Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

La clausola di mediazione a tutela dei commercialisti e degli organi di controllo societario

maggio 2012

A cura della Commissione

"**Arbitrato e conciliazione**"

Presidente

Flavia Silla

Segretario

Jacopo Donatti

Componenti

Marcella Caradonna

Paolo Giorgis

Giuseppe Daniele Manenti

Salvatore Monaco

Angelo Napolitano

Pierluigi Pisani

Carlo Regis

Antonio Tammaro

Esperto

Maria Carla Giorgetti

Delegato ADC

Antonio Piluso

Ricercatore Irdcec

Cristina Bauco

Mandato 2008-2012

Area di delega:	Funzioni giudiziarie
Consigliere Delegato:	Felice Ruscetta
Consiglieri Co-Delegati	Marcello Danisi, Massimo Mellacina, Giulia Pusterla

Indice

Premessa 4
1. Aspetti processuali connessi alla clausola di mediazione 6
2. La clausola statutaria: ambito di applicazione, efficacia ed opportunità 6
3. Clausola statutaria e azioni di responsabilità nei confronti degli organi di controllo societario 7
4. Clausola di mediazione e mandato professionale 9
5. Clausole consigliate 9

Premessa

Tra le tante opportunità offerte dalla normativa prevista dal D.lgs. n. 28/2010, vi è quella di valutare la convenienza e gli effetti della clausola di mediazione nell'ambito contrattuale e societario.

In altre parole, si tratta di decidere se e come inserire in un contratto o in un atto di costituzione/statuto di un ente la clausola che prevede l'esperimento del tentativo di mediazione prima di ricorrere alle tradizionali vie di gestione del contenzioso (giustizia ordinaria o arbitrato).

L'esame va effettuato sia quando la mediazione, ai sensi dell'art.5, comma 1, del predetto provvedimento rappresenti condizione di procedibilità, sia quando la stessa risulti invece nella disponibilità delle parti.

Ad una sommaria lettura, potrebbe - nel primo caso - apparire superfluo introdurre una clausola di mediazione che vincoli le parti quando è già il legislatore che rende obbligatorio l'istituto. Tuttavia, considerando più attentamente la norma, ci si accorge che la clausola, inserita in un contratto, risponde ad esigenze rilevanti delle stesse.

Ed infatti, in tema di accesso alla mediazione, l'art. 4, comma 1, dispone che la domanda di mediazione vada depositata presso un ente iscritto nel Registro degli organismi di mediazione. In caso di più istanze relative alla medesima controversia, come precisa ulteriormente la norma, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda.

Ecco allora che, in mancanza di una specifica indicazione dell'ente presso il quale attivare la mediazione, la scelta viene compiuta dalla parte più solerte con effetti vincolanti nei confronti dell'altra.

La decisione di rivolgersi ad un Organismo in luogo di un altro non è tuttavia indifferente; scegliere l'ente davanti al quale si svolgerà la mediazione vuol dire infatti stabilire dove si andrà, dell'opera di quali mediatori si usufruirà e soprattutto a quale Regolamento si aderirà.

Se così è, individuare in via preventiva, tramite apposita clausola, l'Organismo deputato a esercitare la mediazione, può rivelarsi una scelta di piena tutela e garanzia per quanti sono comunque obbligati al tentativo di mediazione.

In merito alle controversie per le quali la normativa non prevede l'obbligatorietà di quest'ultimo, lo inserimento della clausola permette di raggiungere ulteriori obiettivi di interesse.

Oltre a indicare l'Organismo, le parti, infatti, possono liberamente e concordemente decidere a quali controversie derivanti dal contratto e dallo svolgimento dell'attività societaria estendere la mediazione. Così si potrebbe contemplare l'utilizzo dello strumento conciliativo solo per specifiche tipologie di lite ovvero al verificarsi di vertenze causate dall'inadempimento di definite prestazioni contrattuali.

Nel consigliare, dunque, l'utilizzo della clausola di mediazione, si evidenzia che molte possono essere le ragioni sottese a tale intervento. Così vanno ricordate quelle economiche e di tempestività collegate alla natura dello strumento conciliativo, il desidero di esperire altri mezzi alternativi prima di inasprire i toni del conflitto e, non ultima, l'esigenza di poter godere della massima riservatezza propria del procedimento di mediazione.

