



Conciliazione e arbitrato

Conciliazione e arbitrato presso la Consob

di Pietro Fioruzzi e Maria Grazia Mamone - Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP



Le procedure amministrative dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB : la Conciliazione e l'Arbitrato

Nell'articolo pubblicato su questa rubrica nelle scorse settimane (“*La Camera di Conciliazione e di Arbitrato presso la CONSOB: un nuovo strumento di protezione per i risparmiatori*”), abbiamo cercato di descrivere le caratteristiche principali della Camera, illustrandone brevemente i connotati essenziali: composizione, funzioni, competenze e rapporto funzionale con la Consob. In quest'articolo esamineremo, invece, i connotati essenziali delle procedure di composizione stragiudiziale delle controversie che sono state affidate alla Camera: la conciliazione e l'arbitrato.

I. **La Conciliazione Stragiudiziale**

A. Il Procedimento

Il procedimento di conciliazione stragiudiziale dinanzi alla Consob può essere attivato esclusivamente dall'investitore. Tale scelta riflette le finalità sottese all'istituzione della Camera. L'avvio del procedimento è subordinato ad una duplice condizione di ammissibilità: (i) la controversia non deve essere già stata portata all'esame di un altro organismo di conciliazione (anche nel caso in cui la conciliazione stragiudiziale sia stata attivata dall'intermediario e l'investitore abbia deciso di aderirvi); (ii) deve essere stato presentato reclamo all'intermediario, ovvero devono essere decorsi novanta giorni dalla sua presentazione senza che l'intermediario abbia comunicato all'investitore le proprie determinazioni.

I tempi per l'attivazione del procedimento e l'adesione dell'intermediario allo stesso sono molto stretti. Il deposito dell'istanza dell'investitore presso la Camera deve avvenire entro 30 giorni dall'invio della comunicazione all'intermediario. L'intermediario è invitato dalla Camera ad aderire al tentativo di conciliazione entro 5 giorni dal deposito dell'istanza (ovvero dalle richieste di integrazioni e correzioni) con il deposito di quello che si può definire una sorta di “atto di replica”. L'evidente brevità dei tempi di adesione al procedimento concessi all'intermediario è stata fortemente criticata perché non in linea con il carattere flessibile e informale della conciliazione stragiudiziale.

La Consob ritiene che il termine di adesione concesso all'intermediario sia un termine congruo, poiché al momento in cui l'intermediario viene invitato ad aderire alla conciliazione, esso ha già ricevuto un reclamo e copia dell'istanza di conciliazione che l'investitore andrà a depositare presso la Camera.

La nomina del conciliatore è effettuata dalla Camera a seguito del deposito dell'istanza dell'investitore. Il Regolamento attribuisce al conciliatore ampia discrezionalità nello svolgimento del procedimento e, dunque, un ruolo molto più incisivo rispetto alle altre procedure di conciliazione stragiudiziale attualmente vigenti. I soli principi che devono “guidare” il conciliatore nella gestione dello stesso sono elencati nell'articolo 11 del Regolamento: il procedimento si deve ispirare ai principi dell'immediatezza, della concentrazione e dell'oralità ed è coperto da riservatezza in tutte le sue fasi. La procedura di conciliazione, inoltre, s'ispira a principi di imparzialità e garanzia del contraddittorio, fatta salva la possibilità per il conciliatore di sentire separatamente le parti. Il tentativo di conciliazione si svolge senza formalità di procedura e senza obbligo di verbalizzazione. Il procedimento si deve perentoriamente chiudere entro 60 giorni dal deposito dell'istanza di conciliazione presso la Camera (ovvero dalle correzioni e integrazioni richieste) al fine di consentire il mantenimento del connotato della celerità che è uno dei suoi caratteri fondamentali.

