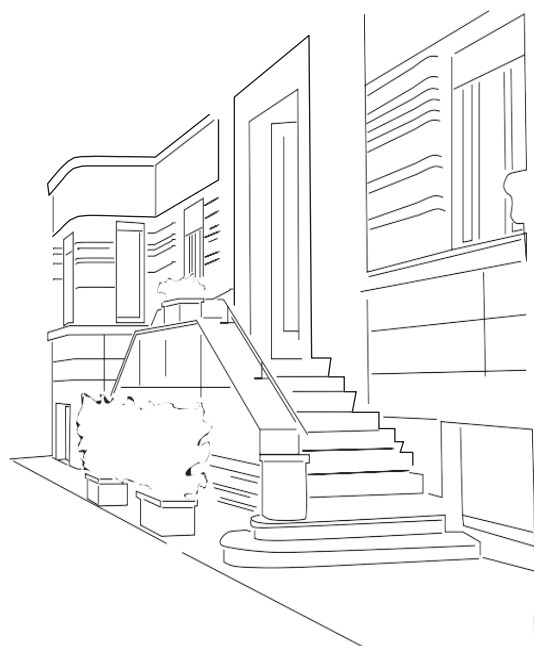




Associazione
Italiana
per l'Arbitrato
1958

Online



[Newsletter AIA - N. 3/2022](#)

in questo numero:

CASI

FOCUS GROUP | ARBITRATO MARITTIMO (coordinatori Marco Lopez de Gonzalo, Mario Riccomagno)

Le decisioni della Corte di Giustizia sul “caso Polonia” ed il loro possibile impatto sull’arbitrato (Bernardo Cartoni)

POST

FOCUS GROUP | ARBITRATO E MEDIAZIONE (coordinatore Andrea Bandini)

FOCUS GROUP | ARBITRATO SOCIETARIO (coordinatori Diego Corapi, Valentina Allotti)

CASI

FOCUS GROUP | ARBITRATO MARITTIMO

La “separability” della clausola arbitrale in un charter-party

QBD Commercial Court 31 gennaio 2020 – DHL Project & Chartering LTD. and Gemini Ocean Shipping C. Ltd ()* la sentenza è reperibile in www.bailii.org

Marco Lopez de Gonzalo, Studio Legale Mordiglia

Nell’agosto 2020 si sviluppò una trattativa tra DHL (charterer) e Gemini (owner) per un voyage charter da

Newcastle (Australia) a Zhousan (Cina). Il 25 agosto 2020 il broker inviò alle parti un recap che si apriva con la seguente dicitura (in grassetto) “SUBJECT SHIPPER/RECEIVER APPROVAL...”. Lo stesso recap prevedeva, alla cl. 17, il deferimento di controversie ad arbitrato a Londra. Per il resto il recap rinviava ad un pro-forma charter-party.

DHL rifiutò di dare esecuzione al contratto, ritenendo che esso non si fosse perfezionato essendo mancata l’approvazione da parte di “shippers/receivers”. Gemini instaurò l’arbitrato; l’arbitro unico accolse la domanda e condannò DHL al risarcimento del danno, determinato in US\$ 283.416,21.

La decisione arbitrale venne impugnata da DHL sotto due profili: (i) sulla base della sec. 67 dell’Arbitration Act, per difetto di giurisdizione dell’arbitro, per mancanza di valido accordo sulla clausola compromissoria, ovvero comunque (ii) sulla base della sec. 69 dell’Arbitration Act, per errore di diritto dell’arbitro sulla questione della valida conclusione del contratto. La Commercial Court ha accolto l’impugnazione, annullando la decisione arbitrale.

La Corte ha ritenuto preliminare l’impugnazione in base alla sec. 67. La decisione al riguardo implicava una duplice valutazione: in primo luogo, circa la valida conclusione del contratto e, in secondo luogo, in caso di risposta negativa, se, ciò nonostante, la clausola arbitrale del recap fosse comunque vincolante. Sul primo punto, la Corte afferma che per effetto della clausola “subject shipper/receiver approval” (e in mancanza di tale approvazione) il contratto non potesse dirsi concluso.

Il secondo tema chiamava in causa la teoria della “separability” della clausola compromissoria, che si fonda sulla sec. 7 dell’Arbitration Act; la norma dispone che “Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement”.

La Corte ritiene però che la teoria della “separability” non abbia valore assoluto e non si estenda fino al punto di dover considerare la clausola arbitrale in tutti i casi completamente separata dal contratto cui inerte. Secondo la Corte, la clausola arbitrale è “part of the bundle of rights and obligations recorded in the contractual document” e uno stesso motivo può determinare l’invalidità tanto del contratto principale quanto della clausola arbitrale. L’analisi dei precedenti indica che vi sono casi nei quali “the questions whether there was a binding fixture and/or a binding arbitration agreement stand or fall together”.

In concreto, secondo la Corte, la riserva “subject shipper/receivers approval” produce il suo effetto di escludere il consenso sia riguardo al charterparty, sia riguardo alla clausola arbitrale.

