

# COLLEGAMENTO NEGOZIALE E ARBITRATO

Bologna 10 giugno 2009

Elena Zucconi Galli Fonseca

# La rilevanza del collegamento contrattuale nell'arbitrato

- Nella verifica della legittimazione a giudicare da parte degli arbitri
- Nella decisione sul merito della controversia

# L'eterogeneità del collegamento negoziale

- Il collegamento stabilito dalla legge
- Il collegamento stabilito dalle parti (c.d. collegamento volontario)
  - La c.d. unica operazione economica.

SI ADOTTA LA NOZIONE PIU' AMPIA DI  
COLLEGAMENTO NEGOZIALE

# CONTRATTO UNICO O PLURALITA' DI CONTRATTI?

- Struttura unitaria del contratto (inscindibilità del sinallagma, a prescindere dalla unità documentale)= negozio misto o complesso
- Negozi distinti dal punto di vista strutturale, ma collegati dal punto di vista della funzione= collegamento contrattuale

# La convenzione arbitrale nell'operazione complessa

- Convenzione arbitrale unica per tutta l'operazione economica (la c.d. clausola ad ombrello)



- Processo arbitrale unitario e decisioni armoniche

- Più convenzioni arbitrali fra loro compatibili
- Più convenzioni arbitrali fra loro incompatibili
- Convenzione arbitrale e clausola del foro competente
- Convenzione arbitrale limitata ad uno dei contratti collegati, oppure



- Rischio di decisioni disarmoniche, frammentazione processuale

# Cass. n. 12321 del 2007

- “E’ legittima l’instaurazione di un unico procedimento arbitrale per la risoluzione di controversie connesse nascenti da contratti collegati, contenenti clausole compromissorie di identico contenuto, e la cui risoluzione è destinata ad incidere sulla complessiva regolamentazione negoziale dettata dai contratti medesimi; qualora, peraltro, non vi sia consenso sull’esistenza di una situazione di collegamento negoziale o di clausole omologhe, la controparte può manifestare la volontà di tenere distinte le procedure e nominare un arbitro diverso per ciascuna di esse, mentre l’unico arbitro nominato dalla prima parte comporrà i diversi collegi che si andranno a formare” ([Cass., n. 12321 del 2007](#), in *Riv. arb.* 07, 601, nota di Luiso, in *Corr. giur.* 2007, n. Consolo, Muroi).
- Si trattava di una **pluralità di preliminari di vendita di singole unità immobiliari** fra le stesse parti, che contenevano identiche clausole compromissorie e l’attore aveva iniziato un unico processo arbitrale; alla doglianza del convenuto in sede di impugnazione del lodo, la Corte replica che, ove vi sia una “*inscindibilità*” sostanziale dell’affare e l’identità del tenore delle clausole compromissorie, risponde a buona fede contrattuale designare un unico arbitro per un unico vaso processuale arbitrale. Interessante è il ricorso alla buona fede nella esecuzione delle clausole compromissorie, in presenza di un collegamento “*inscindibile*”, al fine di favorire l’unitarietà procedimentale.

# Clausole fra loro incompatibili

- Ove possibile, la clausola inserita nell'accordo successivo supera la precedente (per es. accordi modificativi, estintivi)
- Ove il collegamento negoziale riveli, in realtà, un negozio misto od unitario, si apre un conflitto pratico
  - *Qualora un contratto contenga sia una clausola compromissoria che una clausola che individui il foro territorialmente competente, la clausola compromissoria è inefficace per incertezza circa la volontà delle parti (02/2208; 07/22841)*

# Convenzione arbitrale limitata ad uno dei contratti collegati

- La regola generale dell'art. 808 *quater*:

*La convenzione di arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce*

# Convenzione arbitrale limitata ad uno dei contratti collegati

- Fra le stesse parti
- Fra parti diverse

# Contratti collegati fra le stesse parti

- Accordo quadro e contratti esecutivi
- Contratti interdipendenti, o che costituiscono il logico e necessario sviluppo del primo, per la realizzazione dell'unica operazione economica
- Il preliminare ed il definitivo
- L'ipotesi peculiare del contratto sociale e parasociale
- contratti modificativi, estintivi e transattivi.

# ACCORDO QUADRO

- Dall'accordo quadro ai contratti esecutivi: Cass. n. 15941 del 2000: la clausola arbitrale contenuta in una scrittura privata di cessione di un intero complesso immobiliare si estende ai singoli contratti di compravendita.
- Dai contratti esecutivi all'accordo quadro?

