



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Studi internazionali

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO PRIVATO E
DEL LAVORO

Indirizzo: DIRITTO INTERNAZIONALE “ALBERICO GENTILI”
XXI CICLO



UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)

IN COTUTELA

ECOLE DOCTORALE EN DROIT INTERNATIONAL, DROIT EUROPEEN, RELATIONS
INTERNATIONALES ET DROIT COMPARÉ

Mention: DROIT INTERNATIONAL

I PATTI PARASOCIALI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

LES PACTES D'ACTIONNAIRES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Direttore della Scuola: Ch.mo Professor Renato PESCARA
(Università di Padova)

Direttore della Scuola: Ch.mo Professor Bertrand ANCEL
(Université Paris II)

Supervisor: Ch.mo Professor Tito BALLARINO

Ch.mo Professor Bertrand ANCEL

Dottoranda: Francesca BOLOGNA

I miei più sentiti ringraziamenti vanno al prof. Tito Ballarino ed al prof. Bertrand Ancel per il sentito interesse e l'affettuosa presenza lungo tutto il percorso della mia ricerca.

I loro preziosi e meditati consigli mi hanno seguita tutto il tempo nell'approfondimento del quadro del mio lavoro invitandomi a non cadere nei tranelli disseminati lungo il mio cammino.

Monsieurs les Professeurs Tito Ballarino et Bertrand Ancel voudront bien trouver ici l'expression de ma sincère reconnaissance pour l'intérêt qu'ils ont porté à mon travail. Leurs conseils avisés et fructueux m'ont permis d'approfondir soigneusement le cadre de ma recherche et d'éviter les embûches parsement mon chemin.

Questo mio lavoro non sarebbe mai giunto a compimento senza il quotidiano sostegno incondizionato e la piena fiducia dei miei genitori.

Per questo, e per molto altro, questa tesi è a loro dedicata.

Aucun mot ne saurait exprimer la profonde gratitude que je ressens pour mes parents, auxquels cette thèse est dédiée. Ils ont su m'apporter pendant toute son élaboration leur soutien inconditionnel jour après jour. Sans la confiance ainsi témoignée, jamais cet ouvrage n'aurait vu le jour.

INDICE	5
<i>Table des matières</i>	

ABBREVIAZIONI.....	13
<i>Abréviations utilisées</i>	

VERSIONE ITALIANA

PREMESSA	15
----------------	----

INTRODUZIONE

Perché i patti parasociali? Definizione del campo di indagine	21
---	----

CAPITOLO I

LA COLLOCAZIONE SISTEMATICA DEI PATTI PARASOCIALI

SEZIONE PRIMA: I TENTATIVI DI INQUADRAMENTO ELABORATI DALLA DOTTRINA E DALLA GIURISPRUDENZA ITALIANE

1. L'opera di Giorgio Oppo.....	27
2. L'evoluzione della dottrina e le tendenze giurisprudenziali alla vigilia della riforma societaria ..	36
3. Gli interventi del legislatore: il T.U.F. (d. lgs. 58/98).....	42
3.1....e il d.lgs. 6/03: gli articoli 2341 <i>bis</i> e <i>ter</i> c.c.	48
3.2. Il riconoscimento del “parasociale”	52

SEZIONE SECONDA: LE SOLUZIONI ELABORATE NEL PANORAMA FRANCESE

4. Il problema in Francia	59
4.1. I connotati essenziali della figura e incertezze della dottrina nella loro ricostruzione sistematica.....	64
5. La posizione della giurisprudenza ed il quadro normativo	66
6. Considerazione degli apporti dottrinali.....	69
7. Conclusioni: i patti parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società. Punti di convergenza dei sistemi considerati.....	72
8. I patti parasociali come <i>res inter alios acta</i> . Rinvio.	74

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA DEI PATTI PARASOCIALI NEL QUADRO COMPARATISTICO

STUDIO DEI DIRITTI STRANIERI

1. Le lacune del diritto internazionale privato in materia di patti parasociali.....	77
2. Le soluzioni proposte dalla giurisprudenza e dalla dottrina europee: il diritto francese, il criterio di determinazione della <i>lex societatis</i>	78
2.1. Sede reale o sede statutaria?	85
2.2. L'ambito di applicazione della <i>lex societatis</i>	87
2.3. I criteri di collegamento proposti per i <i>pactes d'actionnaires</i>	89
3. La proposta degli autori spagnoli	93
4. Il diritto anglosassone: in particolare il panorama inglese.....	94
4.1. L'esperienza nordamericana	100
5. L'applicazione della teoria della <i>proper law</i> : rilievi critici.....	105
6. I criteri di collegamento proposti per i patti parasociali: i risultati acquisiti.....	108

CAPITOLO III

LE DIFFICOLTÀ SOLLEVATE DALLA DISCIPLINA INTERNAZIONALPRIVATISTICA DEI PATTI

PARASOCIALI

SEZIONE PRIMA: INQUADRAMENTO DEI PATTI PARASOCIALI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

1. I patti parasociali prima della legge di riforma 218/95	111
2. La legge applicabile alle società nel sistema previgente: le opinioni della dottrina	112
3. La disciplina dei patti parasociali nelle soluzioni proposte dalla dottrina	116
4. La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: l'art. 25	120
5. L'ambito di applicazione della <i>lex societatis</i>	126

SEZIONE SECONDA: DISCIPLINA DEI PATTI PARASOCIALI MEDIANTE UN COLLEGAMENTO INDIPENDENTE: LA NORMA DI CONFLITTO COMPETENTE PER LE OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI

6. L'art. 57 e la Convenzione di Roma	131
6.1. La nozione autonoma di obbligazione contrattuale	132

7. Le materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Roma: le opinioni della dottrina	137
8. Il “rinvio in ogni caso”	142
9. Il rinvio al Regolamento Roma I.....	148
10. Interferenza dei criteri di collegamento proposti	151

CAPITOLO IV

L'ELABORAZIONE DI UNA SOLUZIONE CONFLITTUALE

SEZIONE PRIMA: STUDIO DEI CRITERI DI COLLEGAMENTO PROPOSTI

1. La riforma del diritto societario e l'art. 25 l. 218/95.....	155
1.1. L'alternativa <i>lex societatis-lex contractus</i> nelle opinioni dottrinali dopo la riforma	156
2. Il T.U.F. e la riforma del diritto societario: influenza sul sistema di diritto internazionale privato	159
3. Aspetti costanti del problema, critica alla teoria del collegamento negoziale	163
4. La qualificazione dei patti parasociali tra interpretazione e applicazione della regola di conflitto	166
5. Alla ricerca di un criterio di soluzione: gli effetti <i>inter partes</i> e gli effetti nei confronti della società'	171
6. Un caso particolare: le convenzioni di voto	174

SEZIONE SECONDA: LINEE PER UNA RICOSTRUZIONE DEL PROBLEMA

6.1. Le linee direttrici	179
7. La <i>lex contractus</i> : la scelta della legge applicabile	181
7.1. L'assenza di scelta: individuazione dei criteri di collegamento	182
7.2. Il rinvio alla legge della società	187
7.3. Le disposizioni del Regolamento Roma I	190
7.4. Mancanza di univocità nell'individuazione della legge applicabile.....	192

8. Limiti all'applicazione della legge regolatrice del contratto: le norme di applicazione necessaria	193
8.1. Le norme di applicazione necessaria di una legge diversa da quella regolatrice del contratto: l'art. 7 par. 1 Convenzione di Roma	195
8.2. L'art. 9 del Regolamento Roma I	197
9. Il T.U.F. e gli artt. 2341 <i>bis</i> e <i>ter</i> c.c.: introduzione di norme di applicazione necessaria?	198
10. Il "difetto di competenza" della <i>lex contractus</i>	200
11. Società straniere controllanti società italiane e società straniere soggette al diritto italiano ex art. 25, 1° comma, ultima parte	201
12. L'ambito di operatività delle norme materiali sui patti parasociali: società europee	204

CAPITOLO V

L'INTERFERENZA DI ALTRE DISCIPLINE: LEX MERCATUS E DIRITTO DELLA CONCORRENZA

1. La vocazione di leggi concorrenti: la <i>lex mercatus</i>	209
2. Patti parasociali e controllo societario	210
3. L'incidenza della <i>lex mercatus</i> sulla <i>lex societatis</i>	213
3.1. Alcune osservazioni su opa e patti parasociali	218
4. Patti parasociali e il diritto della concorrenza	223

CAPITOLO VI

PROFILI PROCESSUALI

1. Problemi di giurisdizione	225
2. L'art. 22 Reg. 44/01	225
3. L'art. 5.1. : il <i>forum solutionis</i>	233
CONCLUSIONI	239

SERIE FRANÇAISE - VERSIONE FRANCESE	245
AVERTISSEMENT..... <i>Avvertenza</i>	247
INTRODUCTION	249
<i>Introduzione</i>	

PREMIÈRE PARTIE

Les systèmes de droit à l'épreuve des pactes d'actionnaires

I. Délimitation du champ de la recherche	255
A. L'analyse du droit interne : aperçu des problématiques posées par le pacte d'actionnaires à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence.....	258
B. Le droit positif : les articles 122 et 123 du T.U.F. et les articles 2341 <i>bis</i> et <i>ter</i> du code civil italien	264
C. Points de convergence dans les systèmes nationaux.....	268
II. Les lacunes du droit international privé en matière de pactes d'actionnaires	
A. L'état du droit positif en Italie ; catégories capables d'accueillir les pactes d'actionnaires	270
1. L'application de l'art. 25 de la loi italienne de droit international privé. Critique.....	270
2. La réforme italienne du droit de société et l'art. 25	272
3. Le rattachement fourni par l'article 57 de la loi 218/95 et la Convention de Rome	274
B. La réglementation conflictuelle au sein du droit français	277
1. Les propositions de la doctrine française, les éléments offerts par la jurisprudence et les récents développements.	277
2. Les solutions conflictuelles selon la doctrine espagnole.....	282

Conclusion de la première partie.....	282
---------------------------------------	-----

DEUXIÈME PARTIE

Les difficultés d'une solution du conflit de lois

I. Les résultats acquis de l'analyse doctrinale.....	285
A. La qualification entre interprétation et application de la règle de conflit.....	286
B. L'élaboration d'une solution conflictuelle	288
1. La résolution du conflit de lois par l'examen du contenu et des effets du pacte.....	288
2. Proposition d'un rattachement alternatif en fonction des effets du pacte	289
3. un cas particulier : les conventions de vote. Les justifications proposées pour l'application de la <i>lex societatis</i>	292
C. Le fonctionnement <i>in concreto</i> du critère de rattachement : la Convention de Rome.	295
1. Méthode suivie pour résoudre le conflit de lois	295
2. Le rattachement objectif. Aspects problématiques	297
3. La prestation caractéristique dans les pactes d'actionnaires	298
Conclusion de la deuxième partie	301

TROISIÈME PARTIE

La résolution du conflit de juridictions

I. Problèmes de juridiction	303
A. La possibilité d'appliquer le chef de compétence de l'art. 22 n. 2 du Règlement 44/01. Critique.	304
B. L'art. 5.1. : il <i>forum solutionis</i> et les difficultés liées à l'exécution d'une obligation negative	307

Conclusion générale 311

BIBLIOGRAFIA
BIBLIOGRAPHIE 315

ABBREVIAZIONI

Principales abreviations utilisées

ASDI	Annuaire Suisse de Droit International
CGCE	Corte di Giustizia delle Comunità europee
Clunet	Journal du droit international
Contr. e impr.	Contratto e impresa
Corr. giur.	Il Corriere giuridico
D.	Recueil Dalloz
Dig. Disc. Priv.	Digesto delle Discipline Privatistiche
Dir. com. int.	Diritto del commercio internazionale
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
Enc. giur.	Enciclopedia Giuridica Treccani
Foro it.	Il Foro italiano
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gaz. Uff. Com. Eur.	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee
Giur. com.	Giurisprudenza commerciale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giust. civ.	Giustizia civile
Int. Comp. Law Q.	The International and Comparative Law Quaterly
Jur. Cl. Int.	Juris Classeur de droit international
Nuova giur. civ. com.	Nuova giurisprudenza civile commentata
Nuove Leggi civ. com.	Nuove Leggi civili commentate
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye
Rép. inter. Dalloz	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international
Rev. jur. com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue juridique de droit des affaires
Rev. Soc.	Revue des sociétés
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. com.	Rivista di diritto commerciale
Riv. dir. int.	Rivista di diritto internazionale
Riv. soc.	Rivista delle società
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Trav. Com. fr.	Travaux du Comité français de droit international privé

VERSIONE ITALIANA

PREMESSA

All'interno dei dibattiti che hanno riguardato le soluzioni conflittuali tradizionali in materia di legge applicabile ai contratti e legge applicabile alle società, i patti parasociali sono rimasti a lungo nell'ombra.

Lo scarso interesse dimostrato inizialmente dagli autori appare del resto manifestazione delle violente critiche mosse alla stessa figura dei patti parasociali e delle vive controversie dottrinali sulla categoria che si possono riscontrare in diritto interno.

I manuali in tema di società spesso ignorano l'argomento, o vi consacrano degli sviluppi limitati a brevi cenni che hanno piuttosto il sapore di un enigma da risolvere.

L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi all'interno dei due paesi di riferimento, Italia e Francia, attorno alla figura peraltro, da un lato testimonia la "vitalità" dell'istituto, dall'altro pone con urgenza la questione del regolamento del conflitto di leggi in questo campo.

Le convenzioni parasociali, che rivestono la natura di obbligazioni contrattuali, presentano all'interprete una molteplice varietà di forme e contenuti, che danno luogo nella prassi alla realizzazione di più varianti risultanti spesso dalla combinazione di due o più figure "tipiche", di talchè i problemi cui danno luogo e le rispettive soluzioni variano in maniera considerevole da un caso all'altro, con conseguenti differenti soluzioni anche dal punto di vista del diritto internazionale privato.

La necessità di dare una risposta alla questione del problema di collegamento che i patti parasociali presentano, richiede un'analisi che verrà sviluppata su tre piani di ricerca.

Il primo ripercorre l'origine e la natura della figura, posto che le stesse regole di competenza legislativa traggono il proprio pieno significato grazie all'analisi del diritto materiale, a tal punto che Francescakis affermava fosse "*impossible de concevoir le jeu de la règle de conflit sans l'existence de principes de caractère matériel*".

Sono dunque i diritti interni italiano e francese i primi obiettivi di interesse di questo studio, in particolare all'indomani dell'introduzione nel panorama normativo italiano di un'apposita disciplina normativa dedicata alla figura dei patti parasociali contenuta sia nel T.U.F., sia nel decreto lgs. 6/03.

Una piena comprensione della natura delle figure di volta in volta prese in considerazione richiede inoltre, al fine di individuarne la migliore disciplina di diritto internazionale privato, di verificare come la situazione giuridica che si pone sia affrontata e risolta in seno ad altri sistemi giuridici.

L'esame dei diritti stranieri dà conto in tal senso delle divergenze esistenti, evidenziando le difficoltà della dottrina civilistica degli ordinamenti di riferimento nella ricostruzione sistematica dell'istituto.

I motivi di tale incertezza sembra debbano rinvenirsi da un lato, nell'assenza di una compiuta disciplina normativa della fattispecie, dall'altro, nel suo utilizzo massiccio nella prassi unito ad un'insufficiente elaborazione e giustificazione teorica; ciò ha fatto sì che il tentativo di giustificare l'esistenza e spiegare i meccanismi dell'istituto sia stato compiuto dalla dottrina, italiana e straniera, *a posteriori*, cercandone un inquadramento nelle categorie concettuali conosciute.

Tale disamina dunque mette subito in luce il problema centrale che la nostra figura presenta, ovvero la necessità di spiegare e giustificare il rapporto tra il patto parasociale e la società, al punto che Giorgio Oppo ha efficacemente rinvenuto in tale punto focale il senso stesso del parasociale: "un senso di separazione dal regolamento legale e statutario del rapporto sociale, ma anche un senso di coesistenza, di affiancamento, di collegamento con quel rapporto".

I patti parasociali e la società intrattengono infatti dei rapporti che si rivelano ricchi, per la loro diversità, ma non meno complessi: si tratta di una relazione in cui convergono attrazione e ritrosia, affinità e difficile coesistenza.

Tale problematica caratterizza necessariamente la ricerca e l'individuazione della regolamentazione dei patti, costretta nella linea di confine che separa il diritto dei contratti dal diritto delle società.

Lo spostamento dell'indagine al sistema di diritto internazionale privato, e si tratta del secondo piano d'indagine, si scontra subito con le difficoltà legate alla determinazione della legge applicabile: l'interprete internazionalista, di fronte alla constatata assenza di una disciplina espressa dedicata alla figura, si vede costretto a prendere atto dell'assenza di una categoria di collegamento dei patti parasociali.

Le inevitabili criticità riscontrate nella ricostruzione del fondamento e della natura della fattispecie, che ne rendono incerto l'inquadramento in una categoria giuridica determina infatti, sul piano del diritto internazionale privato, una situazione di disagio nella qualificazione della fattispecie.

Un rapido esame della manualistica francese e dei contributi dedicati ai patti parasociali dalla dottrina spagnola, inglese e statunitense in prospettiva conflittuale, conferma tale imbarazzo nella risoluzione del problema. Da una parte infatti, affrontando la questione, una gran parte degli autori sceglie di preservare l'identità della categoria giuridica sottomettendo i patti parasociali alla legge regolatrice della società cui essi ineriscono.

La forza attrattiva della *lex societatis* rivela peraltro delle fragilità che parte della dottrina non ha mancato di evidenziare, presentandosi inadatta a esprimere la natura e il regolamento di ogni patto parasociale: l'unica competenza della *lex societatis* sembra infatti soffocare la varietà della tipologia dei patti parasociali e l'incontestabile specificità di alcuni di essi, ed ingenerare il rischio di una rigidità connessa ad un collegamento unico non in grado di esprimere e valorizzare gli interessi delle parti.

In un'altra prospettiva di indagine pertanto, i patti parasociali vengono ricondotti nell'alveo delle obbligazioni contrattuali, con la complicazione derivante peraltro dalla necessità di spiegare e giustificare il rapporto che essi presentano con la società di cui i paciscenti fanno parte.

Quale punto di partenza dell'analisi relativa alla bontà della qualificazione della fattispecie in una o l'altra delle due categorie individuate, pare opportuno procedere ad una verifica della praticabilità in concreto dei criteri di collegamento cui l'appartenenza alle differenti categorie rinvia.

Come osservato, la legge italiana di riforma non contiene una norma di diritto internazionale privato che disciplini la fattispecie, di talchè la ricerca di una disciplina che sia in grado di sussumere la fattispecie e fornisca al contempo un criterio di collegamento efficace e soddisfacente rinvia, da un lato, all'art. 25, che individua la legge applicabile alla società, dall'altro all'art. 57, relativo alle obbligazioni contrattuali.

Intuitivamente, si potrebbe pensare infatti, seguendo le indicazioni di una parte della dottrina, che i patti parasociali possano rientrare nel dominio dell'art. 25, il quale ricomprende nelle materie che ricadono sotto la disciplina della *lex societatis* anche le questioni relative alle "modalità di acquisto e di perdita della qualità di socio ed i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità".

La verifica di tale ipotesi rivela peraltro una serie di incertezze e si presta a numerose obiezioni fondate principalmente sull'esame della natura di tali accordi: obbligazioni contrattuali assunte per disciplinare i rapporti interindividuali tra i soci, precisazione che giustificherebbe un trattamento diverso rispetto a quello dedicato alle società ed una valutazione autonoma rispetto alla *lex societatis*.

Il carattere negoziale e logicamente distinto dalla struttura della società che li contraddistingue, sembrerebbe porre un limite alla *vis attractiva* della *lex societatis* e giustificare una qualificazione autonoma ed una disciplina affidata alla legge individuata in base alla norma di conflitto competente per le obbligazioni contrattuali.

La *lex contractus* potrebbe porsi dunque quale pesante alternativa alla *lex societatis* nella regolamentazione della figura, della sua ammissibilità, del suo contenuto e dei suoi requisiti.

Lo studio della praticabilità di tale criterio peraltro, introduce una seria fonte di complicazione rappresentata dal fatto che la Convenzione di Roma, cui l'art. 57 rinvia, all'art. 1 par. 2 lett. e) dichiara di non volersi applicare "alle questioni inerenti il diritto delle società, associazioni e persone giuridiche, quali la costituzione, la capacità giuridica, l'organizzazione interna e lo scioglimento delle società, associazioni e persone giuridiche, nonché la responsabilità legale personale dei soci e degli organi per le obbligazioni delle società, associazione o persona giuridica".

Un'interpretazione di tale esclusione sembra peraltro condurre, a nostro avviso, con il supporto di numerosi elementi, ad affermarne una lettura restrittiva, con la conseguenza di ritenere che non tutti i rapporti contrattuali inerenti alla materia delle società siano esclusi dal campo di applicazione della Convenzione, ed in particolare che vi rientrino quei negozi in essere tra soci nei quali questi siano portatori di interessi individuali distinti dall'interesse collettivo o sociale proprio della società.

Il disagio derivante dall'individuazione di un unico criterio di collegamento è accresciuto dalla citata istituzionalizzazione della categoria dei patti parasociali nel diritto interno italiano che impone di verificare la solidità o, all'opposto, le *défaillances* dei criteri di collegamento esaminati. A tale riguardo peraltro, non si può fare a meno di evidenziare che il legislatore italiano, che con la riforma del diritto societario ha inserito nel codice civile specifiche disposizioni sui patti parasociali, ha completamente ignorato il problema di una loro disciplina internazionalprivatistica, omettendo o dimenticando di modificare il catalogo di cui all'art. 25 della legge di riforma al fine di chiarire se la figura debba ritenersi in tale disciplina ricompresa o, viceversa, esclusa.

La verifica dei risultati di tale indagine convince che il richiamo compiuto in via univoca e definitiva ad uno dei criteri di collegamento individuati (la *lex societatis* e la *lex contractus*) non possa prestarsi a comprendere tutte le ipotesi normalmente ricondotte alla figura dei patti parasociali.

Sembra che le difficoltà sollevate dalla questione della legge applicabile ai patti parasociali ripercorran tutte le tappe del metodo deduttivo classico e si manifestino sia al momento della

verifica dell'esistenza di una categoria di collegamento, sia allorché ci si appresta a selezionare il criterio di collegamento applicabile.

L'esame di fattispecie intermedie, o meglio "cavalières", come la nostra, rappresenta infatti un fattore di crisi, potendo esse essere inquadrare in categorie normative differenti a seconda della prospettiva adottata; la volontà di far prevalere l'una rispetto all'altra spinge verso soluzioni di diritto internazionale privato differenti.

La terza parte dell'analisi si propone dunque la ricerca di una soluzione conflittuale appropriata per la figura in esame: rilevato che una sussunzione in categorie astratte, e quindi in una norma di conflitto, non pare capace di condurre ad una definitiva soluzione del problema, ci si propone di offrire un'interpretazione che, anziché porsi come scopo quello di inquadrare in una categoria assiologica la fattispecie, presti attenzione al suo contenuto ed ai suoi effetti.

Procedendo sulla via indicata da una parte delle dottrine francese e spagnola, si ritiene necessario dunque procedere ad una ricognizione degli effetti che il patto parasociale è idoneo a produrre, dando conto dell'incidenza di ciascuna delle leggi chiamate a governare un segmento della fattispecie.

L'astrattezza delle valutazioni condotte, confermata dall'assenza di decisioni giurisprudenziali sul punto, spinge ad un'analisi concreta del collegamento dei patti parasociali, mediante un'opera di selezione che prenda in considerazione l'insieme delle circostanze e delle situazioni cui i patti parasociali possono accedere.

Il primo asse nelle linee ricostruttive del problema è dunque quello di un'analisi concreta del criterio di collegamento; in tale momento, un esame incentrato sugli effetti che i patti sono suscettibili di produrre, *inter partes* e nei confronti della società, costituisce il punto di partenza per dare ragione del necessario *dépeçage* nella disciplina della fattispecie.

La soluzione proposta consiste nell'accettare di sottoporre la fattispecie ad una disciplina composita, che può condurre all'adozione di due criteri di collegamento alternativi e variabili in funzione del contenuto del patto e della sua incidenza sul funzionamento della compagine societaria.

Un secondo asse di indagine relativamente all'analisi concreta del criterio di collegamento porta a valutare l'impatto che sulla legge applicabile ai patti parasociali esercitano le discipline del mercato (o dei mercati) in cui una società è quotata, ed in particolare i rapporti tra gli accordi tra soci e lo svolgimento di un'offerta pubblica d'acquisto.

Infine, un breve esame è dedicato ai profili di diritto processuale relativi alle controversie internazionali instaurate in rapporto ai patti parasociali ed alle difficoltà che solleva l'individuazione di un unico criterio di competenza giurisdizionale.

L'analisi, che verà condotta con riferimento al Regolamento CE n. 44/01, in assenza di criteri di competenza specifici, dimostra ancora una volta quanto disagevole sia individuare una giurisdizione univocamente competente per la figura.

Anche in tale ambito, infatti, è confermata la peculiare natura della nostra fattispecie: posta a cavallo di più categorie giuridiche di cui si è invitati a cogliere l'interazione.

Introduzione

I. Perché i patti parasociali? Definizione del campo di indagine

Un'indagine sull'origine della figura oggetto di studio si pone come tappa imprescindibile per affrontare i problemi che la disciplina internazionalistica dell'istituto in esame pone all'interprete.

E ciò sia perché una riflessione sulle radici dell'istituto e sulla sua collocazione all'interno di un sistema di diritto positivo consente di evidenziare la natura dell'oggetto dell'indagine di diritto internazionale privato che si intende svolgere¹; sia in quanto una tale indagine, unita all'osservazione del diritto straniero, permette di evidenziare quali siano gli interessi delle parti che richiedono tutela e quindi delimitare le problematiche che la realtà manifesta e che la nostra disciplina impone di affrontare².

Nel quadro dell'ordinamento giuridico statale infatti l'interpretazione delle regole di diritto internazionale privato, e più particolarmente i contorni delle categorie di diritto delimitanti il rispettivo campo di applicazione, si trovano in una situazione di necessaria interdipendenza e fortemente condizionati dalle concezioni della *lex fori* (in senso lato).

Quale sia l'autonomia cui le differenti discipline possono legittimamente aspirare in ragione della specificità del loro oggetto, i sistemi giuridici statali sono fortemente strutturati, cosicché se non può certo predicarsi una corrispondenza esatta di contenuto tra le categorie del diritto internazionale privato e le corrispondenti categorie di diritto interno materiale³, l'emancipazione e l'estraneità dei concetti di diritto internazionale privato non può che intendersi in senso relativo.

¹ Nel porre quale punto di partenza di tale indagine l'esame del diritto positivo ci si richiama alle osservazioni svolte da H.BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, in particolare 19 e ss.; il quale, nell'evidenziare che il procedimento di regolamentazione delle relazioni private internazionali interviene in un ambito regolato dal diritto privato, rileva che "le développement moderne du droit international privé suggère l'idée qu'il tend vers un ordre de systèmes, en sens qu'il travaille à la coordination de systèmes distinct coexistants, afin de soumettre à un régime défini les relations privées qui, par leur caractère international, se présentent comme s'insérant simultanément dans plusieurs systèmes différents...cette idée implique que chaque droit privé interne constitue un système. Le droit international privé permet précisément de constater l'organisation en systèmes des droits privés internes..". L'Autore spiega che "les règles de droit sont articulées en quelque sorte les unes par rapport aux autres, en ce sens que si l'une a un certain contenu, le contenu de l'autre s'en trouvera nécessairement conditionné".

² Cfr., BATIFFOL, *Ibidem*, 28 e ss., il quale sottolinea il carattere imprescindibile di una ricerca di carattere comparatistico per uno studio di diritto internazionale privato, in quanto la ricerca comparativa "procure une vue manifestement plus réaliste de la matière qui aboutit à des solutions plus satisfaisantes".

³ Per l'adesione invece a tale predicato, cfr., R.AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, (Cedam), 1934, 141.

D'altro canto una breve analisi di tipo comparatistico, lungi dall'offrire un sistema di soluzioni, può aiutare l'interprete permettendogli di visualizzare e apprezzare certe soluzioni già sperimentate in altri sistemi nazionali, così come a meglio percepire le assi portanti del proprio sistema⁴.

Tale disamina sarà quindi utilizzata per verificare se sia possibile individuare una sede universalmente accettata ed accettabile per i patti parasociali e se gli interessi che con tale figura le parti intendono soddisfare siano gli stessi negli ordinamenti oggetto di studio ed infine se la loro composizione sia operata in tali sistemi allo stesso modo.

Allo stesso tempo una breve indagine sul fondamento sostanziale e sulla natura giuridica di questo istituto appare necessaria al fine di indagare e verificare la possibile, e preferibile, regolamentazione di diritto internazionale privato.

Tali ragioni inducono pertanto ad affrontare brevemente quale sia il contesto in cui la figura dei patti parasociali ha trovato la propria nascita ed il proprio sviluppo, rilevando in primo luogo che il fenomeno della stipulazione tra soci o tra gruppi di essi di pattuizioni volte a disciplinare le modalità di partecipazione alla società e l'esercizio dei diritti da questa nascenti, ha trovato la propria affermazione nella pratica degli affari.

L'istituto anglosassone degli "Shareholders' agreements" nei quali gli investitori inserivano le proprie prerogative, delineatosi a partire dal XIX sec., ha costituito infatti il modello ed il punto di riferimento per lo sviluppo in ambito continentale dei patti parasociali⁵.

La necessità di organizzare la gestione comune di una società, di ripartire il controllo della composizione del capitale della società e della relativa gestione, di rendere possibile un equilibrio all'interno dell'ente tra interessi divergenti ha costituito dunque la spinta alla realizzazione di accordi tra membri di una società o tra gruppi di essa.

Questi accordi hanno trovato via via terreno favorevole al loro sviluppo nell'affermarsi dei fenomeni delle filiali comuni, della concentrazione di imprese, delle operazioni di cooperazione di imprese, delle operazioni di capitale rischio.

Infine l'accelerazione della trasmissione delle imprese e la costituzione di "noccioli duri" all'interno delle grandi società quotate hanno condotto via via alla creazione di una serie di convenzioni, dal contenuto più vario e articolato, in grado di offrire la possibilità di acquisire,

⁴ Cfr., E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in *RCADI*, 1995, I, 9, il quale ritiene il diritto comparato dominato dalla "méthode fonctionnelle", che postula la necessità di uniformare il diritto applicabile e si risolve nel comparare i risultati tratti dalle differenti norme senza tentare peraltro di inserire la norma all'interno di un sistema di riferimento.

⁵ Cfr., G. STEDMAN, J. JONES, *Shareholders' Agreements*, London, (Sweet & Maxwell), 1998, 62 ss., tra le prime pronunce che hanno trattato di accordi tra soci, *Houldsworth v City of Glasgow Bank*, (1880), 5 App Cas 317; *Malleson v. National Insurance Corporation*, (1894), 1 Ch 200.

accrescere o conservare il potere all'interno di una società; di mantenere determinati equilibri nella ripartizione del capitale; di regolamentare l'esercizio del diritto di voto negli organi di gestione o di rappresentazione della società, di organizzare le modalità del partenariato tra due società in vista della gestione di una filiale comune.

Tutte queste operazioni hanno imposto la necessità di accordi complementari tra i soci, ulteriori rispetto alle abituali clausole statutarie, sia in ragione della complessità e della diversità dei rapporti giuridici e finanziari da disciplinare, sia a causa della spesso eccessiva rigidità degli schemi offerti dai sistemi giuridici di riferimento, poco adatta pertanto alle esigenze di flessibilità che la varietà di tali accordi richiede.

Ed infatti quanto più fanno il loro ingresso e si sviluppano nuove esigenze dei mercati e sempre più raffinate operazioni finanziarie, tanto più la pratica crea nuove formule e nuovi schemi in funzione della situazione e degli obiettivi da perseguire, tali da inserirsi nei momenti più vari della vita e dell'attività sociale: ora in sede di amministrazione e controllo della gestione, ora relativamente alla responsabilità dei soci ed alla loro partecipazione ai guadagni, ora infine sulla permanenza o sull'uscita di alcuni soci dalla società.

Conseguentemente la funzione di tali pattuizioni, così come il loro contenuto, si presenta quanto mai varia, ponendosi a seconda dello schema utilizzato come strumento di organizzazione dei soci all'interno della società o come strumento per il predominio di un gruppo o di un singolo o ancora quale mezzo per avvantaggiare o colpire i soci in ordine ai vantaggi dell'esercizio sociale.

Pura creazione della pratica, la figura dei patti parasociali non è idonea dunque a presentare dei contorni definiti, ma ricomprende al suo interno una grande varietà di accordi e di clausole, che fanno spesso riferimento a tecniche contrattuali di base quali il patto di preferenza, la promessa unilaterale di vendita o di acquisto, la clausola penale, il mandato irrevocabile.

Alcuni di questi schemi, i più diffusi nella pratica, hanno ricevuto una precisa denominazione, talvolta frutto di una traduzione della pratica giuridica anglo-americana, come per i patti di preferenza, la clausola di gradimento, la clausola americana, la clausola anti diluizione; altre si presentano come adattamento e sviluppo di tali modelli.

Così accanto alla categoria di clausole che si caratterizza per l'obiettivo di controllare l'evoluzione del controllo azionario, normalmente stipulate su iniziativa dei soci di maggioranza - e si tratta delle clausole di gradimento, delle promesse di vendita o di inalienabilità e delle clausole di cessione - si trovano pattuizioni, solitamente introdotte su iniziativa dei soci di minoranza, che subordinano la loro partecipazione alla presenza di accordi

di protezione, quali le promesse di acquisto, le clausole anti diluizione, le clausole d'offerta alternativa.

Ne consegue che l'infinita varietà di tali patti, nati dalle circostanze e dagli interessi che di volta in volta le parti intendono tutelare, rende difficile, se non impossibile, una loro enumerazione, così come un'analisi esaustiva.

Ciò non impedisce tuttavia di abbracciare tali figure in una considerazione unitaria, sia dal punto di vista della loro funzione economica, ovvero quella di integrare il regolamento e lo scopo della società, sia sotto il profilo giuridico, ponendosi il vincolo assunto *uti singulus* dal socio con il patto parasociale parallelamente a quello che egli assume *uti socius* con il contratto sociale⁶.

La circostanza poi che queste convenzioni siano generalmente destinate a rimanere occulte e di conseguenza non siano portate a conoscenza dei soggetti non stipulanti, spiega la diffidenza dimostrata dal legislatore italiano e francese nei confronti dei patti parasociali, considerati quali mezzi cui i paciscenti fanno ricorso per perseguire pratiche ed obiettivi illeciti, ma non giustifica un unico e negativo giudizio.