Le decisioni della Corte di Giustizia sul “caso Polonia” ed il loro possibile impatto sull’arbitrato

Bernardo Cartoni, FCI Arb

La pesante riforma dell’ordinamento giudiziario in Polonia, portata avanti dalla maggioranza di governo soprattutto a partire dal 2017, ha portato un notevole contenzioso innanzi alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

E’ al di fuori degli scopi di questo breve aggiornamento dare conto delle varie argomentazioni addotte dalle parti e dei profili di diritto costituzionale ed europeo coinvolti¹, nonché di ripercorrere la vicenda giudiziaria, articolata in numerosi ricorsi; il punto rilevante – da un punto di vista dell’arbitrato internazionale – è il possibile impatto *indiretto* delle decisioni assunte dai Giudici del *Pléneau Kirchberg*

¹ Sul punto, basti il riferimento al primato del diritto dell’unione su quello interno (“uno Stato membro non può eccepire disposizioni, prassi o situazioni del suo ordinamento giuridico interno per giustificare l’inosservanza degli obblighi derivanti dal diritto dell’Unione [sentenza del 12 novembre 2019, Commissione/Irlanda (Centrale eolica di Derrybrien), C-261/18, EU:C:2019:955, punto 89]), e, dall’altro, che l’obbligo degli Stati membri di rispettare il diritto dell’Unione grava su tutte le loro autorità, ivi comprese, nell’ambito delle loro competenze, le autorità giurisdizionali [sentenza del 4 ottobre 2018, Commissione/Francia (Anticipo d’imposta), C-416/17, EU:C:2018:811, punto 106]”, Ordinanza del Vice Presidente della CGUE 27.10.2021, in C-204/21, punto 54).

S A V E
T H E
D A T E

Rome, 9 June 2022



ITALIAN
ARBITRATION
DAY

9 June 2022, h. 9:30 - 17:30 CET

Rome

Galleria del Cardinale, Palazzo Colonna, via della Pilotta 17a

An Early Bird Registration fee is available for 50 in-person registrants with dinner
€ 490.00 (VAT included) - Under 30 € 390.00 (VAT included)

Early Bird Registration deadline: 7 April 2022

For registration with the Early Bird rate link [here](#)

sulle dispute che coinvolgono una parte polacca.

Con sentenza 6.10.2021, la Grande Sezione della CGUE, giudicando nella C-487/19, ha ritenuto che talune disposizioni della legge di riforma dell'ordinamento giudiziario polacco fossero in contrasto con il principio d'indipendenza ed imparzialità del Giudice.

Per chiarezza, occorre dire che tale pronuncia pregiudiziale (ai sensi dell'art. 267 TFUE) era intervenuta in un ricorso di un Magistrato polacco avverso il proprio trasferimento ad altra Sezione del medesimo Tribunale e della sua ricsuzione avverso i membri della Suprema Corte (*Sąd Najwyższy*) polacca, a causa dalle modalità di nomina degli stessi (ad opera della Camera dei deputati, il *Sejm*) e che – pendente la ricsuzione – il suo ricorso era stato dichiarato inammissibile da un Giudice monocratico, la cui nomina era stata impugnata innanzi al Giudice Amministrativo competente (*Naczelny Sąd Administracyjny*), il quale aveva sospeso il decreto di nomina.

La Corte – nel punto 102 - ha ritenuto che “Come previsto dall'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, spetta agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti che assicurino ai singoli il rispetto del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, cui fa riferimento l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito agli articoli 6 e 13 della CEDU e che è attualmente affermato all'articolo 47 della Carta (sentenza del 18 maggio 2021, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»* e a., C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, punto 190 e giurisprudenza citata)”.

Cardine di tale principio è l'indipendenza ed imparzialità del Giudice, che “presuppongono l'esistenza di regole, relative in particolare alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni nonché alle cause di astensione, di ricsuzione e di revoca dei suoi membri, che consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità di detto organo nei confronti di elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti” (punto 109) e la Corte fa espresso riferimento alla propria precedente decisione 5.11.2019, *Commissione v Polonia*, in C-192/18, ribadendo, al punto 130, “che un'irregolarità commessa in occasione della nomina dei giudici in seno al sistema giudiziario di cui trattasi comporta una violazione del requisito secondo il quale un tribunale dev'essere costituito per legge, in particolare quando tale irregolarità sia di natura e gravità tali da generare un rischio reale che altri rami del potere, in particolare l'esecutivo, possano esercitare un potere discrezionale indebito tale da mettere a repentaglio l'integrità del risultato al quale conduce il processo di nomina, così suscitando un dubbio legittimo nei singoli quanto all'indipendenza e all'imparzialità dei giudici interessati, il che avviene qualora vengano in rilievo norme fondamentali che costituiscono parte integrante dell'istituzione e del funzionamento di detto sistema giudiziario (v., in tal senso, sentenza del 26 marzo 2020, *Riesame Simpson/Consiglio e HG/Commissione*, C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, EU:C:2020:232, punto 75)”.

Naturalmente, la CGUE – in sede di rinvio pregiudiziale – non ha alcun potere di giudicare nel merito; tuttavia, a livello di *obiter dictum* appare chiaramente che vi siano seri dubbi sull'indipendenza ed imparzialità dei Giudici polacchi.

Tale violazione del principio di terzietà del Giudice, sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza e dall'art. 6 paragrafo 1 CEDU, può costituire ragione di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione di decisioni rese dall'Autorità giudiziaria polacca, ai sensi dell'art. 45 I comma lett. a) Regolamento UE 1215/12 (c.d. “*Bruxelles I bis*”), per contrarietà all'ordine pubblico.

Tale rischio può favorire al ricorso all'arbitrato nelle controversie con parti polacche, non coinvolgendo le questioni organizzative e di nomina dei Giudici in Polonia.

Pertanto, potrebbe essere utile – fin da subito – inserire nei contratti appropriate clausole di soluzione delle controversie e, ove possibile, modificare adeguatamente dette clausole nei contratti già in essere.

POST

Conflitti: sempre e solo negativi?

Stefano Paolo Catelani, Calimala Legal

Come tutti sappiamo i conflitti sono inevitabili in qualsiasi attività umana inclusa, ovviamente, anche l'attività economica. Ciò è dovuto ai diversi interessi di ognuno di noi e anche alla diversa interpretazione e visione del mondo che ognuno ha in qualunque ambito. Gli americani, parlando del matrimonio, usano l'espressione "same bed, different dreams" che credo renda bene l'idea. Se questo vale nell'ambito di un rapporto intimo figuriamoci in settori molto più ostici come quello economico.