B. I Conciliatori

E' importante sottolineare che la figura del conciliatore riveste un'importanza fondamentale nel procedimento delineato dalla Consob, giacché l'intera gestione del procedimento è nelle sue mani. Per questo motivo, i conciliatori devono possedere specifici requisiti soggettivi elencati nel decreto ministeriale 23 luglio 2004 n. 222. In particolare, i conciliatori devono possedere specifici requisiti di professionalità e competenza. L'accesso all'albo dei conciliatori viene concesso solo in virtù di comprovata esperienza in ambito giuridico o economico. I conciliatori possono essere: (i) professori universitari in discipline economiche o giuridiche, (ii) professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno quindici anni, ovvero (iii) magistrati in quiescenza. I conciliatori possono essere altresì soggetti che non rientrano nelle categorie sopra menzionate ma che abbiano acquisito una specifica formazione tramite la partecipazione a corsi di formazione tenuti da enti pubblici, università o enti privati accreditati presso la Camera. Inoltre, i conciliatori devono essere in possesso di specifici requisiti di onorabilità derivanti dal non aver riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva; non devono essere stati interdetti dai pubblici uffici e non devono essere stati sottoposti a misure di prevenzione o sicurezza. Il Regolamento Consob richiede, poi, che i conciliatori iscritti negli elenchi della Camera non possano svolgere attività di conciliazione per più di due organismi di conciliazione. Da ultimo, il Regolamento impone ai conciliatori di sottoscrivere una “dichiarazione di accettazione” per l'iscrizione nell'elenco della Camera, in cui devono attestare la loro indipendenza e imparzialità rispetto alle parti coinvolte nella singola procedura e all'oggetto della controversia.

C. Gli effetti della Conciliazione

La conciliazione può avere esito positivo o negativo.

In caso le parti raggiungano spontaneamente un accordo, il conciliatore provvede a redigere processo verbale che, ai sensi dell'articolo 40, comma 8, del D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, è omologato “*con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione e costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale*”. In mancanza di omologazione, il verbale ha valore meramente contrattuale tra le parti.

In caso di mancato raggiungimento di un accordo, il conciliatore può formulare una proposta di accordo – soltanto su istanza congiunta delle parti - sulla quale le parti sono successivamente saranno

chiamate a interloquire. In caso di mancata composizione della lite anche a seguito della proposta del conciliatore, il conciliatore redige il verbale di fallita conciliazione nel quale ciascuna delle parti indica la propria definitiva posizione sulla proposta di conciliazione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare. Se le parti non hanno raggiunto un accordo e non hanno chiesto al conciliatore di elaborare una sua proposta di conciliazione, il conciliatore è comunque tenuto a redigere un verbale di chiusura delle operazioni.

Con riguardo al procedimento di conciliazione stragiudiziale, vi sono due elementi a cui si ritiene opportuno dare risalto: il primo riguarda la determinazione dell'eventuale indennizzo che il conciliatore può riconoscere a favore dell'investitore; il secondo riguarda il compenso riconosciuto al conciliatore. Con riferimento all'indennizzo, si rileva che nel silenzio del Regolamento, si può pensare che la proposta di conciliazione prescinda da una soluzione in termini di indennizzo, ben potendo le parti decidere di comporre la lite con soluzioni di contenuto atipico. Ove il conciliatore dovesse riconoscere un indennizzo all'investitore, questo potrebbe rivestire le caratteristiche dell'indennizzo disciplinato in sede di arbitrato semplificato, della cui natura si discuterà in seguito. Con riguardo al compenso riconosciuto al conciliatore, sembra utile in questa sede sottolineare che qualora la conciliazione abbia esito negativo, il compenso del conciliatore è posto a carico della Camera. Questa caratteristica del procedimento di conciliazione dovrebbe in qualche modo incentivare o almeno promuovere il ricorso a questo procedimento da parte dei piccoli investitori.

II. **L'Arbitrato amministrato dalla Camera**

Accanto alla procedura di conciliazione stragiudiziale, il Regolamento Consob prevede che la Camera possa amministrare anche procedimenti arbitrali. Gli arbitrati che possono essere amministrati dalla Camera sono di due “tipi”: l'arbitrato ordinario e l'arbitrato semplificato.