Se da un lato infatti si potrebbe intravedere il rischio effettivo che esse attuino un regolamento della società difforme da quello legale e reso noto tramite la pubblicità; dall'altro permettono di rispondere a reali esigenze della pratica societaria e sono in grado di supplire alle deficienze che gli schemi legali spesso presentano, tutelando interessi delle parti in seno alla società; non a caso proprio tali accordi hanno spesso rappresentato uno dei principali strumenti per rafforzare il potere di coalizioni minoritarie di azionisti, tutelando la società dal rischio di scalate ostili.

Proprio la necessità di adeguare lo schema societario agli intenti ed agli interessi concreti delle parti e quindi di "personalizzare" la disciplina degli schemi societari, spiega non solo il massiccio impiego nella prassi di tale pratica che da marginale è divenuta centrale soprattutto nella direzione nelle maggiori società, ma anche l'affermarsi di una certa "tipicità sociale"⁷ del parasociale, tanto che da più parti si afferma che ove vi sia una società di un certo rilievo, lì v'è sempre un accordo parasociale.

⁶ Così affermando si intende richiamare le riflessioni svolte da G.OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, (Vallardi), 1942, 4 ss., secondo il quale una considerazione comune dei contratti parasociali è possibile "sotto il profilo giuridico nel senso della contrapposizione del vincolo del socio come tale- avente la sua fonte nella legge della società- al vincolo personale del socio come singolo, vincolo avente la sua fonte in un distinto accordo *ma pur sempre incidente nella sfera sociale*" (il corsivo è dell'Autore).

⁷ Cfr., G.B. FERRI, *Le Società*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, 1987, 614, il quale porta quale esempio di tipicità sociale i sindacati di voto.

Come già premesso, la materia oggetto di studio si presenta assai delicata a causa della difficoltà che si incontra a qualificare con precisione tali clausole e tali convenzioni, a ricollegarle a categorie conosciute e ad individuare le regole ed i principi loro applicabili.

La loro nozione, di origine dottrinale, li identifica quali accordi con cui i soci di una società o parte di essi si propongono di regolare una o più situazioni concernenti l'evoluzione del rapporto sociale; è evidente che così individuate tali pattuizioni si presentano idonee a perseguire una moltitudine di finalità, così come si prestano a schemi e contenuti della più varia natura.

L'originalità e la caratteristica di tali convenzioni sembra allora risiedere non tanto nella loro forma, ovvero nell'atto in cui sono inserite, quanto nel loro contenuto e nella loro finalità, in quanto sono destinati a completare le clausole statutarie, contribuendo alla realizzazione delle operazioni giuridiche ed economiche delle società cui sono collegate.

Ne discende che il loro esame deve essere condotto prendendo come punto di riferimento il diritto delle società, giacchè, come rilevato da un'attenta dottrina⁸, “le droit des sociétés est assoupli, inflechi et enrichi par des contrats conclus par la société ou par les associés, entre eux ou avec les tiers. Mais réciproquement, ces contrats en relation avec les sociétés cessent d'être entièrement régis par le droit commun des obligations. On constate une interaction ou une influence des contrats sur la société, mais aussi de la société sur le contrat”.

Proprio tale figura sembra accentuare una visione del diritto delle società quale diritto le cui regole obbligatorie non sono spesso adatte all'evoluzione economica ed agli imperativi della gestione delle imprese e richiama l'acceso dibattito sulla problematica alla base del diritto delle società tra norme imperative e libertà contrattuale dei soci, tra necessità di assicurare la sicurezza giuridica e la protezione dei diversi interessi attraverso norme precise ed obbligatorie, e desiderio di ampi margini di movimento ed autodisciplina.

La progressiva affermazione di tali strumenti contrattuali nel diritto delle società trova infatti le proprie ragioni nella semplicità e nella praticità, permettendo ai soci di regolare delle situazioni non previste o non prevedibili all'atto dell'elaborazione dello statuto, evitando i formalismi delle modifiche statutarie.

Queste brevi considerazioni fungono da presupposto per comprendere la rilevanza del fenomeno degli accordi parasociali, che investe sia realtà di piccole e medie dimensioni, che entità che condizionano la stessa realtà economica di un paese e che si pone spesso in stretta connessione con le problematiche inerenti la *corporate governance*.

⁸ Cfr., Y.GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et convention entre associés*, Paris, (LGDJ), II ed., 1995, 8.

La scissione tra proprietà e controllo delle imprese e gli stessi frequenti cambiamenti negli assetti di controllo hanno richiesto infatti, nella pratica societaria il frequente utilizzo degli accordi parasociali, e particolarmente dei patti di sindacato, che se da un lato assicurano stabilità ed efficienza della gestione societaria, garantendo così un maggior ordine ed una più accentuata coerenza nelle scelte imprenditoriali, rischiano in talune ipotesi di togliere spazio ad una dialettica democratica all'interno della vita societaria, non di rado a discapito delle minoranze deboli e non organizzate.

CAPITOLO I

LA COLLOCAZIONE SISTEMATICA DEI PATTI PARASOCIALI

SOMMARIO: **Sezione I.** **1.** L'opera di Giorgio Oppo. **2.** L'evoluzione della dottrina e le tendenze giurisprudenziali alla vigilia della riforma societaria. **3.** Gli interventi del legislatore: il T.U.F. (d. lgs. 58/98). **3.1.** e il d.lgs. 6/03: gli articoli 2341 *bis* e *ter* c.c. **3.2.** Il riconoscimento del "parasociale". **Sezione II.** **4.** Il problema in Francia. **4.1.** I connotati essenziali della figura e incertezze della dottrina nella loro ricostruzione sistematica. **5.** La posizione della giurisprudenza ed il quadro normativo. **6.** Considerazioni degli apporti dottrinali. **7.** Conclusioni: i patti parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società. **8.** I patti parasociali come *res inter alios acta*. Rinvio.

Sezione Prima

I tentativi di inquadramento elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane

1. L'espressione *contratti parasociali* è apparsa per la prima volta nell'opera pubblicata da Giorgio Oppo nel 1942⁹, punto di riferimento fondamentale per la trattazione della figura.

L'Autore, nel trattare di questo "peculiare fenomeno della pratica societaria", "rimasto nell'ombra e quasi inosservato nella sua portata generale", definisce i contratti parasociali come forme particolari di integrazione e, talora, di superamento, "del regolamento legale e statutario dei rapporti sociali, con vincoli individualmente assunti dai soci tra loro o anche verso la società, o anche verso terzi organi sociali, che non si appoggiano come a loro fonte alla legge né allo statuto sociale, ma derivano da accordi distintamente conclusi e quindi estranei al regolamento sociale (benché ad esso accessori) dei rapporti interni alla società"¹⁰.

Caratteri individuanti della fattispecie considerata sono dunque secondo l'Oppo "la distinzione dal contratto sociale, e quindi il carattere individuale e personale del vincolo prodotto dal negozio", ed il "collegamento con il rapporto sociale", trattandosi di accordi che, pur accedendo al regolamento sociale del rapporto e dell'azione sociale, non perdono l'autonomia di negozi distinti¹¹.

⁹ Cfr., G.OPPO, *I contratti parasociali*, cit.

¹⁰ *Ibidem*, 1 ss.

¹¹ *Ibidem*, 2 ss.

Nel tentativo di offrire una classificazione sistematica di tali figure, l'illustre Autore individua tre distinte categorie di contratti parasociali, sulla base della diversa incidenza degli effetti che sono idonei a produrre relativamente allo svolgimento del rapporto sociale e alla vita stessa della società¹².

Vengono così individuati, da un lato, i contratti che limitano “i loro effetti e la loro azione ai soli soci stipulanti” ed hanno “eventualmente per la società (e gli altri soci) una ripercussione di mero fatto né favorevole né sfavorevole”, tra cui l'Autore ricomprende i patti con cui i soci regolano i reciproci rapporti in ordine ai vantaggi ed alle perdite dell'esercizio sociale, quali i patti con cui si garantisce un dividendo minimo o si concorda una distribuzione degli utili od una ripartizione delle perdite in misura differente rispetto a quella prevista dal contratto sociale; accordi che “non hanno ripercussione giuridicamente apprezzabile sulla società e sul rapporto sociale”¹³.

Nella seconda categoria sono inseriti i contratti che possono essere diretti a procurare vantaggi alla società a carico dei soci, quali gli accordi con cui i soci si obbligano a rispondere dei debiti sociali per una cifra superiore al capitale sottoscritto o ad effettuare un aumento di capitale a determinati presupposti, così come i contratti che “mirano ad evitare che l'attività dei soci possa volgersi contro gli interessi della società”, come il patto con cui i soci si obbligano l'uno verso l'altro ad astenersi per un certo lasso di tempo dal fare concorrenza alla società.

Si possono individuare infine secondo l'Autore i contratti che incidono direttamente sulla società, “o in quanto siano diretti ad influire sulla sua vita e sulla determinazione della sua azione o in quanto addirittura invadano giuridicamente la sfera di diritti della società e la competenza dei suoi organi sostituendo a questi ultimi i singoli soci o la loro somma operanti in veste extrasociale”¹⁴, in cui si fanno rientrare i sindacati azionari o quelle autorizzazioni date dai soci *uti singuli* ad altri soci od organi sociali “per il compimento di atti che ricadono sulla società o che dispongono di diritti di questa”.

Tale distinzione, che si accompagna a quella rilevata dall'Autore, e filo conduttore dell'esame svolto, tra la dichiarazione e vincolo sociale del socio in quanto tale e la dichiarazione ed il suo vincolo individuali, è alla base degli ulteriori svolgimenti dell'Autore, focalizzati sull'enucleazione delle problematiche centrali che tali figure pongono all'interprete.

¹² Secondo l'illustre Autore, poichè “tali accordi e vincoli operano per definizione in materia sociale pur senza far parte del rapporto sociale e derivare efficacia dalla legge della società, la loro classificazione ci sembra vada fatta in ragione del diverso grado della loro incidenza in questa sfera e cioè della loro incidenza sullo svolgimento del rapporto sociale e sulla stessa società, ed eventualmente per il suo tramite sugli altri soci e sui terzi interessati allo svolgimento del rapporto sociale”, *ibidem*, 6.

¹³ *Ibidem*, 9.

¹⁴ *Ibidem*, 13 ss.

Correttamente infatti Oppo individua dapprima un punto decisivo di indagine nella distinzione del contratto parasociale dal contratto sociale, rilevato che l'interferenza dei due piani ed il necessario contatto, senza il quale non si coglierebbe la funzione di questi accordi e la loro considerazione *a latere* del contratto sociale, "fa nascere evidentemente il problema della loro autonomia ed individualità di fronte a quest'ultimo"¹⁵.

La prima problematica posta dall'Autore è dunque quella di determinare quando un accordo abbia natura sociale e quando no, ed in tal senso, distinguendo a seconda della "direzione del vincolo che nasce dalla convenzione parasociale", egli delinea diversi gradi di distinzione del patto parasociale dal contratto sociale.

Così opportunamente egli ritiene che non possa essere messa in dubbio la distinzione del patto parasociale dal contratto sociale relativamente a quelle pattuizioni da cui "nasca un vincolo obbligatorio destinato a spiegare la sua efficacia tra due o più soci *uti singuli* ed al quale resta estranea la società"¹⁶, e ciò in quanto "poiché nel nostro sistema il rapporto sociale è rapporto tra soci e società, un vincolo che intercorra tra singoli soci come individui o fra un socio e un organo sociale e non passi per il tramite della società, non può originarsi dal contratto sociale che è norma dei rapporti tra soci e società". Analogamente l'Autore classifica quelle convenzioni "destinate a produrre obblighi o diritti di un socio verso un organo sociale e nelle quali quest'ultimo non si presenti come portatore di diritti della società o soggetto di diritti ed obblighi verso la società, e insomma nella sua qualità di organo della società, ma come portatore di diritti propri e soggetto di obblighi e diritti verso un determinato socio"¹⁷.

Conclude dunque l'Autore per l'esistenza di pattuizioni parasociali, distinte dal contratto sociale, nelle ipotesi di patto di garanzia degli utili, del patto di concentrazione delle azioni, del patto contenente il riconoscimento ad altro socio della carica di amministratore per una certa durata e del sindacato azionario, esempio di patto che vincola un socio ad un determinato uso dei poteri sociali verso un altro socio.

Analogo discorso vale, prosegue l'Oppo, anche per quei patti che, ancorché stipulati fra tutti i soci, si mantengono distinti dal contratto sociale in ragione del loro contenuto, tale ad esempio l'ipotesi di un patto in cui si preveda una ripartizione degli utili o una sopportazione delle perdite in misura diversa da quella prevista dallo statuto¹⁸.

¹⁵ *Ibidem*, 20.

¹⁶ *Ibidem*, 43 ss.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ In tal senso l'Autore rifiuta la costruzione proposta precedentemente da GRECO, *Garanzie di utili e retribuzioni di apporti nel contratto di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, II, 138 ss., secondo il quale i patti che "stabiliscano retribuzioni particolari di apporti o in genere assegnazioni preferenziali di compensi, anche se implicino una diversità di trattamento dei soci" debbono ritenersi necessariamente sociali e soggetti al contratto sociale.

Giacchè se è vero, come osserva acutamente l'Autore, che le pattuizioni che contemplano una prestazione dei soci a favore della società possono ritenersi tanto come clausole del contratto sociale, "fonti di obbligazioni sociali accessorie sottoposte alla disciplina del rapporto sociale", quanto come negozi distinti accessori al negozio sociale "con i quali i soci si vincolano l'uno verso l'altro a determinate prestazioni a favore della società", il contenuto della convenzione parasociale può essere "tale da escludere di per sé il suo assorbimento nel negozio sociale"¹⁹. Tanto più, conclude l'Oppo, che non solo alcuni patti parasociali in ragione del loro contenuto non sono suscettibili di essere considerati come elementi del contratto sociale, non consentendo la legge l'inserzione di obbligazioni sociali del contenuto da essi previsto, ma anche che "è solo configurando la pattuizione parasociale come un negozio distinto dal contratto sociale che essa può produrre effetto e l'intento delle parti trovare attuazione"²⁰.

L'altro problema individuato dall'Autore relativamente alla figura dei contratti parasociali è quello del loro collegamento con il contratto sociale, posto che il negozio parasociale "mira ad agire sullo svolgimento del rapporto sociale che presuppone esistente ed al quale è funzionalmente subordinato"²¹. L'Oppo dunque, affrontando la questione della natura del rapporto esistente tra il contratto parasociale ed il contratto sociale e della rilevanza di tale rapporto, conclude per l'esistenza tra le due figure di un collegamento negoziale di carattere funzionale²², operante sullo svolgimento del rapporto che nasce tra i due contratti, e per l'esistenza di un nesso di dipendenza-accessorietà del negozio parasociale rispetto al contratto sociale²³.

Dalla natura accessoria del patto parasociale, da cui nasce un vincolo di carattere individuale, che non inerisce cioè alla partecipazione sociale ma all'individuo, discende, continua l'Autore, l'efficacia limitata di tali accordi alle parti contraenti, rimanendo essi irrilevanti per la società ed i terzi che non vi abbiano partecipato.

Tuttavia, prosegue l'Oppo affrontando il problema centrale della validità ed efficacia dei patti in considerazione, il semplice richiamo ai principi generali dei contratti per concludere per il positivo riconoscimento di tali figure si scontra con la loro interferenza con la sfera di

¹⁹ *Ibidem*, 53 ss.

²⁰ *Ivi.*

²¹ *Ibidem*, 70.

²² L'Autore precisa che si tratta di un collegamento destinato ad operare non nel momento genetico del rapporto bensì sullo svolgimento del rapporto originato dal contratto sociale, *ibidem*.

²³ Secondo l'Autore, ciò che attribuisce la qualifica di accessori ai patti parasociali "è che essi presuppongono la società come *rapporto* più che come *soggetto*, e si caratterizzano per la funzione di integrazione di tale rapporto fra i suoi stessi soggetti" (il corsivo è dell'Autore), cfr., *ivi*, 77, nota 129.

interessi degli altri soci, della società e dei terzi, “che si determina dal fatto della incidenza degli accordi stessi in materia sociale”, così che alcuni di essi estendono la loro efficacia al di là dei rapporti immediati delle parti che li concludono.

In tal senso l’Autore, richiamando la classificazione compiuta in ragione del diverso grado di incidenza del patto parasociale sul contratto sociale, conclude da un lato per la piena validità ed efficacia di quelle convenzioni “dalle quali la società e gli altri soci non sono giuridicamente pregiudicati né avvantaggiati”, quali le pattuizioni di garanzia degli utili, quelle che prevedono una misura di ripartizione degli utili e delle perdite diversa da quella statutaria, quelle che hanno per contenuto il diritto o l’obbligo di trasferire le azioni a determinate condizioni²⁴.

Del pari validi ed efficaci, prosegue l’illustre Autore, sono quei negozi parasociali “diretti a procurare alla società vantaggi particolari a carico dei soci”, in quanto, analogamente a quelli rientranti nel primo gruppo, non pregiudicano né portano abuso nei confronti della società e degli interessi sociali, portandole anzi un vantaggio nei confronti dei soci rispetto a quanto stabilito dalla legge e dal contratto sociale (è il caso ad esempio degli accordi con cui i soci si obbligano a far fronte ai debiti sociali per una cifra superiore al capitale sottoscritto).

Più difficile appare all’Autore il giudizio di validità ed efficacia relativamente alla terza categoria di patti individuati, ovvero quelli che “direttamente incidono sulla società essendo intesi ad influire sulla sua vita e sulla sua azione, o che addirittura invadono giuridicamente la sfera della società e la competenza dei suoi organi”, e ciò in quanto da un lato pare necessario valutare la loro rilevanza per la società che ad essi è estranea ma sulla cui vita tali accordi si ripercuotono, dall’altro considerare la validità di tali accordi a prescindere dalla loro efficacia per la società.

Affrontando tali problemi l’Oppo tratta della validità di quegli accordi relativi all’amministrazione della società, con i quali cioè i soci vincolano il futuro andamento della società, che vincolano gli stessi soci nell’esercizio dei poteri sociali, come ad esempio il patto avente ad oggetto l’obbligo di deliberare lo scioglimento della società a determinate condizioni, o il trasferimento di una quota sociale, o l’aumento di capitale, ritenute ipotesi dirette a predeterminare e vincolare l’azione sociale del socio in deroga ad un affermato principio di indisponibilità dei poteri conferiti al socio nell’interesse sociale.

A tal proposito l’Autore, negando la regola che l’interesse sociale esiga la libertà d’azione del socio, propone di spostare l’indagine da una nozione astratta di interesse sociale, ad una

²⁴ Diversamente secondo l’Autore, non sono certo valide le pattuizioni parasociali che, pur non ledendo la sfera giuridica di altri soggetti siano in contrasto con la legge per la stessa natura del vincolo che esse stabiliscono tra le parti, essendo in tal caso il negozio accessorio diretto a “rivolgere il contratto di società a quell’effetto che la legge intende escludere”, *ibidem*, 109 ss.

concreta, volta ad indagare la sostanza del rapporto e le sue ripercussioni sulla società, giacchè, egli rileva, vi sono circostanze in cui proprio la predisposizione di vincoli all'azione del socio si presenta conforme allo stesso interesse della società²⁵.

Entro i limiti del rispetto delle norme espresse di legge e dello statuto, l'Oppo riconosce dunque la validità anche delle convenzioni che organizzano e vincolano l'esercizio dei poteri sociali all'interno dell'organizzazione della società, sia pure confermandone l'efficacia limitata ai soci contraenti²⁶.

Il contenuto di tale pregevole lavoro ha costituito un punto di riferimento costante per la dottrina successiva che, sulla base di queste osservazioni ha ulteriormente specificato i limiti della figura, allo scopo di riunire le diverse manifestazioni di patti parasociali secondo canoni uniformi di valutazione.

Un primo sforzo di semplificazione della classificazione offerta, muovendo dall'idea che i patti parasociali siano irrilevanti per la società, in quanto diretti a regolare esclusivamente interessi individuali dei soci, distingue le due figure dei patti parasociali collaterali e dei patti parasociali complementari: i primi, sarebbero diretti a regolare le modalità di azione dei soci "all'interno della società attraverso vincoli ulteriori e diversi rispetto a quelli già assunti direttamente nei confronti della società, e con questa non configgenti"; i secondi, si distinguerebbero per il prevedere a carico dei soci l'obbligo di effettuare prestazioni alla società aggiuntive rispetto a quelle già previste dal contratto sociale²⁷; si assiste dunque ad un tentativo di classificazione del patto parasociale sul presupposto dell'irrelevanza sul piano organizzativo societario o dell'estraneità agli schemi formali dell'agire societario.

In altro senso si sono distinti i patti parasociali che incidono sull'organizzazione sociale (patti parasociali in senso stretto), dalle convenzioni che non incidono sulla struttura sociale (patti parasociali extrasociali)²⁸, pur nella riconosciuta difficoltà di individuare elementi

²⁵ L'Autore riporta le ipotesi di "convenzioni tra gruppi di azionisti che distribuiscono l'influenza nella società garantendo la collaborazione e l'accordo tra maggioranza e minoranza, evitando gli abusi della prima e l'assenteismo o l'ostruzionismo della seconda nella vita sociale", *ivi*, 122.

²⁶ Riconosce infatti l'Autore che se si riconoscesse a questi patti efficacia nei confronti della società, non tanto si tratterebbe di disposizione di diritti propri del socio, sia pure attribuiti nell'interesse della società, quanto "appropriazione ed esercizio abusivo di diritti della società, e in tal senso, potrebbe dirsi, disposizione della società stessa", *ibidem*, 132 ss.

²⁷ Cfr., G. SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, (Jovene), 1985, 144 ss.

²⁸ Cfr., L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, (Giuffrè), 1987, 45 ss., il quale opera una distinzione tra patti parasociali a carattere organizzativo (sindacati di voto, sindacati di amministrazione) che "presentano la importantissima caratteristica di influire sull'organizzazione della società nello stesso modo delle clausole contenute nello statuto" e producono "una qualche modificazione, anche solo indiretta, dell'organizzazione del soggetto giuridico società", e patti parasociali a carattere non organizzativo (patti sugli utili o sulle perdite, sindacati di blocco, patti di prelazione, patti di concentrazione delle azioni) i quali "pur non essendo ininfluenti per la società, nulla aggiungono o modificano all'organizzazione sociale, essendo diretti a disciplinare interessi individuali dei soci e solo indirettamente incidono sulla vita sociale, e comunque mai sull'aspetto organizzativo". Quanto al rapporto tra il piano del sociale e quello del parasociale, l'Autore ritiene che l'attribuzione ad una clausola del carattere della socialità o della

strutturali (quali la causa e l'oggetto del patto, il contenuto dell'accordo, gli effetti dello stesso) tali da consentire la ricomprensione di tutte le possibili sfaccettature del variegato fenomeno all'interno di un'unica fattispecie.

Questi tentativi di inquadramento unitario e di valutazione uniforme dei patti parasociali paiono peraltro trovare il proprio limite nella notevole eterogeneità di struttura, di funzione e di contenuto degli stessi, cosicché appaiono preferibili quelle definizioni che, rinunciando a fornire una rigida classificazione, riconducono alla figura tutti gli accordi che intercorrono tra tutti i soci o tra gruppi di essi, stipulati con separato contratto al momento della costituzione della società o nel corso della sua vita, al fine di disporre dei diritti che derivano dall'atto costitutivo, impegnandosi reciprocamente ad esercitarli in modo predeterminato²⁹.

Tale ampia definizione permette infatti di comprendere tutti quei contratti tra soci che la dottrina tradizionalmente riconduce nell'ambito della figura: contratti che regolano i diritti dei soci nell'ambito dell'organizzazione sociale, che impegnano i soci nei confronti della società o di altri soci o di terzi, contratti che regolano la circolazione delle azioni, contratti che non incidono sulla condizione della società³⁰.

Le riflessioni dell'Oppo, punto di partenza della nostra analisi, sono state ulteriormente approfondite in un successivo intervento³¹ in cui l'Autore, posta la massiccia espansione nella prassi del ricorso a tali pattuizioni allo scopo di adeguare lo schema societario agli interessi e finalità di volta in volta perseguiti, torna ad affrontare le problematiche già poste, verificando ed utilizzando gli apporti della giurisprudenza, della dottrina sviluppatasi sull'argomento e della prassi stessa.

Ritornando allora sulla problematica della distinzione del parasociale dal sociale, l'Illustre Autore, riconfermando il criterio di distinzione precedentemente seguito, specifica che proprio il carattere di separazione dal regolamento sociale del rapporto "ed a volte contrapposizione a tale regolamento" che contraddistingue il patto parasociale "sospingerebbe il primo sotto le regole del diritto generale delle obbligazioni", con la conseguenza, fatta propria da parte della

parasocialità dipenda dalla presenza di due elementi: uno formale, ovvero la materiale inserzione della clausola nello statuto, ed uno sostanziale, costituito dalla "compatibilità della regola con la struttura societaria tipica".

²⁹ Cfr., F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, 3° ed., I, Padova, (Cedam), 2006, 86. Con analoga ampiezza, cfr., G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 47, secondo cui con tali patti i soci regolano al di fuori dell'atto costitutivo il loro comportamento nella società o verso la società.

³⁰ Analoga impostazione generica nella definizione della figura è adottata anche dalla giurisprudenza: cfr., Cass., 8 agosto 1963, n. 2244; Cass., 29 gennaio 1964, n. 234; Cass., 23 aprile 1969, n. 1290, in *Giust. civ.*, 1969, I, 1699, che definisce patti parasociali "le convenzioni che sorgono e si svolgono al di fuori dell'organizzazione ufficiale della società e derivano da un regolamento cui la società è estranea e che ad essa è in opponibile", e con cui i soci o alcuni di essi attuano un regolamento di rapporti "difforme o complementare rispetto a quello creato dall'atto costitutivo o dallo statuto".

³¹ Cfr., G. OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 517 ss.

giurisprudenza , che “per il patto parasociale non valgano le regole di forma, le regole di prova, le regole della prescrizione proprie del rapporto sociale ma valgano, appunto, le regole generali e dei contratti e delle obbligazioni”³².

Dall’altro lato, prosegue l’Oppo, il collegamento con il sociale e “l’incidenza che il parasociale mira ad esercitare sul rapporto sociale, sia pure su un momento o una frazione di questo rapporto”, conduce a fare i conti con il diritto delle società³³.

A tale riguardo l’Autore, ritornando alla problematica della funzione degli accordi parasociali, indaga l’ipotesi in cui il collegamento tra i due piani, sociale e parasociale, si risolve in una collisione degli stessi, ovvero in un contrasto del primo “con regole che garantiscono il rispetto della causa del rapporto”³⁴.

In tale indagine l’Autore ritiene che ai fini della valutazione della meritevolezza dell’interesse perseguito e della compatibilità con l’intento legislativo che presiede alla disciplina tipica del rapporto sociale, e quindi in definitiva ai fini di una valutazione della validità degli accordi in questione, non siano utili o sufficienti le classificazioni operate da parte della dottrina³⁵ in termini di irrilevanza rispetto all’organizzazione societaria, o estraneità rispetto agli schemi societari stessi, quanto una distinzione in termini di “tipicità e rispetto della tipicità, da un lato, e imperatività e rispetto di precetti imperativi, in specie proibitivi, dall’altro”³⁶, nel senso che “ciò che è esterno al tipo, e non tocca oggettivamente l’esistenza del tipo, è inefficace solo se è vietato da una norma proibitiva”³⁷.

La validità del patto parasociale deve dunque fare i conti, secondo l’Autore, con le esigenze causali del tipo societario, “che gli si comunicano in ragione del collegamento funzionale con il patto sociale”, con i limiti generali dell’autonomia privata e con l’esigenza di meritevolezza.

Per quanto detto, prosegue l’Oppo, la funzione del parasociale (e di conseguenza la sua concreta meritevolezza) deve essere apprezzata attraverso il collegamento con il sociale e l’incidenza che il parasociale mira ad esercitare sul rapporto sociale: proprio il fondamento economico del collegamento tra parasociale e sociale segnala, secondo l’Autore, “in che misura l’intento delle parti, che presiede alla combinazione del parasociale con il sociale, sia

³² *Ibidem*, 520 ss.

³³ *Ibidem*, 525.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Il riferimento è operato dall’Autore principalmente alle monografie di Santoni e Farenga.

³⁶ *Ibidem*, 528.

³⁷ In tal senso l’Oppo non scorge alcuna norma proibitiva che impedisca al socio ad esempio, per rispetto della causa sociale, di assumere l’impegno di un apporto o di una responsabilità maggiori del conferimento, come riconosce la validità della clausola che vieta la circolazione delle azioni nei limiti in cui si può pattuire un vincolo di indisponibilità. Diversamente il collegamento del parasociale con il sociale che miri ad eludere, e dunque a violare, l’esigenza causale alla base della società e del rapporto sociale, non può che condurre all’invalidità dell’accordo, *ivi*, 529.

meritevole (o immeritevole) della tutela giuridica e in che misura sia compatibile con l'intento legislativo che presiede alla disciplina tipica del rapporto sociale"³⁸.

L'Oppo dunque sembra fornire una risposta positiva al quesito, alla base della disciplina della figura, se il giudizio di compatibilità con l'ordinamento giuridico degli accordi in questione debba essere condotto esclusivamente sulla base della disciplina normativa relativa ai contratti, o anche sulla base di quella dettata in tema di società, giungendo ad affiancare i due profili individuati della separazione rispetto al contratto sociale e del collegamento negoziale con esso.

Sotto altro profilo, l'Autore ridimensiona, relativamente all'efficacia di tali pattuizioni, il generale riconoscimento operato in dottrina dell'irrilevanza per l'organizzazione societaria del patto parasociale e della sua eventuale violazione, correttamente evidenziando che l'irrilevanza del patto parasociale attiene al suo contenuto precettivo ed ha come conseguenza che il suo adempimento, o parallelamente inadempimento, non possa intaccare la validità ed efficacia degli atti posti in essere dai soci paciscenti all'interno della società, non potendo certo giungere ad eliminare l'incidenza eventuale di tali accordi sulle strutture proprietarie e gli assetti di governo della società.

Di tale aspetto, e quindi della distinzione tra sociale e parasociale, si è occupato recentemente anche un altro autore³⁹ che, riprendendo le riflessioni di Oppo, sostiene che "l'essenza dei patti parasociali si coglie...nell'attinenza del loro oggetto alla regolamentazione di situazioni giuridiche originanti dal contratto di società, e...nella collocazione di tale regolamentazione al di fuori del contratto di società". Il primo carattere, secondo l'autore, spiegherebbe "l'accessorietà del patto parasociale al contratto sociale ed il collegamento esistente tra i due negozi", il secondo carattere darebbe conto "della separazione e contrapposizione tra i due negozi su molteplici piani", tra cui il piano della validità, in cui "alle speciali norme dettate per la nullità delle società e per l'invalidità delle delibere...si contrappongono le generali norme sull'invalidità del contratto, applicabili ai patti parasociali".

Tuttavia, precisa l'Autore, sostenere l'assoggettabilità dei patti parasociali alle norme generali sull'invalidità del contratto "non significa asserire l'indifferenza di tali patti alla normativa societaria", in quanto il contrasto con tale disciplina può porsi sia direttamente "conducendo alla nullità del patto ex art. 1418 c.c. per illiceità dell'oggetto, della causa, del motivo comune", sia indirettamente ex art. 1344 c.c., poiché l'incidenza di fatto del parasociale

³⁸ *Ibidem*, 524.

³⁹ Cfr., G.A. RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle cd. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. soc.*, 1991, 596 ss.

sul rapporto sociale permette di concepire la possibilità di elusione della normativa societaria inderogabile secondo il meccanismo della frode alla legge”.

Tutte le considerazioni esposte spingono dunque ad una ricostruzione della fattispecie come accordi tra privati, inerenti a materie a contenuto solitamente economico, e quindi disponibili, che tuttavia possono avere ripercussione all'esterno del loro ambito di efficacia, inserendosi all'interno di una struttura e di un'organizzazione coinvolgente altri interessi oltre a quelli dei soci contraenti.

2. Il dibattito sulla natura e sulla validità della fattispecie in esame, non contenendo il codice del 1942 alcun richiamo alla disciplina di tali accordi⁴⁰, è stato a lungo affidato all'opera della dottrina e della giurisprudenza; la prima, eccettuata una risalente corrente di segno contrario⁴¹, sensibile all'espansione della figura e sostenitrice, pur con diversi sviluppi, della sua validità; la seconda, pur nella rarità degli interventi, radicata a lungo su indirizzi contrari a riconoscere la legittimità dei patti parasociali⁴².

⁴⁰ La categoria ha, come si è visto, origine dottrinale, non avendo il legislatore delineato una nozione di patti o accordi parasociali né formulato alcuna normativa da cui potesse intendersi fissata una loro validità. Nella *Relazione al Codice* si legge peraltro che la molteplicità dei casi di cui si sarebbe dovuto tener conto ha spinto i redattori a non regolamentare l'istituto, senza tuttavia considerarlo illecito *a priori*, lasciando che il giudizio sulla loro validità si potesse esprimere caso per caso, considerato che “l'apprezzamento dipende molto dall'esame delle situazioni concrete e spetta quindi più al giudice che al legislatore”; così la Relazione al Re sul codice civile, *Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla relazione al disegno di legge sul “Valore giuridico della carta del lavoro”* n. 972, Roma, 1943, 657. Nella vigenza del codice del 1865, la dottrina era orientata a riconoscere il voto come bene non commerciabile, per sua natura connesso in modo inscindibile con la proprietà dell'azione; di conseguenza si riteneva che il socio non potesse privarsi del diritto di voto né attraverso un atto di vendita né attraverso la stipula di un patto con cui si impegnava ad esercitare il proprio diritto in modo predeterminato, comportando tale convenzione un conflitto di interessi con le finalità proprie della società. Tale argomentazione portava a negare la validità di qualsiasi forma di patto, e ciò sia in quanto il diritto di voto era considerato un dovere e non un diritto del socio, e per questo doveva essere esercitato nell'interesse sociale, sia perché il metodo assembleare era ritenuto inderogabile e, di conseguenza, la volontà sociale non poteva formarsi ed esprimersi al di fuori dell'assemblea. Per questi motivi la dottrina maggioritaria riteneva che i patti di sindacato (in particolare di voto), non fossero ammissibili nel nostro ordinamento.

⁴¹ In dottrina contrarie all'ammissibilità dei patti parasociali erano le opinioni di G. BONELLI, *Ancora a proposito di nuove forme contrattuali*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, I, 142; A. SCIALOJA, nota ad App. Milano, 12 dicembre 1911, in *Foro it.*, 1912, I, 181; C. VIVANTE, *Gli azionisti non possono alienare o vincolare il loro diritto di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, 173.