Se pertanto è inevitabile accettare i conflitti come "a fact of life" e quindi inevitabili in qualunque ambito, la domanda diventa piuttosto come fare per gestirli e risolverli nel migliore e più rapido dei modi e, come direbbero gli economisti, con il minor numero di diseconomie esterne rappresentate dal costo e dal tempo necessario (che si trasforma in costo) per risolverli. Costi e tempi rappresentano infatti sempre un problema in qualunque settore e a maggior ragione nel mondo del business dove è necessario focalizzarsi sul futuro e non perdere troppo tempo e spendere soldi cercando di capire che cosa è andato storto in passato.

Gli strumenti principali per la risoluzione dei conflitti li conosciamo e possiamo facilmente elencarli. Sono la negoziazione (assistita o meno), la mediazione, l'arbitrato e il contenzioso giurisdizionale davanti a giudici statali. Ognuno di questi ha pro e contro che i professionisti del settore conoscono bene. Secondo noi non si può fare una graduatoria di quale sia migliore o peggiore ma occorre piuttosto considerarli come tutti utili a seconda delle circostanze e quindi come tutti potenzialmente utilizzabili dalle parti in conflitto in certi casi anche contemporaneamente.

Detto questo l'altra domanda che sorge spontanea è se è sempre vero che i conflitti sono davvero sempre negativi e fonte, come dicevano sopra, di diseconomie esterne. A guardare bene infatti si può osservare che, almeno in certi casi, i conflitti, se ben gestiti, possono divenire anche delle opportunità. Con questo non vogliamo dire che bisogna andare a cercarseli, lungi da noi, ma che quando arrivano, e arrivano sempre anche senza cercarli, si possono gestire cercando di trasformarli in opportunità di crescita e sviluppo sia per le persone coinvolte che per le organizzazioni di cui fanno parte.

L'esempio più ovvio è quello di un conflitto familiare dove la coppia in crisi, anziché finire per separarsi e divorziare, usa il conflitto, magari con l'aiuto di un professionista, per meglio comprendere i bisogni di entrambi, ricucire lo strappo e ripartire su nuove basi spesso più solide e durature della situazione precedente il conflitto. Ne guadagneranno sia i coniugi che la famiglia in generale.

Lo stesso fenomeno può accadere anche nel mondo del business dove i conflitti di interessi e la diversità di cultura e di visione delle cose sono anche più frequenti che nelle relazioni personali. A ben guardare, peraltro, anche nel mondo del business tutto si riduce alla fine a relazioni personali dove gli aspetti culturali e le emozioni hanno spesso un impatto molto più grande di quanto normalmente si crede, pensando che i modelli finanziari normalmente usati (per citarne alcuni, IRR, ROI, ROIC, etc.) offrano una base oggettiva e spersonalizzata di valutazione, che va oltre le emozioni e la cultura intesa in senso lato, e che possa risolvere tutti i problemi.

Ciò è ancora più vero nel mondo degli affari internazionali, dove sappiamo bene quanto pesino le diversità generate dalla diversa cultura creata dall'appartenenza a paesi diversi e di quanto sia importante ancora oggi l'intervento di persone che potremmo chiamare mediatori anche culturali. Un buon esempio storico di questa categoria è rappresentato dalla figura dei dragomanni che esistevano nell'"Impero Ottomano".

In quell'epoca infatti queste figure, spesso impersonate da membri di minoranze etniche o religiose, facevano da tramite e facilitavano affari conclusi tra membri di culture diverse. La parola viene dal greco e vuol dire interprete ma in realtà il loro ruolo era piuttosto di interprete non solo tra lingue ma più in generale fra culture e mentalità diverse. Alcuni di essi diventarono ricchi e famosi come, per esempio, Callisto Gulbenkian grande amatore d'arte e famoso per aver lasciato a Lisbona la fondazione culturale che porta il suo nome. Fece la sua fortuna risolvendo i conflitti ben frequenti nella nascente industria petrolifera all'inizio del ventesimo secolo operando appunto a cavallo tra Occidente e Medio Oriente, quel Medio Oriente in cui era nato e cresciuto. Ma oltre a trarne benefici personali era soprattutto qualcuno capace di offrire soluzioni utili alle parti in conflitto spesso anche entrando nella loro psiche come fu certamente il caso per alcuni dei protagonisti dell'industria dell'energia di quell'epoca.

E qui ritorniamo all'uso del conflitto come un'opportunità anche nel mondo del business. Partiamo proprio da quei casi in cui non c'è scelta. Ci riferiamo qui ai casi in cui, qualora il conflitto portasse ad una rottura definitiva della relazione, i costi per almeno una delle parti sarebbero molto alti e decisamente sproporzionati rispetto alla posta in gioco. Un esempio classico lo si ha quando una società ha solo un paio di fornitori per una materia prima o per dei componenti essenziali per la sua produzione. In questo caso non solo la rottura con uno dei due sarebbe largamente pregiudizievole ma anche la semplice notizia dell'esistenza del conflitto con uno dei due, qualora fosse giunta all'altro fornitore porterebbe quest'ultimo, come l'esperienza insegna, a cercare immediatamente di aumentare i propri prezzi.