# Contratti interdipendenti

- I contratti che precisano le modalità di esecuzione ed i dettagli; contribuiscono in via diretta alla realizzazione dell'intento negoziale
  - Cass. n. 2598 del 2006: contratto previsto o anticipato da un precedente;
  - Caso CCI n. 7035 del 1993: memorandum of agreement per la creazione di una service company per la distribuzione congiunta di prodotti, e successivi accordi per scambio di servizi commerciali, amministrativi, sublocazione dei locali

# Segue: contratti interdipendenti

- Contratti reciprocamente e strettamente dipendenti (dal punto di vista economico), senza ordine gerarchico
  - E' l'ipotesi più dubbia: la Cass. italiana è tendenzialmente negativa (cfr. 07/5371)
  - Esempi nella giur. internazionale: vendita e finanziamento fra le stesse parti; vendita di quote e contratto di escrow; appalto e contratto per la fabbricazione dei materiali

# Il contratto preliminare

- a) La convenzione si riferisce solo al preliminare
  - b) Si tratta di un preliminare di convenzione arbitrale
  - c) La convenzione arbitrale si riferisce alle liti del definitivo (ipotesi più dubbia)
- 
- Il collegamento contrattuale: caso del preliminare complesso e dei definitivi (lodo arb. 2 marzo 1996, in *Riv. arbitrato*, 1996, p. 353 ss.)

# SOCIALE E PARASOCIALE

- Art. 34 d. lgs. n. 5 del 2003:

*Gli atti costitutivi delle società..... 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.*

# CONTRATTI MODIFICATIVI, ESTINTIVI, TRANSATTIVI

- La convenzione arbitrale contenuta nel contratto originario si estende al contratto meramente modificativo (Cass. n. 5371 del 2001; n. 4336 del 1988, ed altre);
- *Idem* per il contratto prorogato;

# CONTRATTI MODIFICATIVI, ESTINTIVI, TRANSATTIVI

- Secondo la Cassazione, il contratto estintivo dell'intero rapporto originario estingue la clausola arbitrale (Cass. n. 12175 del 2000; n. 4257 del 1982).
- I dubbi derivanti dall'autonomia del patto compromissorio, limitatamente al rapporto estinto

# CONTRATTI MODIFICATIVI, ESTINTIVI, TRANSATTIVI

- la transazione novativa estingue il rapporto e la clausola arbitrale per Cass. n. 12175 del 2000;
- una transazione non novativa non toglie effetto alla convenzione arbitrale contenuta nel contratto originario; gli arbitri possono valutare anche l'accordo transattivo e la sua eventuale invalidità o inefficacia ( Cass. n. 48 del 1981; n. 8247, del 1982: *incidenter tantum?*);

# Contratti dipendenti o collegati fra parti diverse

a) La fideiussione, la garanzia autonoma, la controgaranzia

b) I subcontratti

c) I contratti collegati per volontà delle parti

d) Alcune fattispecie tipiche o atipiche come

- il *leasing*,
- il credito al consumo
- il contratto interinale di lavoro
- la multiproprietà con concessione di credito
- Il *project financing*
- Il *dividend washing*
- Il patto di famiglia e il contratto di liquidazione dei legittimari
- La riassicurazione

# Contratti dipendenti o collegati fra parti diverse

## ■ La regola:

- La clausola arbitrale non si estende al contratto collegato che non la preveda

l'azione diretta non vale, di per sé, ad estendere la clausola arbitrale

## ■ Le eccezioni:

- La relatio perfecta nel contratto collegato
- La surrogazione nel rapporto principale e la successione nel rapporto
- Il contratto a favore di terzo
- La sostituzione processuale e sostanziale
- La tendenza internazionale del *piercing the corporate veil* (la Corte d'appello di Parigi)

# La garanzia

- L'art. 1945 c.c., secondo cui il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore, non vale a mio avviso ad estendere la clausola arbitrale
  - Diff.: *Il fideiussore, che abbia garantito il pagamento di un'obbligazione fondata su un contratto contenente una clausola compromissoria, può opporre tale clausola compromissoria al cessionario del credito ai sensi dell'art. 1945 c.c. (Trib. Milano 12-1-05, Riv. arb. 2006, 351, n. Barletta).*
- l'eventuale surrogazione nel rapporto principale

# Il subcontratto

- il subcontratto “trasparente”
- la *relatio perfecta*

# Il leasing

- Le azioni dell'utilizzatore nei riguardi del fornitore nel *leasing* inquadrabili, secondo una parte della giur., nel mandato senza rappresentanza o nella sostituzione processuale.