1. Aspetti processuali connessi alla clausola di mediazione

L'art. 5, comma 5, del decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010 dispone che "… *se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono la clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6* …".

La norma intende privilegiare lo strumento conciliativo in sede di redazione di un contratto o di un atto costitutivo di un ente. A tal fine consente al convenuto di eccepire, con la prima difesa, il mancato esperimento dello stesso.

La disposizione realizza, in particolare, una sorta di parallelo rispetto al caso in cui la materia che forma oggetto di controversia sia soggetta alla condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 comma 1 del decreto stesso. Le due fattispecie, tuttavia, presentano tra loro una differenza di base: l'esistenza e l'operatività della clausola di mediazione inserita nel contratto o nell'atto costitutivo/statuto devono infatti essere invocate dalla parte convenuta nella prima difesa e non in prima udienza (tenendo anche conto che l'attore proponendo il giudizio ha di fatto scelto di non ricorrere alla mediazione), ma non possono essere rilevate d'ufficio dal giudice(diversamente da quanto accade per le materie soggette alla condizione di procedibilità).

La decisione del giudice (o dell'arbitro) circa la fissazione della nuova udienza per consentire il previo tentativo di mediazione non richiede comunque l'adesione delle parti, ma va considerato un atto dovuto.

2. La clausola statutaria: ambito di applicazione, efficacia ed opportunità

Con riferimento alla clausola di mediazione inserita nell'atto costitutivo/statuto di un ente, occorre innanzitutto definirne l'ambito applicativo e domandarsi se essa possa operare per qualsiasi controversia nascente dall'interpretazione e dall'esecuzione del contratto sociale.

La risposta è da ricercare nella generale disciplina della mediazione recata dal menzionato decreto legislativo n. 28/2010: si deve allora ritenere che la clausola di mediazione inserita in uno statuto societario possa esplicare effetti nel caso di controversie civili e commerciali purché vertenti sui diritti disponibili[1] delle parti interessate.

[1] Si veda sul punto il documento "Diritti disponibili e indisponibili" del 14 febbraio 2012 redatto da questa stessa Commissione.

Il beneficio derivante dalla clausola è poi legato alla volontarietà dell'istituto che si manifesta sin dalla fase di instaurazione del procedimento di mediazione. Non va dimenticato, infatti, che l'obbligo statutario di esperire il tentativo è derogabile liberamente qualora si realizzi l'accordo tra tutti i soggetti coinvolti.

Inoltre, nessuna parte è tenuta a partecipare all'incontro di mediazione: l'obbligatorietà dello strumento conciliativo si limita al deposito della domanda cui può eventualmente seguire la presenza della parte istante davanti al mediatore nel giorno, nell'ora e nel luogo stabiliti dall'organismo di mediazione scelto[2].

Per completezza, va peraltro ricordato che lo svolgimento della mediazione non preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari da parte degli organi giudiziari competenti (art. 5, comma 3, del decreto legislativo n. 28/2010). Seppure con tali limiti, la clausola può comunque rappresentare una scelta auspicabile per gli importanti motivi accennati in premessa.

Tra questi – si ribadisce – vi sono la possibilità che l'incontro tra le parti davanti al mediatore serva ad evitare il conflitto prima che si sviluppi nelle sedi giudiziarie e che il procedimento sia mantenuto riservato. Tale ultimo profilo, considerata la delicatezza delle questioni spesso oggetto di discussione, può costituire un vantaggio significativo per quanti siano coinvolti nella vicenda (società, soci, amministratori, sindaci e revisori legali).

3. Clausola statutaria e azioni di responsabilità nei confronti degli organi di controllo societario

Altro aspetto di interesse è rappresentato dalla possibilità che la clausola di mediazione inserita nello statuto societario possa svolgere i propri effetti anche nei confronti degli organi di controllo (sindaci e revisori legali) nel caso delle azioni di responsabilità patrimoniale loro rivolte.

Alla luce della portata squisitamente negoziale della clausola statutaria di mediazione, deve ritenersi che essa produca effetti soltanto tra le parti che l'abbiano sottoscritta, i loro eredi e aventi causa.