In questo, come in molti altri casi, un conflitto che si trasforma in una lunga lite di dominio pubblico o, ancora peggio, nella rottura definitiva della relazione, è un lusso che semplicemente un'impresa non può permettersi perché rischierebbe di avere un impatto fortemente negativo sui propri conti. Ecco allora che la necessità di trasformare il conflitto in qualcosa di positivo diventa un imperativo. E qui dobbiamo ritornare a parlare dei metodi di risoluzione del conflitto cui abbiamo accennato sopra. Due di questi, l'arbitrato e il giudizio, possono essere chiamati "valutativi" nel senso che l'arbitro o il giudice devono dire chi ha ragione e chi ha torto senza preoccuparsi troppo delle motivazioni interne delle parti. Devono, in parole semplici, tranciare con la spada, la spada della giustizia appunto, ed uno dei due ne uscirà vittorioso, mentre l'altro andrà piuttosto "a leccarsi le ferite in un angolo".

Il problema è che queste ferite sono difficili da rimarginare e nel frattempo, come sappiamo, il rapporto si è rotto e qualche volta in modo definitivo ed irrimediabile. Ecco allora che possono essere d'aiuto gli altri due metodi (negoiazione e mediazione) che chiamiamo invece "non-valutativi", nel senso che non si preoccupano tanto di dire chi ha torto e chi ha ragione ma che tengono conto delle motivazioni e soprattutto degli interessi delle parti per trovare una soluzione che possa essere di soddisfazione per entrambi. Ciò evidentemente evita la rottura della relazione ed ha inoltre il vantaggio di focalizzarsi sul futuro sviluppo della relazione stessa anziché guardare solo a cosa è andato storto in passato come si fa normalmente nel giudizio e nell'arbitrato. Infatti, per usare una metafora citata da un manager, ciò è un po' come guidare un'auto, cioè gestire un business, stando con la testa girata indietro piuttosto che guardando avanti.

In questi casi si può cercare di fare qualcosa di simile a quanto detto sopra parlando delle crisi familiari, cioè si può cercare di ricostruire il rapporto su nuove basi prima che sia troppo tardi e trasformare il conflitto in un'opportunità di crescita e ulteriore sviluppo con evidente beneficio per entrambe le parti che non solo potranno evitare la rottura della relazione ma addirittura migliorarla e così trasformare un evento inizialmente negativo, il conflitto appunto, in qualcosa di positivo, una relazione migliore e più solida.

Uno dei modelli più interessanti da questo punto di vista è il modello trasformativo di Bush e Folger. Nel loro ormai classico libro "The Promise of Mediation" affermano infatti che l'unica promessa che può fare la mediazione è proprio quella di consentire una reale ed attiva trasformazione della relazione tra le persone coinvolte nel conflitto. Nella visione trasformativa, i conflitti vengono visti come un'occasione per trasformare le relazioni arrivando a considerare il comportamento dell'altra parte sotto una luce differente e quindi reinterpretandone la relativa condotta e spesso anche a reinterpretare la propria. Come diceva il famoso psicologo austriaco Viktor Frankl, quando non si può più cambiare una situazione siamo sfidati a cambiare noi stessi o almeno il nostro punto di vista.

Tutto ciò non vuol dire che per raggiungere la definitiva soluzione di un conflitto non si debbano mai

usare i cosiddetti metodi valutativi, cioè l'arbitrato e il giudizio, che possono in certi casi essere considerati come utili ma magari temporanei mezzi per raggiungere questo fine e possono addirittura essere utilizzati in parallelo con in metodi non-valutativi. Insomma, per citare Von Clausewitz, come la guerra può essere vista come la continuazione della politica (e anche della diplomazia) con altri mezzi anche la lite e l'arbitrato possono essere visti in questo modo. Ma come la guerra non può durare per sempre nemmeno la lite dovrebbe durare fino al punto di rottura e sarebbe bene cercare ogni opportunità possibile (window of opportunity) durante la lite stessa per arrivare ad una transazione soddisfacente per entrambi che possa produrre i benefici illustrati sopra.

Vogliamo concludere ribadendo la nostra convinzione che il miglior modo di risolvere i conflitti in qualunque ambito ed in particolar modo nel mondo del business è quello di utilizzare tutti gli strumenti a disposizione con un approccio che vogliamo chiamare "olistico" e che, laddove possibile, si può e si deve utilizzare il conflitto, apparentemente negativo, per trasformarlo in una opportunità di ulteriore crescita e sviluppo con evidente beneficio per tutte le parti coinvolte nel conflitto stesso.

Particolarmente interessante in quest'ottica è il recente lavoro svolto dal gruppo di lavoro IMI/SI/CCA sul c.d. Mixed Mode dove un Process Facilitator si focalizza sul processo aiutando le parti in conflitto a identificare il miglior percorso da seguire al fine di risolvere la controversia magari passando da un tipo di procedura all'altra o anche attuandone alcune in parallelo. Ovviamente il ruolo di tale Process Facilitator sarà tanto più efficace quanto prima interviene nel tentativo di risoluzione della disputa. Normalmente questo Process Facilitator è un Guiding Mediator che viene nominato da entrambe le parti ma qualora non si arrivi a tale accordo non si esclude nemmeno la possibilità che una delle parti si avvalga dell'assistenza di un Process Facilitator che in tal caso potrà svolgere sia il ruolo di consulente sul modo migliore di affrontare, gestire e risolvere il conflitto sia, specialmente in un contesto internazionale, quel ruolo di mediatore culturale di cui abbiamo parlato sopra anche se incaricato da una sola delle parti. Tale ruolo può essere particolarmente utile per quelle imprese che, pur essendo di dimensione più ridotta, non hanno al loro interno figure professionali in grado di poter svolgere questo compito specialmente a livello internazionale e quindi particolarmente utile per le PMI italiane e anche per le quelle che una volta vennero chiamate dal giornalista Giuseppe Turani "multinazionali tascabili" proprio perché, sebbene di non grande dimensione, pur sempre capaci di operare e fare business su scala internazionale.