⁴² Cfr., Cass., 3 marzo 1938, n. 706; Cass., 19 febbraio 1954, n. 442; Cass., 25 gennaio 1965, n. 136; Cass., 22 dicembre 1969, n. 4023; Cass., 23 aprile 1969, n. 1290; Cass., 23 aprile 1975, n. 1581, App. Roma, 24 gennaio 1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 262, secondo la quale l'integrità della struttura tipica di una società è preservata “a tutela dei terzi e della collettività, mediante la sottrazione ai soci del potere di disporre, o comunque, di menomarla con atti di autonomia privata”; App. Roma, 14 gennaio 1991, in *Giur. comm.*, 1991, 448 ss., che nel decidere dell'impugnazione proposta avverso il lodo Mondadori/Cir, ha affermato l'invalidità del lodo avente ad oggetto un contratto preliminare di permuta azionaria inserito tra le clausole di un patto parasociale che prevedeva un sindacato di voto, in quanto gli arbitri non avevano rilevato la nullità del sindacato di voto. In particolare la Corte ha ritenuto la nullità del sindacato contenuto nella convenzione CIR-Mondadori per contrasto con i principi essenziali ed inderogabili che regolano l'assetto istituzionale delle società di capitali, ed in particolare per violazione dei principi in materia di espressione del voto in assemblea.

Gli argomenti portati dalla giurisprudenza nel motivare la nullità delle pattuizioni parasociali, ed in particolar modo dei sindacati di voto⁴³, attenevano alla violazione dei diritti fondamentali dei soci e del corretto funzionamento dell'organo assembleare inteso quale sede esclusiva di formazione della volontà societaria, di talchè l'illegittimità della figura veniva ricollegata ai principi dell'intangibilità del diritto di voto, dell'inderogabilità del metodo assembleare, della necessaria determinazione o determinabilità dell'oggetto della convenzione⁴⁴ e, correlativamente, la sua validità ricondotta alla condizione di non compromettere l'interesse sociale e di non privare dei suoi poteri l'organo assembleare⁴⁵.

Inoltre, posta la natura contrattuale dei patti parasociali e la loro inquadrabilità nei contratti atipici, gli stessi sono stati sottoposti sin dalle prime pronunce al duplice giudizio di meritevolezza previsto dall'art. 1322, II comma, c.c. sia in ordine all'accertamento della non

⁴³ Nel panorama dottrinario e giurisprudenziale è stata la categoria dei sindacati azionari (fondamentalmente distinti nelle due categorie dei sindacati di voto e dei sindacati di blocco) il centro di un ricco dibattito sviluppatosi con riferimento alla compatibilità con l'ordinamento societario, e quindi alla validità, di tali pattuizioni tra soci. L'incertezza teorica in particolare sulla validità dei sindacati di voto (definiti dal legislatore nell'articolo 1, primo comma, lett. m) del d. lgs. 175/95, con ampia nozione, quali "qualsiasi accordo tra soci che regola l'esercizio del voto", mentre la dottrina, valorizzando l'aspetto organizzativo idoneo a distinguerli dagli altri patti parasociali, li definisce come "patti con cui taluni soci si impegnano a concordare preventivamente la condotta da assumere in assemblea e ad uniformare il voto a quanto in precedenza deciso oppure conferiscono mandato irrevocabile ad un partecipante o ad un terzo affinché voti sulla base di scelte discrezionali o della volontà dei membri del sindacato", così VIDIRI, *I sindacati di voto: un antico contrasto tra approdi dottrinali e giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 1995, 1323 ss.; ATELLI, *Recesso ed inadempimento nelle convenzioni di voto*, in *Contr. e impr.*, 1997, 67 ss.) contrapponeva da un lato chi ne sosteneva l'illiceità in quanto comportanti di fatto una violazione delle regole di formazione della volontà sociale all'interno del procedimento assembleare e del principio maggioritario (cfr., al riguardo, tra i molti autori che si sono occupati del problema, G.COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1958; M. BERNARDINI, *Rivisitare la giurisprudenza sui sindacati di voto*, in *Contr. e impr.*, 1988, 716 ss.; N. SALANITRO, *Il regime dei sindacati azionari*, in *Riv. soc.*, 1988, 743 ss.; F.GRANDE STEVENS, *Ancora sui "patti di voto"*, in *Contr. e impr.*, 1990, 961 ss.), dall'altro chi, senza condannare aprioristicamente la categoria in blocco, proponeva un approccio casistico degli accordi per valutarne la compatibilità con l'ordinamento societario (in tal senso, cfr., P.SCHLESINGER, *Sindacati di voto: oggetto delle clausole*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 419 ss.; P.G. JAEGER, *Il problema delle convenzioni di voto*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 201 ss.). Per un'efficace sintesi dell'evoluzione dottrinale ed ulteriori riferimenti si rinvia a G. RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società*, II, Padova, 2003, 113 ss.

⁴⁴ Cfr., S. GRASSANI, *I contratti parasociali*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. GALGANO, I, Torino, 1998, 502 ss. Con la sentenza della Cassazione 5 luglio 1958, n. 2422, la Corte, parlando per la prima volta di patti parasociali e di conflitto di interessi, afferma che la nullità del patto (che è limitazione di ordine pubblico), "può riguardare solo quei casi nei quali può sussistere un conflitto di interessi tra soci e società". Nella successiva sentenza 25 gennaio 1965, n. 136, la Cassazione ha puntualizzato che il conflitto di interesse non è l'unico limite di ordine pubblico alla validità dei patti parasociali, ma lo sono anche le norme che disciplinano il modo di formazione della volontà societaria, non disponibili in quanto aventi anch'esse natura di ordine pubblico, la cui violazione costituisce causa di nullità dell'accordo parasociale.

⁴⁵ Cfr., Cass., 25 gennaio 1965, n. 136, che reputa nullo il patto con cui i criteri di nomina degli amministratori vengono predeterminati dai soci invece che dall'assemblea sociale, e ciò sul presupposto che "le norme che disciplinano la struttura ed il funzionamento delle società sono di ordine pubblico" per cui "ogni accordo tra soci che stabilisca un assetto organizzativo e funzionale diverso da quello stabilito dal legislatore..è nullo essendo contrario a norme imperative"; Trib. Milano, 14 aprile 1989, in *Giur. comm.*, 1990, 158 ss. che considera illeciti i patti retti dalla regola maggioritaria e con oggetto indeterminato; Cass., 22 dicembre 1989, n. 5778 che reputa contrario agli interessi della società e dunque affetto da nullità il patto con cui i soci si erano impegnati reciprocamente a svendere i beni sociali ad un prezzo irrisorio a favore di terzi o di loro stessi, così ribadendo l'esistenza di una serie di principi di diritto societario che non possono essere derogati da accordi tra i soci; Cass., 27 luglio 1994, n. 7030, che ha considerato contrastante con l'interesse della società il patto con cui i soci si erano impegnati nei confronti di un terzo, socio uscente ed ex amministratore, a non deliberare l'azione di responsabilità sociale nei suoi confronti.

illiceità degli interessi perseguiti, sia in ordine alla meritevolezza per l'ordinamento di detti interessi⁴⁶.

In tal senso già una giurisprudenza risalente riteneva ammissibili i sindacati di voto all'unanimità, o comunque tali da non costituire, per i convenuti limiti di oggetto e tempo, uno svuotamento permanente dell'assemblea societaria⁴⁷, in quanto essi “rispondono all'esigenza, comunemente avvertita, di evitare la dispersione di forze attuandone invece un concentramento che permette al gruppo di esercitare una concreta influenza nella vita della società” ed allo stesso tempo consentono “di esprimere un voto più meditato ed aderente all'interesse comune”. La Corte in tal senso suggeriva che il giudizio sulla validità o meno di tali accordi fosse espresso caso per caso, ritenendo che “la validità di un accordo di sindacato deve essere stabilita alla stregua delle situazioni concrete e può essere esclusa, per violazione di norme e di principi imperativi, quando attraverso il patto stesso, o l'assemblea risulti permanentemente svuotata di funzione e di contenuto, o quando venga ad essere soppressa la libertà di voto con la possibilità di formazione di maggioranze assembleari fittizie (*il che comporta l'implicita valutazione di illegittimità dei sindacati a maggioranza*), o quando il voto risulti vincolato ad interessi in contrasto con quello della società”.

Successivamente la giurisprudenza di legittimità si è spinta a reputare validi anche quei sindacati di voto con i quali i soci si obbligano a votare come stabilito dalla maggioranza, in quanto “simili patti, ove contenuti in convenienti limiti di tempo e di oggetto e ove rispondano a un criterio di meritevolezza generale e speciale, rappresentato dall'interesse sociale, indicato dallo stesso relatore del codice, possono essere riconosciuti anche nel nostro ordinamento”⁴⁸.

Vero è che alcuni interventi normativi susseguitisi nel corso degli anni '90⁴⁹, contenenti espliciti riferimenti ai patti parasociali, avevano indotto parte della dottrina a scorgervi un

⁴⁶ Cfr., in dottrina, B. LIBONATI, *Sindacati di voto e gestione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I 101 ss., che riconduce la meritevolezza dei sindacati di voto alla possibilità di perseguire un'efficace gestione dell'impresa; P. BERNARDINI, *Clausole sull'organizzazione dei sindacati di voto*, in F. BONELLI e P. J. JAEGER (a cura di), *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, Milano, (Giuffrè), 1993, 88 ss., che fonda la meritevolezza dei sindacati di voto sulla loro idoneità ad assicurare un maggior grado di stabilità alla gestione aziendale.

⁴⁷ Cfr., Cass., 23 aprile 1969, n. 1290, in *Foro it.*, 1969, 1735 ss.

⁴⁸ Cfr., Trib. Milano, 28 marzo 1990, in *Giur. comm.*, 1991, 786. Il Tribunale, nel giudicare della validità del patto di sindacato AMEF, ne ha statuito la nullità sulla base peraltro della considerazione che si trattasse di un'ipotesi di patto con un'efficacia a carattere reale, in cui non era possibile riscontrare una “reiterazione del voto in assemblea da parte dei soci che hanno votato nel sindacato...ma una rinuncia preventiva ad esercitare il proprio voto”.

⁴⁹ A partire dalla legge sull'editoria (l. 416/81, il cui art. 2 impone agli azionisti di società editrici aderenti a patti parasociali, che consentono l'esercizio del controllo, di comunicare il traferimento della propria partecipazione), una serie di norme legislative ed amministrative ha fatto esplicito riferimento ai patti di sindacato come elementi costitutivi di fattispecie produttive di effetti giuridici. Si possono citare a titolo esemplificativo e senza pretesa di completezza l'art. 37 della l. 223/90 in tema di imprese radiotelevisive; l'art. 26, II comma, lett. b) del D.lgs. 127/91 sul bilancio consolidato; il D. lgs. 83/92 che ha introdotto l'attuale art. 1, comma 5, lett. f) della legge 77/83 sui fondi comuni d'investimento immobiliare; l'art. 25, comma 1, lett. c) del D. lgs. 87/92 in materia di bilanci consolidati delle banche; il D.lgs. 90/92 che ha introdotto gli attuali artt. 5-bis, comma 2, e 5-quater delle l. 216/74; l'art. 7 e l'art. 10, commi 2 e

iniziale, seppur implicito, riconoscimento della meritevolezza degli interessi perseguiti con la loro stipulazione, e quindi della loro validità.

Di fronte infatti all'espressa menzione dei patti parasociali operata dal legislatore, sia pure attraverso leggi speciali ed in modo indiretto, la dottrina si era divisa tra quanti ritenevano di poterne desumere il definitivo riconoscimento della meritevolezza degli interessi perseguiti con tali accordi e quindi della validità della figura⁵⁰, e quanti invece la interpretavano come mera ricognizione da parte del legislatore di un fenomeno largamente e sempre più diffuso nella pratica societaria⁵¹.

In assenza peraltro di un preciso ed inequivocabile intervento legislativo *ad hoc* la dibattuta questione della legittimità dei patti parasociali e della loro validità quali contratti, fonte di

4, della l. 149/92 sulle offerte pubbliche di vendita, sottoscrizione, acquisto e scambio di titoli; l'art. 20, comma 2, e l'art. 23, comma 2, del D. lgs., 385/93, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia; gli artt. 1, 2, 3, e 8 della l. 474/94 in materia di privatizzazioni il cui art. 1, terzo comma, stabilisce che "al fine di costituire un nucleo stabile di azionisti di riferimento, la cessione della partecipazione deve essere effettuata invitando potenziali acquirenti...ad avanzare, agendo di concerto, offerte comprensive dell'impegno..di garantire, mediante accordo fra i partecipanti al nucleo stabile, determinate condizioni finanziarie, economiche e gestionali" e, infine, l'art. 10 del D.lgs. 415/96 sui servizi di investimento. Per una ricca esposizione panoramica di tali disposizioni normative si rinvia a RIOLFO, *Dall'evoluzione giurisprudenziale e normativa, recenti spunti per una riflessione critica sulla questione della validità dei patti di sindacato*, in *Contr. e impr.*, 2000, 73 ss.

⁵⁰ Favorevoli a riconoscere che il legislatore abbia inteso con tali interventi esprimere un giudizio di validità nell'ambito dell'ordinamento di questi patti, R.COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 25 ss., il quale, argomentando dalla presenza di norme che ricollegano ai patti di sindacato "una serie molto importante di effetti per il socio, per le società, per i rapporti tra socio e società, per i rapporti tra società e terzi", parla di "compatibilità in linea di principio dei patti di sindacato con l'ordinamento societario vigente"; LIBONATI, *Il problema della validità dei sindacati di voto: situazione attuale e prospettive*, in BONELLI e JEAGER (a cura di), *Sindacati di voto*, cit., 20 ss., il quale ritiene che gli interventi legislativi citati abbiano reso i sindacati di voto "certamente leciti"; G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Trattato delle società per azioni Colombo-Portale*, III, Torino, (Utet), 1994, 618 ss., che desume dalla citata normativa il riconoscimento della "validità di massima dei sindacati di voto, con particolare riferimento a quelli deliberanti a maggioranza"; G.SBISA', *Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione*, in *Contr. e impr.*, 1995, I, 69 ss. il quale, analizzando alcuni strumenti normativi che, nell'ambito del programma di privatizzazioni, imponevano la stipulazione di patti parasociali (il richiamo è in particolare alla deliberazione del 30 dicembre 1992 del CIPE, volta a regolare la dismissione della partecipazioni statali in società per azioni, il cui art. 13 prevedeva che "la realizzazione del nucleo stabile di azionisti di riferimento deve essere attuata mediante stipulazione di patti parasociali in grado di assicurare stabilità nell'assetto azionario e unità di indirizzo nella gestione della società mediante la costituzione di sindacati.."; ed alla legge 30 luglio 1994 n. 474 sulle privatizzazioni, contenente numerosi ed espliciti riferimenti ai patti parasociali), ritiene non solo che l'ordinamento "esplicitamente riconosce i patti parasociali come validi e produttivi di effetti giuridici, ma che li considera come strumenti essenziali anche per il perseguimento di interessi generali, tanto che, in certi casi, è lo stesso legislatore che ne impone la stipulazione", valutando in tal modo definitivamente e positivamente dato dal legislatore il giudizio "sul loro sicuro inquadramento tra i contratti diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela".

⁵¹ In tal senso, F. GALGANO, *Il paradosso dei sindacati di voto*, in *Contr. e impr.*, 1995, 65 ss.; e ID., *Diritto commerciale*, vol. II, *Le società*, 1992, 448 ss., secono il quale le disposizioni legislative che hanno imposto obblighi di comunicazione dei sindacati di voto e che ne hanno riconosciuto il rilievo al fine della determinazione del controllo azionario, lasciavano del tutto impregiudicato il problema della validità degli accordi parasociali, limitandosi a registrare l'esistenza del fenomeno, ricollegandovi effetti quale "semplice fatto giuridico" e prescindendo del tutto da un giudizio sulla loro liceità (così *op. ult. cit.*, 448); GRASSANI, *I sindacati di voto e la legislazione speciale: ubi lex dixit..voluit?*, in *Contr. e impr.*, 1995, I, il quale desume dalla normativa speciale non certo l'indiscriminata legittimazione di tutti gli accordi parasociali, quanto l'esistenza di "una c.d. area di validità, o validità in principio, dei sindacati di voto". Si colloca in una posizione intermedia BERNARDINI, *cit.*, 87, il quale ritiene "pur sempre aperto il problema dei limiti di liceità di un sindacato di voto", pur ammettendo che le citate disposizioni normative ne abbiano ampliato decisamente i confini.

obbligazione dei soci gli uni nei confronti degli altri, non ha trovato uno sbocco risolutivo nemmeno nell'opera della giurisprudenza che, pur in un clima di crescente favore nei confronti della figura, ha continuato a pronunciare sentenze dichiarative di nullità degli accordi considerati in quanto espropriativi delle funzioni e dei poteri dell'assemblea e quindi contrastanti con interessi primari della società garantiti da norme imperative⁵².

Solo a partire dalla metà degli anni '90, la costante pressione della dottrina e l'interesse dimostrato dal legislatore nei confronti delle pattuizioni parasociali hanno peraltro indotto le Corti, sulla scia della già citata pronuncia della Suprema Corte del 1969, a rivedere delle posizioni che parevano consolidate e ad assumere un atteggiamento di apertura, considerando non incompatibili in assoluto gli accordi parasociali con l'ordinamento societario, ma ritenendoli anzi in linea di principio validi in quanto diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela quali quello alla stabilità della gestione societaria e quello alla governabilità dell'impresa.

Significativa di tale posizione di progressivo favore nei confronti dei patti parasociali è in particolare una recente pronuncia della Corte di Cassazione che, seppur variamente interpretata in dottrina⁵³, ha operato il riconoscimento, in via compiuta e definitiva, della liceità dei patti parasociali (segnatamente delle convenzioni di voto), considerandoli quali "convenzioni atipiche meritevoli di tutela"⁵⁴.

Con la sentenza del 20 settembre 1995, n. 9975, la Corte, pur dichiarando nullo il patto parasociale che vincoli le parti senza determinazione di durata, riconosce infatti come "la più recente legislazione alluda ormai con tale e tanta frequenza all'ipotesi di patti di sindacato aventi ad oggetto l'esercizio del voto in assemblea da rendere ormai davvero improponibile la tesi di un'incompatibilità di principio tra l'ordinamento societario e gli accordi parasociali destinati a disciplinare l'esercizio del diritto di voto in assemblea"⁵⁵.

⁵² Così Cass., 27 luglio 1994, 7030, la quale ha riconosciuto la nullità di un patto con cui i soci si erano impegnati a non votare l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore in quanto contrario all'interesse sociale; Trib. Bologna, 12 dicembre 1995, in *Le Società*, 1996, 907 ss.

⁵³ La quale da un lato vi ha intravisto, seppur con qualche riserva, un significativo *revirement* (cfr., i commenti alla sentenza di BUONOCORE, CALANDRA BUONAURA, CORSI, COSTI, GAMBINO e JAEGER in *Giur. comm.*, 1997, II, 58 ss.), dall'altro ne ha declassato le enunciazioni al rango di meri *obiter dicta* (cfr., COTTINO, *Anche la giurisprudenza canonizza i sindacati di voto?*, in *Giur. it.*, 1996, I, 164; GAMBINO, *Un revirement della Cassazione in materia di sindacati di voto?*, in *Giur. comm.*, 1997).

⁵⁴ Si tratta del *leading case* Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Giur. comm.*, 1997, II, 50 ss.; in termini di ammissibilità dei patti parasociali si sono espresse anche Cass., 22 ottobre 1996, n. 9191, in *Giur. Comm.*, 1997, II, 240ss.; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, in *Giur. comm.*, 1997, II, 485 ss.; Trib. Roma, ord. 20 dicembre 1996, il quale ritiene che "i patti parasociali..abbiano efficacia solo obbligatoria tra i contraenti ed esterna alla società di cui non alterano struttura ed ordinamento istituzionale"; Trib. Torino, 28 aprile 1998, in *Società*, 1999, 326 ss.; Trib. Lodi, 12 giugno 2002, in *Giur. it.*, 2002, 1888. e Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, in *Giur. comm.*, 2002, II, 666 ss., con nota di R.COSTI, ed in *Giur. it.*, 2002, 547, con nota di COTTINO.

⁵⁵ La Corte, muovendo dal presupposto che i sindacati di voto operano su un terreno esterno a quello dell'organizzazione sociale, ha escluso che essi possano incidere sulle funzioni e sui poteri dell'organo assembleare, ed

La pronuncia del Supremo Collegio, discostandosi dai molti precedenti di segno contrario, si spinge a valutare quali interessi primari della società possano essere pregiudicati da un patto parasociale (nel caso specifico un sindacato di voto), ritenendo che “il fatto che il socio si sia in altra sede impegnato a votare in un determinato modo ha rilievo solo per l’eventuale responsabilità contrattuale nella quale egli incorrerebbe – ma unicamente verso gli altri firmatari del patto parasociale – violando quell’accordo...sicchè il vincolo obbligatorio così assunto opera non dissimilmente da qualsiasi altro possibile motivo soggettivo che possa spingere un socio ad esprimere il suo voto in assemblea in un determinato modo. Senza che nessuno possa impedire a quel socio di optare per il non rispetto del patto di sindacato, ogni qualvolta, a suo personale giudizio, l’interesse ad un certo esito della violazione assembleare prevalga sul rischio di dover rispondere dell’inadempimento del patto”⁵⁶.

Non sussiste dunque per la Corte il paventato effetto di svuotamento dei poteri assembleari riconducibile al patto parasociale e ciò conduce ad escludere che possa per quel motivo sostenersi la tesi dell’invalidità per principio dei patti parasociali.

Merita ribadire che la Suprema Corte fonda la validità degli accordi in esame sul fatto che essi sono estranei al “piano del sociale”, ed integrano una sorta di sovrastruttura, pur correlata con la struttura societaria sottostante, ma da essa indipendente, attraverso la quale si esplica e manifesta quella libertà contrattuale che è principio codificato nel nostro ordinamento.

In tal senso la Corte di Cassazione, introducendo un rilevante elemento di novità, ritiene che in virtù della separazione del sociale dal parasociale, la validità di quest’ultimo non sia più condizionata al rispetto di interessi generali ultronei rispetto a quelli dei soci, o a principi di ordine pubblico, o al rispetto di norme inderogabili in materia societaria, bensì al rispetto della disciplina codicistica in tema di contratti.

Traspare dunque in modo inequivoco dall’argomentazione della Corte che laddove l’accordo ha la funzione di vincolare tutti i soci o alcuni di essi a tenere un certo comportamento all’interno della compagine sociale -il mantenimento del controllo in mano a determinati soggetti, la possibilità di concordare determinate strategie prima dell’assemblea, la personalizzazione della struttura societaria al fine di adattarla alle esigenze concrete- esso deve

ha ritenuto inoltre che il vincolo nascente da tali patti, in quanto esterni al rapporto sociale, non impedisca al socio di determinarsi liberamente nell’esercizio del diritto di voto in assemblea, ben potendo il socio votare anche difformemente al vincolo pattizio.

⁵⁶ La Corte, ribadendo “il carattere strettamente personale e meramente obbligatorio che necessariamente inerisce a pattuizioni di tale genere”, precisa nel giudicare della validità dell’accordo portato alla sua cognizione, che esso è tale da conferire alle parti “la possibilità di far pesare la propria volontà, in ordine alla nomina delle cariche sociali, in misura ben superiore a quella che altrimenti sarebbe derivata dalla minima percentuale di partecipazione di ogni singolo socio al capitale della società”, intendendo in tal senso individuare una funzione positiva del patto parasociale anche per coloro che, in posizione minoritaria all’interno della società, aderiscono ad un accordo di sindacato.

essere positivamente considerato, in quanto avente carattere obbligatorio e non contrastante (in via di principio) con le norme dell'ordinamento giuridico societario.

Ancora più chiaramente la successiva decisione della Suprema Corte n. 7614 del 19 agosto 1996⁵⁷, ritenendo la generale validità dei patti parasociali in quanto contratti atipici meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c., ribadisce la necessità di distinguere “tra la sfera del sociale, che principalmente attiene all'organizzazione ed al funzionamento dell'ente...e l'ambito del parasociale, cui si riferiscono gli accordi, retti unicamente dal diritto generale dei contratti, destinati a regolare le posizioni soggettive di soci o di terzi ai quali la società, in quanto tale, resta estranea”. Il patto parasociale, continua la Corte, è destinato a “vincolare i soci che lo abbiano stipulato, ma non anche a riflettersi sulla conformazione dell'ente societario...quel patto, quindi, appare idoneo a generare diritti e obblighi personali tra i soci, ma non a produrre effetti sul funzionamento e sull'organizzazione della società”.

Se dunque questo era, in estrema sintesi, il panorama dottrinale, normativo e giurisprudenziale della problematica relativa ai patti parasociali che si presentava all'interprete alla metà degli anni '90, occorre verificare se gli interventi normativi che si sono succeduti a breve distanza l'uno dall'altro, e che su tale substrato si sono innestati, offrano nuovi argomenti alla nostra ricerca.

3. Il D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, contenente il Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria⁵⁸, per primo ha dettato una compiuta regolamentazione dei patti parasociali, segnatamente dei sindacati azionari, anche se limitatamente ai patti afferenti alle società con azioni quotate in borsa ed alle società che le controllano⁵⁹.

⁵⁷ In *Giur. comm.*, 1997, 485 ss., nota di Galletti.

⁵⁸ Il testo unico delle disposizioni in materia finanziaria rappresenta il punto di approdo di una lunga e laboriosa opera di traduzione in un testo normativo delle deleghe legislative contenute nella legge 6 febbraio 1996 n. 52 (Legge comunitaria per il 1994), con la quale si era delegato il Governo a dare attuazione alle direttive CEE 93/22/CEE del 10 maggio 1993 e 93/6/CEE del 15 marzo 1993 in tema rispettivamente di servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari e di adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, con il compito altresì di emanare un testo unico di coordinamento delle disposizioni attuative delle direttive. L'articolo 21 della legge delega prevedeva in particolare che “in sede di riordinamento normativo delle materie concernenti gli intermediari, i mercati finanziari e mobiliari e gli altri aspetti comunque connessi” avrebbe potuto essere altresì “modificata la disciplina relativa alle società emittenti titoli sui mercati regolamentati, con particolare riferimento al collegio sindacale, ai poteri delle minoranze, ai sindacati di voto, ai rapporti di gruppo, secondo criteri che rafforzino la tutela del risparmio e degli azionisti di minoranza”. Il Testo Unico non ha pertanto limitato il proprio ambito applicativo al riordino della disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari e mobiliari ma ha inciso, intervenendo in tema di organizzazione funzionamento della società, sia sui diritti dell'investitore ad un'informazione idonea, sia sul complesso degli strumenti a tutela delle minoranze sia, infine, sul fronte delle dinamiche del controllo societario, nell'esigenza di individuare un punto di equilibrio fra stabilità e contendibilità degli assetti proprietari delle società quotate.

⁵⁹ Dovendosi attenere ai limiti della legge delega, il Testo Unico è intervenuto solo relativamente alle società emittenti titoli sui mercati regolamentati, ed ha affrontato e disciplinato gli interessi specifici degli investitori in titoli quotati ed

Il legislatore infatti ha preso atto della diffusa realtà delle convenzioni di voto, di blocco, di consultazione e di acquisto concertato, imponendo obblighi di pubblicità volti a tutelare l'interesse pubblico alla trasparenza del controllo delle società quotate, nell'ambito di una disciplina volta a realizzare un adeguato equilibrio tra le ragioni della contendibilità del controllo societario, che potrebbe risultare limitata proprio dalla presenza di pattuizioni parasociali, e della stabilità dell'assetto organizzativo e gestionale delle imprese.

Più esattamente, l'art. 122 dispone, al primo comma, che "i patti, in qualunque forma stipulati, aventi per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società con azioni quotate e nelle società che le controllano", anche non quotate, devono essere "a) comunicati alla Consob entro cinque giorni dalla stipulazione; b) pubblicati per estratto sulla stampa quotidiana entro dieci giorni dalla stipulazione; c) depositati presso l'Ufficio del Registro delle Imprese ove la società ha la sede legale entro quindici giorni dalla stipulazione".

L'inosservanza di tali obblighi determina la nullità dei patti (comma 3) ed il divieto dell'esercizio del diritto di voto inerente ai portatori delle azioni quotate in relazione alle quali tali obblighi non sono stati adempiuti.

Il successivo comma 5 puntualizza che le disposizioni sopra citate si applicano, oltre che ai sindacati di voto, ai patti, in qualunque forma stipulati: a) che istituiscono obblighi di preventiva consultazione per l'esercizio del diritto di voto (si tratta dei cd. sindacati di consultazione)⁶⁰; b) ai patti che pongono limite al trasferimento delle relative azioni o di strumenti finanziari che attribuiscono diritti di acquisto o di sottoscrizione delle stesse (si tratta principalmente dei cd. sindacati di blocco⁶¹); c) ai patti che prevedono l'acquisto delle azioni o degli strumenti finanziari di cui alla lettera b; d) ai patti che hanno per oggetto o per l'effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società; d)*bis* ai patti volti a favorire o a contrastare il conseguimento degli obiettivi di un'offerta pubblica di acquisto o di scambio, ivi inclusi gli impegni a non aderire ad un'offerta.

in generale l'efficienza del mercato mobiliare. Le relative disposizioni dunque, e per quanto qui più interessa quelle relative ai patti parasociali, non sono analogicamente applicabili ai patti parasociali concernenti società non quotate, difettando *l'eadem ratio* (CARBONETTI, op.cit., 912, il quale peraltro ritiene applicabile ai patti parasociali relativi alle società non quotate l'art. 123 e l'art. 207).

⁶⁰ Cfr., sull'argomento, IRTI, *I patti di consultazione*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, cit., 75 ss.

⁶¹ Discusso è in dottrina se in tale nozione rientrino anche i patti che limitano la costituzione o il trasferimento di altri diritti reali (quali pegno o usufrutto). Favorevoli sono le opinioni di PICCIAU, *Commento all'art. 122*, in *La disciplina delle società quotate nel Testo Unico della Finanza. Commentario*, a cura di Marchetti-Bianchi, Milano, 1999, I, 863; e MEO, *Le società con azioni quotate in borsa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Giappichelli, 2002, 91 ss. In giurisprudenza si ritiene che nella categoria delineata rientrino i "patti che limitino effettivamente la libertà dell'aderente di compiere atti di vendita delle azioni e quindi il trasferimento delle azioni da parte dell'aderente" (cfr., Trib. Milano, 10 maggio 2000, in *Giur. it.*, 2001, 334 ss., relativamente ai patti con cui ci si obbliga a non aderire ad un'offerta pubblica di acquisto).

La circostanza che il legislatore si sia astenuto dal formulare una definizione di patto parasociale, limitandosi a selezionare alcune delle fattispecie più ricorrenti nella pratica, ha diviso la dottrina in ordine all'ambito di applicazione della relativa disciplina, ed in particolare relativamente alla tassatività dell'elencazione delle tipologie di patti di cui all'art. 122 ovvero alla possibilità di ricondurre alle fattispecie di patti rilevanti, ed alla conseguente normativa, anche convenzioni diverse e non direttamente assimilabili a quelle che la dottrina e la prassi individuano quali parasociali, purchè producano gli effetti previsti dall'art. 122⁶².

Ciò che pare non essere messo in dubbio in dottrina è che i tipi di patto oggetto della disciplina in esame non esauriscono la categoria dei patti parasociali, nella quale rientrano sicuramente anche altri tipi di accordi, come ad esempio gli accordi tra soci per finanziare la società o coprirne le perdite⁶³.

Il legislatore, tra la molteplicità di accordi tra soci inquadrabili nella vasta categoria dei patti parasociali, ha scelto racchiudendoli nella previsione normativa solo alcuni di essi che, a ben vedere, formano una categoria omogenea, essendo tutti strumenti che consentono di controllare la società. Ciò comporta come logico corollario che la separazione tra sociale e parasociale affermata da parte della giurisprudenza non possa essere sostenuta con analoga nettezza, come del resto si vedrà oltre.

Al fine di impedire la cristallizzazione di situazioni di potere, il successivo art. 123 assume una precisa posizione in ordine alla durata degli accordi, prevedendo che i patti, se a tempo determinato, non possono avere durata superiore ai tre anni, e si intendono siglati per tale durata anche se le parti abbiano previsto un termine maggiore. Qualora invece siano stipulati a tempo indeterminato, la legge attribuisce a ciascun contraente il diritto di recedere con un preavviso di sei mesi (comma 2). Analogo diritto di recesso, ma senza preavviso, è attribuito agli azionisti che intendano aderire ad un'offerta pubblica di acquisto o di scambio promossa ai sensi degli artt. 106 o 107 T.U.F., ovvero ad un'offerta pubblica di acquisto totalitaria o preventiva⁶⁴.

⁶² In tal senso, cfr., A. TUCCI, *Patti parasociali e governance nel mercato finanziario*, Bari, 2005, 52 ss., il quale riconduce alla disciplina dei patti parasociali dettata dal testo Unico gli accordi di lock up, ovvero gli accordi stipulati tra il socio di maggioranza ed i soggetti incaricati del collocamento delle azioni in occasione di offerte pubbliche di vendita finalizzate all'ammissione alla quotazione di borsa e aventi ad oggetto impegni di non alienazione a carico del primo e vincoli all'esercizio del diritto di voto; accordi questi che la Consob ha ritenuto non qualificabili come patti parasociali e solo "astrattamente riconducibili" alle fattispecie di cui all'art. 122, I e V, lett. b), T.U. (cfr., Comunicazione n. DIS/29486 del 18 aprile 2000 e Comunicazione DEM/2057476 del 14 agosto 2002), con esclusione pertanto dell'applicazione della relativa disciplina.

⁶³ Cfr., CARBONETTI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 910.

⁶⁴ Per l'applicazione estensiva o analogica della normativa disciplinante il diritto di recesso anche ai patti parasociali non rientranti nell'elencazione di cui all'art. 122, cfr., TUCCI, *Patti parasociali*, cit., 22 ss., che la ritiene praticabile "ove ricorra il requisito dell'*eadem ratio*", e G.A. RESCIO, *La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2002, 853.

L'interpretazione data in dottrina di tale testo normativo ha portato una serie di autori ad affermare l'esistenza di una precisa volontà legislativa di considerare validi i patti parasociali, intesi quali tipica forma di esplicazione dell'autonomia privata⁶⁵: il fatto che le disposizioni introdotte operino dei collegamenti tra convenzioni parasociali e una serie di effetti per il socio e la società comporterebbe una sorta di riconoscimento normativo quanto meno della compatibilità dei patti con l'ordinamento societario⁶⁶.

L'Oppo in particolare, argomentando dall'art. 123, che "considera e regola il patto...non come *fatto* ma come *contratto* e regola il *rapporto* pattizio tra le parti", vi scorge quale unico e possibile presupposto logico il riconoscimento della validità del patto, "cioè della compatibilità, di massima, con le regole dell'organizzazione societaria", ritenendo pertanto che il decreto risolve "in senso affermativo il problema della validità (in linea di principio) dei sindacati di voto e in genere dei patti parasociali considerati nell'art. 122"⁶⁷.

