetti dell'art. 7 lettera b) del Regolamento UE n. 1215/2012.

Focus su arbitrato societario

ARBITRATO SOCIETARIO NELLA LEGGE CARTABIA

Gli interventi della riforma Cartabia hanno interessato anche la disciplina dell'arbitrato societario (d.lgs. 5/2003). In particolare:

- a. sono state inserite **alcune delle disposizioni del d.lgs. 5/2003 all'interno del codice di procedura civile** (capo VI-*bis* appositamente creato e rubricato "Dell'arbitrato societario"): in tal modo, l'arbitrato societario si riafferma modello speciale, piuttosto che eccezionale, rispetto all'arbitrato ordinario;
- b. è ora prevista la **reclamabilità dell'ordinanza degli arbitri di sospensione delle delibere assembleari**: si tratta di una **rivoluzione rispetto all'assetto normativo precedente** secondo il quale la sospensiva era concessa "con ordinanza non reclamabile". Ai sensi dell'art. 838-*ter* c.p.c., è ora previsto che *"salvo quanto previsto dall'articolo 818, in caso di devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, agli arbitri compete il potere di disporre, con ordinanza reclamabile ai sensi dell'articolo 818-bis, la sospensione della delibera"*.

Quanto al primo profilo, l'inclusione delle previsioni relative all'arbitrato societario nell'impianto del codice di procedura determina conseguenze pratiche significative: **eventuali lacune della disciplina dell'arbitrato societario** andranno dunque colmate applicando le **disposizioni dei precedenti capi del codice** che regolano l'arbitrato ordinario, nonché i principi generali in tema di giurisdizione.

Sul punto, un esempio interessante è rinvenibile nel riferimento all'art. 818 c.p.c. (che contiene disposizioni applicabili all'arbitrato ordinario) contenuto nell'art. 838-*ter* c.p.c. (che disciplina invece l'arbitrato societario). In base a come la previsione sarà interpretata dagli operatori del diritto, in particolare dai giudici, il riferimento all'art. 818 c.p.c. potrebbe consentire, da un lato, di proporre al giudice ordinario un'istanza di sospensione della delibera assembleare prima della costituzione del Tribunale Arbitrale (diversamente, risulterebbe pregiudicato il diritto costituzionale di difesa), e, dall'altro lato, di estendere l'ambito del potere cautelare degli arbitri societari, includendo eventuali provvedimenti *lato sensu* d'urgenza.

Quanto al secondo profilo, relativo alla reclamabilità della sospensiva delle deliberazioni, la riforma ha voluto evitare un'eccessiva ingerenza del giudice nell'ambito del procedimento arbitrale pendente: il giudice del reclamo avrà dunque poteri di controllo **limitati ai soli motivi di impugnazione declinati dal primo comma dell'art. 829 c.p.c.** (si tratta delle medesime circostanze che legittimano l'impugnazione dei lodi), nonché alle censure riferibili alle violazioni dell'ordine pubblico.

ARBITRATO SOCIETARIO E MODIFICHE DEI PATTI SOCIETARI

La Corte di Cassazione si è espressa sulla vincolatività, nonché efficacia, per gli organi amministrativi e di controllo della società, della clausola arbitrale prevista dallo statuto sociale in relazione alle controversie tra questi ultimi e la società (cfr. Sentenza n. 621/ 2023).

Nel caso di specie, la Corte di Cassazione è stata chiamata ad esprimersi su un regolamento di competenza proposto per l'impugnazione di un'ordinanza del Tribunale di Bologna che aveva rigettato un'eccezione di giurisdizione fondata, appunto, sull'esistenza della clausola statutaria.

Sul punto, la Corte di Cassazione, ribadendo il principio di autonomia della clausola compromissoria rispetto alle sorti del contratto cui accede, ha affermato che la **vincolatività della clausola compromissoria statutaria nei confronti degli amministratori di società ha fondamento pattizio** e che, pertanto, non rileva la successiva eliminazione della clausola, ove intervenuta a seguito della cessazione della carica da parte dell'amministratore.

Il punto di partenza, per i giudici della Suprema Corte, è l'art. 838-*bis* c.p.c. (già art. 34, co. 6, d.lgs. 5/2003), il quale prevede che, a seguito di una delibera sociale che abbia deliberato la soppressione o introduzione di una clausola arbitrale all'interno dello statuto, il socio assente o dissenziente possa esercitare il diritto di recesso. *"Se, dunque, il recesso rende inopponibile la modifica dell'atto costitutivo al socio, a maggior ragione non avrà motivo di operare, nei confronti del medesimo, una modifica che si attui dopo che il recesso è stato esercitato. E, per una elementare esigenza di coerenza del sistema, deve ritenersi che analoga modifica non possa operare nei confronti dell'amministratore, liquidatore o sindaco che sia cessato dall'incarico"*.

Peraltro, secondo la ricostruzione della Suprema Corte, il fondamento pattizio della competenza arbitrale porterebbe ad ammettere che l'ex socio (così come l'ex amministratore, ex liquidatore ed ex sindaco) possa aderire alla modifica relativa alla competenza arbitrale anche dopo il recesso (o dopo la cessazione della carica), concludendo che, laddove non sia rinvenibile una tale intesa, anche a seguito del venir meno del rapporto organico tra amministratore e società, la clausola compromissoria continua ad essere la fonte regolatrice della competenza relativa alle controversie insorte tra i predetti soggetti.

Interrelazioni tra clausola compromissoria e clausola di determinazione del prezzo

La Suprema Corte di Cassazione si è nuovamente espressa in merito alle interrelazioni tra arbitrato ed arbitraggio (cfr. Sentenza n. 16648/2022).