FOCUS GROUP | ARBITRATO SOCIETARIO (coordinatori Diego Corapi, Valentina Allotti)

POST

Arbitrato societario e società quotate. Sintesi degli interventi e principali spunti di riflessione emersi dal webinar del 19 luglio 2021

Valentina Allotti, Assonime, Diego Corapi, Studio Legale Corapi

Il primo seminario del Focus Group Arbitrato Societario, svolto online la scorsa estate e dedicato all'uso dell'arbitrato societario nelle società quotate, è stata l'occasione per fare il punto sulla disciplina italiana, che vieta il ricorso allo strumento alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Si è discusso poi sull'opportunità di una sua evoluzione, anche alla luce della significativa esperienza brasiliana, dove lo strumento arbitrale costituisce invece un elemento di efficienza per il mercato dei capitali e dove sono le regole di *listing* a richiedere la previsione di una clausola arbitrale statutaria nei segmenti con più alti requisiti di corporate governance (il programma del seminario è stato illustrato su

AIA Online n. 5 del 2021).

Si indicano di seguito i principali contenuti delle relazioni svolte.

Il seminario è stato aperto da Andrea Carlevaris, Presidente dell'AIA, e da Marcello Bianchi, Vicedirettore Generale di Assonime. Le due Associazioni collaborano da tempo su questo tema con la comune prospettiva di creare un ambiente giuridico sempre più favorevole alle imprese e competitivo per attrarre investimenti dall'estero.

Marcello Bianchi si è soffermato sulla nozione di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, che si ripercuote inevitabilmente sull'ampiezza del divieto di arbitrato societario. Questa definizione comprende sia le società quotate sui mercati regolamentati sia le società con titoli diffusi tra il pubblico. Non comprende invece le società con titoli quotati sulle piattaforme alternative di negoziazione, incluso *Euronext Growth Milan* (mercato di crescita delle PMI prima denominato AIM Italy), che ricadono però nell'ambito di applicazione del divieto di arbitrato societario se sono qualificabili anche come società con titoli diffusi. Da qui una incertezza applicativa che renderebbe opportuno un ripensamento dell'attuale definizione di 'titoli diffusi' e del divieto.

Il primo intervento è stato quello di Grasiela Cerbino, *General Counsel* della Borsa di San Paolo, Brasile, e *Official Secretary* della Camera Arbitrale costituita presso la Borsa, che ha fornito alcuni dati sul mercato brasiliano in termini di numero di società quotate, rapporto capitalizzazione/PIL, numero di IPO (*Initial Public Offering*) e numero di investitori. Ha poi illustrato l'origine e le caratteristiche degli speciali segmenti di *listing*, introdotti a partire dal 2000, per rendere il mercato più attraente per gli investitori esteri. Proprio in questa prospettiva, la previsione di una clausola statutaria per arbitrato societario è obbligatoria per le società quotate nel segmento con i requisiti di corporate governance più stringenti (*Novo Mercado*). A questo riguardo, ha sottolineato come in realtà la previsione di una clausola arbitrale statutaria sia ormai prassi comune nella maggior parte delle società quotate, indipendentemente dall'esistenza di un obbligo in tal senso previsto dal regolamento di borsa, perché l'arbitrato viene visto come uno strumento di soluzione delle controversie più efficiente della giustizia ordinaria.

L'arbitrato societario previsto dalle *listing rules* è amministrato dalla *Câmara do Mercado*, camera arbitrale gestita dalla Borsa ma da questa indipendente: la Camera ha il suo Presidente e un corpo di arbitri indipendenti nominati dal consiglio di amministrazioni della Borsa. L'Avv. Cerbino ha segnalato che il numero di casi di arbitrato è cresciuto negli anni, così come il valore delle controversie deferite in arbitrato, e ha indicato che, attualmente, al centro del dibattito in Brasile c'è il tema dell'ammissibilità delle *class action* in arbitrato, questione che si è posta a partire dal caso Petrobras del 2015. Petrobras è una delle più grandi società in Brasile, quotate nella Borsa di San Paolo, coinvolta in uno dei più gravi casi di corruzione e i cui amministratori sono stati accusati di aver sottratto dal mercato finanziario informazioni rilevanti e falsificazione del bilancio. La Petrobras aveva inserito una clausola di arbitrato nello statuto. Quindi, a seguito dello scandalo, un numero elevato di azionisti (oltre 1400) ha avviato una procedura per il risarcimento del danno presso la Camera arbitrale della Borsa. Da qui, e a fronte del crescente numero di controversie che coinvolgono un numero elevato di azionisti, è nata l'esigenza di riflettere sulla possibilità di svolgere 'arbitrati collettivi' e di definirne il quadro giuridico. Una sintesi articolata dell'intervento dell'Avv. Cerbino è pubblicata di seguito.

L'intervento successivo è stato quello di Paola Fico, *Head of Capital Markets and Post-Trading Regulation*, Borsa Italiana Euronext Group, che ha illustrato l'esperienza di Borsa Italiana rispetto all'uso dello strumento dell'arbitrato e, più in generale, delle tecniche di risoluzione dei conflitti, nel diverso contesto normativo italiano che vieta l'uso dell'arbitrato societario alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (società quotate sui mercati regolamentati e società con titoli diffusi).