Ciò peraltro non impedisce all'Autore di valutare se una pattuizione parasociale "possa in concreto ritenersi invalida se non per tipico contrasto" con le regole imperative dell'organizzazione societaria, "per contrasto con altri principi, generali o speciali", quesito questo non risolto dall'art. 122.

In tal senso l'Oppo conclude per la "validità di massima dei patti che hanno ad oggetto l'esercizio del diritto di voto", nonché per la validità "almeno in linea di principio" dei patti di consultazione, dei patti relativi al trasferimento o all'acquisto delle azioni o di strumenti finanziari che le riguardano, e di tutti i patti che abbiano per oggetto o per effetto l'esercizio di

⁶⁵ Cfr., CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., 333, specificamente in ordine alla validità dei sindacati di voto a maggioranza; GALGANO, *Nuovo diritto societario*, cit., 86 ss.; R. TORINO, *Note in tema di efficacia dei patti parasociali di blocco e di contendibilità del controllo societario nell'ordinamento giuridico italiano e francese*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 717 ss., secondo il quale "il Testo unico dell'intermediazione finanziaria, prendendo spunto dalla normativa precedente (il riferimento è all'art. 10 della legge 149/92), assume la validità in linea di principio delle pattuizioni di blocco in via generale, così come di ogni altro patto parasociale da esso contemplato"; CARBONETTI, *I patti parasociali nelle società non quotate alla luce del Testo Unico della Finanza*, in *Riv. soc.*, 1998, 909 ss., secondo il quale l'importante conseguenza sistematica della nuova disciplina è quella di considerare leciti, validi ed efficaci i patti parasociali, discendendo dall'art. 122 che tali accordi "vengono considerati in linea di principio corrispondenti ad un interesse meritevole di tutela", continua l'Autore specificando che "non avrebbe evidentemente senso far discendere dall'inosservanza di disposizioni quali quelle relative alla pubblicità, la nullità dei patti ovvero da vicende specifiche, quali l'opa, la recedibilità *ad nutum* dai patti stessi, se i patti in questione non fossero riconosciuti dal legislatore validi e vincolanti tra le parti", ib., 911; CHIAPPETTA, *I patti parasociali nel testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Riv. soc.*, 1998, 988 ss., secondo il quale "con il Testo Unico...si è giunti al definitivo ed esplicito riconoscimento della legittimità e della meritevolezza di tutela giuridica dei patti parasociali".

⁶⁶ Cfr., SBISA', *Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione*, in *Contr. e impr.*, 1995, 69 ss., secondo il quale non si può più fondatamente ritenere che il patto parasociale sia solo assunto come mero presupposto di fatto nel momento in cui la legge collega rilevanti effetti giuridici ad esso.

⁶⁷ Cfr., OPPO, *Patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 215 ss. (in particolare 218-219), il quale rinviene un altro argomento testuale a fondamento della propria affermazione nella norma transitoria dell'art. 207, la quale dispone che i patti preesistenti debbano essere depositati entro un mese dall'entrata in vigore dell'art. 122 e che essi restino efficaci "fino al termine pattuito ma comunque non oltre il 1 luglio 2001".

un'influenza dominante sulle società quotate e sulle controllanti, sottoposti alla stessa disciplina dettata per i sindacati di voto, almeno quanto agli obblighi di comunicazione e dei pubblicità, alla durata ed al diritto di recesso⁶⁸.

L'Autore peraltro richiama l'attenzione sulla necessità di tener conto del collegamento esistente tra sociale e parasociale, ribadendo che la validità del singolo patto parasociale è comunque condizionata alle esigenze causali del tipo sociale ed al necessario rispetto dei limiti generali dell'autonomia privata e delle esigenze di meritevolezza⁶⁹.

Altri, pur valutando che la frammentaria regolamentazione dei patti parasociali prevista nel Testo Unico non porti argomenti decisivi a favore della validità di tali accordi, vi ha intravisto comunque la presenza di spunti a supporto di un atteggiamento di "tendenziale apertura" al riconoscerne la legittimità.

Anche in questo caso peraltro la dottrina ha evidenziato che se anche le disposizioni introdotte sembrano escludere un giudizio di radicale illegittimità dei patti parasociali, pur tuttavia è compito dell'interprete valutare, caso per caso, il possibile contrasto tra le singole pattuizioni e le disposizioni normative generali o specifiche⁷⁰.

L'intervento legislativo non è passato inosservato anche nelle pronunce della giurisprudenza la quale, richiamandosi al precedente del 1995, è giunta ad affermare la validità dei patti parasociali, ed in particolare dei sindacati di voto, sul presupposto che essi operino su un terreno esterno a quello dell'organizzazione sociale: la distinzione tra i due piani del sociale e del parasociale comporta, secondo la Corte, che il patto non possa incidere, "proprio per la sua efficacia meramente interna al rapporto obbligatorio", sui poteri dell'organo assembleare e non possa metterne in discussione il funzionamento⁷¹.

La Suprema Corte, dopo aver ricordato che "i patti parasociali (e, in particolare, i sindacati di voto) sono, nella loro composita tipologia (che non consente, pertanto, la riconduzione ad uno schema tipico unitario), accordi atipici, volti a disciplinare, in via meramente obbligatoria tra i soci contraenti, il modo in cui dovrà atteggiarsi, su vari oggetti...il loro diritto di voto in

⁶⁸ Diversamente l'Autore ritiene invalido il patto "che si esaurisca in un accordo di operare in una certa congiuntura contro l'interesse sociale", accogliendo positivamente il giudizio espresso in tal senso anche dalla giurisprudenza (cfr., Cass., 7030/94, *cit.*); così come il patto avente ad oggetto l'esclusione di un socio dagli utili e dalle perdite.

⁶⁹ *Ibidem*, 222. Cfr., al riguardo anche R.COSTI, *I patti parasociali ed il collegamento negoziale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 200 ss. (in part. 206-7), secondo il quale le previsioni del testo unico "consentono di affermare che il legislatore considera in linea di principio meritevoli di tutela le convenzioni che abbiano quel contenuto, fermo restando, anche per esse, la necessità di vagliarne la compatibilità con le norme inderogabili fissate dall'ordinamento", dando peraltro per certo l'Autore che "quelle norme riducono quasi del tutto l'ambito del giudizio di meritevolezza consentito dall'art. 1322 c.c."

⁷⁰ Cfr., TUCCI, *Patti parasociali e governance del mercato finanziario*, *cit.*, 23 ss.; TOFFOLETTO, *Patti parasociali e società quotate*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, 284 ss.

⁷¹ Cfr., Cass., n. 14865 del 23 novembre 2001, *cit.*

assemblea”, precisa che “il vincolo che discende da tali patti opera, pertanto, su di un terreno esterno a quello dell’organizzazione sociale (dal che, appunto, il loro carattere “parasociale” e, conseguentemente, l’esclusione della relativa invalidità *ipso facto*), sicchè non è legittimamente predicabile, al riguardo, né la circostanza che al socio stipulante sia impedito di determinarsi autonomamente all’esercizio del voto in assemblea, né quella che il patto stesso ponga in discussione il corretto funzionamento dell’organo assembleare.”⁷².

La giurisprudenza dunque, proprio sulla base della normativa “di trasparenza” dei patti parasociali dettata dal Testo Unico in tema di pubblicità delle convenzioni di voto⁷³, ha abbandonato le remore ed i dubbi in tema di liceità delle pattuizioni parasociali prendendo atto del sempre più penetrante utilizzo dell’autonomia privata al di fuori degli schemi organizzativi dettati dal diritto societario e ritenendo che tale tendenza non sia incompatibile con una corretta organizzazione degli enti, ma anzi presenti profili di meritevolezza che devono ricevere positivo accoglimento nell’ambito dell’ordinamento delle società.

L’atteggiamento della Corte di netta distinzione del sociale dal parasociale, distinzione che la disciplina del testo unico ha peraltro reso sempre più flebile⁷⁴, e di riconduzione dei patti parasociali alla disciplina ed ai principi in materia di contratti, non ha mancato di suscitare perplessità nella stessa dottrina⁷⁵, considerato che la circostanza che il patto parasociale sia, sotto il profilo civilistico, fonte di vincoli contrattuali solo per le parti stipulanti, non può certo indurre a sottovalutare che lo stesso influenza la vita societaria e che è stato stipulato proprio con l’obiettivo di incidere sul funzionamento della società. Profilo questo ben presente del resto anche nel ragionamento della Corte che esplicitamente parla dei patti parasociali come di “contratti atipici gravitanti nell’area del fenomeno societario”⁷⁶.

⁷² Sulla base di tale analisi il Supremo Collegio ha ritenuto valido il patto in virtù della quale alcuni soci di una s.p.a. avevano pattuito che i detentori delle partecipazioni azionarie, in loro possesso all’atto della conclusione del patto, avessero e conservassero la possibilità di designare un certo numero di amministratori e di sindaci della società, anche qualora il patto sia a tempo indeterminato, “non implicando una limitazione alle possibilità del socio di esercitare liberamente il proprio diritto di voto in assemblea, e potendo, quanto al rapporto meramente obbligatorio da esso derivante, essere in ogni tempo oggetto di recesso unilaterale da parte del socio firmatario”. Recentemente hanno ribadito tale orientamento Cass., 5 marzo 2008, n. 5963; Cass., 30 maggio 2008, n. 144551 e Consiglio di Stato, sez. V, 26 novembre 2008, n. 5845, in *Red. Amm. CDS*, 2008, 11.

⁷³ Si fa riferimento all’art. 122 che impone, a pena di nullità, che le convenzioni di voto siano depositate presso il registro delle imprese, cui è sottesa la *ratio* di rendere conoscibili al mercato gli accordi e i reali assetti di potere che governano le società considerate.

⁷⁴ Si pensi solo alle conseguenze in termini di sospensione del diritto di voto per le azioni sindacate nel caso in cui gli obblighi pubblicitari, imposti dalla legge ed aventi ad oggetto i patti di sindacato, non vengano rispettati.

⁷⁵ Cfr., COSTI, *La Cassazione ed i sindacati di voto: tra dogmi e “natura delle cose”*, commento a Cass., 14865/2001, in *Giur. comm.*, 2002, 2, 671 ss., il quale critica la posizione assunta dalla Corte argomentando la validità del sindacato di voto dalla sua efficacia meramente obbligatoria e sottolineando che tali patti danno vita ad un vincolo che giace interamente su “un terreno esterno a quello dell’organizzazione sociale”, ed afferma che una concezione “che escluda ogni rilevanza sociale dei sindacati di voto è una concezione che non tiene conto della “natura delle cose”.

⁷⁶ Cass., 14865/01, cit.

3.1. Se la disciplina del Testo Unico era comunque materialmente limitata nella sua applicazione ai patti parasociali relativi alle società con azioni quotate in borsa ed alle società che le controllano, è con il D.lgs. n. 6 del 2003, recante la riforma organica delle società di capitali e delle società cooperative, che la figura trova ingresso e viene disciplinata anche relativamente alle società per azioni di tipo chiuso e per quelle aperte ma non quotate⁷⁷.

La specifica normativa, inserita ora nel codice civile agli artt. 2341 *bis* e 2341 *ter* sotto la rubrica “patti parasociali”, riguarda dunque solo le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, con l’esclusione dunque delle società quotate e delle società che le controllano, per le quali, in base all’art. 2325 *bis*, II comma c.c., rimane in vigore la disciplina speciale dettata dall’art. 122 T.U.F.⁷⁸.

Preme subito rilevare che nell’ambito di applicazione della normativa non rientra qualsiasi patto parasociale, giacchè l’art. 2341 *bis*, individua l’oggetto della normativa nei patti, in qualunque forma stipulati, che hanno il fine di “stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società”.

Nell’ambito di tale finalità, la norma considera rilevanti ai fini della relativa disciplina solo i patti che “a) hanno per oggetto l’esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano” (vi rientrerebbero i sindacati di voto ed i sindacati di consultazione); “b) pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano” (si tratta dei sindacati di blocco); “c) hanno per oggetto o per effetto l’esercizio

⁷⁷ I diritti societari dell’Europa continentale generalmente distinguono fra forme societarie “aperte”, che presentano azioni liberamente trasferibili, e forme societarie “chiuse”, nelle quali la trasferibilità è limitata e spesso soggetta all’approvazione della società o dei soci. Per un approfondimento si rinvia a R.KRAAKMAN, P.DAVIES, H.HANSMANN, G.HERTIG, K.HOPT, H.KANDA, E.ROCK, *Diritto societario comparato*, a cura di L. ENRIQUES, Bologna, 2006, 44 ss.

⁷⁸ Cfr., GALGANO, op. ult. cit., 90; G.F.CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, (Utet), 2004. L’art. 2325 *bis*, II comma, codice civile, prevede l’applicazione delle norme del nuovo capo V alle società emittenti azioni quotate in mercati regolamentati “in quanto non sia diversamente disposto da altre norme di questo codice o di leggi speciali”.

Ne deriva che, per quanto riguarda le società emittenti azioni quotate in mercati regolamentati, o si ritiene prevalente il disposto dell’art. 2341 *ter* c.c., nel qual caso ne deriverà la parziale abrogazione tacita delle disposizioni di cui all’art. 122 T.U.F. in quanto incompatibili con la nuova disciplina, oppure si considera prevalente l’art. 2325 *bis* c.c., così che le società emittenti azioni quotate in mercati regolamentati continueranno ad essere disciplinate dagli artt. 112 e ss. T.U.F.. Dando conto in breve delle opinioni espresse dalla dottrina al riguardo, si può evidenziare che, in mancanza di un’espressa disciplina di coordinamento tra l’art. 122 T.U.F. e l’art. 2341 *ter* c.c., si potrebbe realizzare la seguente ripartizione: a) l’art. 2341 *ter*, gli artt. 122 e segg. T.U.F. nonché i regolamenti Consob di attuazione trovano applicazione con riguardo alle società emittenti azioni quotate in mercati regolamentati; b) gli artt. 122 e ss. T.U.F. ed i relativi regolamenti di attuazione (che sopravvivono, nulla disponendo al riguardo l’art. 2341 *ter* c.c.) continuano ad applicarsi alle società, anche diverse dalle s.p.a., che controllano società emittenti azioni quotate in mercati regolamentati; c) gli artt. 2341 *bis* e *ter* trovano applicazione con riguardo alle società emittenti azioni non quotate in mercati regolamentati ma diffuse fra il pubblico in misura rilevante.

anche congiunto di un'influenza dominante su tali società” (si tratterebbe del patto di concertazione)⁷⁹.

Dispone infine l'ultimo comma che la disciplina dei patti parasociali non si applica ai patti strumentali ad accordi di collaborazione (quali ad esempio le joint ventures) nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo: in questo caso l'accordo non è preordinato a stabilizzare gli assetti proprietari della società e dunque la disciplina codicistica non troverà applicazione.

Passando ad esaminare specificamente le tre fattispecie di cui all'art. 2341 *bis*, i patti del primo tipo (ovvero quelli che hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto: le “convenzioni di voto”), ineriscono direttamente alla governabilità della società: si può trattare, in particolare, di patti che impegnano i contraenti ad una consultazione reciproca prima di ogni assemblea, oppure di accordi che vincolano i soci a votare in assemblea in modo conforme a quanto deciso dalla maggioranza, o ancora accordi il cui vincolo può essere limitato solo ad alcune materie, quali la nomina degli amministratori o dei consiglieri di sorveglianza, o le operazioni sul capitale.

Nella seconda categoria (patti che pongono limiti al trasferimento delle azioni: i sindacati di blocco), entra invece in gioco la stabilizzazione degli assetti proprietari, in quanto l'obiettivo è quello di lasciare inalterata la composizione sociale evitando, ad esempio, l'ingresso nella società di azionisti non graditi.

Il terzo tipo di patti previsto dall'articolo in esame riguarda i patti di concertazione, vale a dire quelli aventi per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società. Ricorre la prima ipotesi (patti aventi “ad oggetto” l'esercizio) ad esempio nell'ipotesi di più soggetti che concertano l'acquisto di partecipazioni in una stessa società di entità tale da non consentire a nessuno di essi di mantenere un controllo sulla società. In ogni caso l'acquisto è preordinato al comune scopo di esercitare un'influenza dominante sulla società partecipata, impegnandosi a votare come deciderà uno dei soci o come deciderà la maggioranza, o ancora a dare procura per il voto al direttore del sindacato.

La seconda ipotesi (patti aventi “per effetto” l'esercizio) si verifica ad esempio quando l'acquisto di partecipazioni in una medesima società è effettuato da una controllante e da una

⁷⁹ Cfr., GALGANO, op. cit., 131. Quanto alle fattispecie di patti comprese nella disciplina codicistica, occorre rilevare che è stata operata, rispetto al T.U.F., una semplificazione, dal momento che l'art. 2341 *bis* non comprende le altre due ipotesi disciplinate dall'art. 122 T.U.F., ovvero i patti che istituiscono obblighi di preventiva consultazione per l'esercizio del diritto di voto (comma V, lett. a), e quelli che prevedono l'acquisto di azioni (comma V, lett. c). In realtà la dottrina non ha mancato di rilevare come tale “semplificazione” sia più apparente che reale in quanto i patti di consultazione sono prodromici al diritto di voto, mentre quelli che prevedono l'acquisto di azioni rientrano nella categoria dei patti di blocco.

controllata oppure da due società sottoposte ad un comune controllo. In questo caso si presume che il voto della società partecipata sarà concertato dalle società partecipanti.

Il fine di stabilizzare gli assetti proprietari ed il governo della società costituisce dunque, seguendo la migliore dottrina, la “giustificazione della validità dei patti parasociali, ma delimita anche l’ambito di applicazione delle rispettive norme, che non si applicano agli accordi fra soci non riconducibili al fine predetto”, così come non si applicano ad altri patti che, pur mirando a quel fine, non rientrino in quei tre ordini di casi⁸⁰.

Non sembra peraltro si possa desumere dall’introdotta disciplina codicistica una volontà di tipizzazione dei patti parasociali⁸¹, e ciò sia perché le disposizioni normative prendono in considerazione solo una parte delle convenzioni che la dottrina e la prassi societaria riconducono all’insieme dei patti parasociali, sia perché questa tipizzazione avrebbe ambiti diversi per le società quotate e per le società per azioni non quotate, non essendo previsto con riferimento alle prime il fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società⁸².

Ciò nondimeno, l’inserimento di una disciplina normativa dei patti parasociali fa ritenere che il legislatore valuti in linea di principio meritevoli di tutela le pattuizioni che abbiano il

⁸⁰ Cfr., F.GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, 2004, 89. Nella Relazione che accompagna il decreto legislativo, si legge infatti che “si è mirato a cogliere la comune funzione delle diverse fattispecie di patti parasociali, individuandola nel fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società, e ciò anche per scongiurare il rischio...di un’impropria estensione delle norme sui patti parasociali a fattispecie che nulla hanno a che vedere con questi”. Cfr., anche G.A.RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 2006, 447 ss., il quale ritiene che da una lettura dell’art. 2341 bis emerga che “nella fattispecie di patto parasociale rilevante per l’applicazione della medesima norma non rientrano o potrebbero non rientrare patti che vengono considerati parasociali per tradizione (come quelli sulla ripartizione degli utili) o per qualificazione ad opera di altra norma a carattere settoriale (come i patti di consultazione di cui all’art. 122, V c., T.U. F.)”.

⁸¹ In tal senso cfr., COSTI, *I patti parasociali ed il collegamento negoziale*, cit., 206; *contra* MAZZAMUTO, *I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa*, in *Contr. e impr.* 2004, 1086 ss. secondo il quale la disciplina degli artt. 2341 bis e ter ha tipizzato i patti parasociali, con la conseguenza che “la dizione patti parasociali potrà essere utilizzata esclusivamente nel caso di patti stipulati con riferimento alle spa che abbiano il fine e l’oggetto previsto dalla legge”, mentre “ai patti che hanno un diverso fine ed oggetto ovvero ai patti che hanno medesimi o diversi fini ed oggetto ma che si riferiscono a s.r.l. o società di persone non potrà applicarsi la nozione legale di patto parasociale qual è disciplinato dall’art. 2341 bis c.c.”. Tale distinzione, lungi dall’aver mero valore descrittivo, comporta secondo l’Autore che, in termini di disciplina, i patti non ricompresi nello schema delineato dall’art. 2341 bis “rimangono assoggettati alle regole di diritto comune e, con specifico riferimento alla durata, ai principi generali in tema di contratto”, con la precisazione peraltro che “non è possibile operare una assoluta demarcazione tra i patti parasociali soggetti alla disciplina speciale e quelli soggetti alle norme di diritto comune, poiché è possibile un’interferenza di piani” (spec. pag. 1092); G.RIOLFO, *I Patti parasociali*, Padova, (Cedam), 2003, 269 ss., il quale ritiene che la normativa traccia un perimetro netto, all’interno del quale vengono a trovarsi alcune tipologie di accordi, definibili “patti parasociali in senso stretto” cui si applicherà la predetta disciplina; al di fuori di essa si trovano tutti gli altri accordi, che continueranno ad esistere ma non sono “tipizzati”. L’A. ritiene comunque si tratti di una “tipizzazione sui generis”, dato che la descrizione dell’istituto è comunque finalizzata alla “previsione di particolari effetti e conseguenze da collegare all’esistenza del patto ma da disciplinare per motivi di tutela dei vari soggetti coinvolti e di certezza nelle relazioni commerciali”.

⁸² Inoltre, prendendo a prestito alcuni degli argomenti addotti dalla dottrina di segno contrario (cfr., MAZZAMUTO, *I patti*, cit.), sono significativi di una mancata tipizzazione dei patti parasociali da un lato la circostanza che la legge di riforma non delinea “in termini strutturalmente compiuti il tipo contrattuale dei patti parasociali”, dall’altro il fatto che il legislatore stesso utilizzi espressamente la nozione di patti parasociali anche al di fuori dell’ambito di applicazione dell’art. 2341 bis: è il caso del d. lgs., 5/03 recante la disciplina processuale in materia di diritto societario, che opera un ampio riferimento ai patti parasociali, ricomprendendovi anche quelli non disciplinati dall’art. 2341 bis.

contenuto previsto: la scelta di non trattare espressamente delle condizioni di validità dei patti parasociali, farebbe in tal senso ritenere che tale validità venga data per presupposta nel momento in cui tali patti sono oggetto di espressa previsione normativa.

Fermo restando che ciò non può portare a considerare tali convenzioni sempre valide, in quanto esse possono modificare il regolamento dei rapporti sociali solo nei limiti in cui l'autonomia privata può interferire nel regolamento legale, e cioè in quanto la modificazione non contrasti con norme imperative di legge e con l'interesse sociale⁸³.

Le norme in oggetto dettano una disciplina in termini di durata e pubblicità dei patti parasociali: si stabilisce infatti da un lato che i patti predetti non possano avere una durata superiore ai cinque anni, e si intendono stipulati per tale durata anche se le parti hanno previsto un termine maggiore, con possibilità per i soci, nell'ipotesi in cui il patto non preveda un termine di durata, di recedere con un preavviso di sei mesi (art. 2341 *bis*, comma 2).

Dall'altro lato, l'art. 2341 *ter* prevede un regime di pubblicità obbligatoria dei patti parasociali⁸⁴ per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ispirata dall'obiettivo di assicurare trasparenza alle situazioni di potere che i patti parasociali possono concorrere a determinare⁸⁵.

Sebbene la disciplina di alcuni significativi aspetti dei patti parasociali nelle società quotate (unitamente alla normativa precedentemente dettata con riferimento alle società emittenti titoli sui mercati regolamentati) sia stata accolta dalla maggior parte degli interpreti quale riconoscimento espresso da parte del legislatore della validità in linea di principio dei patti parasociali maggiormente utilizzati nella prassi, non si può non rilevare, seguendo un'attenta dottrina, che si tratta di una conclusione priva di effettiva portata pratica e non scevra da ambiguità, ma che soprattutto lascia immutato il problema di procedere ad un accertamento in concreto della validità dei patti, dovendosi escludere che il legislatore abbia inteso riconoscere la validità sempre e comunque di ogni pattuizione parasociale⁸⁶.

⁸³ Una giurisprudenza recente (Cass., 15963/2007) sottolinea, anzi, che anche precedentemente agli interventi normativi in commento la validità dei patti parasociali era un dato acquisito nel nostro ordinamento ritenendo che "già prima delle espresse previsioni dedicate ai patti parasociali dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 122 e segg., e dai nuovi artt. 2341 *bis* e *ter* c.c.,... patti parasociali destinati a disciplinare in via convenzionale il modo di esercizio di diritti e facoltà dei soci in relazione ad una determinata società non sono, in via di principio, vietati dall'ordinamento".

⁸⁴ Solo peraltro di quelli rientranti nella classificazione di cui all'art. 2341 *bis*, in tal senso GALGANO, op. ult. cit., 89.

⁸⁵ L'art. 2341 *ter* prevede che i patti debbano essere comunicati alla società, dichiarati in apertura di ogni assemblea e che tale dichiarazione sia trascritta integralmente nel verbale d'assemblea da depositare presso l'ufficio del registro delle imprese. In difetto, i possessori delle azioni cui si riferisce il patto parasociale non possono esercitare il diritto di voto e le deliberazioni assembleari adottate con il voto determinante degli azionisti che avrebbero dovuto astenersi sono impugnabili ex art. 2377 c.c. La mancata pubblicità è dunque sanzionata con l'inibizione del diritto di voto e non con la nullità del patto, come previsto invece per le società quotate in virtù dell'art. 122, III, T.U.F.

⁸⁶ Cfr., TUCCI, op. cit., 78.

Aspetto questo che è stato recentemente messo in rilievo anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte che, specificando il generale riconoscimento delle pattuizioni parasociali, ha sottolineato che “la circostanza che i patti parasociali...non siano di per sè vietati e siano destinati ad operare su di un piano obbligatorio, vincolante per le parti dell'accordo ma pur sempre diverso e separato da quello sul quale operano gli organi della società e si esplicano le relative deliberazioni, non esclude però che quei medesimi patti possano risultare illegittimi qualora, in una specifica fattispecie, il vincolo assunto dai contraenti si ponga in contrasto con norme imperative o appaia comunque tale da configurare uno strumento di elusione di quelle norme o dei principi generali dell'ordinamento che ad esse sono sottesi”⁸⁷.

3.2. Se dunque “la linea di tendenza privilegiata è quella di ritenere che le convenzioni parasociali siano pienamente legittime”⁸⁸, ciò non implica che esse non debbano essere considerate invalide quando il vincolo da esse previsto è contrario ad inderogabili disposizioni societarie, così come deve tenersi presente che tali accordi siano comunque e sempre soggetti alla generale disciplina sulla validità dei contratti e dunque, trattandosi di contratti atipici, al duplice giudizio di meritevolezza previsto dall’art. 1322, II comma, sia in ordine all’accertamento della non illiceità degli interessi perseguiti, sia in ordine all’accertamento della meritevolezza per l’ordinamento di detti interessi⁸⁹.

⁸⁷ Cfr., Cass., 18 luglio 2007, n. 15963, in *Giur. it.*, 2007, 2754 ss., nota di Cottino, la quale, partendo dalla premessa che i “patti parasociali destinati a disciplinare in via convenzionale il modo di esercizio di diritti e facoltà dei soci in relazione ad una determinata società non sono, in via di principio, vietati dall’ordinamento” e che la loro illegittimità possa semmai derivare da una loro contrarietà con “regole inderogabili del diritto societario”, ha respinto nel caso in esame la tesi di parte ricorrente secondo cui un patto parasociale contenente un impegno di ricapitalizzazione di una società in stato di scioglimento per perdite senza il loro previo ripianamento sarebbe contrario a norme inderogabili del nostro ordinamento (nello specifico il combinato disposto degli artt. 2446, 2447, 2448 n. 4 c.c. ante riforma). La Corte ha giudicato infatti che, poiché il patto in questione nulla diceva in ordine all’esistenza di perdite da parte della società, il loro accertamento *ex post* può semmai dar luogo all’invalidità della delibera assembleare di aumento del capitale, “ma nulla è dato desumerne in ordine alla validità del patto parasociale, che appare destinato alla realizzazione di un risultato in sè pienamente consentito, consistente nell’adozione di una delibera assembleare di trasformazione della società da dotare di un capitale ripartito tra i soci nel modo convenuto e, nel suo complesso, largamente superiore al minimo legale prescritto per il tipo sociale prescelto. Patto che, in questi termini concepito, sicuramente non aveva dunque oggetto o causa illeciti”. L’atteggiamento assunto dalla Corte pertanto, discostandosi da un consolidato precedente di segno contrario (si veda Cass., 7614/96, Cass., 14865/01, entrambe già citate), evidenzia che il patto parasociale non possa essere considerato sempre irrilevante per la vita societaria, potendo anzi riflettersi, alterandole, sull’organizzazione e sul funzionamento della società.

⁸⁸ In tal senso, cfr., PAVONE LA ROSA, *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 5 ss.

⁸⁹ Cfr., TUCCI, secondo il quale il richiamo al criterio di giudizio della meritevolezza in concreto degli interessi perseguiti si rivela in realtà piuttosto ambiguo anche in considerazione delle divergenze esistenti tra gli interpreti circa la portata della norma di cui al secondo comma dell’art. 1322 c.c. L’Autore dunque aderisce ad un’impostazione che individua la “non meritevolezza” degli interessi perseguiti nel contrasto fra il contenuto concreto del regolamento di interessi consacrato nel contratto e le norme imperative, mentre rinvia ad un giudizio sul tipo contrattuale la valutazione della meritevolezza, intesa nella limitata accezione di idoneità dello schema predisposto dai contraenti a servire da modello giuridico di regolamentazione degli interessi. Prosegue l’Autore evidenziando che l’intervento del legislatore

L'applicazione di tali criteri direttivi peraltro conduce a risultati discordi, sia perché non è chiaro quando il risultato cui mirano gli stipulanti un patto parasociale possa e debba essere assimilato a quello vietato da una norma imperativa relativa al regolamento sociale, sia per l'incerta delimitazione del concetto di interesse sociale.

Da un lato, il riconoscimento della validità dei patti parasociali da parte della giurisprudenza più recente è operato con riferimento ad una netta separazione del sociale dal parasociale, che secondo la Cassazione costituirebbero due “piani” da non confondere: solo mantenendo ferma tale distinzione non si rinviene alcuna violazione del diritto del socio paciscente di “determinarsi autonomamente all'esercizio del voto in assemblea” né si altera il “corretto funzionamento dell'organo assembleare”⁹⁰.

Dall'altro, le disposizioni introdotte dalla riforma non hanno risolto le incertezze “tradizionali” in tema di patti parasociali, ed in particolare non forniscono nuovi spunti per chiarire i rapporti fra i patti parasociali, il diritto delle società ed il diritto dei contratti, mantenendo inalterata l'incerta distinzione⁹¹.

Occorre pertanto chiedersi se in relazione alla recente introduzione di una (parziale) disciplina dei patti parasociali nel codice civile il limite relativo alla distinzione tra sociale e parasociale debba essere rivisitato, così da valutare se la “frontiera mobile”⁹² tra i due abbia subito uno spostamento, o meglio, un affievolimento.

Appare al riguardo che tale generale riconoscimento del “parasociale”, se da un lato ne ha ampliato le possibilità di utilizzo, dall'altro sembra aver riassorbito il parasociale all'interno di una disciplina che favorisce e riconosce un uso trasparente, e dunque controllato, di tale figura, segnando la tendenza al passaggio da un sistema in cui i patti parasociali erano considerati come aventi finalità contrarie a quelle tipiche delle società di capitali, in quanto costituenti un'illegittima struttura, parallela a quella legittima delle società, ad un sistema in cui le

avrebbe risolto il problema della meritevolezza, almeno per le tipologie di patti maggiormente ricorrenti nella pratica, lasciando però all'interprete il delicato compito di distinguere i patti validi da quelli nulli per contrasto con norme imperative.

⁹⁰ Così, Cass., 14865/01, cit.; adesivamente, Cass., 5963/08, cit.; Cass., 144551/08 cit.

⁹¹ Cfr., B. MEOLI, S. SICA, *I patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, 590 ss. per i quali “la definitiva emersione a livello normativo dei patti parasociali, attraverso il loro riconoscimento nell'ambito del codice civile...non costituisce un'innovazione sistematica di rilievo nel diritto societario come nel diritto dei contratti”; A. GRIECO, *Patti parasociali e riforma societaria*, in *Giust. civ.*, 2003, 525, che rileva che “sebbene i patti parasociali facciano ufficialmente il loro ingresso nel codice civile, non sono ancora forniti chiarimenti sufficienti in ordine ai rapporti tra i patti parasociali e il diritto delle società e dei contratti”.

⁹² L'espressione è di G. LOMBARDI, *I patti parasociali nelle società non quotate e la riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, 267 ss. (in part. 270).

convenzioni parasociali vengono attratte nell'ambito di disciplina del sociale, con conseguente attenuazione della demarcazione tra il sociale ed il parasociale⁹³.

E' evidente che sia nel Testo Unico della finanza sia nella riforma del diritto societario i piani del sociale e del parasociale si presentano strettamente connessi: quanto al primo, le sanzioni previste in caso di mancato rispetto degli obblighi di legge vanno ad incidere sul diritto di voto dei parasoci in assemblea ed eventualmente sulla stessa delibera assembleare potenzialmente viziata ed impugnabile; quanto alla seconda, l'incontrarsi dei due piani (sociale e parasociale) si realizza nel momento in cui non si adempie all'onere di dichiarazione dell'esistenza dell'accordo, mancato adempimento che porta alla sospensione del voto per i paciscenti.

In tal senso il parasociale, considerato dal legislatore come strumento di controllo della società "manifesta un ulteriore e diverso ambito di influenza sul sociale, differente da quello tipico di tutti i patti"⁹⁴, ma che è tale solo per le particolari esigenze che emergono nel campo delle società oggetto di disciplina.

Il fatto che il legislatore prenda in considerazione i patti parasociali in quanto idonei ad incidere sulla vita decisionale della società (specialmente quando si tratti di patti che consentono il controllo della società) segna peraltro un punto di contatto tra il sociale ed il parasociale rilevante non solo in prospettiva fattuale ma anche da punto di vista normativo: un negozio parasociale in quanto attualmente o potenzialmente in grado di influire sulla stabilizzazione degli assetti proprietari o sul governo della società, sarà assoggettato alla disciplina legale per esso prevista.