*Cass. n. 11776 del 2006: Nel contratto di locazione finanziaria all'utilizzatore può essere riconosciuta una tutela diretta verso il fornitore per i vizi della cosa non solo attraverso specifiche clausole contrattuali, ma anche nel caso contrario, perché con il contratto in questione l' utilizzatore , nell'ambito dello schema del mandato senza rappresentanza, si appropria degli effetti del rapporto gestorio instaurato dal concedente.*

# Contratti collegati fra parti diverse: la nomina degli arbitri

- La opportuna predisposizione della clausola arbitrale
- In caso di nomina “binaria”
  - Art. 816 *quater* c.p.c.: *Qualora più di due parti siano vincolate dalla stessa convenzione d'arbitrato, ciascuna parte può convenire tutte o alcune delle altre nel medesimo procedimento arbitrale se la convenzione d'arbitrato devolve a un terzo la nomina degli arbitri, se gli arbitri sono nominati con l'accordo di tutte le parti, ovvero se le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominano d'accordo un ugual numero di arbitri o ne affidano a un terzo la nomina. Fuori dei casi previsti nel precedente comma il procedimento iniziato da una parte nei confronti di altre si scinde in tanti procedimenti quante sono queste ultime. Se non si verifica l'ipotesi prevista nel primo comma e si versa in caso di litisconsorzio necessario, l'arbitrato é improcedibile.*

# Segue:

- Una possibile convenzione arbitrale:

“ ...Le controversie che dovessero insorgere tra le parti, dalla esecuzione del presente contratto, saranno deferite, qualora le parti siano due, alla decisione di tre arbitri, di cui due nominati dalle parti e il terzo, in qualità di presidente, su accordo degli arbitri così nominati. Nell'ipotesi in cui la controversia riguardi tre o più parti, e non si verifichi uno spontaneo raggruppamento in due poli contrapposti di interessi, la nomina dei tre arbitri sarà effettuata dal ....., che provvederà altresì a precisare quale degli arbitri assumerà la veste di presidente del collegio ....”

# Contratti collegati fra parti diverse: la possibilità di intervento del terzo

- Intervento dei terzi vincolati dalla clausola arbitrale, che è a loro estesa:
  - Sempre possibile in tutte le sue forme, volontario, coatto
    - il tenore dubbio dell'art. 816 *quinquies*;
    - la previsione espressa nell'arbitrato endosocietario
- Intervento dei terzi non vincolati dalla clausola arbitrale
  - Sempre possibile in caso di intervento volontario adesivo dipendente o successione a lite iniziata
  - Sempre possibile se volontario nell'arbitrato endosocietario
  - Altrimenti richiede l'accordo di tutti *ex art. 816 quinquies*

# La riunione di più procedimenti arbitrali

- Nell'arbitrato *ad hoc*
  - occorre il consenso di tutti, arbitri e parti;
  - i collegi arbitrali debbono essere identici;
- Nell'arbitrato amministrato
  - art. 4 reg. Cci
  - Art. 25 c. 3 reg. Milano: *Il Tribunale Arbitrale investito di più procedimenti pendenti può disporre la loro riunione, se li ritiene oggettivamente connessi.*

# Il coordinamento nella pluralità di processi arbitrali

- La nomina degli stessi arbitri nell'arbitrato amministrato
- Gli effetti diretti o riflessi del lodo arbitrale emesso per primo

# Gli arbitri investiti di un solo contratto possono tener conto del collegamento?

- Possono conoscere, per l'art. 819, in via incidentale del contratto collegato loro non devoluto e dell'intera operazione economica, in particolare:
  - di crediti da compensare (art. 817 *bis*)
  - dell'eccezione di inadempimento, della gravità e della buona fede commisurata all'intero affare
  - della clausola *pay when paid* nel subcontratto
  - dell'efficacia estintiva o modificativa di una successiva transazione
  - della mala fede del beneficiario nella garanzia autonoma

# IN CONCLUSIONE

- Le parti hanno più da temere dalla loro autonomia negoziale che dall'intervento del legislatore (Loic Cadiet).
- Il rischio è che l'arbitro, di fronte ad una discrasia fra regime processuale e sostanziale, tenda (in chiave di "psicologia giudiziaria") a far correre su binari distinti sia il processo sia il diritto sostanziale, autonomizzando anche nel merito ciò che sfugge alla sua competenza