Il primo riferimento è stato al regolamento dei mercati, che disciplina l'organizzazione e la gestione dei mercati stessi, inclusi i profili relativi alle condizioni e modalità di ammissione, esclusione e sospensione degli strumenti finanziari e degli operatori, le condizioni e le modalità di svolgimento delle negoziazioni,

gli obblighi degli operatori e degli emittenti. Il regolamento è uno strumento di natura contrattuale che presenta però profili pubblicistici importanti: il regolamento del mercato principale (*Euronext Milan*, prima MTA) è approvato dalla Consob e il mercato di crescita delle PMI (*Euronext Growth Milan*, prima AIM Italy), anche se non approvato dall'Autorità, è comunque soggetto alla sua vigilanza. I regolamenti di borsa prevedono due modalità di soluzione delle controversie tra Borsa Italiana e i soggetti contraenti (operatori di mercato e emittenti): in primo luogo è previsto il ricorso al Collegio dei Probiviri, le cui determinazioni, adottate secondo diritto e rispettando il principio del contraddittorio, non sono vincolanti per le parti; in caso di insuccesso del Collegio dei Probiviri, è previsto che la controversia sia rimessa a un collegio di arbitri, che decidono secondo le regole dell'arbitrato rituale e secondo diritto.

Il secondo riferimento è al regolamento del mercato di crescita delle PMI, che adotta in via contrattuale alcune soluzioni previste per le società quotate nel mercato principale. È questo il caso dell'opa endosocietaria, che deve essere prevista in via statutaria e che rinvia alle norme del Tuf sull'opa obbligatoria nel caso di acquisto di partecipazioni di controllo. Il regolamento del mercato prevede poi che qualsiasi determinazione opportuna o necessaria per il corretto svolgimento della offerta, comprese quelle afferenti alla determinazione del prezzo di offerta, è adottata ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1349 c.c., su richiesta della Società e/o degli azionisti, dal Panel, un collegio di probiviri composto di 3 membri e nominato da Borsa Italiana. Il Panel rende le proprie determinazioni senza formalità di procedura, nel rispetto del principio del contraddittorio, sentiti l'offerente, Borsa Italiana, così come gli azionisti e qualsiasi altro soggetto titolare di un concreto e diretto interesse sul quale la determinazione da assumere possa impattare, e che intenda essere sentito.

L'ultimo riferimento è ai principi di corporate governance pensati per le società che fanno parte di ELITE, programma di Borsa Italiana per la formazione e il *tutoring* delle imprese che vogliono intraprendere un percorso di sviluppo organizzativo e manageriale per avvicinarsi ai mercati dei capitali. A questo scopo, Borsa Italiana, con la collaborazione di Confindustria e Assonime, ha elaborato il *Framework* di Governo Societario ELITE, un primo approccio alla corporate governance per le imprese in fase di crescita. Il *Framework* presenta un approccio innovativo al tema della gestione e della risoluzione dei conflitti nella sfera della governance: esso raccomanda infatti l'impresa a introdurre clausole che prevedano il ricorso a mezzi alternativi di risoluzione delle controversie tra gli azionisti e tra gli azionisti e l'impresa stessa.

L'intervento del Prof. Filippo Corsini ha affrontato tre temi fondamentali: la portata del divieto di arbitrato societario; le ragioni della previsione di tale divieto nell'ordinamento italiano e le prospettive future per il suo superamento.

Quanto al primo profilo, il divieto riguarda le sole controversie 'statutarie' relative al rapporto sociale (ad es. azione di responsabilità degli amministratori; impugnativa delle delibere assembleari) e non anche quelle relative ai patti parasociali, e si applica alle società italiane (con sede in Italia) con titoli quotati in mercati regolamentati, anche esteri (non anche alle società straniere con titoli quotati in Italia). Il divieto riguarda tanto l'arbitrato nazionale quanto quello estero.

Quanto al secondo profilo, il Prof. Corsini ricorda che il divieto non era previsto nella legge delega della riforma del diritto societario e non sono state fornite spiegazioni della scelta compiuta in sede di legislazione delegata. Non appare convincente l'argomento, che viene solitamente indicato dai commentatori, dell'eccessiva onerosità dell'arbitrato per i piccoli azionisti che volessero tutelare i propri diritti, proprio per la tipologia di contenzioso che normalmente coinvolge questi soggetti. Raramente i piccoli azionisti agiscono in giudizio contro la società per impugnare delibere o esercitare l'azione di responsabilità; più frequente, in occasione di crack finanziari o altre situazioni patologiche, viene presentata una richiesta di risarcimento del danno diretto al proprio patrimonio, magari attraverso la costituzione di parte civile in un più ampio processo penale (es. crack Parmalat). Si sottolinea poi la piena conoscibilità per tutti gli azionisti delle clausole statutarie, inclusa quella di arbitrato, e della facilità di *exit* tramite dismissione della partecipazione sul mercato qualora non si concordasse con tale previsioni.

Quanto al terzo profilo, il Prof. Corsini indica alcuni temi che andrebbero affrontati, a livello normativo,

per rendere lo strumento più efficace: una chiara definizione delle controversie arbitrabili, eliminando le attuali incertezze relative all'arbitrabilità delle impugnazioni delle delibere di approvazione del bilancio; l'abrogazione del divieto di arbitrato per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio; il tema dei costi, che potrebbe essere affrontato a livello normativo, prendendo spunto da soluzioni adottate in altri ordinamenti (ad esempio in Svezia, la legge societaria consente l'uso dell'arbitrato societario anche alle società quotate ma introduce un principio generale di responsabilità della società per i costi, salvo diverse determinazioni degli arbitri); la previsione del ricorso all'arbitrato amministrato, nel caso di arbitrato societario nelle società quotate.

Nel corso del quarto intervento, l'Avv. Salvatore Providenti è tornato sul tema della *ratio* del divieto di arbitrato societario ricordando che, durante i lavori della Commissione di riforma del diritto societario nel 2003, si era ritenuto lo strumento poco adatto in considerazione del rilievo costituzionale della tutela del risparmio. Rispetto al tema dell'opportunità di eliminare il divieto di arbitrato societario per le società quotate e all'utilità dello strumento, l'Avv. Providenti individua tre profili di riflessione.