E del resto l'esigenza di una disciplina pubblicitaria di diritto positivo si pone soltanto laddove i patti presentino quella finalità stabilizzatrice, non assumendo rilevante importanza la pubblicità di quei patti che non sono in grado di stabilizzare né gli assetti proprietari né il governo della società; non si scorge infatti la necessità, su di un piano della ragionevolezza della disciplina, di rendere edotti soci e terzi di pattuizioni parasociali che non presentano alcuna potenzialità stabilizzatrice e che, pertanto, si presentano di scarso interesse per i soggetti estranei alla compagine parasociale.

⁹³ Cfr., R.RORDORF, *I sindacati di voto*, in *Società*, 2003, 19 ss.; LOMBARDI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, cit., 267 ss., secondo il quale "la prospettiva dei patti parasociali...trova ulteriore spazio nelle cennate riforme, tanto che -oggi più di ieri- appare maggiormente difficile individuare, tra sociale e parasociale, un *discrimen* certo"; MAZZAMUTO, *I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa*, cit., il quale si domanda se la riforma se la riforma si riferisca al consenso ed all'autonomia privata "quale puro momento genetico della regola societaria" oppure dia ingresso "alla disciplina di diritto comune dei contratti nel diritto societario" (pag. 1098).

⁹⁴ Cfr., RIOLFO, op. cit., 290.

Ai patti parasociali che presentino le caratteristiche qualificanti la “fattispecie legale”, si applicheranno dunque le specifiche norme in tema di pubblicità e durata nonché le disposizioni positive relative alla struttura sociale cui afferiscono⁹⁵.

Ciò premesso, appare rilevante valutare quale sia la disciplina applicabile agli altri accordi che non rientrino nelle predette categorie normative o che, pur rientrando nelle predette categorie, concernono società diverse dalle società per azioni.

Significativo in tal senso è quanto si legge nella relazione governativa al D. lgs. 6/2003 ove si chiarisce che la disciplina legislativa dei patti parasociali è stata dettata con riferimento alle società per azioni (giacchè in relazione a tale forma societaria “è più sentita l’esigenza di garantire regole certe e definite in considerazione della maggiore rilevanza per il pubblico e per il mercato finanziario”) e si puntualizza che ciò non vale certo ad “escludere la possibilità che analoghi patti riguardino altre forme di società” (*in primis* si ritiene le s.r.l.), “per le quali resterà applicabile la disciplina generale dell’autonomia privata e dei contratti”.

Se ciò da un lato chiarisce l’inapplicabilità degli artt. 2341 *bis* e *ter* ai patti parasociali stipulati relativamente a società a responsabilità limitata⁹⁶, apre nuove incertezze in ordine alla natura degli accordi parasociali stipulabili in relazione a tipi societari diversi dalla società per azioni (segnatamente società per azioni chiuse e società a responsabilità limitata)⁹⁷.

Certo la circostanza che tali accordi non siano assoggettati alla disciplina normativa del Testo Unico della finanza e del codice civile non comporta *a priori* la loro invalidità, considerato che i due complessi normativi non pongono discipline generali di validità dei patti considerati. La soluzione proposta da alcuni autori di confermare, per tali patti, l’esclusiva soggezione alle regole generali proprie del contratto, non appare peraltro corretta.

⁹⁵ Critici sul punto LOMBARDI, *I patti parasociali*, cit., 271, secondo il quale la relativa disciplina può trovare applicazione, per analogia, anche a patti che non abbiamo lo specifico contenuto preso in considerazione dal legislatore, effettuando peraltro un esame caso per caso “per verificare se sussistono i presupposti dell’applicazione analogica” e, con riferimento alla disciplina dettata dal T.U.F., RESCIO, *La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega*, cit., 850 ss., che afferma la “capacità espansiva” delle norme di cui agli artt. 122 e 123 T.U.F. con riferimento a patti parasociali aventi un contenuto diverso da quello individuato dall’art. 122.

⁹⁶ Cfr., G. SANTONI, *Dei patti parasociali*, in *La riforma delle società* (a cura di Sandulli e Santoro), Torino, 2003, 96; *contra* SALAFIA, *I patti parasociali nelle società non quotate*, in *Società*, 2005, 945. Pare opportuno precisare che, poiché la disciplina dei patti inerenti all’esercizio del voto ed al trasferimento delle azioni si riferisce anche alle società controllanti una società per azioni, essa si applicherà anche alle s.r.l., società di persone o società cooperative controllanti società per azioni. In tal senso, RODORF, *I sindacati di voto*, cit., *ibidem*.

⁹⁷ Il tema sarà affrontato più approfonditamente *infra*, cap. IV. Efficacemente RIOLFO (op. cit., 291), ritiene che “passando dalle società ordinarie chiuse, a quelle aperte, e da queste alle società quotate, il grado di influenza formale (o legale) del parasociale sul sociale aumenta progressivamente, sino a creare un intreccio abbastanza stretto”. Per un esame delle conseguenze, in termini di legge applicabile ai patti parasociali relativi a s.r.l., si rinvia a F.MUNARI, *Patti parasociali e norme di diritto internazionale privato e comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 129, che ne fa discendere l’applicabilità della sola *lex contractus*. *Contra* BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, (Utet), 2006, 162, che correttamente ritiene che ogni accordo tra soci che abbia influenza sulla vita della società (anche se relativo a società per azioni chiuse o a società a responsabilità limitata) debba essere valutato in base alla *lex societatis*.

Si è visto infatti che il Legislatore nel dettare la disciplina dei patti parasociali ha effettuato una selezione di fattispecie che, oltre a perseguire il predetto fine di stabilizzazione, rientrino nelle categorie espressamente indicate; se ciò vale a circoscrivere il campo di applicazione dell'art. 2341 *bis* c.c., non sembra peraltro comporti il definitivo accertamento, solo per queste fattispecie, di un contatto con la società.

La distinzione di livelli negoziali, sociale e parasociale, che permane e che ha costituito la tradizionale giustificazione dell'efficacia meramente obbligatoria dei patti parasociali⁹⁸, non deve far dimenticare che se il patto parasociale ha una genesi autonoma rispetto al contratto sociale, esso interagisce spesso con il negozio sociale, producendo proprio sul terreno sociale i propri effetti⁹⁹.

Appare allora opportuno richiamare gli orientamenti della più recente giurisprudenza in tema di patti parasociali: da un lato la Cassazione ribadisce l'assoluta incomunicabilità dei piani sociale e parasociale, distinguendo tra ciò che è sociale, e che in quanto tale ha efficacia *erga omnes*, e ciò che invece è parasociale e che coinvolge solo gli aderenti all'accordo.

Dall'altro lato, l'affermazione che l'accordo parasociale ha un'efficacia meramente obbligatoria rimane un punto fermo, recentemente ribadito da una pronuncia¹⁰⁰ che, con l'intento di bloccare alcuni isolati tentativi che volevano attribuire alle convenzioni parasociali "una sorta di consacrazione reale, parastatutaria, incompatibile con la loro stessa natura, identità e funzione"¹⁰¹, riconferma la già citata distinzione tra gli aspetti del "sociale" e del "parasociale" con particolare riguardo ai regimi di efficacia, di validità ed ai corrispondenti vizi, di modo che alle speciali norme dettate per le società e per l'invalidità delle delibere si contrappongono le norme generali del contratto applicabili ai patti parasociali.

In tal senso la giurisprudenza di merito¹⁰², confermando l'assunto che "il patto c.d. parasociale vincola, per definizione, esclusivamente i soci contraenti, e non anche la società

⁹⁸ Cfr., Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, cit. secondo cui "il patto opera su un terreno esterno a quello dell'organizzazione sociale". Per l'affermazione dell'ininfluenza, almeno diretta del parasociale sul sociale, cfr., anche Cass., 21 novembre 2001, n. 14629, cit.

⁹⁹ Cfr., AVAGLIANO, *Dei patti parasociali*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2003, 42; G.MEO, *Le società di capitali, Le società con azioni quotate in borsa*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XVII, Torino, 2002, 89.

¹⁰⁰ Cfr., Cass., 15963/07, cit.; Trib. Milano, 6 marzo 2006; Cons. Stato, 5845/08, cit., secondo il quale la violazione dei patti parasociali, trattandosi "di accordi non assistiti da coercibilità in forma specifica...comporta, se previsto dalla disciplina di riferimento applicabile al caso di specie, la sanzione risarcitoria".

¹⁰¹ Così COTTINO, commento a Cass., 15963/07, cit., 2757. Il riferimento critico è rivolto all'ordinanza del Tribunale di Genova, 8 luglio 2004 (in *Giur. comm.*, 2007, 235, nota di Ghionni) che, ritenendo ammissibile un provvedimento - ex art. 700 c.p.c. - che obblighi il socio a votare in conformità a quanto deciso dalla maggioranza dei partecipanti al sindacato di voto cui il socio stesso aderisce, aveva disposto la sospensione dell'efficacia della cessione di quote effettuata dal socio in violazione del patto di sindacato, attribuendo così al patto parasociale efficacia reale; per un commento di tale pronuncia si rinvia a SEMINO, *I patti parasociali hanno assunto efficacia reale*, in *Società*, 2004, 1267 ss.

¹⁰² Cfr., Trib. Milano, 6 marzo 2006, cit.

che è, rispetto al patto stesso, terza”, ne ha desunto che il mancato rispetto del patto parasociale “è ininfluenza sulla validità delle delibere assembleari, sicché resta inalterata la libertà del socio di votare anche in difformità dei patti parasociali, salve le conseguenze dell'inadempimento”.

Tale distinzione tra società e patto parasociale comporta dunque la nascita di rapporti esclusivamente obbligatori, non opponibili alla società, agli altri soci o ai terzi acquirenti delle partecipazioni societarie. Ciò comporta, inoltre, che in caso di inadempimento degli obblighi convenzionali assunti dal parasocio, il rimedio concesso agli altri parasoci sia solo una tutela risarcitoria per equivalente. Non è infatti possibile l'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni nascenti dal patto, a ciò ostando sia la natura infungibile delle pattuizioni con esso assunte (ad esempio, l'obbligo di votare in un certo modo in assemblea), sia le regole sulla circolazione delle azioni (in ipotesi di inadempimento di un patto di inalienabilità o di preferenza).

L'autonomia tra sociale e parasociale, ed al contempo la stretta connessione tra i due piani, costituiscono dunque gli aspetti fondamentali, e talvolta contraddittori, che devono essere tenuti presenti nell'individuazione della disciplina generale della fattispecie.

In tale panorama si deve perciò riconoscere che l'attenzione dell'interprete debba spingersi a considerare il contenuto materiale di esso e la natura delle relazioni che esso instaura con la struttura societaria, o meglio, richiamandosi alle indicazioni offerte da Oppo¹⁰³, al diverso grado di incidenza dell'accordo sullo svolgimento del rapporto sociale e sulla stessa società, e quindi sui soci ed i terzi interessati allo svolgimento del rapporto medesimo.

In tal senso vengono in rilievo accordi che “possono restringere i loro effetti e la loro azione ai soli soci stipulanti ed avere eventualmente per la società (e gli altri soci) una ripercussione di mero fatto né favorevole né sfavorevole”¹⁰⁴, come ad esempio il patto di concentrazione delle azioni o gli accordi con cui un socio garantisce ad un altro un dividendo minimo. Tali pattuizioni, attraverso le quali i soci acquistano diritti ed obblighi *uti singuli*, con un'efficacia limitata al rapporto tra i paciscenti, sono estranee al contratto sociale, e soggette all'applicazione del regime contrattuale cui le parti, nell'esercizio della loro autonomia, hanno dato vita.

Sulla linea di quest'impostazione all'estremo opposto si possono ritrovare quei patti che possono incidere sulla società, o in quanto siano diretti ad influire sulla sua vita e sulla determinazione della sua azione, o in quanto addirittura invadano giuridicamente la sfera di diritti della società e la competenza dei suoi organi.

¹⁰³ Cfr. OPPO, *I contratti parasociali*, cit.

¹⁰⁴ Così OPPO, *ibidem*, cfr. par. 1.

Si tratta di accordi conclusi *societatis causa*, che hanno un'incidenza diretta sull'organizzazione o sul funzionamento della società e sui diritti dei soci e che, benché formalmente distinti dal contratto sociale, non ne sono separabili, tendendo alla realizzazione di un medesimo obiettivo, con la conseguenza che essi sono sottoposti ai limiti ed ai divieti posti dal diritto delle società.

In tal senso non sembra si possa apoditticamente affermare che tutti i patti esclusi dalle disposizioni del codice civile e del testo unico della finanza abbiano un rilievo solo contrattuale e siano esclusivamente soggette alle regole generali proprie dei contratti¹⁰⁵.

Richiamando l'attenzione alle convenzioni non soggette alle discipline normative (del T.U.F. e del codice civile) dei patti parasociali, si scorge invero che accanto a pattuizioni che non incidono sull'organizzazione e sul funzionamento della società, ve ne sono altre che al contrario manifestano la propria influenza sull'apparato organizzativo della società stessa.

Tra le prime possono menzionarsi i patti di esclusione, volti a mantenere l'originario legame tra soci, ossia quei patti con i quali si impone ad un socio di cedere la propria partecipazione quando ad esempio, uno dei paciscenti sia una persona giuridica e venga a cambiare il socio di controllo; così come potrebbero citarsi i patti con facoltà di consultazione e quelli concernenti la titolarità delle azioni.

Discorso diverso dovrebbe farsi per i patti sulla ripartizione e sulla garanzia degli utili, i quali possono incidere fortemente sulla circolazione delle azioni e quindi sullo svolgimento dell'attività sociale.

L'adesione ad un criterio materiale, e dunque al contenuto delle singole pattuizioni, permetterebbe allora di sostenere che, laddove non abbiano per oggetto diretto l'organizzazione ed il funzionamento delle società, e ciò a prescindere da ogni valutazione strutturale, queste rimangano soggette al solo regime contrattuale.

¹⁰⁵ In tal senso A. MACRI, *Patti parasociali e attività sociale*, Torino, (Giappichelli), 2007, 56.

Sezione Seconda

Le soluzioni elaborate nel panorama francese

4. Il problema in Francia. 4.1. I connotati essenziali della figura e incertezze della dottrina nella loro ricostruzione sistematica. 5. La posizione della giurisprudenza ed il quadro normativo. 6. Considerazioni degli apporti dottrinali. 7. Conclusioni: i patti parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società. Punti di convergenza dei sistemi considerati. 8. I patti parasociali come *res inter alios acta*. Rinvio.

4. Se adesso si volge lo sguardo all'ordinamento giuridico francese, si coglie immediatamente che il silenzio normativo che ha accompagnato per molti decenni la figura dei patti parasociali in Italia, ha caratterizzato e segnato anche la scena d'oltralpe, lasciando alla dottrina ed alla giurisprudenza il ruolo di avvallarne la legittimità e gli sviluppi.

Certo l'inquadramento della figura dei *pactes d'actionnaires* si è posto nell'ambito dell'ordinamento francese in modo affatto particolare, ciò soprattutto a causa delle circostanze storiche che hanno accompagnato l'evoluzione legislativa in materia di diritto delle società: la concezione contrattuale della società, prevalente nel XIX secolo ed agli inizi del secolo successivo, lasciando ai soci un ampio margine di libertà sia nell'organizzazione delle reciproche relazioni che nel funzionamento stesso della società, aveva permesso l'affermarsi di un diffuso favore nei confronti di tali pattuizioni manifestato, inizialmente con riguardo alle convenzioni di voto, anche dalla giurisprudenza¹⁰⁶.

Sotto l'influenza, nel secolo successivo, di un approccio istituzionale alla disciplina del diritto delle società, privilegiante l'interesse sociale e dei terzi rispetto a quello dei soci, il panorama giuridico francese ha cominciato a mostrare una certa ostilità nei confronti dei *pactes d'actionnaires*: l'art. 4, al.2 du D.L. 31 août 1937, espressione del principio di democrazia nello svolgimento dei rapporti societari, e quindi di rispetto della piena espressione del diritto di voto in assemblea, disponeva infatti la nullità di ogni clausola che limitasse o influenzasse il diritto di voto in assemblea, proibendo così le convenzioni di voto¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Trib. comm. Seine, 9 décembre 1920, in *Journ. Sociétés*, 1924, 515; Trib. comm. Seine, 11 janvier 1938, in *Journ. Sociétés*, 1938, 301, che riconoscono la validità delle convenzioni di voto destinate ad organizzare i rapporti tra i soci di una società al fine di assicurarne una gestione armoniosa, nell'interesse comune dei soci, e di evitare rischi di paralisi di funzionamento della società in pregiudizio dell'interesse sociale. Le convenzioni di voto erano dunque considerate valide in linea di principio a meno che non avessero l'effetto di spogliare integralmente il socio della possibilità di esercitare il voto.

¹⁰⁷ "Sont nulles et de nul effet dans leurs dispositions principales et accessoires, les clauses ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte au libre exercice du droit de vote dans les assemblées générales des sociétés commerciales". Cfr., FREYRIA, *Etude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté de vote dans les sociétés*, in *Rev. tr. dr. comm.*, 1951, 419 ss., il quale rileva che nonostante tale proibizione la giurisprudenza, continuò a pronunciare

Tuttavia né il codice civile francese, né la successiva legge n. 66-537 del 24 luglio 1966 (abrogante la legge del 1937), con cui il legislatore francese, restringendo al massimo la libertà contrattuale dei soci, ha dettato una normativa rigida e dettagliata delle società commerciali¹⁰⁸, prevedono una disciplina dei *pactes d'actionnaires*¹⁰⁹.

Tale panorama normativo, rivelatosi di ostacolo alla necessità delle società di adeguarsi ai numerosi cambiamenti economici e sociali, ha determinato per converso una rapida evoluzione ed affermazione nella pratica dei *pactes d'actionnaires*, in grado di costituire un mezzo particolarmente efficace per organizzare i rapporti tra i soci di una società, o parte di essi, e realizzare così una maggiore flessibilità nell'organizzazione e nel funzionamento della società¹¹⁰.

Rilevato da più autori il carattere eccessivamente regolamentato del diritto delle società francese, l'utilizzo sempre più massiccio da parte degli attori della pratica degli affari di strumenti contrattuali diretti a completare ed arricchire la regolamentazione legale, è stato accolto fin dai primi sviluppi con favore dalla dottrina francese¹¹¹; la quale individua nella presenza sempre più massiccia di accordi extra-statutari conclusi dai soci, strumento ideale di “*souplesse contractuelle*” svincolata dalle regole imperative che reggono i rapporti societari, il punto massimo di manifestazione di un fenomeno di *renouveau contractuel*¹¹² che sta

sentenze che riconoscevano la validità di tali pattuizioni laddove rilevasse che non vi era nel caso specifico eliminazione totale della possibilità di esercitare il voto, distinguendo in tal senso tra « bonnes » e « mauvaises » convenzioni di voto. Analogo rilievo viene svolto anche da altri Autori che hanno trattato delle convenzioni di voto: cfr., A TUNC, *Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes*, in *Rev. gén. dr. com.*, 1942, 97 ; LETELLIER, *Le droit de vote de l'actionnaire*, Thèse Paris, 1942, 85 ss. ; BEROLATTI, *Le régime juridique des conventions sur le droit de vote dans les sociétés*, Thèse Paris II, 1975.

¹⁰⁸ Cfr., GUYON, *Les sociétés–Amenagements statutaires et conventions entre associés*, Paris, (LGDJ), 7; J.PAILLUSEAU, *La contractualisation de la société anonyme fermée*, in *Gaz. Pal.*, 1998, 1257.

¹⁰⁹ Significativo dell'atteggiamento di sfavore manifestato dal legislatore nei confronti di ogni convenzione che incida sul diritto di voto è l'articolo L. 242-9 del *Code de commerce* che reprime penalmente *les marchandages de titres*, ovvero “le fait de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces avantages”.

¹¹⁰ Cfr., BISSARA, *L'inadaptation du droit français aux besoins des entreprises*, in *Rev. Soc.*, 1990, 553 ss.; L.GODON, *Les obligations des associés*, Paris, (Economica), 1999, 11, il quale ritiene che “le caractère excessivement réglementaire du droit des sociétés a conduit les milieux d'affaires à utiliser à plein la liberté contractuelle pour compléter le régime légal et même, dans certains cas, l'infléchir. le développement des diverses techniques contractuelles répond justement à la volonté des praticiens de sortir du cadre légal, rigide et uniforme, pour parvenir à davantage de souplesse et de liberté dans le fonctionnement des sociétés, que ce soit en vue de préserver l'intérêt social ou d'améliorer la définition des relations internes des associés”.

¹¹¹ Cfr., GODON, *Les obligations des associés*, cit.; GUYON, cit.; D.VELARDOCCHIO- FLORES, *Les accords extra-statutaires entre associés*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1993; M. STORCK, *La validité des conventions extra-statutaires*, D. 1989, 267.

¹¹² Cfr., J. MESTRE, M.E. PANCAZI, *Droit commercial*, L.G.D.J., 2007; J.J. DAIGRE, M. SENTILLES-DUPONT, *Pactes d'actionnaires*, GLN Joly, 1995, secondo i quali la circostanza che “le droit français des sociétés, en particulier des sociétés anonymes, est trop rigide pour servir d'instrument juridique d'adaptation”, ha determinato “le développement considérable du phénomène des pactes d'actionnaires”, 3 ss.; J.PRIEUR, *Droit des obligations et droit des sociétés*, in *Mélanges A.Sayag*, Paris, (Litec), 1997, 371 ss., secondo il quale “le recours accru aux pactes d'actionnaires concourt au phénomène de contractualisation du droit des sociétés..qui s'exprime tant par la multiplication des conventions destinées à adapter les règles de fonctionnement du groupement ou à aménager la

interessando da una ventina d'anni il diritto francese delle società quale reazione al moltiplicarsi delle disposizioni di ordine pubblico¹¹³.

Una sommaria valutazione delle prospettive di indagine seguite dalla dottrina francese rivela che l'attenzione degli interpreti si è centrata principalmente da un lato sul piano descrittivo, nel tentativo di offrire una compiuta classificazione dei diversi tipi di patto, dall'altro si è sforzata di distinguere i differenti piani del sociale e del parasociale, al fine di individuare i profili ed i limiti di validità delle *conventions entre associés*.

Così, sotto il primo profilo, la definizione che viene offerta dalla dottrina maggioritaria e dalla pratica francese di tali figure è quella di accordi, esterni allo statuto (*pactes extra-statutaires*), conclusi tra due o più soci al fine di organizzare il controllo della gestione della società e della composizione del suo capitale¹¹⁴, distinguendo ora tra clausole di gestione, di azionariato, di fuoriuscita¹¹⁵, ora tra clausole relative alla gestione della società e clausole relative alla titolarità delle azioni¹¹⁶, ora tra patti relativi al potere e patti relativi al capitale¹¹⁷, ed infine distinguendo i patti secondo la loro natura (patti comportanti un'obbligazione di dare o di fare/non fare) e la loro forma (forma contrattuale semplice e complessa)¹¹⁸.

Vi è peraltro chi distingue le figure degli *aménagements statutaires o obligations statutaires entre associés*, ovvero quelle clausole tra soci non previste come obbligatorie dal diritto delle società ma inserite nello statuto, e delle *conventions extra-statutaires entre associés*, riservando a queste ultime la denominazione di *pactes d'actionnaires* ma allo stesso tempo riconoscendo che tali accordi, quanto al loro contenuto, possono trovare indifferentemente il loro posto all'interno dello statuto o in convenzioni parallele ad esso¹¹⁹.

condition d'associé, que par la volonté de favoriser la nature contractuelle de la société"; A. COURET, T. JACOMET, *Les pièges des pactes d'actionnaires : questions récurrents et interrogations à partir de la jurisprudence récente*, in *RJDA*, 2008, 951 ss., i quali giudicano i patti quali « témoignages d'une contractualisation de la matière sociétaire, voire d'une subversion du droit des sociétés par le droit des contrats »; CONSTANTIN, *Réflexions sur la validité des conventions de vote*, in *Etudes offerts à J. Ghestin*, Paris, (LGDJ), 2001, 253 ss., per il quale "les aménagements entre associés manifestent incontestablement une pénétration de la liberté contractuelle dans l'ordre sociétaire".

¹¹³ Cfr., in tal senso., D.MARTIN, L.FAUGEROLAS, *Les pactes d'actionnaires*, JCP, 1989, I, 3412.

¹¹⁴ Cfr., CONSTANTIN, *Droit des sociétés*, Paris, (Dalloz), secondo il quale i *pactes d'actionnaires* sono quelle "conventions destinées à organiser, pour un temps plus ou moins long, les rapports de pouvoir entre les associés ainsi que les évolutions dans la répartition du capital"; P.MERLE, *Droit commercial- Société commerciales*, Dalloz, 2007; LE CANNU, *Droit des sociétés*, Paris, (Montchrestien), 2003, 23, che definisce le *pactes d'actionnaires* "des accords externes qui modifient souvent le jeu des règles légales ou des clauses statutaires, soit pour prendre le pouvoir, soit pour le conserver, soit pour organiser une collaboration, soit pour sortir d'une société".

¹¹⁵ Cfr., MESTRE-VELARDOCCIO, in *Lamy Sociétés commerciales*, 2006, n. 3214 che individuano le tre tipologie di "clause de gestion, clause d'actionnariat, clause de sortie".

¹¹⁶ Cfr., B. MERCADAL, PH. JANTIN, *Mémento Lefebvre sociétés commerciales*, 2006, n. 18654 ss.

¹¹⁷ Cfr., DAIGRE, SENTILLES-DUPONT, *Pactes d'actionnaires*, cit.; MARTIN-FAUGEROLAS, *Les pactes d'actionnaires*, cit.

¹¹⁸ Cfr., S.PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Paris, (Litec), 1992, 81 ss.

¹¹⁹ Cfr., DAIGRE, SENTILLES-DUPONT, *Pactes d'actionnaires*, cit., per i quali "ce qui fait l'originalité de ces accords, c'est moins leur forme, l'acte global structuré dans lequel ils s'insèrent, que leur contenu et leur finalité : ils sont destinés à infléchir ou à compléter les clauses habituelles des statuts. Aussi trouvent-ils parfois autant leur place

In tal senso tale dottrina, anziché procedere ad un esame separato delle due categorie individuate, si propone di esaminare i vari patti, sia “statutari” che “extrastatutari”, in base alla loro tipologia operando una distinzione tra “*conventions portant sur la situation des associés, portant sur la situation des dirigeants et portant sur la situation de la société*”: i primi a loro volta suddivisi in patti “*sur l’acquisition de la qualité d’associé*”, tra cui figurano “*la clause de garantie, la clause d’agrément*¹²⁰ et celle de préemption”, patti “*sur les droits et les obligations des associés*” soggetti alla condizione generale di conformità all’interesse sociale sotto pena di nullità per mancanza di causa (art. 1131 c.c.), e patti “*sur la perte de la qualité d’associé*”¹²¹.

Si riconosce peraltro che, non solo il contenuto obbligatorio dello statuto non può essere disciplinato da accordi extrastatutari delle parti, ma inoltre che la giurisprudenza, tendendo ad ampliare il dominio riservato agli statuti, estende le ipotesi non previste dalla legge, ed impone così una localizzazione statutaria delle clausole ritenute troppo importanti per il funzionamento della società per essere inserite in un documento ad essa esterno¹²².

Solo nei limiti non coperti dal contenuto obbligatorio dettato dalla legge o dalla giurisprudenza si ritiene pertanto che le parti possano vincolarsi con ulteriori clausole, indifferentemente situate nello statuto o in un documento separato¹²³.

dans les statuts que dans des conventions parallèles, le choix des uns ou des autres étant principalement déterminé par leur périmètre d’application, à savoir tous les associés ou certains d’entre eux seulement. Aussi ne peut-on séparer de manière absolue l’étude des conventions extrastatutaires de celle de certains aménagements statutaires, car le droit des sociétés offre des instruments qui ne peuvent être introduits que dans le statut”; GUYON, *Les sociétés –Aménagements statutaires et conventions entre associés*, cit., 166, secondo il quale “les compléments au régime légal peuvent figurer dans les statuts ou dans des accords extra-statutaires. Cette seconde formule a l’avantage de la souplesse et de la confidentialité, mais les prive d’une partie de leur efficacité. En effet les conventions extra-statutaires, qui ont une nature purement contractuelle, ne lient que leurs signataires, elles ne sont opposable ni à la société elle-même, ni aux acquéreurs de droits sociaux... Il paraît donc préférable, lorsque les compléments sont destinés à s’appliquer à tous les associés, de les insérer dans les statuts”; GODON, cit., 11, il quale, specificando ulteriormente tale concetto, ritiene che “les seules dispositions contraignantes contenues dans le pacte social méritent d’être considérées comme des engagements d’associés proprement dits, tandis que les conventions extra-statutaires sont conclues par des associés..pour leur propre compte et non pas en tant que membres du groupement social”; ne consegue, secondo l’autore, che “les accords extra-statutaires liant les associés ne font pas naître des obligations d’associés strictu sensu mais, plus exactement, des engagements autonomes pris par exemple à titre de vendeur ou de prêteur”. Le conclusioni dell’autore rivelano peraltro la loro incertezza proprio laddove, trattando delle convenzioni di voto, egli riconosce che in tal caso il paciscente agisce nella veste di socio titolare del diritto di voto e, conseguentemente, la pattuizione assume la natura di “engagement d’associé”, *ibid.*, 173.

¹²⁰ La cui validità è dubbia posto che l’art. L. 228-23 *Code de commerce* proibisce le clausole di gradimento tra soci di una *société anonyme*, con l’unica eccezione in ipotesi di alienazione a terzi.

¹²¹ Cfr., GUYON, *Les sociétés*, cit., 167.

¹²² Cfr., Cass. Comm., 8 février 1982, in *Bull. Joly*, 1982, 970 che ha ritenuto come non scritta una clausola di esclusione contenuta in una convenzione distinta dal contratto di società. Sui limiti contenutistici dei patti extrastatutari, si veda B. DONDERO, *Statuts de SAS et pactes extra-statutaires, questions et confrontations*, in *Bull. Joly*, 2008, 245. Occorre poi evidenziare che, a norma dell’*ordonnance* 2004-604 del 24 giugno 2004, che ha introdotto nel diritto francese le *actions de préférence*, è richiesta per la loro creazione una disposizione statutaria.

¹²³ Cfr., Y. CHAPUT, *La liberté et les statuts*, in *Rev. Soc.*, 1989, 361; VELARDOCCIO, op. cit., n. 256.

Seguendo tale impostazione dunque, e in adesione ad un criterio puramente formale, dovrebbe ritenersi che ogni clausola inserita nello statuto, indipendentemente dal contenuto, assuma carattere sociale, con la conseguente sottoposizione alla disciplina delle società.

Nel caso di patto separato invece, le convenzioni tra soci sono considerate come aventi natura puramente contrattuale, essendo per la società “*res inter alios acta*”¹²⁴, ma comunque soggette agli stessi limiti ed agli stessi divieti delle clausole statutarie, nel momento in cui manifestano comunque la propria incidenza sull’organizzazione e sul funzionamento della società e sui diritti dei soci¹²⁵.

L’unico vantaggio pratico che allora potrebbe individuarsi nella stipulazione di una clausola extrastatutaria sarebbe quello della confidenzialità¹²⁶, mentre l’unico effetto giuridico caratterizzante sarebbe quello dell’efficacia relativa degli accordi stipulati.

A questa impostazione si è contrapposto chi ha evidenziato che gli accordi extra-statutari tra soci, non tanto si distinguono dagli accordi statutari e traggono una propria individualità per l’essere collocati al di fuori dello statuto, ma per la ragione di tutelare e concernere principalmente interessi particolari dei singoli soci.

In tal senso i *pactes d’actionnaires* permettono un migliore adattamento agli interessi dei soci e alle modifiche della vita della società, potendo essere conclusi solo tra alcuni di essi, per una durata differente da quella della società e permettendo una differenziazione dei diritti stessi dei soci¹²⁷.

Queste ricostruzioni peraltro anziché aiutare l’interprete a giungere ad un’esatta delimitazione della fattispecie, sembrano condurre su di un terreno nebuloso e risultano spesso sterili e fuorvianti, non giungendo a chiarire gli aspetti cruciali che la figura offre. Tale incertezza è testimoniata dalla varietà delle qualificazioni proposte che lascia sussistere il delicato problema dell’individuazione della linea di confine tra il diritto dei contratti ed il diritto delle società.

Anche alla dottrina francese non sfugge peraltro la difficoltà di qualificare con precisione la figura, posta l’estrema varietà di contenuto, nonché la portata meramente descrittiva delle

¹²⁴ Cfr., GUYON, cit., 315, in giurisprudenza, cfr., Cass. Comm., 12 mai 1975, in *Rev soc.*, 1979, 337; e 7 mars 1989, in *J.C.P.*, 1989, II, 21316.

¹²⁵ Cfr., DAIGRE, cit; GODON, cit.

¹²⁶ Con la rilevante eccezione dettata dalla disciplina delle società quotate, in quanto la *loi 24 juillet 1966* dispone che tutte le convenzioni concluse tra soci di una società quotata su un mercato regolamentato comportanti delle condizioni preferenziali di cessione o acquisizione di azioni siano trasmesse all’AMF.

¹²⁷ Cfr., VELARDOCCHIO, op. cit., 287.

classificazioni offerte, le quali “s’avèrent bien vite insusceptibles de traduire la diversité et l’enchevêtrement des problèmes”¹²⁸.

4.1. Le ricostruzioni sistematiche compiute dalla dottrina francese, seppur di minor profondità rispetto a quelle condotte dagli autori italiani, danno peraltro la possibilità di verificare che anche in tale contesto, ed a prescindere dalla disciplina positiva della figura, la questione centrale affrontata è quella dei rapporti tra il patto ed il contratto sociale e degli effetti che il primo è idoneo a produrre sul secondo.

Anche qui dunque, la dottrina riconosce il fondamento della validità dei *pactes d’associés* nel principio della libertà contrattuale, previsto dal *Code civil* all’art. 1134 ed applicabile anche in materia societaria¹²⁹; tuttavia l’assenza di criteri relativamente alla determinazione della validità e della disciplina di tali *conventions entre associés* è all’origine di incerte, e contrastanti, spiegazioni teoriche.

Una prima impostazione¹³⁰ infatti riconosce che la validità “des accords extra-statutaires entre associés devrait s’apprécier au regard de la seule théorie générale des obligations et en faisant abstraction de toutes les contraintes spécifiques du droit des sociétés car le droit des sociétés ne régit que les relations de la société avec les associés, mais les associés sont entre eux des tiers, qui peuvent organiser leurs relations particulières en concluant des conventions soumises au droit commun des obligations, sous la seule réserve que ces accords particuliers ne perturbent pas la vie sociale...si un associé a imprudemment conclu une convention déséquilibrée, tant pis pour lui. Le droit des sociétés ne doit pas lui fournir l’échappatoire que lui refuse le droit commun”.