Il caso in esame aveva ad oggetto un contratto di compravendita di quote societarie che prevedeva **(i)** una clausola di determinazione del prezzo ex art. 1349 c.c. e **(ii)** una clausola compromissoria.

Con la prima, le parti miravano ad ottenere la determinazione, ad opera di un terzo avente determinate competenze tecniche, del prezzo definitivo di vendita del pacchetto azionario.

Con la seconda, le parti perseguivano lo scopo di deferire ad un tribunale arbitrale la risoluzione delle eventuali controversie nascenti dal rapporto contrattuale.

A causa del mancato accordo sulla nomina del terzo, le parti avviavano un procedimento arbitrale all'esito del quale veniva determinato il prezzo di vendita definitivo delle azioni.

Il ricorrente impugnava il lodo nel capo relativo alla determinazione del prezzo delle azioni: sebbene, infatti, il contratto prevedesse che il prezzo fosse determinato da un terzo, il meccanismo contrattuale voluto dalle parti era stato di fatto sostituito dalla decisione degli arbitri. A fondamento del proprio ricorso, il ricorrente richiama gli artt. 1349 c.c. e 829, co. 1, n. 11 c.p.c., affermando che *"quando si denuncia un lodo per manifesta iniquità/erroneità della determinazione in esso contenuta, per definizione si sta censurando la contraddittorietà delle sue disposizioni, perché non vi può essere "determinazione" manifestamente squilibrata che non sia di per sé intrinsecamente contraddittoria"*.

La Cassazione, pur riconoscendo la possibilità di impugnare la decisione dell'arbitro contenente la "determinazione" ex art. 1349 c.c. (in sostituzione del terzo arbitratore), ha tuttavia chiarito che tale impugnazione sia nondimeno governata dalla normativa speciale che disciplina l'impugnazione dei lodi (e che, come noto, consente il gravame sulla base di motivi specifici e tassativi). Conseguentemente, facendo perno sulla natura di impugnazione a critica vincolata e limitata a casi tassativi, tra i quali non figura la denuncia di "manifesta iniquità ed erroneità" della determinazione resa dall'arbitro ai sensi dell'art. 1349 c.c., la Cassazione ha rigettato il ricorso.

Patti parasociali e opzione *Put*

Nel susseguirsi di varie pronunce sul tema delle opzioni *put*, il Tribunale di Roma si è espresso in particolare sul tema dell'opzione *put* esercitata con riferimento a partecipazioni societarie e sul suo coordinamento con il divieto di patto leonino di cui all'art. 2265 c.c. (cfr. Sentenza del 16 ottobre 2022).

Il Tribunale di Roma, inserendosi nel solco tracciato dalla Suprema Corte, ha confermato che le opzioni *put* e *call* aventi ad oggetto partecipazioni societarie rientrano nel novero degli accordi volti a garantire alle società di reperire capitali sul mercato mediante il ricorso a finanziamenti in forma partecipativa. Nelle operazioni *private equity*, avviene sovente che l'investitore stipuli un accordo con il quale si garantisce una *way out* mediante il diritto di rivendere la partecipazione e disinvestire entro una determinata finestra temporale, ad un prezzo che potrà essere prefissato in anticipo ovvero determinato in un secondo momento secondo specifici criteri prestabiliti.

Il caso sottoposto alla Suprema Corte traeva origine dalla violazione di un patto parasociale e, in particolare, dell'obbligo di riacquisto dell'intera partecipazione sociale detenuta dall'attrice a seguito del suo esercizio di un'opzione di vendita concessa nel contesto di un'operazione di incorporazione.

L'articolo 6 del patto parasociale prevedeva che "[a] partire dal quarantottesimo mese ed entro e non oltre il sessantesimo mese dalla firma del presente accordo, i soli soci [...] si obbligavano] a rilevare, con vincolo di solidarietà ed a semplice richiesta di Beta, l'intera partecipazione detenuta dalla Beta stessa nella società".

Nel caso di specie, i convenuti eccepivano la nullità del patto parasociale, ravvisandone i profili del patto leonino, vietato dall'ordinamento ai sensi dell'art. 2265 c.c.: secondo i convenuti, l'attribuzione dell'opzione *put* all'attrice aveva l'effetto di escludere quest'ultima in maniera assoluta e costante dalle perdite della società.

Il Tribunale di Roma, tuttavia, rilevava come l'ambito di operatività del divieto fosse circoscritto ai soli accordi che alterino la causa *societatis*, avendo effetto reale verso l'ente collettivo.

Nella fattispecie in esame, ha rilevato il Tribunale, l'opzione *put*

- i. era disciplinata nel solo patto parasociale – e non anche nell'atto costitutivo o nello statuto – con effetti dunque esclusivamente obbligatori tra le parti;
- ii. non prevedeva alcuna esclusione dei soci dal rischio di impresa
- iii. risultava meritevole di tutela anche in considerazione dell'indiscusso vantaggio sinallagmatico dell'operazione, dal momento che *“l'ingresso della [società attrice, n.d.r.] nella compagine sociale della [società partecipata, n.d.r.] aveva uno scopo di finanziamento della società mediante fondi pubblici, messi a disposizione dalla regione Lazio. Si trattava, quindi, di un finanziamento partecipativo correlato ad un'operazione strategica di potenziamento ed incremento del valore societario, che può ritenersi conforme anche all'interesse generale di incentivazione economica perseguito dal legislatore”*.

Contacts

disputeresolutionbulletin@legance.it

www.legance.com

Edited by

Legance

Graphic Design

VitamineD