In primo luogo, occorre considerare se l'arbitrato offra lo stesso livello di tutela della giustizia ordinaria: la risposta deve essere positiva proprio per come è strutturato e disciplinato l'arbitrato societario in Italia, anche in considerazione di alcuni profili di inefficienza della giustizia ordinaria.

In secondo luogo, occorre chiedersi se lo strumento sia adatto a controversie complesse nelle quali possa essere potenzialmente coinvolto un numero elevatissimo di azionisti. Questo tipo di contenzioso richiede una capacità organizzativa importante – che spesso nemmeno la giustizia ordinaria presenta – e richiede la previsione di regole specifiche. Quindi è un problema da risolvere con regole idonee.

In terzo luogo, occorre considerare il tema dei costi dell'arbitrato, tenendo presente che, da un lato, non esiste un contenzioso senza costi (anche nei giudizi ordinari le spese legali possono essere elevate) e, dall'altro, che il costo 'indiretto' della durata di un contenzioso ha un peso e che, in questa prospettiva, l'arbitrato presenta dei profili di celerità che la giustizia ordinaria non garantisce.

Tenendo conto di questi profili, l'arbitrato societario potrebbe svolgere una funzione utile per le società quotate e per il mercato; tuttavia, la scelta di consentire l'arbitrato societario per le società quotate dovrebbe accompagnarsi con la previsione di un sistema di arbitrato amministrato che consenta la gestione dei contenziosi complessi e con pluralità di parti e che affronti il tema dei costi. L'arbitrato amministrato consentirebbe anche – attraverso la previsione di adeguati criteri di selezione e nomina – di garantire la specializzazione degli arbitri nelle materie societarie e finanziarie.

Arbitrato Societario Brasiliano – Una sintesi dell'intervento dell'Avv. Grasiela Cerbino

1. Il mercato dei capitali in Brasile e l'arbitrato societario: alcuni dati

Il mercato dei capitali rappresenta un pilastro importante dell'economia brasiliana e questa importanza è cresciuta sostanzialmente negli ultimi anni.

Come risulta dall'analisi dei dati della borsa brasiliana B3 S.A. (Brasil, Bolsa e Balcão), la capitalizzazione di mercato delle 439 società quotate è equivalente al 50% del PIL brasiliano. Negli ultimi anni, si è registrata una crescente apertura delle imprese brasiliane al mercato dei capitali: solo nel 2020, la borsa brasiliana ha avuto 118 IPO e, nei primi sei mesi del 2021, ci sono state 89 nuove quotazioni.

Un altro dato interessante del mercato brasiliano riguarda la massiccia presenza degli investitori individuali, in crescita negli ultimi anni: dai 775 mila circa investitori individuali del 2018 se ne registrano, nel 2021, circa 4 milioni.

Altro fenomeno in crescita è quello dell'uso dell'arbitrato societario per la soluzione delle controversie tra azionisti, società quotate e amministratori.

In questo contesto, è oggi al centro del dibattito il tema della tutela degli investitori, soprattutto individuali, a fronte dei rischi di asimmetria di trattamento e opportunità rispetto agli investitori

professionali, con particolare riferimento al tema delle class action.

2. Origini e caratteristiche dell'arbitrato societario in Brasile

Nel 2000, la Borsa di San Paolo BM&FBOVESPA ora B3), per rendere la piazza finanziaria brasiliana più attraente per gli investitori esteri, ha introdotto diversi segmenti speciali di *listing*, caratterizzati da requisiti particolari (di corporate governance: ad esempio un numero minimo di amministratori indipendenti; la creazione di comitati audit; applicazione del principio one share one vote o di liquidità: ad esempio la previsione di un livello minimo di volume di trading giornaliero). In questa prospettiva, sono stati introdotti 5 diversi segmenti speciali – Bovespa Mais, Bovespa Mais Nivel 2, BM&FBOVESPA Nivel 1, BM&FBOVESPA Nivel 2, Novo Mercado – per consentire alle società quotate di scegliere il livello di *listing* più adatto alla loro realtà e alla struttura organizzativa.

La risposta del mercato è stata positiva e, a luglio 2021, le società quotate in questi segmenti speciali corrispondono a più della metà del totale delle società quotate sulla borsa di San Paolo e rappresentano un valore di capitalizzazione maggiore rispetto a quelle quotate nel segmento base.

Nella definizione dei requisiti di corporate governance per la quotazione nei segmenti speciali un'attenzione particolare è stata data al profilo della risoluzione delle controversie societarie, soprattutto per la scarsa efficienza della giustizia ordinaria e per l'interesse degli investitori esteri a efficaci strumenti di *enforcement* e tutela dei loro diritti. Da qui la previsione, tra i requisiti di *listing*, di una clausola compromissoria statutaria in base alla quale tutte le controversie tra azionisti, società e amministratori devono essere decise da un tribunale arbitrale, secondo il regolamento della camera arbitrale, la *Camera de Arbitragem do Mercado*, istituita presso la Borsa.

L'arbitrato societario così previsto ha natura obbligatoria e volontaria allo stesso tempo: obbligatoria perché è un requisito di *listing* del segmento speciale, volontaria perché l'obbligo deriva dalla scelta del segmento di quotazione da parte della società.

Nel 2000, la legislazione brasiliana non prevedeva espressamente l'arbitrato societario ed era aperto il dibattito sulla sua ammissibilità e sui suoi limiti. Successivamente alla creazione dei segmenti speciali, dunque, la legge societaria è stata modificata per consentire espressamente agli statuti delle società di prevedere una clausola arbitrale per le controversie tra soci e società.