Una seconda corrente mette viceversa in rilievo le possibilità concrete di contatto tra le disposizioni contenute nell’accordo parasociale e le regole di funzionamento della società. Si ritiene in tal senso che i patti parasociali “bien que formellement distincts des statuts, viennent les compléter et sont rarement séparables, car ils sont en général conclus *societatis causa*. Ils sont donc le plus souvent indivisibles, car les uns et les autres tendent à la réalisation d’un même objectif”¹³¹.

¹²⁸ In tal senso, G. PARLEANI, *Les pactes d’actionnaires*, in *Rev. Soc.*, 1991, 3.

¹²⁹ Cfr., J.BONNARD, *L’influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d’associés*, in *Dialogues avec Michel Jeantin*, 1999, 139.

¹³⁰ Cfr., PARLEANI, *op.cit.*

¹³¹ Cfr., GUYON, *cit.*, 310 ss.; STORCK, *La validité des conventions extra-statutaires*, *cit.*, secondo il quale “statut et pacte para-statutaire forment un tout contractuel indissociable”.

Ne consegue che “les pactes extra-statutaires sont soumis aux mêmes limites et interdictions que les clauses statutaires dans la mesure où elles ont une incidence sur l’organisation ou le fonctionnement de la société et sur les droits des associés”.

In un’ulteriore prospettiva di indagine sviluppata dalla dottrina francese, i *pactes d’actionnaires* vengono inseriti all’interno di un regime convenzionale costituito da tutte le obbligazioni che legano le parti di una società tra loro¹³²; tale regime convenzionale è considerato come un corpo di regole eterogenee dai contorni mobili e dagli obiettivi variabili, che lega tutti o parte dei soci, e che è costituito dall’insieme delle obbligazioni liberamente introdotte negli statuti o in convenzioni esterne ad essi.

All’interno di tale regime i legami instaurati dalle parti per via contrattuale si presentano strutturati in via gerarchica, secondo una piramide che trova alla sua sommità gli statuti e i regolamenti interni contenenti gli obblighi liberamente assunti dai soci, ed alla base le convenzioni extrastatutarie stipulate dai soci.

Tali strumenti contrattuali, pur mantenendo la propria individualità, non sono totalmente indipendenti dalla società, ma ad essi collegati, in una struttura vicina a quella del “gruppo di contratti”, tendendo tutti alla realizzazione di uno scopo comune che è quello del miglior funzionamento della società, con la conseguenza che tutte tali relazioni contrattuali rientrano nell’alveo della disciplina di cui al contratto di base (quello di società), e che le convenzioni extrastatutarie sono necessariamente soggette, oltre che alle disposizioni legali imperative ed ai principi generali del diritto delle società, alle regole, certo più imprecise, dettate dal regime convenzionale stipulato dalle stesse parti e ad esse gerarchicamente sovraordinato¹³³.

I patti extrastatutari dunque, se per natura propria rientrano nel diritto civile dei contratti e dunque devono rispondere alle condizioni di validità di ogni contratto poste dall’*article 1108 code civil*, non sono ritenuti validi che nella misura in cui rispettino anche le regole imperative del diritto delle società, dello statuto e l’interesse sociale¹³⁴.

¹³² Cfr., GODON, cit.

¹³³ Cfr., nello stesso senso, G. DURAND-LEPINE, *L’exclusion des actionnaire dans les sociétés non cotées*, in *Petites affiches*, 1995, n° 88, secondo cui i *pactes d’actionnaires* “occupent incontestablement un rang inférieur dans la hiérarchie des dispositions réglementant le fonctionnement des sociétés dans la mesure où ceux-ci ne doivent pas contredire la loi ni les statuts”. La superiorità della « clause statutaire » sul patto extrastatutario è affermata anche dalla giurisprudenza, cfr., Cass. Comm, 15-02-94, n. 92.12.330, in *Bull. Joly*, 1994, 508 ss; Cass. Comm, 07-01-04, n. 00-11.692, in *Bull. Joly*, 2004, 544 ss.

¹³⁴ Cfr., VELARDOCCHIO, cit., 203 per la quale “ainsi la nature contractuelle de l’accord entre associés justifie la mise en oeuvre de toutes les règles applicables au contrat, ce n’est que lorsque cette application doit se faire au détriment des statuts que le droit commun des contrats cède le pas devant le droit spécial du contrat de société”. L’Autrice prosegue ritenendo condizioni di validità dei patti il rispetto delle regole imperative del diritto delle società, sia testualmente previste che « non écrites », lasciano per il resto ampio spazio all’autonomia privata giacchè “la règle devant être que tout ce qui n’est pas expressément défendu doit être permis”; C. DUCOULOUX-FAVARD, *Société anonyme*, Vuibert, 22 ss.; BONNARD, *L’influence des principes généraux*, cit., 139 ss., secondo il quale “la validité des pactes d’associés trouve son fondement dans le principe de la liberté contractuelle...avec pour seule limite l’ordre

5. Sulla stessa linea qui descritta si è posta anche la giurisprudenza francese che, operando una legittimazione progressiva della figura con riferimento, da un lato, al principio di libertà contrattuale di cui all'art. 1134 *code civil*¹³⁵, dall'altro, ai principi generali del diritto delle società, in particolare il principio della preminenza dell'interesse sociale, dell'inalienabilità del diritto di voto e quello della libera revocabilità dei dirigenti, si è più volte pronunciata per la validità dei *pactes d'actionnaires* “dès lors qu'ils ne sont pas contraires à une règle d'ordre public, à une stipulation impérative des statuts ou à l'intérêt social”¹³⁶.

Così, se da un lato viene riconosciuta l'invalidità dei *pactes d'actionnaires* in presenza di un vizio della volontà dei contraenti o per la mancanza del requisito della determinazione o determinabilità del prezzo¹³⁷, dall'altro la validità di tali convenzioni viene ancorata a tre limiti: il socio non deve essere privato irrevocabilmente del diritto di intervenire negli affari sociali (in altre parole la convenzione deve necessariamente rivestire carattere temporaneo) e le convenzioni non devono essere contrarie all'interesse sociale ed essere esenti da frode¹³⁸.

Le Corti si sono pertanto espresse per la validità delle convenzioni di voto con il solo limite della conformità all'interesse sociale¹³⁹, per la validità delle clausole di gradimento e di

public”; D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, 149 per la quale « la validité de ces clauses est subordonnée au respect du droit des obligations, du droit des sociétés et de réglementations particulières (droit boursier ou droit de la concurrence) » ; F.-D. POITRINAL, *Les pactes d'actionnaires*, in *Mélanges en l'honneur de P.Bézar, Petites affiches*, Montchrestien, 2002, che ribadisce che « à côté des conditions de validité de tout contrat, un pacte d'actionnaire doit également respecter les règles impératives du droit des sociétés », 129.

¹³⁵ Particolarmente significativa è la pronuncia del Trib. Comm. Paris, I août 1974, in *Bull. Joly*, 1975, 186, che pone il principio della validità di una società il cui funzionamento è regolato da stipulazioni contrattuali tra i soci.

¹³⁶ Cfr., Cass., 7 janvier 2004, in *RJDA* 2004, n.840; Cass., 27 septembre 2005, *ibid.*, 2005, n. 1359; Cour d'Appel Paris, 18 octobre 2005, *ibid.*, 2006, n. 791; precedentemente sebbene con minor chiarezza, Cass. Comm., 13 février 1996, in *Rev. soc.*, 781, nota J.J. Daigre. Per la validità delle convenzioni di voto si è invece espressa la sentenza del Tribunal de Paris, 30 juin 1995, in *JCP*, 1996, II, 795, degna di nota anche perché in tale circostanza il Tribunale ha ritenuto di far gravare l'onere della prova della contrarietà all'interesse sociale del patto sull'attore che ne invocava la nullità, consacrandone pertanto una sorta di presunzione di validità.

¹³⁷ Così anche in giurisprudenza. Per la prima ipotesi, cfr., Cass. comm., 1^o juillet 2003, in *RJDA*, 2004, 574; per la seconda, Court d'Appel Nancy, 20 octobre 2004, in *RJDA*, 2005, 1118.

¹³⁸ Cfr., in dottrina, B. DONDERO, *Le pacte d'actionnaires, le contrat dans la société*, in *Journ. Soc.*, 2008, 42 ss.; M. JEANTIN, *Les conventions de vote*, in *Rev. jur. com.*, 1990, 124 ss.; M. STORCK, *La réglementation des conventions de vote*, in *Rev. jur. com.*, 1991, 97 ss.; GUYON, op. cit., 309; BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, Paris, (LGDJ), 1998, 122 ss., il quale evidenzia che “le critère de l'intérêt social est fort délicat à mettre en oeuvre”, rilevando che “si les conventions de vote dont l'objet est de brimer les intérêts des actionnaires minoritaires doivent être sans aucune doute, en application de ce critère, considérées comme illicites, celles dont l'objet est d'assurer une stabilité du pouvoir sociétaire...ne contrarient en rien l'intérêt social”. In giurisprudenza, v. Cass. Comm., 7 janvier 2004, in *RJDA*, 2004 cit. ; Cass., 31 octobre 2007, n. 05-14.238, in *Bull. Joly*, 2008, 121 ss., che ha riconosciuto la validità della clausola di inalienabilità « dès lors qu'elle est limitée dans le temps et qu'elle est justifiée par un intérêt sérieux et légitime ».

¹³⁹ Cfr., Trib. comm, 14 mars 1950, in *J.C.P.*, 1950, II, 5596, Trib. comm., 17 juin 1974, in *RTD comm.*, 1975, 534; Trib. comm., 24 février 1987, in *Rev. Soc.*, 1987, somm. 284; Cass. comm., 15 juillet 1992, in *RJDA*, 1992, 826; Cass. comm., 9 mars 1993, in *RJDA*, 1993, 439, che affermano la nullità della convenzione di voto se stipulata nell'interesse esclusivo di un socio ed in generale se contraria all'interesse sociale. Per la validità delle convenzioni di voto, cfr., Cass. comm., 19 décembre 1983, in *Rev. Soc.*, 1985, 105; Cass. comm., 2 juillet 1985, in *Bull. Joly*, 1986, 229; Cass. comm., 24 février 1987, in *Bull. civ.*, IV, n.54; Cass. comm., 11 février 1992, in *BRDA*, 1992/7; Trib. Paris, 30 juin 1995, in *JCP*, 1996, E, II, 795 che enuncia le tre condizioni di validità di tali convenzioni: “porté limitée de la convention, conformité à l'intérêt social, absence de fraude à la loi”. Si veda anche la recente Cass. comm., 23-10-07, n. 06-16.537,

preferenza, in grado di mitigare l'eccessiva rigidità della legge del 1966¹⁴⁰, e delle clausole di offerta alternativa (*buy or sell*)¹⁴¹, mentre hanno condannato le convenzioni dirette a designare anticipatamente il o i dirigenti della società o ad organizzare l'alternanza di due gruppi azionari alla guida della società per violazione del principio della libera revocabilità dei dirigenti¹⁴².

Sotto la pressione della costante dottrina e del favore della giurisprudenza nel riconoscere la validità dei *pactes d'actionnaires*, anche il legislatore francese è intervenuto sia riconoscendo implicitamente la validità delle convenzioni di voto nei gruppi di società (*Loi du 3 janvier 1985 sur la consolidation des comptes; Loi du 12 juillet 1985* sul controllo di società per azioni e di gruppi societari mediante sindacati azionari), sia definendo le "actions de concert"¹⁴³ ed imponendo alle società quotate una regolamentazione specifica in caso di superamento della soglia di partecipazione e dell'OPA (*loi 2 août 1989*)¹⁴⁴.

Inoltre, prendendo atto della pratica sempre più diffusa dell'utilizzo della libertà contrattuale da parte dei membri di una società al fine di completare, e spesso modificare, le regole troppo rigide del diritto delle società, il legislatore francese è da ultimo intervenuto sulla

in *RTD comm.*, 2007, 791 ss., nota di Dondero, che specifica che l'articolo L. 227-16 "n'autorise pas à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition", facendo peraltro riferimento specifico alle "disposition statutaires", anche se, come precisato dalla dottrina "tout laisse à penser que la même prohibition vaudrait pour une clause d'un pacte d'actionnaires" (cfr., COURET-JACOMET, *Les pièges*, cit., 955).

¹⁴⁰ Cfr., Cass. comm., 27 mai 1986, in *Bull. Joly*, 1986, 687; CA Paris, 23 juin 1987, in *Bull. Joly*, 1987, 701; Trib. Angers, 20 septembre 1988, in *Rev. Soc.*, 1989, somm. 288; CA Paris, I Chambre, 14 mars 1990, *Aff. "La Cinq"*, in *Bull. Joly*, 1990, 353, secondo cui tale clausola non è incompatibile con il principio della libera negoziabilità delle azioni.

¹⁴¹ Trib. comm. Paris., 17 octobre 2006, in *Bull. Joly*, 2007, 72, il quale ha ritenuto valida tale clausola considerandola quale promessa reciproca di acquisto o di vendita, con decisione che è stata confermata dalla Cour d'Appel de Paris (CA Paris, 15-12-06, n. 06-18.133, in *Bull. Joly*, 2007, 479 ss.).

¹⁴² Cfr., Cass. comm., 17 mai 1971, in *Rev. Soc.*, 1972, 699; Trib. comm. Paris, I août 1974, in *Rev. Soc.*, 1974, 685.

¹⁴³ La nozione di azione di concerto è definita dall'articolo L. 233-10 del *Code de Commerce* (così come modificato dalle leggi 15 maggio 2001 n. 2001-420 e 11 dicembre 2001 n. 2001-1168) come accordo concluso "en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en oeuvre une politique commune vis-à-vis de la société". L'accordo deve dunque avere per obiettivo l'acquisto, la cessione o l'esercizio dei diritti di voto al fine di mettere in opera una politica comune nei confronti della società; ne consegue che alcuni *pactes d'actionnaires* possono essere costitutivi di azioni di concerto, e gli stipulanti il patto saranno soggetti alle obbligazioni imposte dalla legge ai "concertisti", tra cui l'obbligo di solidarietà (al.3). Un riferimento alle convenzioni tra soci è operato anche relativamente alla disciplina del controllo: l'art. L. 233-3, I, 2 del *Code de Commerce* precisa infatti che « une société est considérée comme en contrôlant une autre...lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt social ».

¹⁴⁴ La loi 2 août 1989, senza pronunciarsi sulla validità dei *pactes d'actionnaires*, ne ha previsto una disciplina in termini di pubblicità: l'art. L. 233-11 *Code de Commerce*, ex art. 356-1-4 della *loi 24 juillet 1966*, come modificato dalla legge del 1989, dalla successiva *loi n. 2001-420 del 15 mai 2001* ed infine dalla *loi 2003-706 del 1 août 2003*, relativo alle *conventions entre actionnaires* nell'ambito delle società quotate, ha riconosciuto implicitamente le convenzioni tra azionisti di società quotate su un mercato regolamentato che stabiliscono condizioni preferenziali di cessione o acquisizione, disponendo che "Toute clause d'une convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé et portant sur au moins 0,5% du capital ou des droits de vote de la société qui a émis ces actions doit être transmise dans un délai de cinq jours de bourse à compter de la signature de la convention ou de l'avenant introduisant la clause concernée à la société et à l'Autorité des marchés financiers. A défaut de transmission, les effets de cette clause sont suspendus, et les parties déliées de leurs engagements, en période d'offre publique".

scia dell'evoluzione recente del fenomeno cd. di contrattualizzazione del diritto delle società¹⁴⁵ con la *loi n. 94-1 du 1 janvier 1994* che istituisce la *société par actions simplifiée (SAS)*¹⁴⁶, formula societaria a carattere contrattuale.

Si tratta in effetti di una struttura facilmente adattabile ai bisogni ed agli interessi dei soci in ragione della grande libertà lasciata alle parti nella redazione dello statuto e quindi della possibilità di organizzare contrattualmente le relazioni reciproche così come a regolamentare la composizione del capitale della società ed il controllo della sua gestione.

L'apertura della SAS anche alle persone fisiche l'ha certo presentata come eccellente alternativa alla pratica tradizionale della stipulazione di *pactes d'actionnaires*, data la maggiore elasticità che questo schema societario presenta, con la conseguente possibilità di inserire negli statuti la quasi totalità delle pattuizioni che si possono rinvenire in accordi extrastatutari; per questo motivo la SAS è stata spesso presentata come un "pacte d'actionnaires institutionalisé"¹⁴⁷.

Ciò tuttavia non ha comportato nella pratica francese l'attenuarsi del fenomeno della stipulazione di convenzioni parasociali, e ciò sia per la maggiore confidenzialità di queste ultime¹⁴⁸, sia in quanto i *pactes d'actionnaires* permettono degli accordi a geometria variabile che le convenzioni statutarie non consentono, rendendo possibile la stipulazione solo tra alcuni soci o gruppi di essi, sia per le più rapide e snelle possibilità di modifica, non senza

¹⁴⁵ Cfr., LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., 20 ss.

¹⁴⁶ Successivamente integrata dalla *loi 12 juillet 1999* che estende le possibilità di partecipazione alla SAS a tutti i soggetti di diritto, persone fisiche e giuridiche, e che autorizza la SAS unipersonale.

¹⁴⁷ Cfr., sui rapporti tra *pactes d'actionnaires* e SAS, B. DONDERO, *Statuts de SAS et pactes extra-statutaires*, cit., 245; P. BRUNWICK, *SAS et capital investissement: vers la fin des pactes d'actionnaires extra-statutaires?*, Paris, (Daloz), 2000, 595 ss. L'inserzione delle pattuizioni tra soci all'interno dello statuto manifesta la propria rilevanza soprattutto sul piano della loro efficacia: non solo le clausole sono opponibili a tutti i soci, ma si prevede espressamente la nullità di ogni operazione compiuta in loro violazione. L'art. L. 277-15 du *Code de commerce* prevede infatti che "toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle". Si accenna per completezza che anche la dottrina e la giurisprudenza francesi sono unanimi nell'affermare l'*effet relatif* delle pattuizioni parasociali (cfr., COURET-JACOMET, *Les pièges*, cit., 957, per i quali "il n'y a pas d'exception à ce principe que dans le cas où le pacte extra-statutaire fait l'objet d'une mention dans les statuts de la société"), e la loro inopponibilità ai soci non stipulanti (ed alla società) che, conseguentemente, non ne possono far valere la violazione. Si veda in tal senso recentemente, Cour d'Appel Paris, Chambre V, 14 Juin 2006, che nel rigettare l'appello proposto da una società per far valere l'inadempimento ad un patto parasociale concluso tra alcuni soci, ha ritenuto che "en application de l'article 1165 du Code civil, cette action est irrecevable, car la société a la qualité de tiers au contrat, ainsi que le mentionne expressément le pacte d'actionnaire. De plus, la société n'est pas bénéficiaire d'une stipulation pour autrui au sens de l'article 1121 du Code civil, puisqu'elle est uniquement tenue d'obligations, le pacte d'actionnaires ne mentionnant aucun engagement pris par les contractants au profit de la société ». In senso contrario tuttavia, Cour d'Appel de Paris, 27 mars 2007, in *Bull. Joly*, 2007, 1002, che nel decidere di una domanda di risoluzione di un patto parasociale in ragione dell'inadempimento del socio-*président* all'obbligo, assunto con il patto, di organizzare delle riunioni periodiche al fine di informare i soci sull'andamento degli affari societari, ha respinto la domanda ma ha condannato la società ad un risarcimento pecuniario ritenendo che il presidente avesse agito quale rappresentante della società e che dunque fosse questa a dover rispondere.

¹⁴⁸ Cfr., P. DELEBECQUE, *Société par actions simplifiée et pactes d'actionnaires*, in *SAS*, GLN Joly, 1994, 126, il quale rileva che "la localisation des pactes d'actionnaires dans les statuts les rend opposable à la société ainsi qu'à tous les actionnaires, actuels et futurs, et leur violation peut être sanctionnée par la nullité, mais elle les prive corrélativement de leur discrétion".

dimenticare che la *société par actions simplifiée* non può essere utilizzata in caso di appello pubblico al risparmio¹⁴⁹.

Inoltre, se è vero che nell'organizzazione della SAS prevale il principio di libertà, occorre rilevare che questo non è illimitato, dovendo in ogni caso coordinarsi ad un sistema giuridico complesso nel quale si articolano differenti norme legali e contrattuali, con la conseguenza che la libertà contrattuale riconosciuta deve in ogni caso rispettare non solo le norme legali imperative, ma anche i principi di lealtà e di equità e non presentare un carattere abusivo nei confronti di altri soci o di terzi¹⁵⁰.

Certo è che l'uso abituale dei *pactes d'actionnaires* nella pratica degli affari e la conseguente urgenza di fornire una disciplina non superficiale ed incompleta di tale fenomeno è stato percepito con sensibilità anche dal legislatore francese, come testimoniato dalla proposizione di legge relativa ai *pactes d'actionnaires* depositata in Senato nel 1997 dal senatore Marini¹⁵¹, nella quale si prevedeva l'introduzione di un vero "statut légal des pactes d'actionnaires" al fine di eliminare ogni dubbio ed incertezza sulla loro validità e disciplina.

6. Pur nel generale riconoscimento, in dottrina ed in giurisprudenza, della validità di principio di tali accordi, vi è chi non manca di evidenziare che "la liberté de s'engager dans un pacte d'actionnaire réalise souvent un abandon des droits qu'offre le contrat de société et...l'effet de ce pacte modifie la vie et l'environnement de la société"; ne consegue che "parce qu'ils posent en définitive la question de l'articulation de plusieurs libertés, les pactes d'actionnaires ne peuvent être déclarés a priori illégitimes...mais ils doivent être tempérés, en fonction des droits dont leurs membres pouvaient disposer et de la liberté d'action qu'ils laissent à ceux qui leur sont étrangers"¹⁵².

L'attitudine delle convenzioni parasociali a "introduire un conflit entre la liberté contractuelle et le caractère institutionnel des sociétés", e a dar luogo ad un "double réseau de relations: les unes originées de l'appartenance des associés à la société, les autres des

¹⁴⁹ Cfr., *C.comm. art. L. 227-2*.

¹⁵⁰ Cfr., P.J. SAINT-AMAND, P.A. SOREAU, *Pactes d'actionnaires et engagements fiscaux*, Dossiers pratiques Lefebvre, 2006.

¹⁵¹ *Texte n. 379, 1996-1997*; P. MARINI, *La modernisation du droit des sociétés*, la *Doc. fr.*, 1996, 64 ss. Il rapporto riconosceva la validità delle convenzioni di voto alle condizioni che non concernessero che l'esercizio del diritto di voto e non la detenzione, che non fossero contrarie a "disposition légale impérative et à l'intérêt de la société"; proponeva inoltre una pubblicità legale dei patti parasociali anche relativamente alle società non quotate, ai fini di permettere una migliore e più sicura efficacia dei patti e garantirne l'opponibilità ai terzi.

¹⁵² Cfr., PARLEANI, *Les pactes d'actionnaires*, cit., 4.

conventions particulières qu'ils ont conclues"¹⁵³, "entraîne une interaction et une interference du droit des contrats et du droit des sociétés...qui accroît le risque de conflit entre la liberté contractuelle et l'ordre public sociétaire"¹⁵⁴.

Se ciò giustifica dunque la riconosciuta necessità che il patto non solo sia conforme ai principi in materia di diritto dei contratti e delle obbligazioni, ma altresì non sia contrario ad una disposizione imperativa del diritto delle società, della borsa, della concorrenza; pone peraltro l'interprete nel terreno delicato di determinare le condizioni ed i limiti entro i quali le convenzioni tra soci possono essere considerate valide, accertata da più parti la difficoltà di determinare ciò che è imperativo nel diritto delle società, *massime* nelle ipotesi in cui il legislatore nulla abbia previsto e la giurisprudenza non si sia espressa, nonché l'incertezza del campo di applicazione delle stesse disposizioni di ordine pubblico¹⁵⁵.

Il campo dei *pactes d'actionnaires* subisce infatti in tal senso il carattere eccessivamente regolamentato del diritto francese delle società di capitali che, paradossalmente, genera numerose incertezze laddove la legge non dispone, anche a causa della mutevolezza ed imprecisione del contenuto dell'ordine pubblico societario che la successiva evoluzione del diritto delle società, e quindi della legislazione e della pratica in materia, hanno accresciuto¹⁵⁶.

Inoltre il rilevato fenomeno di contrattualizzazione del diritto delle società comporta che "l'envahissement du droit des sociétés par le droit contractuel aboutit à une importation des facteurs d'insecurité propres à la technique contractuelle...cette insécurité apparaît d'abord au niveau des accords passés entre actionnaires"¹⁵⁷.

Le incertezze dimostrate dalla dottrina francese nell'individuazione della disciplina applicabile ai *pactes d'actionnaires*: la normativa dettata in tema di contratti, temperata o meno dalla regolamentazione imperativa del diritto delle società, e l'imprecisione stessa del

¹⁵³ Cfr., GUYON, op. cit., 358, il quale prosegue ritenendo che "cette co-existence soulève des difficultés de principe. Certaines sont assez faciles à résoudre, ainsi les conventions extra-statutaires entre associés ne sauraient déroger aux règles d'ordre public qui gouvernent les sociétés. Mais d'autres sont plus embarrassantes, car l'existence même de relations particulières entre certains associés crée une co-société dans la société, ce qui entraîne une atteinte tant au principe d'égalité qu'au ius fraternitatis".

¹⁵⁴ Cfr., GODON, op. cit., 12.

¹⁵⁵ Cfr., GODON, *ibidem*, il quale si domanda se "les principes généraux non écrits du droit des sociétés...s'imposent aujourd'hui avec la même force alors que les praticiens peuvent éprouver le besoin de contrôler la composition du groupement par des clauses spéciales remettant en cause le principe de libre négociabilité de l'action, ou par des clauses d'exclusion attentatoires au droit de rester associé"; LE CANNU, cit., 567, secondo il quale "il est difficile de déterminer dans ce domaine ce qui est impératif...et à qui les règles impératives peuvent s'appliquer"; DAIGRE, *Pacte d'actionnaires et capital-risque. Typologie et appréciation*, in *Bull. Joly*, 1993, 157 ss., il quale rileva che, sia è discusso il carattere imperativo o meno di numerose regole del diritto delle società, sia la reale portata delle norme di principio dello stesso, in particolare dei principi della libertà del diritto di voto.

¹⁵⁶ Cfr., CONSTANTIN, op. cit.

¹⁵⁷ Cfr., A. COURET, *Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire*, in *Rev. Soc.*, 2000, 89 ss., spec., 90.

riferimento a tale complesso di norme imperative, non chiarisce l'esatta collocazione di tali figure.

Le ricostruzioni sistematiche compiute dagli interpreti danno peraltro la possibilità di confermare o negare la validità dell'impianto delle spiegazioni teoriche che di tale istituto ci si propone di offrire.

Si è visto che anche gli autori da ultimo considerati riconoscono che i patti parasociali, in quanto convenzioni, “relèvent à ce titre de la liberté contractuelle...cependant leur domaine d'intervention est encadré par la réglementation du droit des sociétés dont de nombreuses mesures sont impératives”¹⁵⁸.

In particolare un'attenta autrice rileva che “cette validité de principe issue de la liberté de contracter ne va pas sans limitations. En effet, ces contrats entre associés ne sont pas tant caractérisés par la qualité de co-contractants, mais plutôt par leur objet: que ce soit le fonctionnement de la société dont les parties aux contrats sont membres, que ce soit l'exercice de leurs droits sociaux”¹⁵⁹.

Ne discende la necessità di verificare se gli accordi stipulati diano luogo ad obblighi *strictu senso* sociali ovvero a delle obbligazioni autonome, concluse dalle parti “pour leur propre compte et non pas en tant que membres du groupement social”¹⁶⁰.

In tal senso l'Autrice, pur evidenziando la difficoltà di determinare se nel caso specifico il patto sia o meno estraneo al patto sociale, prosegue distinguendo le ipotesi in cui *l'accord extra-statutaire* manifesta i propri effetti sul patto sociale, modificandone la struttura e l'organizzazione, da quelle in cui l'accordo “est complètement indépendant des statuts et n'affecte que les relations individuelle des parties”¹⁶¹.

Questa riflessione, che richiama quella sviluppata dalla dottrina civilistica italiana, presuppone un'analisi dell'intensità del legame esistente tra gli stessi: laddove si sia in presenza di un accordo che appare autonomo e quindi scollegato dal contratto di società, apparirà più corretto concludere per l'applicazione delle norme disciplinanti l'accordo, e quindi delle norme relative ai contratti, piuttosto che per l'applicazione del diritto delle società.

¹⁵⁸ Cfr., VELARDOCCIO, cit., 189.

¹⁵⁹ *Ibidem*, 283.

¹⁶⁰ Cfr., GODON, cit., par. 264.

¹⁶¹ L'Autrice riporta il caso delle *conventions de portage d'actions*, ovvero quegli accordi “par lesquels une personne, le porteur, accepte, sur la demande du donneur d'ordre, de se rendre actionnaire par acquisition ou souscription d'actions, étant expressément convenu qu'à l'expiration d'un certain délai ces actions seront transférées à une personne désignée, à un prix fixé à l'avance”, e ne riconosce, correttamente, l'estraneità al patto sociale, richiamando all'uopo una pronuncia della Cour de Cassation, Chambre commerciale, 10 janvier 1989, secondo la quale “la convention selon laquelle une société accepte d'acquérir les actions d'une autre société à un prix payable en quatre échéances constitue...une convention étrangère au pacte social”.

Così se una clausola di gradimento, una promessa di vendita o di acquisto, una clausola di non concorrenza sembrano potersi collegare strettamente al contratto di società, nella misura in cui queste diverse convenzioni mirano ad accrescere la stabilità politica o economica della società stessa; una clausola di garanzia del passivo, un patto con cui si garantisce un interesse sul capitale conferito, sembrano non presentare stretti legami con il patto sociale, nella misura in cui vengono a costituire una protezione accordata da una parte all'altra.

7. Sul piano del diritto interno i dibattiti circa la natura ed il fondamento della figura dei patti parasociali sono spesso fuorvianti e non aiutano a chiarire gli aspetti cruciali della questione.

Le riflessioni fin qui considerate forniscono una descrizione dei patti parasociali che si fonda essenzialmente sulla constatazione che, attraverso tali accordi, i soci intendono disciplinare delle posizioni individuali che derivano dalla loro posizione di partecipante alla società; ciò significa, sul piano giuridico, tali convenzioni sono autonome rispetto al patto sociale, ma ad esso collegate.

E' evidente che una descrizione di tal fatta non permette di valutare correttamente le conseguenze giuridiche di tali accordi, limitandosi ad evidenziare il carattere obbligatorio di tali pattuizioni¹⁶² e la loro possibilità di entrare in contatto con il regolamento della società.

Altro elemento d'insicurezza giuridica nell'esame di queste figure è dato dal rischio di sovrapposizione e conflitto di norme che la loro disciplina comporta, dal momento che i soci sono soggetti sia al patto di società che alle convenzioni parasociali, circostanza questa che ha indotto la dottrina a parlare di un "rischio di degenerazione", laddove, secondo i casi o il contratto snatura la società o la società snatura il contratto¹⁶³.

Il diritto positivo non ha strumenti che consentano di dare una risposta sicura, cioè suscettibile di adesione generalizzata, a queste problematiche; sembra anzi all'interprete che la fluidità e l'ambiguità della nozione di patti parasociali appaia come necessaria ed indefettibile, nella misura in cui le scelte di politica legislativa, comuni ai due ordinamenti di riferimento,

¹⁶² Così come nel panorama dottrinario e giurisprudenziale italiano, anche in quello francese si riconosce che l'unica conseguenza dell'inosservanza del patto può essere quella risarcitoria ai sensi dell'art. 1142 del *Code civil*. Non è mancato qualche autore che ha criticato l'impossibilità di ricorrere all'esecuzione forzata ritenendo la sanzione dei "dommages et intérêts" inadatta ad assicurare la "sécurité juridique" (cfr., in tal senso A.COTTEBRUNE, *L'efficacité des conventions de vote en question*, in *La revue pratique du droit de l'entreprise*, 1998, 29 ss.), richiamando tra l'altro una decisione giurisprudenziale (Cour D'Appel Paris, 30 juin 1995, in *JCP*, 1996, II, 795) che, seppur in termini ambigui, aveva ammesso l'esecuzione forzata dell'obbligo di votare e di sottoscrivere un aumento di capitale.

¹⁶³ Cfr., SAINTOURENS, *La flexibilité du droit des sociétés*, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1987, 457.

non ne forniscono elementi compiuti di disciplina, né offrono punti di riferimento per valutare della loro validità; eppure si tratta di fattispecie di notevole interesse, proprio per la loro complessità e per il bilanciamento che mirano ad attuare tra diversi centri di interesse.

L'individuazione dei caratteri essenziali della figura e degli obiettivi che con essa le parti intendono realizzare, sembra muoversi in entrambi i sistemi in esame nella stessa direzione.

Nell'esaminare la prospettiva di indagine in cui si è mossa la dottrina, sia italiana che francese, al fine di spiegare la natura del fenomeno in esame, si può rilevare che la questione centrale di tutte le ricostruzioni proposte attiene all'esigenza di spiegare i rapporti che intercorrono tra i patti parasociali ed il contratto sociale, ciò che appare il punto focale di tutta la materia¹⁶⁴.

Un primo esame di tali ricostruzioni pare evidenziare che esse presentino il difetto di porsi su un piano essenzialmente descrittivo e conducano in un terreno di sicura incertezza laddove si passi alla valutazione dell'influenza del patto parasociale nei confronti del rapporto sociale e degli effetti che il primo è idoneo a produrre sul secondo, non essendo in grado di identificare, posto il carattere diversificato della figura, una fattispecie capace di giustificare, quanto all'individuazione della disciplina applicabile, un discorso unitario.

Sembra infatti che tutti i tentativi di distinguere le clausole sociali (sottoposte alle regole del diritto societario) da quelle parasociali (disciplinate dalle regole generali dei contratti), non siano in grado di individuare un'area dotata di sufficiente omogeneità, né conducano a risultati apprezzabili in ordine alla determinazione della disciplina applicabile.

Il problema dell'individuazione dei patti in questione peraltro, costituisce solo la premessa della questione centrale, che è quella dell'individuazione della loro efficacia e del loro regime, cui il recente riconoscimento normativo nell'ambito dell'ordinamento italiano non ha dato una risposta definitiva, continuando a mantenere su un diverso piano, di efficacia e di rilevanza, il patto rispetto al rapporto societario.

¹⁶⁴ Efficacemente Giorgio Oppo ha evidenziato che “il senso del parasociale è appunto questo: un senso di separazione dal regolamento legale e statutario del rapporto sociale, ma anche un senso di coesistenza, di affiancamento, di collegamento con quel rapporto”.

8. Il fenomeno originale che caratterizza i patti parasociali fa sì che, nei due ordinamenti giuridici considerati “les accords extra-statutaires ne sont pas toujours prohibés; il ne sont pas non plus toujours valables”¹⁶⁵.