A. L'Arbitrato ordinario

Ai sensi dell'articolo 18 del Regolamento, l'arbitrato “ordinario” ha natura rituale ed è regolato dal codice di procedura civile (articolo 806 c.p.c. e seguenti). Gli arbitri decidono secondo diritto. Il procedimento arbitrale dinnanzi alla Camera, secondo quanto previsto dall'articolo 5, comma 1, del D.lgs. 8 ottobre 2007 n. 179, deve essere ispirato a perseguire “*criteri di economicità, rapidità ed efficienza*”. L'articolo 5 richiama anche gli articoli 34, 35 e 36 del D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 in tema di arbitrato societario. Prima che la Consob emanasse il Regolamento, da più parti era stato osservato che le norme richiamate dal D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 fossero incompatibili con il procedimento amministrato dalla Camera. La Consob ha risolto il problema dell'incompatibilità non richiamando le predette norme all'articolo 18 del Regolamento. La Consob, infatti, ha ritenuto che tali norme fossero “*incompatibili con la particolare struttura del giudizio arbitrale [amministrato dalla Camera], connotato da tratti affatto peculiari relativamente alle questioni compromettibili ed alla natura delle “necessarie” parti litiganti (intermediario e investitore) e [che tali norme si potessero ritenere] “assorbite” dalle generali previsioni confluite nell'impianto codicistico per effetto del d.lgs. n. 40/2006, recante la riforma del diritto arbitrale*”.

Con riguardo al procedimento arbitrale, questo si svolge prevalentemente secondo le norme di rito e trae ispirazione dall'esperienza maturata dalle camere arbitrali nazionali. Il procedimento presenta, tuttavia, alcune caratteristiche peculiari: (i) la nomina degli arbitri (l'articolo 20 del Regolamento impone alle parti di scegliere tra coloro che sono iscritti nell'elenco tenuto dalla Camera); (ii) il procedimento di ricsuzione degli arbitri (gestito direttamente dalla Camera nel termine “lampo” di 15 giorni)^[1]; (iii) il termine per la decisione (120 giorni dall'accettazione della nomina dell'arbitro) e (iv) il costo del procedimento (sostenuto dalla Camera in caso di soccombenza parziale o totale dell'investitore).

Infine, è importante segnalare che, coerentemente con la natura rituale del procedimento e come

previsto dall'articolo 824-*bis* c.p.c., l'atto con cui si conclude l'arbitrato (il lodo) ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.

B. L'Arbitrato semplificato

Accanto all'arbitrato "ordinario", il Regolamento Consob prevede un altro tipo di procedimento arbitrale che può essere amministrato dalla Camera, denominato arbitrato "semplificato". L'arbitrato previsto dall'articolo 28 e seguenti del Regolamento è "semplificato" perché il procedimento: (i) si fonda esclusivamente su prove precostituite, (ii) è deciso da un arbitro unico (nominato dalle parti o, in via suppletiva, dalla Camera), (iii) si svolge in un'unica udienza, salvo il ricorrere di particolari condizioni che consiglino la fissazione di una nuova udienza e (iv) si conclude in tempi molto brevi (l'arbitro pronuncia il lodo nei 20 giorni successivi alla data di precisazione delle conclusioni). Ai sensi dell'articolo 28 del Regolamento, il procedimento arbitrale semplificato è volto al ristoro – mediante la determinazione di un indennizzo – del solo danno patrimoniale sofferto dall'investitore in conseguenza dell'inadempimento da parte dell'intermediario degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti contrattualmente. L'arbitrato semplificato, come delineato dal Regolamento Consob, appare rivolto a quegli investitori che abbiano subito un danno patrimoniale certo e determinato nel suo ammontare e che siano in possesso di evidenze documentali sufficienti a comprovare tale danno "*rebus sic stantibus*", ossia allo stato degli atti. In tutti i casi, invece, in cui l'investitore non abbia a disposizione tali evidenze, l'investitore preferirà ricorrere al procedimento arbitrale ordinario.

Le norme applicabili a questo tipo di arbitrato sono le medesime previste per l'arbitrato ordinario. Se l'arbitro accoglie la domanda presentata dall'investitore, può condannare l'intermediario al pagamento di una somma di danaro a titolo di indennizzo. Il *quantum* dell'indennizzo è fissato nel solo danno patrimoniale sofferto dall'investitore, quale conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'intermediario, "*nei limiti della quantità per cui ritiene raggiunta la prova*". L'articolo 3, comma 3, del D.lgs. 8 ottobre 2007 n. 179 fa salva la possibilità per l'investitore di adire l'autorità giudiziaria ordinaria per ottenere, oltre all'indennizzo già stabilito con il procedimento arbitrale semplificato, anche il riconoscimento del maggior danno subito in conseguenza dell'inadempimento dell'intermediario. Come precisato dalla Consob, tale maggior danno "*deve derivare da elementi non considerati nell'ambito del giudizio arbitrale (in ragione, giustappunto, della sua natura semplificata e "parziaria") e del fatto che si è scelto di circoscrivere il petitum dell'arbitrato semplificato ai soli danni patrimoniali*".