Sciolti in via normativa il dubbio sull'ammissibilità dell'arbitrato societario, rimanevano aperte le questioni relative all'ambito di applicazione soggettiva della clausola arbitrale statutaria, sulle maggioranze necessarie per inserirla e sul riconoscimento del diritto di recesso.

Nel 2015, una nuova modifica della legge in materia societaria ha affrontato questi temi e ha previsto che l'introduzione della clausola arbitrale nello statuto deve essere approvata con la maggioranza (metà più 1) delle azioni con diritto di voto.

La delibera così adottata è vincolante per tutti i soci, inclusi gli assenti e i dissenzienti, ma è riconosciuto il diritto di recesso con due importanti eccezioni: i) quando la previsione della clausola è richiesta per l'ammissione a quotazione nei segmenti speciali che richiedano un flottante minimo del 25% delle azioni (che è la percentuale richiesta per la quotazione nel segmento Novo Mercado); ii) quando la clausola è inserita nello statuto di una società quotata i cui titoli siano inseriti in un indice approvato dall'autorità di vigilanza.

Questa modifica della legge societaria è stata essenziale per lo sviluppo dei segmenti speciali e anche dell'arbitrato societario brasiliano.

3. Arbitrato societario e class action

Uno dei temi più controversi attualmente è quello dell'ammissibilità delle *class action* in arbitrato.

Il tema è emerso a partire dal contenzioso legato allo scandalo Petrobras, scoppiato nel 2015.

Petrobras, una delle più grandi società in Brasile con un numero elevatissimo di azionisti, quotata alla Borsa di New York, tramite ADR (*American Depositary Receipt*) e alla Borsa di San Paolo, in uno dei segmenti speciali che richiede la previsione della clausola arbitrale statutaria, è stata coinvolta in uno dei più grandi casi di corruzione in Brasile, che ha visto coinvolti gli amministratori per sottrazione di

informazioni al mercato e falso in bilancio.

Questo ha dato agli azionisti il diritto di richiedere agli amministratori e alla società quotata il risarcimento dei danni da loro sofferto. La richiesta è stata formulata prima negli Stati Uniti dove si è formata una *class action*; poco dopo sono arrivate le richieste risarcitorie anche alla *Câmara do Mercado* in Brasile.

Nonostante la presenza di una clausola arbitrale statutaria, il giudice nordamericano ha separato la propria competenza a decidere sulla tutela degli investitori che hanno acquisito gli ADR negoziati nella borsa nordamericana, visto che questi sono considerati *securities* ai sensi della legge statunitense, riconoscendo invece la competenza della *Câmara do Mercado* per le sole controversie coinvolgenti gli azionisti stranieri e brasiliani, che avevano acquisito le azioni quotate nella borsa brasiliana.

La peculiarità del contenzioso brasiliano è che le richieste di risarcimento del danno sono state formulate da numerosi azionisti (circa 1400) in litisconsorzio attivo. Questa è stata la prima procedura arbitrale che ha coinvolto un numero così elevato di azionisti, ma il trend è in crescita.

Da qui si è aperto il dibattito sull'ammissibilità delle *class action* in arbitrato.

Il sistema delle *class action* in Brasile è disciplinato dalla legge n° 7913/89 che prevede espressamente la tutela collettiva dei mercati di capitali rinviando al Codice dei Consumatori brasiliano e alla Legge n° 7347/85. La caratteristica di queste procedure collettive è di estendere gli effetti del giudizio (*res iudicata*) anche ai soggetti, appartenenti alla classe, che non hanno preso parte alla procedura.

Da qui la differenza sostanziale con le 'procedure collettive' formulate in litisconsorzio attivo presso la Camera arbitrale del mercato: in questi casi, la *res iudicata* avrà effetti soltanto per le parti che partecipano alle procedure arbitrali.

Uno dei temi più delicati sollevati dall'arbitrato 'collettivo' riguarda il tema della confidenzialità. Il sistema delle procedure collettive in Brasile, con gli ampi effetti soggettivi della *res iudicata*, riposa sul presupposto della pubblicità delle procedure di fronte al giudice statale e della conoscibilità del contenzioso pendente.

L'arbitrato, invece, sposa il principio della confidenzialità. Anche se la legge dell'arbitrato brasiliano non prevede la confidenzialità obbligatoria, la maggior parte dei regolamenti delle camere di arbitrato in Brasile e all'estero, la prevedono come regola generale. E questo è il caso anche del regolamento della *Câmara do Mercado*.



Perché diventare Socio AIA?

Perché l'**arbitrato** ha ormai un ruolo essenziale, non soltanto come alternativa alla giurisdizione ordinaria, ma soprattutto come strumento dinamico ed efficiente per la soluzione delle controversie tra le imprese, tenuto anche che conto del contesto sempre più globale ed internazionale nel quale si trovano ad operare.

Perché è un'opportunità per approfondire la conoscenza dell'arbitrato anche venendo in contatto con altri professionisti, italiani e stranieri, e per favorire così il networking come scambio di idee e opportunità di collaborazioni.

Perché conoscere l'arbitrato richiede una formazione e una informazione continua, attraverso la **Rivista dell'arbitrato**, la pubblicazione trimestrale a carattere scientifico dell'AIA, e attraverso la *newsletter AIAOnline* che periodicamente informa i Soci AIA di ogni novità.

Perché è un'opportunità per partecipare alle attività formative e divulgative dell'Associazione: convegni, seminari, webinar e corsi di formazione dedicati.

Perché consente, nella qualità di Socio AIA, di ricevere – compresa nella quota annuale – la **Rivista dell'arbitrato** e di fruire delle agevolazioni normalmente concesse sulle quote di partecipazione a seminari, corsi di formazione ed altri eventi a pagamento.

Per informazioni: info@arbitratoaia.org