Tali figure, che si situano al punto di incrocio dell’evoluzione del diritto della società e del diritto dei contratti, partecipano della complessità della definizione del ruolo della libertà contrattuale nel diritto delle società.

La natura ambivalente dei patti parasociali comporta che essi debbano rispettare le condizioni di validità proprie a tutti i contratti; ed in più la loro particolare natura di accordi diretti a organizzare le relazioni tra soci ne determina la sottoposizione alle disposizioni imperative del diritto delle società che tende principalmente a proteggere l’interesse sociale.

L’ambivalenza di tali convenzioni si manifesta pertanto nel conflitto permanente tra la libertà contrattuale, secondo cui i soci sono liberi di concludere accordi parasociali, e l’ordine pubblico societario, che impone delle regole a protezione degli interessi delle minoranze e dei terzi.

I limiti di tale nozione di ordine pubblico sono tuttavia incerti, sia poiché gli obiettivi di protezione dei soci di minoranza e dei creditori sociali e quello di garantire l’osservanza del principio di uguaglianza fra soci, obbligano a ricorrere a nozioni imprecise, quali l’interesse sociale o la sicurezza degli accordi societari; sia perché il Legislatore menziona sempre più frequentemente l’esistenza delle pattuizioni parasociali, ma non ne precisa le condizioni di validità.

La giurisprudenza sembra allora essere in tal senso una delle fonti privilegiate per ritrovare dei punti di riferimento specifici, con la conseguenza peraltro che la validità di molti degli accordi parasociali è rimessa alla valutazione caso per caso dei Tribunali ¹⁶⁶, e che solo un esame delle singole pattuizioni può portare l’interprete a verificare che il contenuto delle singole convenzioni non sia in contrasto con norme inderogabili di diritto societario oppure con l’interesse sociale.

In tal senso un’argomentazione sviluppata dalla dottrina, e accolta in alcune pronunce giurisprudenziali¹⁶⁷ è quella che giunge ad ammettere la validità dei patti parasociali esaminandone natura e finalità sul piano contrattuale, prima che su quello societario.

Posta la natura di tali pattuizioni quali contratti atipici, è su tale piano che va condotta una prima essenziale verifica della liceità della causa e della meritevolezza dei fini perseguiti con

¹⁶⁵ Cfr., GUYON, op. cit

¹⁶⁶ *Ibidem.*

¹⁶⁷ Cfr., Cass., 9975/95, cit.; Cass. 14865/01, cit.; Cass., 15963/07, cit.

l'accordo stesso; solo in secondo tempo dovendosi passare alla verifica della loro compatibilità con eventuali principi imperativi presenti nella disciplina positiva delle società.

Nell'insoddisfazione offerta dal diritto positivo, non offrendo questi elementi certi in grado di definire i contorni precisi della figura, occorre allora rifarsi alle categorie normative generali, per tentare di individuare i legami che permettano di scegliere la sede entro cui i patti parasociali possano trovare accogliamento.

I patti parasociali sono dei contratti, il cui fondamento giuridico riposa sugli articoli che in entrambi gli ordinamenti considerati disciplinano la libertà contrattuale delle parti (*art. 1134 code civil francese*, art. 1322 cod. civ. italiano), e come tali sono sottoposti alla relativa disciplina normativa che ne prevede le condizioni di validità ed efficacia.

Se ciò vale quanto alla disciplina degli elementi formali delle pattuizioni, della capacità delle parti e della conseguente valutazione di vizi del volere invalidanti la manifestazione di volontà, discorso diverso deve essere fatto per il loro contenuto.

L'analisi tradizionale dei patti parasociali in chiave prevalentemente negoziale, che ha consentito di annoverarli tra le più tipiche ipotesi di collegamento tra contratti¹⁶⁸, appare infatti insufficiente, sembrando necessario piuttosto capire fino a che punto la connessione tra società e patto incida sulla disciplina di quest'ultimo.

Un approccio critico a tale tradizionale impostazione richiede di distinguere tra le varie fattispecie normalmente ricondotte alla categoria dei patti parasociali, valutandone l'autonomia funzionale e la capacità di incidere sul contratto di società o, *rectius*, sulla sua disciplina.

Nel caso in cui il patto abbia come finalità quella di modificare l'assetto societario e non sia dotato di autonomia causale, esso dovrà ritenersi incidente sull'assetto organizzativo della società. Così è, ad esempio, per i patti di sindacato, i quali esercitano la loro influenza sul funzionamento stesso della società e, conseguentemente acquistano rilevanza ai sensi del diritto societario.

Diversamente, si possono individuare numerose ipotesi in cui vengono stipulati dei patti che si presentano per la società come *res inter alios acta*. Ciò può dirsi per quelle pattuizioni attraverso cui un socio garantisce un altro, le quali non influenzano le condizioni del funzionamento della società; o per i patti di prelazione, muniti di un requisito funzionale a se stante¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Si veda in particolare D. CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, 185 ss.; F. PERNAZZA, *Brevi riflessioni in tema di contratti parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, 163 ss.

¹⁶⁹ Cfr., LE CANNU, cit., par. 886.

Bisogna dunque riconoscere che la stessa ambiguità della figura dei patti parasociali, nonché la varietà e l'indeterminatezza che ne caratterizzano il contenuto rendono impossibile all'interprete la determinazione *a priori* della disciplina essi applicabile; ed anzi impongono la difficile operazione di individuare di volta in volta la linea di confine che separa il diritto dei contratti dal diritto delle società.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA DEI PATTI PARASOCIALI NEL QUADRO COMPARATISTICO

STUDIO DEI DIRITTI STRANIERI

1. Le lacune del diritto internazionale privato in materia di patti parasociali. 2. Le soluzioni proposte dalla giurisprudenza e dalla dottrina europee: il diritto francese, il criterio di determinazione della *lex societatis*. 2.1. Sede reale o sede statutaria? 2.2. L'ambito di applicazione della *lex societatis*. 2.3. I criteri di collegamento proposti per i *pactes d'actionnaires*. 3. La proposta degli autori spagnoli. 4. Il diritto anglosassone: in particolare il panorama inglese. 4.1. L'esperienza nordamericana. 5. L'applicazione della teoria della *proper law*, rilievi critici. 6. I criteri di collegamento proposti per i patti parasociali: i risultati acquisiti.

1. Il passaggio ad un'analisi condotta sul piano del diritto internazionale privato, che qui interessa, mette subito in evidenza che l'insoddisfazione sin qui rilevata nell'esame della disciplina della nostra figura è destinata a permanere.

Un primo dato da sottolineare è che i sistemi di diritto internazionale privato italiano e francese non dispongono di una regolamentazione specifica in tema di patti parasociali. Questa constatazione induce a procedere in prima battuta ad una verifica della possibilità di collocare l'istituto in esame nell'ambito di una regola di conflitto esistente. Solo una volta rilevata l'infruttuosità di ogni tentativo di ricondurre gli accordi tra soci in una categoria, ci sarà permesso avventurarci alla ricerca di una soluzione conflittuale.

In questa prospettiva, il tentativo di offrire una soluzione apprezzabile in termini di collocazione sistematica della figura che la atipicità e la varietà riscontrata impediscono allo stato di fornire, richiede e giustifica uno sguardo alle indagini compiute dalla dottrina all'interno di altri sistemi giuridici.

Se è vero che, conformemente ai principi che governano l'operazione di qualificazione internazionale, la delimitazione di una figura deve essere condotta *lege fori*¹⁷⁰, ciò non implica tuttavia che uno studio dei concetti giuridici propri del diritto straniero si dimostri inutile o fuorviante.

¹⁷⁰ Cfr., E. BARTIN, *De l'impossibilité d'arriver à une solution définitive des conflits de lois*, in *Clunet*, 1897, 225 e ss., teorizzatore del principio dell'applicazione della *lex fori*, ritiene che al fine di valutare una situazione che presenta dei collegamenti con Stati diversi, il giudice adito debba determinare, secondo le disposizioni della *lex fori*, l'ambito materiale delle norme applicabili.

E ciò pare evidente se si consideri, in primo luogo, l'importanza di valutare se le incertezze alla base del riconoscimento e della determinazione della disciplina della figura in esame rilevate si possano riscontrare anche in altri sistemi giuridici o se questi all'opposto prevedano una categoria definita ed accertata di patti parasociali.

In secondo luogo, la problematica si pone per tutti gli ordinamenti, e l'esame di come essa sia stata risolta all'estero è quantomai utile per ricostruire con sufficiente nettezza i contorni dell'istituto e tentare di avviare a soluzione le questioni generali che esso comporta; proprio l'evoluzione dei diritti stranieri in questo ambito può infatti contribuire a porre le basi di un'analisi della disciplina internazionale dei patti parasociali.

La comparazione rappresenta in tal senso uno strumento fondamentale al servizio di chi intenda ricavare la disciplina internazionalprivatistica di una figura, consentendo una piena comprensione della natura degli istituti coinvolti, della *ratio*, struttura e finalità di un istituto.

L'analisi che seguirà non sarà limitata ai soli dati francesi, ma comprenderà anche dati relativi ad altri ordinamenti, in quanto in questo campo più che in altri vive si presentano le ripercussioni sulla nostra disciplina delle soluzioni adottate in altri sistemi.

2. La rarità dei contributi dottrinali e delle decisioni giurisprudenziali nel campo dei conflitti di legge relativi ai patti parasociali che si riscontra nell'ordinamento francese, parrebbero ad un primo esame significativi di un univoco atteggiamento di fedeltà all'unica soluzione conflittuale individuata nell'attribuzione di competenza alla legge regolatrice della società.

Solo negli ultimi anni invero alcuni autori che hanno trattato della figura hanno avanzato critiche all'applicazione della *lex societatis* e sviluppato differenti proposte quanto all'individuazione di un criterio di collegamento in materia di patti parasociali.

Una ragione di ciò potrebbe essere rinvenuta nell'incertezza relativamente all'individuazione del criterio di collegamento rilevante per la determinazione della legge applicabile alla società che ha caratterizzato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale francese fino ai giorni nostri, e dunque assorbito l'attenzione degli interpreti.

La controversia dottrinale che ha a lungo vista contrapposta la corrente che individua nella nazionalità della società il criterio rilevante per la determinazione della *lex societatis*¹⁷¹, in

¹⁷¹ Cfr., H.BATIFFOL, P.LAGARDE, *Traité de droit international privé*, I, 8° ed., Paris, (LGDJ), 1993; B.GOLDMAN, *Droit du commerce international*, Les cours de droit, 1970-71, che individua nella nazionalità il criterio applicabile nella determinazione della *lex societatis*; in giurisprudenza, cfr, CA Paris, 26 mars 1966, in *Clunet*, 1966, 841 che assimila statuto personale degli individui e *lex societatis*.

analogia alle persone fisiche il cui statuto è retto dalla legge nazionale¹⁷², e quella che rinviene tale criterio nella sede sociale¹⁷³, benché abbia oggi perso molto del suo vigore, presenta comunque vivo interesse e merita di essere approfondita¹⁷⁴.

Due sono gli autori francesi che hanno posto le basi del dibattito dottrinale in Francia: da un lato Niboyet¹⁷⁵ il quale analizzando la nazionalità come un “rapport d’ordre politique entre un individu et un Etat” ne contesta l’applicazione alle società che “ne sont que des contrats...et ne peuvent prétendre posséder les attributs politiques caractéristiques de la nationalité”.

L’autore dunque, sottolineando la differenza fondamentale tra il metodo di attribuzione della nazionalità alle società ed agli individui¹⁷⁶, respinge l’utilizzazione del concetto di

¹⁷² Cfr., *article 3 alinéa 3 du Code civil*, secondo cui “les lois concernant l’état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers”.

¹⁷³ Cfr., B.ANCEL, Y.LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, (Daloz), 2001, 468 ss. ; Y.LOUSSOUARN, P.BOUREL, *Droit international privé*, 8° ed., Paris, (Daloz), 2004; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, (Monchrestien), 2001; ID., nota a Cass., 8 déc. 1998, in *Rév. crit. droit int. privé*, 1989, 291-2, secondo il quale « la différence de terminologie n’aboutit pas à des solutions distinctes car dire que la loi applicable à la société est sa loi nationale revient en effet indirectement à donner compétence à la loi del’Etat dans lequel se situe son siège social, la nationalité des sociétés étant principalement déterminée par le critère du siège social », specificando poi che « à la notion personnelle de la nationalité de l’art. 3 du code civil, les articles 3 de la loi 1966 et 1837 du code civil substituent un critère spatial, le siège social...qui se rapproche plus du domicile des individus que de leur nationalité..il est donc erroné de vouloir faire dépendre la lex societatis de la nationalité, sauf à confondre domicile et nationalité. La lex societatis doit en conséquence être directement désignée par le siège social, prise comme facteur de rattachement ..quant au concept de nationalité des sociétés ..il doit être recentré sur ses fonctions incontestés et servir à la détermination de droits et des traités internationaux dont peuvent bénéficier les sociétés, à la désignation de l’Etat chargé d’assurer leur protection diplomatique » ; H. SYNDET, *Société*, in *Rép. Int. Dalloz*, 1 ss., il quale ritiene che « il semble que l’on puisse asseoir aujourd’hui, en droit international privé français, la solution suivante : les sociétés sont en principe soumises à la loi du pays de leur siège, tel que fixé par les statuts » ; L.LEVY, *La nationalité des sociétés*, Paris, (LGDJ), 1984; J-M. JACQUET, P.DELEBECQUE, S.CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Paris, (Daloz), 2007, secondo gli autori, i concetti di nazionalità e legge applicabile alla società non devono essere confusi in quanto “la détermination de la loi applicable à la société correspond à une nécessité de technique juridique et repose sur le choix d’un critère de rattachement. La détermination de la nationalité d’une société est l’expression d’une compétence de l’Etat à l’égard de son national..”.

¹⁷⁴ L’origine del dibattito dottrinale risale all’inizio del XX secolo: al fine di determinare lo statuto delle società, la dottrina si è riferita al criterio di collegamento applicabile alle persone fisiche, ovvero alla nazionalità, ritenuta come criterio in grado di utilmente determinare la *lex societatis*. Alcuni autori, partendo dal rilievo che il criterio di collegamento delle società è il medesimo sia per determinare la loro nazionalità che per individuare il diritto loro applicabile, sono giunti ad amalgamare i due concetti assimilando la nazionalità della società alla *lex societatis*. L’erroneità di tali conclusioni è stata chiaramente evidenziata da alcuni Autori i quali hanno rilevato sia che “déterminer la loi applicable à une société ne revient pas à déterminer sa nationalité: la règle de conflit en matière de société se contente de rattacher la société à un ordre juridique donné -question relevant du domaine des conflits de lois-et non à déterminer sa nationalité” (LEVY, op. cit., n. 66 e ss.); sia che “la question de déterminer la lex societatis doit être clairement distingue de celle de la nationalité de la société; la lex societatis permet de déterminer les règles du droit des sociétés qui président à la création, au fonctionnement et à la dissolution de la société, il s’agit d’un problème de conflit de lois..en revanche, la question de la nationalité est tout autre, elle relève du domaine de la condition des étrangers et de jouissance des droits” (BOUCOBZA, *L’acquisition internationale de société*, cit., 249). Per un approfondito quadro del dibattito in Francia, si rinvia a LOUSSOUARN, in *RCADI*, 1959, 453 ss.

¹⁷⁵ J-P. NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?*, in *Rév. crit. droit int. privé*, 1927, 401 ss. ; ID., *Traité de droit international privé*, Sirey, 1947-51, II, n. 753. Precedentemente già PILLET, *Les personnes morales en droit international privé*, 121 ss., aveva criticato l’applicazione alle società del concetto di nazionalità, ritenendo che nessuno dei diritti riconosciuti alle persone giuridiche ha « l’essence de la nationalité ».

¹⁷⁶ L’Autore rileva che mentre con riguardo alle persone fisiche ogni Stato attribuisce la nazionalità secondo la propria legge, ovvero *lege causae*, non potendo attribuire una nazionalità straniera *lege fori*, secondo i propri criteri (ritiene in

nazionalità relativamente alle società, rilevando che esso viene utilizzato per esprimere in definitiva lo statuto della società, ovvero la *lex societatis*, il diritto ad essa applicabile.

Dall'altro lato Mazeaud¹⁷⁷ sostiene fermamente l'utile trasposizione alle società del concetto di nazionalità, inteso non come legame di natura politica tra un individuo ed uno Stato, ma come “lien qui unit une personne à un Etat, lien générateur de droits et d'obligations réciproques”¹⁷⁸; ne consegue, secondo l'autore, che le società, così come gli individui, devono essere soggette alla legge nazionale per tutto ciò che concerne il loro *statut personnel*.

Le norme di riferimento in materia, che sia la dottrina che la giurisprudenza hanno variamente interpretato, sono l'art. L. 210-3 del *Code de Commerce*¹⁷⁹ che, dispone che “les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française”, e l'art. 1837 del *Code civil* francese che prevede, con una formulazione pressoché identica, che “toute société dont le siège social est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française”.

Benché i due testi non evocano la nazionalità della società, parte della dottrina francese vi ha intravisto una consacrazione implicita della nazionalità come criterio di determinazione della legge applicabile alla società “en raison du lien qui a toujours existé en droit français entre détermination de la nationalité de la société et loi applicable”: se il legislatore francese non ha fatto cenno in tali disposizioni al concetto di nazionalità ma a quello di sede sociale, ciò sarebbe dovuto ad un'assimilazione completa delle due nozioni¹⁸⁰.

Altro autore¹⁸¹ invece, evocando i lavori preparatori all'adozione dell'art. L. 210-3 osserva che con tale disposizione il legislatore non ha voluto definire la nazionalità della società, ma unicamente determinare il campo di applicazione della legge, specificando poi che la formulazione unilaterale dell'articolo non gli attribuisce la natura di regola di attribuzione della nazionalità, ma di “règle bilatéralisable susceptible d'être une véritable règle de conflit”,

tal senso N. che il metodo di attribuzione unilaterale sia proprio della nazionalità), con riguardo alle persone giuridiche il collegamento di una società ad uno Stato si determina *lege fori*.

¹⁷⁷ Cfr., L. MAZEAUD, *De la nationalité des sociétés*, in *Clunet*, 1928, 30 ss.

¹⁷⁸ *Ibidem*, 31; ritiene l'Autore che la nazionalità non sia solamente fatto generatore di obbligazioni e diritti politici, ma anche elemento in base al quale determinare lo statuto giuridico dell'individuo e la legge alla quale esso è soggetto; conseguentemente egli ritiene che, sebbene le società siano prive di certi diritti politici, il concetto di nazionalità sia certo applicabile alle società in ragione dell'esistenza della loro personalità giuridica, indipendente dalla personalità giuridica individuale degli associati.

¹⁷⁹ già art. 3 *Loi 24 juillet 1966*.

¹⁸⁰ Cfr., GOLDMAN, *Droit du commerce*, cit., 78.

¹⁸¹ Cfr., L. LEVY, *La nationalité des sociétés*, cit., 114.

concludendo così che la *lex societatis* non è determinata dalla nazionalità della società ma designata direttamente dalla sede sociale, intesa come criterio di collegamento¹⁸².

La contrapposizioni delle tesi in dottrina e l'incertezza della differenziazione tra il criterio della nazionalità e quello della sede della società è del resto stata a lungo alimentata dalla giurisprudenza dei tribunali francesi, la quale attraverso l'utilizzazione di una terminologia spesso ambigua, ha sovente utilizzato l'espressione "nationalité des sociétés" per designare la legge applicabile all'ente.

In tal senso la *Cour d'Appel de Paris, 3 octobre 1984, (Comité de défense des actionnaires de la Banque ottomane et alii c. Banque Ottomane)*, nel decidere il "seconde affaire Banque Ottomane", ha utilizzato il concetto di nazionalità della società per risolvere un conflitto di leggi¹⁸³, e la *Chambre commerciale de la Cour de Cassation*, in una serie di pronunce successive, ha costantemente fatto riferimento alla legge nazionale della società come criterio di collegamento per determinare i poteri degli organi sociali, stabilendo che "l'appréciation des pouvoirs des dirigeants d'une société relève de la loi nationale de cette société"¹⁸⁴.

In particolare si è osservato¹⁸⁵ che in tali sentenze la Corte, riferendosi all'art. L. 210-3 del *Code de Commerce*, lo ha "bilateralizzato" ritenendo che, così come per le persone fisiche, la

¹⁸² Nello stesso senso, P.MAYER, V.HEUZE', *Droit international privé*, Paris, (Montchrestien), 2004, 663, secondo i quali "en admettant que ce texte doive être bilatéralisé, et que les sociétés soient de façon générale soumises à la loi de leur siège social", ritengono applicabile "la loi du siège social, non la loi nationale".

¹⁸³ La Corte, nel decidere una controversia che vedeva opposti degli azionisti francesi agli amministratori di una Banca incorporata in Turchia ma avente la propria sede effettiva in Inghilterra, accetta il rinvio di secondo grado della legge inglese alla legge turca ritenendo che "la société devrait être tenue pour une anglaise et soumise à l'application de la loi anglaise". Sintomatico dell'atteggiamento incerto assunto dalla giurisprudenza francese è un *arrêt* del Tribunal des conflits, 23 novembre 1959, *Société Mayol Arbona*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1960, 180 che, in applicazione della cd. *théorie de l'atomisation de la nationalité des sociétés*, sviluppata in Francia all'inizio del XX sec., attaccando duramente lo stesso concetto di nazionalità delle società e negando allo stesso ogni prevedibilità, aveva affermato che "la nationalité des sociétés, qui n'est pas définie par aucun texte général dont l'application ressortirait à la compétence de l'autorité judiciaire ne peut être déterminée qu'au regard des dispositions législatives ou réglementaires dont l'application ou la non-application à la société intéressée dépend du point de savoir si celle-ci est ou n'est pas française". Secondo tale corrente non è possibile fissare in assoluto ed a priori alcun criterio di determinazione della nazionalità della società, variando esso di caso in caso in funzione di un fascio di indici diversi ed essendo fortemente influenzato sia dagli interessi in causa sia dalle particolarità del caso di specie. Ne deriva conseguentemente l'impossibilità di fissare un sistema coerente in materia, applicandosi a ciascuna fattispecie un criterio differente secondo le particolari circostanze del caso concreto. Per una critica serrata a tale orientamento, cfr., GOLDMAN, *La nationalité des sociétés*, 241, secondo il quale "la multiplicité de principe des critères de la nationalité de la société...revient en réalité à nier purement et simplement qu'une telle nationalité existe".

¹⁸⁴ Cfr., Cass., 21 décembre 1987, in *Rev. Soc.*, 1988, 398, nota Synvet; Cass., ass. plén., 21 décembre 1990, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1992, 70; Cass., 9 avril 1991, in *Rev. Soc.*, 1991, 746; Cass., 19 mai 1992, in *Clunet*, 1992, 954; Cass., 9 mars 1993, in *Rev. Soc.*, 1993, 584. Un attento autore (LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés*, in *J-Cl. dr. int.*, fasc.564-10, 83), esaminando l'atteggiamento della giurisprudenza, ha evidenziato che "l'extension jurisprudentielle aux sociétés de la notion de nationalité provient d'une assimilation des personnes morales aux personnes physiques. Cette assimilation a conduit la jurisprudence à doter les sociétés d'un statut personnel et par voie de conséquence d'une nationalité susceptible de déterminer la loi nationale de la société, seule apte à regir ce statut personnel. Elle a donc été conduite à cette assimilation plus par opportunité que par rationalité".

¹⁸⁵ Cfr., M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, cit., 38.

nazionalità delle società valga a determinare la legge loro applicabile in materia bilaterale, attribuendo competenza sia alla legge francese che ad una legge straniera¹⁸⁶.

Entrambi tali articoli invero sono formulati secondo un'impostazione unilaterale, poiché fissano il campo di applicazione spaziale della legge francese con riferimento all'esistenza in Francia della sede sociale della società, ma sono stati "bilateralizzati" dalla giurisprudenza francese¹⁸⁷.

Proprio la giurisprudenza peraltro, distaccandosi dai precedenti che avevano fatto costantemente appello al criterio della nazionalità per determinare la legge regolatrice della società, in una recente pronuncia ha individuato nella sede sociale il criterio di collegamento per la determinazione della *lex societatis*, affermando che "*les sociétés sont soumises à la loi de l'Etat où se situe leur siège social*"¹⁸⁸.

Anche la dottrina francese attuale distingue invero la nazionalità della società dalla legge che ne regola lo statuto: vi è chi¹⁸⁹ al riguardo rinuncia ad utilizzare il termine di nazionalità per determinare la legge applicabile alle società, da un lato per un motivo logico in quanto "la nationalité, au sens strict, est une qualité réservée aux êtres qui possèdent la personnalité; on ne peut pas donc attribuer la nationalité à la société avant de savoir si elle est valablement créée et possède la personnalité morale", dall'altro, richiamando il concetto di sovranità statale, si sostiene che "il est normal que la règle de droit international privé du for désigne la norme compétente pour donner naissance à une société, à l'aide du critère qui lui paraît le meilleur, mais elle ne peut décider de la nationalité étrangère d'une société, pas plus que de celle d'une personne physique".

¹⁸⁶ Cfr., BATIFFOL, LAGARDE, *Traité*, cit., 333, i quali criticano "l'erreur de méthode" della giurisprudenza che nega il "caractère par principe unilatéral du droit de la nationalité", pur dimostrandosi favorevoli all'estensione del concetto di nazionalità alle società. In particolare nell'*affaire* della Banca Ottomana la *Cour d'Appel* ha fatto applicazione del rinvio di secondo grado ammettendo il rinvio della legge straniera della sede reale designata dalla norma di conflitto francese a quella della sede statutaria situata in un terzo paese, accettando tale competenza.

¹⁸⁷ Cfr., in dottrina chiaramente LOUSSOUARN, *Conflits de loi en matière de sociétés*, in *Clunet*, fasc.564-30, n. 4, secondo il quale il primo comma dell'art. 210-3 "n'est pas rédigé en termes de conflits de lois puisqu'il ne précise pas que les sociétés sont soumises à la loi du pays de leur siège social mais que les sociétés dont la siège social est située en France sont soumises à la loi française. En dépit de ce libellé particulier il n'apparaît pas, cependant, opportun de considérer que ce texte ne fait que préciser le domaine d'application de la loi française...sa portée est plus générale. Il rattache les sociétés à la loi de l'Etat où est situé leur siège social"; SYNVET, op. cit., 7, il quale pur riconoscendo che "l'article 1837, alinéa 1, du code civil utilise une tournure unilatérale" fissando "le champ d'application dans l'espace de la loi française sur les sociétés, par référence à l'implantation en France du siège social", si dimostra favorevole alla "bilateralisation" degli artt. 1837 *code civil* e L. 210-3 *Code de Commerce*.

¹⁸⁸ Cfr., Cass., 8 déc. 1998, *Rev. crit. droit int. privé*, 1999, 284, nota Menjucq, la quale ha stabilito che l'apprezzamento dei poteri degli organi sociali "relève de la loi dont dépend la société", determinata secondo il criterio della sede sociale. La regola unilaterale della sede sociale è stata dunque bilateralizzata dalla giurisprudenza che ne ha ricavato un criterio di collegamento delle società. Per un'analisi di tale *révirement*, si rinvia alla nota citata.

¹⁸⁹ Cfr., MAYER, *Droit international privé*, cit., n. 1031, 644.

Altri¹⁹⁰ ritengono che i due concetti di nazionalità della società e legge ad essa applicabile, benché presentino una forte similitudine, debbano essere tenuti accuratamente distinti in quanto “la détermination de la loi applicable à une société correspond à une technique juridique et repose sur le choix d’un critère de rattachement...la détermination de la nationalité d’une société est l’expression d’une compétence de l’Etat à l’égard de son national; elle traduit l’existence d’un lien d’allegeance entre l’Etat et la société, source de droit et d’obligations”.

La controversia relativa all’esistenza di una nazionalità della società pare oggi sopita¹⁹¹ nella misura in cui la dottrina, sul presupposto della distinzione tra “nationalité des sociétés” e legge loro applicabile, valuta che l’applicazione del criterio della nazionalità non si riveli utile al fine della determinazione della *lex societatis*, potendo il ricorso alle sede individuarla direttamente¹⁹², e giustificando la legittimità del concetto stesso di nazionalità e la sua trasposizione alle società sul presupposto che “l’identité des termes a l’inconvenient de voiler la distinction mais a l’avantage de rappeler l’analogie entre personnes physiques et morales”¹⁹³.

In tal senso alcuni autori riconoscono oggi che tale controversia abbia una dimensione principalmente terminologica¹⁹⁴, mentre altri correttamente riconoscono autonomia alla distinzione da un lato ritenendo che “il n’y a nulle contradiction à conférer aux sociétés une nationalité, et à refuser de la prendre en compte au moment de la détermination de la *lex societatis*”¹⁹⁵, dall’altro, richiamando le osservazioni quanto a metodo di attribuzione della nazionalità già svolte da Niboyet.

L’autore già citato, ripudiando l’applicazione del concetto di nazionalità alle società, preferiva far riferimento al termine di “allégeance des sociétés à un Etat”, distinguendo poi tra

¹⁹⁰ JACQUET, DELEBECQUE, CORNELOUP, *Droit du commerce international*, cit., 148.

¹⁹¹ Malgrado la messa in guardia di LOUSSOUARN, *La nationalité des sociétés*, cit., 208, che prevede il risorgere di controversie sulla nazionalità delle società, in quanto essa è “un de ces maladies chroniques apparemment bien portants, mais sujets à des rechutes et pour lesquels les crises succèdent aux périodes d’accalmie”.

¹⁹² Cfr. SYNDET, op. cit., 6, che puntualizza che “désigner la loi nationale pour régir les sociétés ne constitue pas, en soi, une solution. Encore faut-il déterminer cette nationalité. La discussion porte alors sur le critère de rattachement à adopter: incorporation, siège social statutaire, siège social réel, voire contrôle. Une fois ce choix effectué, l’on dispose du véritable élément de rattachement. Le détour par la nationalité devient inutile. Les sociétés ne sont pas régies par leur loi nationale...il est plus simple-et plus exact- de dire qu’elles relèvent de la loi du pays de leur siège”; LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, cit., 102, il quale osserva che “comme l’idée de nationalité était solidement ancrée dans les esprits, on prit l’habitude de faire ce détour inutile et de rechercher la loi applicable en deux étapes. Alors qu’une seule aurait amplement suffi”; MENJUCQ, op. cit., 42 secondo il quale “il est préférable d’éviter de s’encombrer du concept de nationalité des sociétés pour déterminer la *lex societatis*. qui serait directement désignée par la siège social”; BUREAU, MUIR WATT, *Droit international privé*, II, cit., 464, che rilevano che il ricorso al concetto di nazionalità della società “repose...sur un anthropomorphisme pour le moins excessif et impose un passage par la nationalité d’autant plus inutile qu’aux termes de l’article L. 210-3...la règle de conflit, bilatéralisée par la jurisprudence, renvoie donc directement au siège de la société sans rendre nécessaire le détour par la nationalité”.

¹⁹³ Cfr., BATIFFOL, LAGARDE, *Traité de droit international privé*, cit. 333.

¹⁹⁴ Cfr., LEVY, op. cit., che parla di un “erreur de vocabulaire”; MAYER, HEUZE, cit., n. 1031, ritengono che tra *nationalité* e *siège social* sussista unicamente una “différence de formulation”.

¹⁹⁵ Cfr., SYNDET, *L’organisation juridique du groupe international de sociétés*, cit., 1979, 156.

“allégeance juridique des sociétés relative aux conflits de lois se rapportant aux sociétés et allégeance politique qui concerne la condition des sociétés” e ritenendo applicabile al primo aspetto la legge della sede sociale della società, al secondo il “critère du contrôle”¹⁹⁶.

Richiamando tale distinzione alcuni autori¹⁹⁷ distinguono oggi tra “loi applicable à la société” e la questione della *conditions des étrangers* ritenendo che, da un lato, le condizioni di creazione e le regole di funzionamento delle società siano regolate tramite l’applicazione della legge della sede della società, vale a dire attraverso l’impiego di una norma di conflitto bilaterale, “dont le rattachement coïncide avec le critère de la nationalité sans s’identifier à celle-ci”; dall’altro che l’esercizio in Francia dell’attività da parte di società straniera richieda la determinazione della nazionalità della società, che obbedisce a un modo di determinazione unilaterale, con un conseguente attacco critico alla giurisprudenza francese che ha sempre determinato la nazionalità delle società in maniera bilaterale¹⁹⁸.

L’attuale abbandono del ricorso alla nazionalità in materia di conflitto di leggi presenta l’ulteriore vantaggio di restituire al concetto il suo ruolo, ovvero quello di determinare “droits et traités internationaux dont peuvent bénéficier les sociétés” e a designare “l’Etat chargé d’assurer leur protection diplomatique”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Cfr., NIBOYET, op. cit.

¹⁹⁷ Cfr., MAYER, *Droit international privé*, Paris, (Montchrestien), n. 1030 e ss.

¹⁹⁸ Si è acutamente osservato (ANCEL, LEQUETTE, *Les grands arrêts*, cit., 481 ss.) che “l’unilateralité qui caractérise la détermination de la nationalité des personnes physiques tient à la fonction que remplit la notion de population dans la constitution de l’Etat, au sein du droit international public. L’Etat souverain organise dans les limites d’un territoire un pouvoir politique qui s’exerce sur une population. La souveraineté qui le caractérise assure à l’Etat ainsi défini la liberté de déterminer sa population. Dès lors l’unilateralité des règles de détermination de la nationalité des sociétés doit, ou, non prévaloir selon qu’on estime, ou non, qu’un meme ensemble doit accueillir les personnes physiques et les personnes morales pour subir uniformément le régime publiciste de la souveraineté des États”. Posizione negativa in tal senso è stata assunta dalla giurisprudenza francese che utilizza la norma in modo unilaterale sia per stabilire la nazionalità straniera della società sia per dichiararne la nazionalità francese, con il rischio conseguente che ad una società possa essere attribuita la nazionalità di uno Stato che non gliela conferisce. In tal senso la dottrina citata rileva che “la solution de la bilateralité peut conduire à un désaccord entre l’Etat qui l’applique et l’Etat dont la nationalité est en jeu”, con la sola rilevata conseguenza peraltro che, per esempio, “la compétence en matière de protection diplomatique sera déniée à un Etat auquel la société à défendre n’est reliée que par de trop faibles attaches ou encore que cette compétence sera reconnue à un Etat qui ne consent pas à l’exercer”; tale da non destabilizzare o porre in pericolo la sovranità statale ed in grado di far concludere agli Autori che “la nationalité des sociétés, analogue de la nationalité des personnes physiques, est une autre espèce du meme genre, moins sujette à la domination de l’idée de la souveraineté”. Già precedentemente la migliore dottrina (cfr., SYNDET, *L’organisation juridique du groupe international de sociétés*, cit., 156) aveva ribadito la legittimità dell’assimilazione dei due concetti di nazionalità delle persone fisiche e giuridiche, a condizione peraltro “que la fonction retirée à la nationalité des sociétés ne participe pas de l’essence de la notion”; anche LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés*, cit., 39, rileva che “le terme nationalité peut être employé sans ranger à propos des sociétés si l’on se pénètre de l’idée que cette sorte de nationalité ne peut être identique, à tous points de vue, à celle des personnes physiques et qu’il ne faut pas, non plus, lui faire produire toutes les conséquences traditionnellement déduites de cette notion”.