Sul punto, si possono avanzare le seguenti considerazioni:

- nel caso di azione sociale di responsabilità nei confronti dei sindaci e dei revisori legali, la clausola di mediazione è da ritenersi operativa tra le parti, sia nel caso in cui l'azione risulti promossa dalla società e/o da ciascun socio di s.r.l., sia qualora l'azione venga invece proposta da un terzo soggetto

[2] Cfr. per analogia Circolare ministeriale del 20 dicembre 2011 recante l'interpretazione delle misure correttive contenute nel decreto interministeriale n. 145/2011.

incaricato dal Tribunale[3]: il tutto con i limiti che discendono dalla volontarietà dell'istituto descritta nel precedente paragrafo;

- nell'ipotesi di azione di responsabilità esercitata dai creditori sociali nei confronti dei sindaci e dei revisori legali, la clausola di mediazione non può ritenersi efficace: non è infatti opponibile a soggetti estranei al contratto sociale e che non hanno assunto alcun obbligo negoziale al riguardo[4];
- in caso di azione di responsabilità esercitata in pendenza di procedure concorsuali nei confronti di sindaci e revisori legali, la clausola di mediazione deve ritenersi operativa nelle sole ipotesi in cui sarebbe tale se fosse proposta dal soggetto "originariamente" legittimato ad agire.

  In altri termini, se quest'ultimo è rappresentato dalla società ovvero dai soci della minoranza qualificata o dal singolo socio, anche il curatore del fallimento (ovvero il commissario liquidatore o il commissario straordinario) deve sottostare alla clausola statutaria (fermi i limiti legati alla volontarietà dell'istituto). Per lo statuto sociale, infatti, è inapplicabile il principio, sotteso alla legge fallimentare, del più ampio potere del Curatore di sciogliersi da un contratto la cui prosecuzione non si profila utile e vantaggiosa per la procedura concorsuale.

  Qualora invece venga esercitata l'azione dei creditori della società, il curatore fallimentare (ovvero il commissario liquidatore o il commissario straordinario) non risulta soggetto ad alcun obbligo negoziale che questi ultimi non abbiano assunto anteriormente alla procedura concorsuale;
- infine, nell'ipotesi di azione individuale del socio e del terzo nei confronti di sindaci e revisori legali occorre distinguere la posizione del primo da quella del secondo. Nello specifico, se l'azione viene esercitata dal socio, la clausola di mediazione inserita nello statuto societario è da ritenersi operativa con i limiti già in precedenza evidenziati. Se l'azione è invece promossa da un terzo, la clausola in parola non può spiegare efficacia[5].

---

[3] Cfr. art. 2409, comma quinto, c.c.

[4] Dottrina e giurisprudenza prevalenti riconoscono alla responsabilità degli amministratori (e quindi dei sindaci e dei revisori legali) verso i creditori sociali natura extracontrattuale (e ciò diversamente dalla responsabilità verso la società qualificata come responsabilità contrattuale), stante l'assenza di un preesistente vincolo obbligatorio tra le parti del quale possa configurarsi l'inadempimento. Si tratterebbe, quindi, di responsabilità da fatto illecito (individuata, secondo alcuni, nella lesione dell'aspettativa di prestazione a favore dei creditori sociali), riconducibile alla regola generale posta dall'art. 2043 c.c., della quale costituirebbe una specificazione.

[5] Sul punto risulta dominante l'orientamento interpretativo che, rilevata la mancanza di un vincolo contrattuale tra gli amministratori e i soci o i terzi legittimati ad agire *ex* artt. 2395 e 2476, comma sesto c.c., attribuisce alla responsabilità - e alla relativa azione risarcitoria - natura extracontrattuale. Analogamente a quanto detto con riguardo alla responsabilità dei gestori verso i creditori sociali, anche la fattispecie in oggetto viene, dunque, ricondotta dai più nell'ambito della responsabilità da fatto illecito, disciplinata in via generale dall'art. 2043 c.c., del quale gli artt. 2395 c.c. e 2476, comma sesto, c.c. si considerano una specificazione.

4. Clausola di mediazione e mandato professionale

Nell'ambito del mandato professionale si ritiene opportuno inserire la clausola di mediazione volta a superare eventuali conflitti con il cliente.

In tal caso il professionista potrebbe rivolgersi all'Organismo dell'Ordine dei dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di appartenenza o ad altro organismo di categoria chiamando in mediazione anche l'assicurazione per R.C. professionale[6].