Come ammesso anche dalla stessa Consob, l'arbitrato semplificato amministrato dalla Camera ha natura "*particolarmente difficile da definire*". Certamente l'aspetto più controverso dell'arbitrato semplificato è la natura dell'indennizzo che può essere riconosciuto all'investitore. L'indennizzo di cui all'articolo 33 del Regolamento deve essere individuato, secondo la Consob, nel "*ristoro del pregiudizio subito dall'intermediario "rebus sic stantibus" all'esito dell'arbitrato semplificato*". I criteri di quantificazione dell'indennizzo dell'arbitrato semplificato si applicano solo a questo tipo di procedimento, stante la natura sommaria e la celerità che caratterizza la procedura. Tali criteri non possono ritenersi applicabili all'arbitrato ordinario e alla conciliazione stragiudiziale, dove (sempre secondo la Consob) la decisione (sia essa del conciliatore o dell'arbitrato) è "*idonea ad assicurare il pieno risarcimento del danno subito in tutte le sue possibili componenti, anche di matrice non patrimoniale*".

Alla luce di quanto sopra, sembra allora ragionevole ritenere che l'indennizzo riconosciuto in sede di arbitrato semplificato possa essere ricostruito come una sorta di provvisoria ai sensi dell'articolo 278 c.p.c., ossia come un'anticipazione parziale e provvisoria del risarcimento dei danni causati all'investitore dall'inadempimento da parte dell'intermediario degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza, nei limiti della quantità per cui l'arbitro ritenga raggiunta la prova. Resta

salva, come previsto espressamente dall'articolo 3, comma 3, del D.lgs. 8 ottobre 2007 n. 179, la possibilità per l'investitore di richiedere innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria il risarcimento del maggior danno subito in conseguenza dell'adempimento dell'intermediario.

III. Conclusioni

E' indubbio che la Camera di Conciliazione e Arbitrato istituita presso la Consob e le procedure da essa amministrare rappresentino potenzialmente uno strumento di protezione per i piccoli risparmiatori di portata fortemente innovativa. Le procedure sono ispirate a principi di economicità, efficienza e celerità che sono stati correttamente trasfusi nel Regolamento da parte della Consob. Uno degli elementi più innovativi è forse rappresentato dai requisiti di professionalità, competenza (in campo economico e giuridico) e disponibilità richiesti ai conciliatori iscritti presso la Camera e che amministreranno la nuova procedura di conciliazione stragiudiziale. In ogni caso, al di là degli elementi innovativi che abbiamo cercato di evidenziare più sopra, il successo della Camera e delle relative procedure dipenderà molto – ovviamente – dall'impulso promozionale che a queste procedure verrà dato da parte dell'autorità di vigilanza e (soprattutto) dalle associazioni dei consumatori.

Pietro Fioruzzi è un *partner* presso la sede di Milano dello studio Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. L'Avv. Fioruzzi si occupa principalmente di assistere società italiane ed internazionali e banche di investimento in merito a un'ampia gamma di questioni societarie e finanziarie, incluse operazioni di sollecitazione all'investimento, questioni di *corporate governance*, questioni inerenti ai mercati regolamentati e fusioni e acquisizioni di società quotate.

Maria Grazia Mamone è un *associate* presso la sede di Milano dello studio Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. L'Avv. Mamone si occupa principalmente di diritto societario e diritto finanziario internazionale, fornendo consulenza in particolare nell'ambito della regolamentazione dei mercati finanziari.

Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP è uno dei principali studi legali internazionali, con 12 sedi situate nelle più importanti piazze finanziarie del mondo. Fondato nel 1946, è conosciuto a livello mondiale per la propria esperienza nel diritto dei mercati finanziari, nelle operazioni di fusione e acquisizione, nel diritto tributario, nel diritto della concorrenza e dei settori regolamentati e nel contenzioso.

[1] In tal modo si dovrebbe evitare, secondo la Consob, il rischio di veder vanificata l'attività svolta dagli arbitri in caso di accoglimento della istanza di ricasazione.