5. Clausole consigliate

Nel modulare la clausola di mediazione è opportuno tener conto di una serie di elementi, quali:

- identificazione delle parti del contratto o comunque dei soggetti nei riguardi dei quali si decide di applicare la clausola;
- individuazione (specifica o solo territoriale) dell'Organismo di mediazione presso cui attivare il tentativo di mediazione. Sul punto, viene sottolineata l'opportunità di riportare il nominativo di un secondo Organismo nel caso in cui il primo, al momento di deposito della domanda di mediazione, non fosse più in grado di svolgere il relativo servizio.

  Si evita in tal modo che le vicende degli Organismi (ad esempio: sospensione o cancellazione dal Registro presso il Ministero della Giustizia) possano in qualche misura incidere sull'esercizio della mediazione;
- definizione del successivo percorso da seguire (foro competente o arbitrato con arbitro unico o con collegio arbitrale o arbitrato amministrato) nell'ipotesi i cui il tentativo di mediazione non vada a buon fine;
- previsione di formulazione della proposta ai sensi dell'art. 11, comma, 2, D.lgs. n. 28/2010;
- previsione di sanzioni per chi non aderisse al tentativo di mediazione senza giustificato motivo;
- previsione di vincoli o penali in caso di violazione della clausola.

Si riportano qui di seguito due formule di clausola di mediazione generica, da inserire, la prima in un contratto, la seconda nello statuto di una società.

[6] Si suggerisce di verificare le condizioni della polizza ed eventualmente di integrare con riferimento alla mediazione.

Clausola contrattuale di mediazione

"Qualsiasi controversia che dovesse insorgere fra le parti in ordine all'interpretazione, validità, efficacia, esecuzione e risoluzione del presente contratto e degli atti che ne costituiscono esecuzione, compresa ogni ragione di danni, sarà sottoposta ad un tentativo di mediazione ai sensi del D.lgs. n. 28/2010, sue eventuali modifiche e successivi decreti di attuazione, da esperirsi presso l'Organismo dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di ……, iscritto al Registro degli Organismi di mediazione al n..... , secondo le previsioni del suo regolamento, qui richiamato integralmente e che avrà valore prevalente su ogni altra e diversa pattuizione eventualmente stipulata tra le parti.
Le parti si obbligano a ricorrere alla mediazione prima di iniziare qualsiasi procedimento arbitrale o giudiziale."
Il mancato rispetto della presente clausola di mediazione da parte di chi promuove un giudizio ovvero da parte di chi, invitato in mediazione ai sensi della presente clausola, non vi partecipi, comporta il pagamento di una penale a carico del soggetto inadempiente, quantificata in misura pari al contributo unificato dovuto (ovvero pari a ……) con solidarietà attiva a favore delle altre parti.

Clausola di mediazione statutaria

"Tutte le controversie che dovessero insorgere tra i soci, o tra i soci e la società, o promosse da o nei confronti di amministratori, liquidatori, sindaci o revisori legali in relazione alla validità, alla interpretazione, all' inadempimento e/o alla risoluzione del presente statuto o comunque ad esso collegato e/o all'esercizio dell'attività sociale, comprese quelle relative alla validità delle delibere assembleari aventi ad oggetto diritti disponibili, saranno sottoposte ad un tentativo di mediazione ai sensi del D.lgs. n.28/2010, sue eventuali modifiche e successivi decreti di attuazione, da esperirsi presso l'Organismo dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di ……., iscritto al Registro degli Organismi di mediazione al n. ....., secondo le previsioni del suo regolamento, qui richiamato integralmente e che avrà valore prevalente su ogni altra e diversa pattuizione eventualmente stipulata tra le parti.
Le parti si obbligano a ricorrere alla mediazione prima di iniziare qualsiasi procedimento arbitrale o giudiziale.
Il mancato rispetto della presente clausola di mediazione da parte di chi promuove un giudizio ovvero da parte di chi, invitato in mediazione ai sensi della presente clausola, non vi partecipi, comporta il pagamento di una penale a carico del soggetto inadempiente, quantificata in misura pari al contributo unificato dovuto (ovvero pari a ……) con solidarietà attiva a favore delle altre parti."