¹⁹⁹ Cfr., MENJUCQ, op. ult. cit., 293, il quale sottolinea che “l’abandon de tout rôle de la nationalité dans le conflit de lois aurait..l’avantage de restaurer l’unité du concept” e di mettere fine alle “distorsions graves qui ont semblé parfois atteindre sa substance” causate dal legame artificiale a lungo mantenuto tra nazionalità e *lex societatis*; LOUSSOUARN, op. ult. cit., *ibidem*, il quale evidenzia che “la formule est comode dans la mesure où elle exprime une relation privilégiée de la société avec un Etat en vue de protection diplomatique et de jouissance des droits..le législateur également l’utilise et les tribunaux y font référence dans le domaine des conflits de lois”.

2.1. Il criterio della sede della società è dunque il collegamento individuato dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti, sulla base della lettura delle disposizioni normative, per la determinazione della legge destinata a regolare la società.

La dottrina maggioritaria specifica al riguardo che “le siège qui sert de rattachement de la société est celui du siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumé par le siège statutaire”²⁰⁰, in tal senso il secondo comma dell’art. L. 210-3 secondo cui “les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu”, non avrebbe altro significato che quello di specificare che una società che abbia fissato la propria sede statutaria in Francia non possa “prétendre, vis-à-vis des tiers, échapper à la loi française au motif que son siège réel serait à l’étranger”²⁰¹.

Conseguentemente si ritiene che, fissato il collegamento *de principe* nel paese dove è situata la sede reale della società, i terzi possano, in ipotesi di dissociazione tra la sede reale della società e quella statutaria, avvalersi della sede statutaria francese dell’ente se quella reale è situata all’estero; la sede statutaria costituirebbe dunque un collegamento eccezionale stabilito in favore dei terzi, ed in particolar modo dei creditori sociali, per evitare la frode che una tale dissociazione potrebbe comportare.

Tuttavia tale concezione tradizionale, che collega le società allo Stato della sede reale a titolo principale e sussidiariamente allo Stato della sede statutaria a condizione che tale collegamento assicuri la protezione dei terzi, è oggi seriamente contestata da una parte della dottrina francese²⁰².

Alcuni autori ritengono infatti che la concezione classica che attribuisce competenza alla sede reale della società risulti da una lettura erronea della giurisprudenza che avrebbe in realtà sempre interpretato l’art. 3 loi du 24 juillet 1966 (art. L. 210-3) come riferentesi alla sede statutaria della società, facendo diversamente riferimento alla sede reale solo in caso di sede statutaria fittizia e quindi al fine di proteggere i terzi danneggiati da un collegamento fraudolento²⁰³.

²⁰⁰ Così, BUREAU, MUIR WATT, *Droit international privé*, cit., II, 435; si riscontra un’analoga definizione in *Ass. plén.*, 21 déc. 1990, D., 1991, 395; precedentemente già BATIFFOL, LAGARDE, *Traité*, cit., I, n. 196; LAGARDE, in *Rév. crit. droit. int. privé*, 2003, 525, nota 2; LOUSSOUARN, BOUREL, op. cit., 707, AUDIT, *Droit international privé*, cit., n. 1087.

²⁰¹ Cfr., BATIFFOL, LAGARDE, op.ult. cit., 338.

²⁰² Cfr., SYNVET, op. ult. cit., 174 ss. Secondo il quale il secondo comma dell’art. L. 210-3 sarebbe inutile se già nel primo comma fosse designata, quale regola generale, la legge del paese della sede reale; MAYER, HEUZE’, op. cit., n. 1034; ANCEL, LEQUETTE, cit., 474, MENJUCQ, *Droit international et européen*, cit., n. 178 ss.

²⁰³ Cfr., MAYER, op. cit., 647; GOLDMAN, nota a *Cour d’Appel de Paris, affaire Société l’Aliment Sain*, 26 mars 1966, in *Clunet*, 1966, 845 ss., che rileva che la Corte, nel decidere che “la société relève, pour tout ce qui concerne son fonctionnement, de la loi en vertu de la quelle, parce qu’il a été satisfait à ses exigences, elle se trouve dotée de la personnalité morale, cette loi est, au regard du droit français, celle du siège social”, avrebbe gettato un ponte tra il sistema della sede reale e quello dell’incorporazione. Contra LOUSSOUARN, BOUREL, op. cit., 748, secondo i quali

In particolare vi è chi²⁰⁴ critica l'interpretazione condotta della citata norma di legge, ritenendo che una corretta lettura indichi che il criterio di collegamento dettato dal primo comma sia in realtà la sede statutaria della società, limitandosi il secondo comma ad offrire un'alternativa ai terzi permettendo il ricorso al criterio della sede reale.

Anche una parte della dottrina più recente²⁰⁵ si trova allineata su tali posizioni, ritenendo che l'attuale criterio di collegamento delle società sia da rinvenire nella sede statutaria, non costituendo il criterio della sede reale che un'applicazione dell'eccezione di frode alla legge a tutela dei terzi.

A conforto di tale assunto la dottrina qui in commento richiama i più recenti interventi della giurisprudenza, ed in particolare la più volte citata pronuncia della *Cour de Cassation*, 8 décembre 1998²⁰⁶, la quale decidendo che “les pouvoirs des dirigeants de la société doivent être appréciés au regard de la loi dont dépend la société, autrement dit la loi de son siège statutaire”, sembra avvalorare la rinnovata lettura per la quale “le siège statutaire doit être considéré comme le facteur de rattachement de principe mais il souffre deux exceptions: l'une implicite, la fraude que tout intéressé peut soulever, l'autre explicite, l'option ouverte aux tiers...d'invoquer au gré de leur intérêt le siège réel ou le siège statutaire”²⁰⁷.

Allo stato attuale peraltro sembra che il criterio di collegamento tradizionale della sede reale, sebbene ancora sostenuto dalla dottrina maggioritaria, viva in Francia un momento di incertezza, sottoposto agli attacchi che vorrebbero privilegiare la sottoposizione della società al diritto dello Stato in cui si trova la sede statutaria²⁰⁸, sebbene la portata pratica dell'antinomia tra i due criteri venga ridimensionata dalla migliore dottrina, secondo la quale “le critère de l'incorporation ne s'oppose plus guère à celui du siège social dès lors que celui-ci à son tour s'impregne du formalisme du siège statutaire, encouragé d'ailleurs en France par les règles de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés”²⁰⁹.

la giurisprudenza farebbe ricorso al criterio della sede reale che per soddisfare nel caso specifico preoccupazioni di ordine fiscale.

²⁰⁴ Cfr., SYNDET, *L'organisation juridique*, cit., 209, secondo l'A. l'analisi dell'articolo citato presenta una coerenza globale, permettendo un esame sintattico delle sue disposizioni di affermare che se la sede reale fosse il collegamento individuato dal legislatore, non sarebbe punto necessario il secondo comma laddove permette ai terzi di invocarlo; critico al riguardo LAGARDE, op. cit., “la loi aurait-elle eu besoin de permettre expressément aux tiers de se prévaloir du siège statutaire si celui-ci avait été le rattachement de principe de la société?”.

²⁰⁵ Cfr., MENJUCQ, *La mobilité des sociétés*, cit., 132 ss., cui si rinvia anche per l'ampia giurisprudenza citata.

²⁰⁶ In *Rev. crit. droit int. privé*, 1999, 284 ss.

²⁰⁷ Cfr., MENJUCQ, nota a Cour de Cassation, 8 décembre 1998, *Société General Accident*, in *Rev. crit. droit. int. privé*, 1999, 291.

²⁰⁸ Conformemente alle tendenze evolutive del diritto comunitario “qui accomplissent leur travail de sape contre le critère du siège réel” (cfr., SYNDET, *Sociétés*, cit., 8).

²⁰⁹ Cfr., ANCEL-LEQUETTE, *Les grands arrêts*, cit., 403. Molti Autori hanno del resto rilevato che i due criteri di collegamento non presentano nella realtà pratica delle reali divergenze, e che la scelta tra l'uno o l'altro non si riveli come determinante: GOLDMAN, *La nationalité des sociétés*, cit., 229, mette in dubbio la portata pratica della distinzione; CAFLISCH, *La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé*, in *ASDI*, 1967, 142,

2.2. Così individuata la *lex societatis* nella legge del paese ove è situata la sede della società, con le precisazioni sopra effettuate, ed in mancanza di un'espressa delimitazione del suo ambito di applicazione contenuta nei citati *artt. 1837 Code civil e L. 210-3 Code de Commerce*, ogni considerazione in ordine alla determinazione del suo dominio impone di rivolgere l'attenzione all'interpretazione effettuata al riguardo dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Gli autori francesi appaiono al riguardo concordi nel riconoscere alla *lex societatis* un campo d'applicazione estremamente esteso, ad essa spettando la regolamentazione “de l'organisation interne de la société et de ses rapports avec les tiers”, governando in particolare tutte le questioni relative alla “constitution, le fonctionnement et la dissolution de la société”²¹⁰.

Si riconosce in tal senso che la “vie sociale”, sia che venga considerata “sous l'angle des droits et des obligations des associés”, sia “sous celui de l'organisation de la société personne morale”, debba necessariamente sottostare ad un'unica legge²¹¹.

Quanto in particolare all'organizzazione interna ed al funzionamento della società, si ritiene che il dominio della *lex societatis* si estenda ai rapporti tra gli organi sociali ed i terzi ed alla condizione giuridica dei soci²¹²; si sostiene infatti²¹³ che “le fonctionnement de la société doit être dominé par la *lex societatis*..pour assurer la cohérence de ce fonctionnement, ainsi que des droits des associés et des tiers”; rientrano pertanto nel dominio della legge regolatrice delle società “la condition juridique de l'associé..., les conditions en vertu desquelles s'acquiert ou se perd la qualité d'associé...la détermination des droits attachés à la qualité d'associé (droit de vote, droit à une information définie) ou des obligations et responsabilités liées à cette qualité”.

Conseguenza diretta di tale impostazione²¹⁴, secondo la quale “le fonctionnement de la société depend de la *lex societatis*, tant en ce qui concerne la capacité de la société à contracter que pour nommer et définir les pouvoirs de ses organes ainsi que les droits de ses associés”, è che sarebbero da ritenersi soggetti alla legge regolatrice della società le questioni concernenti

ritiene che il limite di separazione tra i due criteri sia “beaucoup moins important que d'aucuns ne le croient”; AUDIT, op. cit., 889, si domanda se il criterio della sede reale non sia in realtà un correttivo del criterio della sede statutaria.

²¹⁰ Cfr., BATIFFOL, LAGARDE, *Traité de droit international privé*, cit.; LOUSSOUARN-BOUREL, op. cit., 927; MENJUCQ, op. cit., 97; JACQUET, op. cit., 138; MAYER-HEUZE', *Droit international privé*, cit., 663. Tale orientamento è stato consacrato anche dalla giurisprudenza: Cass., 8 déc. 1998, cit.; CRONE, *La loi applicable aux pouvoirs des dirigeantes de sociétés étrangères*, in *Trav. Com. fr.*, 1998-2000, 243 ss., secondo il quale “la *lex societatis* a une vocation extrêmement large...elle régit, en premier lieu, la constitution de la société elle-meme, en ce compris les formalités de publicité ainsi que, en second lieu, son organisation interne, son fonctionnement, l'aptitude à contracter de ses dirigeants, les pouvoirs de ses différents organes”.

²¹¹ Cfr., SYNDET, op. ult. cit., 16.

²¹² Cfr., MENJUCQ, op. cit., 16, secondo il quale “par le terme de fonctionnement, l'on entend à la fois l'organisation interne de la société et les rapports entre les organes sociaux et les tiers”.

²¹³ Cfr., JACQUET, DELEBECQUE, CORNELOUP, op.cit., 139.

²¹⁴ Cfr., MENJUCQ, op. cit., 99.

le condizioni in virtù delle quali si acquista o si perde la qualità di socio e la determinazione dei diritti correlati alla qualità stessa di socio, tra cui in particolare il diritto di voto²¹⁵.

La giurisprudenza francese, si è espressa a tal riguardo in un “arrêt de principe”²¹⁶ affermando che “les obligations de la société envers ses actionnaires sont régies par la loi nationale de cette société”, per dedurre che “cette loi seule détermine, quel que soit le pays où le titre sont détenus, les conditions dans lesquelles s’acquiert, se conserve et se perd la qualité d’actionnaire”.

La generalizzata adesione al riconoscimento di un esteso ambito di applicazione della *lex societatis*, non impedisce peraltro ad una parte rilevante della dottrina²¹⁷ di osservare che la legge regolatrice della società “devra cependant partager parfois son empire avec des lois relevant de qualifications, et donc de règles de conflit différentes”, così come si riconosce che “elle verra aussi son empire réduit par l’application de lois de police et des réglementation du droit boursier”.

Quanto al primo profilo, la dottrina e la giurisprudenza si sono soffermate a valutare in particolare l’incidenza dell’applicazione di leggi diverse dalle *lex societatis* relativamente ai poteri degli organi sociali: la competenza a determinare i poteri dei rappresentanti sociali è stata dapprima dagli autori e successivamente dalla giurisprudenza della Camera commerciale e della Camera civile affidata alla *lex societatis*²¹⁸ sulla base del rilievo che “il s’agit d’une application de la théorie des qualifications du droit international privé qui conduit à distinguer la question de la nature du régime de l’engagement souscrit, de la question de l’existence du pouvoir du représentant social”.

La dottrina ha rilevato al riguardo che “ces deux questions reçoivent une qualification propre et sont régies par des lois distinctes désignés par des règles de conflit différentes..la nature et le régime de l’engagement dépendent de la loi applicable à l’acte. En revanche, l’étendue des pouvoirs des organes...est une question tout à fait indépendante du régime de l’acte et ne saurait ressortir que...de la loi qui de la société, la *lex societatis*”²¹⁹.

²¹⁵ Cfr., SYNDET, op. cit., 16, il quale precisa che, per quanto attiene il diritto di voto, “la compétence de la *lex societatis* ne fait aucun doute”, trattandosi di un diritto posto a cavallo tra “les prérogatives des associés” e il “fonctionnement des organes sociaux”; JACQUET, op. cit., 139.

²¹⁶ Cass. Civ., 17 octobre 1972, soc. *Royal Dutch*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1973, 520, nota Batiffol, che, in un caso di cessione di partecipazioni sociali, ha stabilito che “les obligations de la société envers ses actionnaires sont régies par la loi nationale de cette société, d’où il suit que cette loi seule détermine...les conditions dans lesquelles s’acquiert, se conserve et se perd la qualité d’actionnaire”.

²¹⁷ Cfr., MENJUCQ, op. cit., 99; JACQUET, DELEBECQUE, CORNELOUP, op.cit., 139; BUREAU, MUIR WATT, cit., 440 ss. (il cui pensiero è richiamato nel testo).

²¹⁸ Cfr., Cass.comm., 21 décembre 1987, in *Rev. Soc.*, 1988, 398; Cass. Comm., 9 avril 1991, cit.; Cass.civ., 8 décembre 1998, cit.

²¹⁹ Cfr., MENJUCQ, op. ult. cit., 100-101; R.CRONE, *La loi applicable aux pouvoirs des dirigeantes de sociétés étrangères*, cit., 250.

Il “bon usage de la théorie des qualifications” fatto dalla giurisprudenza francese²²⁰ che ha distinto la questione della natura e del regime dell’impegno obbligatorio assunto, dalla questione dei poteri di disposizione di determinati diritti che non possono essere apprezzati alla stregua della legge regolatrice dell’atto, ha ricevuto l’assenso della dottrina sulla base dell’osservazione che i poteri degli organi della società, in virtù dell’unità che deve caratterizzare lo statuto, devono “être toujours les mêmes quelle que soit la loi s’appliquant au contrat conclu par eux”²²¹.

2.3. Queste osservazioni hanno peraltro aperto la via anche ad un rinnovato approccio alla determinazione della legge competente a disciplinare la nostra figura.

Affrontando la questione se i patti parasociali siano regolati dalla “loi qui régit la société ou...au contraire, régis par le seul principe d’autonomie”, parte della dottrina ritiene, sul presupposto che in tema di funzionamento ed organizzazione interna della società, l’applicazione della *lex societatis* sia difficilmente contestabile²²², che i patti parasociali, proprio per la loro incidenza sull’organizzazione della società e sui diritti dei soci, siano soggetti *de principe* alla legge che regola la società²²³.

Alcuni autori tuttavia²²⁴, valutando la necessità di “distinguer logiquement entre plusieurs catégories de pactes”, non sottovalutano il possibile concorso di leggi differenti. Così, se riconoscono quanto al patto “qui vise à modifier le jeu normal de l’organisation sociale, qui vise à infléchir la norme sociale” la competenza della *lex societatis* “puisque le pacte en cause touche à l’organisation de la société”, ammettono che nel caso in cui “le pacte en cause est une simple promesse de vente ou d’achat portant sur des titres de la société...la loi d’autonomie doit manifestement s’appliquer”.

E più in generale si ritiene, relativamente a tutte le pattuizioni stipulate “dans le but de préserver l’intuitus personae”: clausole di esclusione, funzionali a favorire l’uscita dei soci e

²²⁰ SYNVEV, nota a Cass. 21 décembre 1987, in *Rev. Soc.*, 1988, 398 ss., il quale ricorda che la dottrina unanime già affermava, richiamando alcuni precedenti in materia, che “dans un régime de règle de conflit bilatérale, il appartient à la loi de la société de déterminer les pouvoirs des dirigeants sociaux”, e osserva che con la pronuncia in commento “la Chambre commerciale se range sans ambiguïté à l’opinion de ceux qui font des pouvoirs des organes sociaux un élément de la catégorie de rattachement “société”.

²²¹ Cfr., MENJUCQ, op. ult. cit., *ibidem*.

²²² Cfr., SYNVEV, voce *Société*, cit., 16.

²²³ Cfr., DAIGRE, SENTILLES-DUPONT, *Dictionnaire Joly, Pactes d’actionnaires*, cit., n. 3, secondo cui “en effet, bien que formellement distincts de statuts, les pactes extrastatutaires viennent les compléter et en sont rarement séparables, car ils sont en général conclus *societatis causa*. d’ailleurs, les pactes extrastatutaires sont soumis, en droit international privé, à la loi qui régit la société”.

²²⁴ Cfr., J.BEGUIN, M.MENJUCQ, *Droit du commerce international*, Litec, 2005, 188.

mettere fine ad eventuali situazioni di blocco, clausole che disciplinino specificamente i diritti dei soci ed i poteri degli organi sociali modificando le regole sui *quorum* e sulla maggioranza, convenzioni di voto, che la competenza sia certamente da attribuire alla *lex societatis* in quanto questa disciplina “les conditions dans lesquelles s’acquiert, se conserve et se perd la qualité d’actionnaire”²²⁵.

Un recente studio²²⁶ condotto su alcune operazioni contrattuali legate al funzionamento delle società commerciali, ha messo peraltro in luce alcuni aspetti interessanti relativamente alla ricerca della legge applicabile a tali figure che meritano di essere approfonditi.

L’autore francese, analizzando le figure de *l’acquisition internationale de société* e della *cession de contrôle*, ne individua la particolarità nell’essere contratti *sui generis* in ragione delle forti interferenze che è possibile riscontrare “entre le domaine contractuel et le droit des sociétés”; in tal senso egli riconosce una vocazione di principio alla *lex contractus* a disciplinare tale operazioni, pur ammettendo una contemporanea concorrenza della *lex societatis*.

Boucobza osserva, quanto al primo aspetto, che l’esclusione operata dalla Convenzione di Roma delle questioni relative al diritto delle società²²⁷ non porti ad eliminare dal suo campo di applicazione i contratti in esame, e ciò in quanto “si ces contrats ne peuvent être compris qu’au regard des mécanismes fondamentaux du droit des sociétés, ils lui demeurent extérieurs” in ragione del fatto che, benché relativi al funzionamento delle società, “ils n’ont pas pour objectif d’en déterminer les règles”²²⁸.

Il criterio di collegamento applicabile a tali convenzioni è dunque la *lex contractus*, individuata a norma delle disposizioni della Convenzione di Roma, ovvero sia la scelta di legge operata dalle parti o, in assenza, la legge risultante dall’operare della presunzione del collegamento più stretto, che l’autore osserva essere, nella maggioranza delle ipotesi, quella del paese dove la società ha la propria *siège social*²²⁹.

Nonostante peraltro l’autore riconosca che tali operazioni “relèvent normalement de la compétence de la *lex contractus*”, la circostanza che il loro oggetto interessi i meccanismi propri del diritto societario lo porta ad ammettere una concorrenza della *lex societatis* in

²²⁵Cfr., V. PIRONON, *Les joint ventures. Contribution à l’étude juridique d’un instrument de coopération internationale*, Paris, (Dalloz), 2004, 401, che richiama l’*arrêt Royal Dutch*, Cour de Cassation, 25 janvier 1966, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1966, 238 ss., secondo cui è la legge della sede della società (nell’ipotesi la legge olandese), « qui détermine les droits respectifs des sociétés émettrices et de leurs actionnaires dans leur rapport entre eux ».

²²⁶Cfr., BOUCOBZA, *L’acquisition internationale de société*, cit.

²²⁷Per un’analisi della portata di tale esclusione, cfr., *amplius*, *infra* cap. III par. 6.

²²⁸*Ibidem*, 219.

²²⁹*Ibidem*, 226 ss.

particolare relativamente alla cessione di titoli della società ceduta ed alle obbligazioni che interessino il funzionamento della società.

Quanto alle prime l'autore ritiene che, mentre la *lex contractus* deve affermarsi competente alla disciplina dei “rapports entre les parties liés à la cession de titres”, ammettendosi dunque che “la convention en vertu de la quelle le transfert doit être effectué est soumise à la loi du contrat”, diversamente “dès lors que l'on s'interroge non plus sur la loi applicable aux relations inter partes, mais sur les effets de la cession de droits sociaux à l'égard de la société cédée et des tiers, la compétence de la loi du contrat doit être contestée...la loi applicable est alors la *lex societatis*”.

Boucobza in tal senso, richiamando la giurisprudenza francese che aveva ritenuto la competenza della *lex societatis* per la disciplina delle “conditions dans lesquelles s'acquiert, se conserve ou se perd la qualité d'actionnaire”²³⁰ ritiene che, posta la distinzione tra rapporti tra soci e rapporti in essere tra soci e la società, i primi “ne relèvent pas directement de la *lex societatis*...ce ne sont que les effets que l'on veut en tirer quant aux relations avec la société qui sont soumis à cette loi”²³¹.

Tale ragionamento porta l'autore ad affermare che “le partage entre la *lex contractus* et la *lex societatis* dans le cadre du contrat international d'acquisition de société s'opère ainsi: les effets de la cession entre les parties relèvent de la première loi; en revanche,...les effets de la cession à l'égard de la société relèvent de la *lex societatis*”.

Consequentemente alla *lex societatis* spetterà la determinazione delle condizioni cui la cessione dovrà sottostare, nonché la valutazione della “validité des clauses statutaires d'agrément ou de préemption”, e ciò in quanto “s'agissant de tirer les conséquences de la cession de droits sociaux dans le champ sociétaire, c'est en effet la *lex societatis* qui doit être appliquée”²³².

Diversamente, continua l'autore, “lorsque un pacte d'actionnaires extra-statutaire restreint la libre négociabilité des titres, il appartient à la *lex contractus* de déterminer ses effets”: non essendo più la società direttamente in causa e non trattandosi più “de régir les rapports des

²³⁰ Cfr., Cass. Civ., 17 octobre 1972, *soc. Royal Dutch*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1973, 520 ss.

²³¹ *Ibidem*, 236.

²³² *Ibidem*, 241. L'A. cita al riguardo il celebre *affaire Lustucru c. Rivoire et Carret* (Cass. Comm., 27 juin 1989, in *Bull. Joly*, 1989, 815 ss.), nel quale la Corte di Cassazione aveva ritenuto applicabile la legge francese ad un'acquisizione internazionale di società per determinare gli effetti di una clausola di gradimento inserita nello statuto di una società francese, ed osserva che “la loi applicable pour reconnaître la validité d'une clause statutaire d'agrément ..est la *lex societatis* de la société concernée par cette clause..ainsi, les conditions de l'agrément ne pouvait échapper à la loi française alors que les rapports entre les parties à la cession de titres relevaient de la *lex contractus* et pouvaient être soumis à toute autre loi”. Già precedentemente un altro autore (SYNVET, *L'organisation juridique*, cit., 158), aveva ritenuto che “la définition des prérogatives des associés..et des organes sociaux, la responsabilité du droit de rester actionnaire ressortissent au domaine incontestable de la *lex societatis*”.

associés et de la personne morale, mais des associés entre eux”, la legge del contratto dovrà ritenersi competente a disciplinare il patto parasociale e le conseguenze della sua violazione.

L'autore infatti, domandandosi più genericamente se “les conventions organisant l'exercice du pouvoir sociétaire” siano soggette alla *loi d'autonomie* o alla *lex societatis*, ritiene che ad un primo esame esse paiono collegarsi “tant au droit des sociétés, car elles concernent directement le fonctionnement de la société, quant au domaine contractuel, s'agissant de conventions organisant les rapports entre les parties” , richiamando pertanto la competenza sia della *lex contractus* che della *lex societatis*.

Il criterio proposto dall'A. per dirimere la competenza concorrente delle due leggi in presenza è quello degli “effets que l'on veut attribuer au pacte”: “lorsque les effets concernent la société...la *lex societatis* est compétente; en revanche, dans les rapports entre cocontractans, l'application de la *lex contractus* demeure le principe”²³³.

Così, ogni qual volta le parti intendano concludere una convenzione che Boucobza definisce “para-sociale organisationnelle” attraverso le quali si intende toccare l'organizzazione societaria, e la cui causa “n'est pas autonome par rapport au contrat de société, puisqu'il s'agit de mettre en place une organisation parallèle modifiant le rapport social originel”²³⁴, allora tale accordo non potrà essere separato dalla società e dovrà essere sottoposto alla *lex societatis*. Ad essa spetterà dunque la valutazione dell'ammissibilità della pattuizioni che incidono sul funzionamento della società e delle loro conseguenze.

Diversamente i rapporti tra i soci parte della convenzione “relèvent de la loi du contrat..qui régit les conditions de validité de ces conventions et leur sanction..tandis que les effets de ces accords sur la société...doivent être appréciés à la lumière de la *lex societatis*”²³⁵.

La conclusione proposta dall'A. è dunque quella che “toutes les fois que les parties entendent modifier l'organisation de la société, la *lex societatis* est applicable; lorsqu'elles aménagent leurs rapports personnels sans tenter de modifier la charte sociale, la loi d'autonomie est applicable”.

²³³ BOUCOBZA, op. cit., 243.

²³⁴ *Ibidem*, 244.

²³⁵ *Ibidem*, 246; in tal senso l'Autore rileva che la *lex societatis* francese potrebbe intervenire a titolo di *loi de police* per dichiarare la nullità di una convenzione posta in essere dai soci.

3. Analoga posizione quanto alla disciplina internazionalistica della figura in esame, affidata alla *lex contractus* quanto alla regolamentazione degli effetti che essa è destinata a produrre tra i soci, alla *lex societatis* per gli effetti idonei a riflettersi sulla società, è adottata anche da una parte della dottrina spagnola.

Nell'ambito dell'ordinamento spagnolo la questione della determinazione della legge applicabile alle società è risolta dall'art. 9.11.I *Código civil*, il quale stabilisce che le persone giuridiche “se rigen por su ley nacional correspondiente”²³⁶.

Tale norma, così come la “regla general” di diritto internazionale privato secondo cui “las sociedades se rigen por la Ley española si tienen su domicilio estatutario en territorio español”, è stata bilateralizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che ne hanno desunto una norma di conflitto idonea a indicare “qué Ley estatal, española o extranjera, rige cualquier sociedad”²³⁷.

L'ambito di applicazione della legge così individuata, sulla base del principio dell'unità della legge applicabile alla vita interna della società (*principio de unidad del régimen societario*)²³⁸, è estremamente esteso, implicando che la *lex societatis* “ha de regir toda la vida de la sociedad...y tanto las relaciones ad intra (las relaciones de los socios entre sí y de éstos con los administradores) como las relaciones ad extra (típicamente, el régimen de capacidad y de responsabilidad social)”.

Questo principio è espresso chiaramente dallo stesso art. 9.11 *Código civil*, che precisa che la *lex societatis* governa le questioni relative alla “capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción” della società.

Conseguentemente la dottrina spagnola sottolinea che *las relaciones internas* della società, in quanto traggono la propria origine immediata nel contratto di società, sono soggette, come regola generale, alla *lex societatis* che trova dunque applicazione, per quanto più interessa ai fini del nostro esame, relativamente a “estatuto normativo de los socios y de los

²³⁶ L'art. 9.11 c.c. recita che “La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.” Per un approfondimento della determinazione della legge applicabile alla società si rinvia all'ampia trattazione di F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Derecho des sociedades: problemas de Ley aplicable*, in J.F. DELGADO DE MIGUEL (a cura di), *Institutiones de derecho privado*, Tomo VI, *Mercantil*, vol. I, 2003, 36 ss.

²³⁷ Cfr., J.C. FERNANDEZ ROZAS, S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, (Thomson Civitas) 2007; A.L. CALVO CARAVACA, J.CARRASCOSA GONZALES, *Derecho internacional privado*, 2006, 281 ss. In giurisprudenza cfr., *SAP Granada*, 9 marzo 2003; GARCIMARTIN ALFEREZ, *Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable*, cit., 35 ss. il quale molto chiaramente espone che “expresamente...el legislador ha seguido una técnica unilateral: sólo indica qué sociedades tienen la nacionalidad española, pero no nos dice cuál es la nacionalidad de una sociedad no española...este silencio debe colmarse bilateralizando nuestra solución: los mismos criterios que valgan para designar el Derecho español como *lex societatis* deben valer también, en principio, para designar un Derecho extranjero como *lex societatis*”.

²³⁸ Cfr., CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZALES, cit., 286, in cui si precisa che “el principio de unidad de la Ley aplicable a la vida interna de la sociedad..es un principio básico de la reglamentación que debe servir para resolver las situaciones más difíciles, evitando la concurrencia innecesaria de otras Leyes estatales”.

administradores, las relaciones entre ellos, el régimen de las participaciones sociales, la organización y funcionamiento interno de la sociedad”²³⁹.

Tali considerazioni conducono alcuni autori, partendo dalla valutazione che siano soggetti alla *lex societatis* l’esercizio delle prerogative sociali, ed in particolare il diritto di voto e le condizioni relative all’acquisto ed alla la perdita della qualità di socio, a ritenere che i *pactos reservados o parasociales* trovino la propria disciplina all’interno della legge regolatrice della società²⁴⁰.

Un autore in particolare peraltro, riprendendo le riflessioni in termini di effetti che le convenzioni parasociali sono idonee a produrre, tra le parti e nei confronti della società, opera una distinzione tra validità ed effetti del patto nei confronti dei paciscenti e la sua efficacia societaria²⁴¹, giungendo ad esiti non dissimili da quelli che si sono già visti contraddistinguere una parte della dottrina francese.

Garcimartín ritiene infatti che mentre “la validez de estos pactos y su eficacia obligacional se sujetan a la *lex contractus* determinada según la Convencion de Roma 1980...su régimen de oponibilidad a la sociedad y, en general su eficacia societaria, queda sujeta a la *lex societatis*”²⁴².

4. Nonostante la pratica dei patti parasociali (*shareholders’ agreements*) abbia trovato la propria nascita ed il proprio sviluppo nell’ambito dell’esperienza anglosassone, uno sguardo all’ordinamento giuridico ed alla giurisprudenza di *common law* convince che il fenomeno è meno diffuso e riveste un’importanza non paragonabile a quella che l’istituto ha acquisito negli ordinamenti continentali.

I motivi del tutto sommato scarso ricorso alle convenzioni parasociali nel sistema in considerazione possono rinvenirsi sia nelle dimensioni del mercato anglosassone, tali da disincentivare il consolidamento del controllo di società quotate di rilevanti dimensioni nelle mani di pochi azionisti²⁴³, sia nella rilevanza della partecipazione degli investitori istituzionali nell’economia della società per azioni, sia infine nella mancanza del fenomeno

²³⁹ Cfr., GARCIMARTIN ALFEREZ, op. ult. cit., 77-78.

²⁴⁰ Cfr., CALVO CARAVACA- J.CARRASCOSA GONZALES , cit , 288.

²⁴¹ Cfr., GARCIMARTIN ALFEREZ, op. ult. cit., 83 ss.

²⁴² Cfr., *Ibidem*, 84; ID., *Cross-Border Listed Companies*, in *RCADI*, 2007, t. 328, 70, in cui l’autore precisa che “the *lex societatis* governs...the efficacy vis-à-vis the company of the shareholder’s agreements”.

²⁴³ E’ significativo di ciò il fatto che nei paesi di *common law* i patti parasociali trovino ingresso per lo più nell’ambito delle *close corporations*, ovvero delle società a base azionaria ristretta o non quotate ove la separazione tra chi governa l’ente e chi investe il capitale di rischio è meno accentuata rispetto alle *public companies*, cfr., F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHER, *L’economia delle società per azioni*, Milano, 1996, 70 ss.

dell'aggregazione di partecipazioni intorno ad un unico gruppo familiare di riferimento, elemento spesso caratterizzante, nella nostra esperienza, lo sviluppo e l'affermazione delle pattuizioni parasociali.

Ciò ha probabilmente determinato l'assenza di una specifica attenzione, sia da parte della dottrina che da parte della giurisprudenza inglesi, alla diffusione del fenomeno ed all'approfondimento delle questioni legate alla validità ed efficacia di tali accordi²⁴⁴.

Da un lato, nessuna disposizione del *Companies Act* fa riferimento agli *shareholder's agreements* dall'altro, la dottrina riconosce a questi accordi il carattere di “contractual arrangement entered into between shareholders in a company”²⁴⁵, allo scopo di regolare “the rights and the obligations of the shareholders inter se...and enforceable in accordance with normal contractual principles”²⁴⁶.

L'analisi delle principali questioni problematiche connesse alla fattispecie attiene, nella manualistica inglese, alle possibili interazioni ed al rapporto tra i principi in materia di *law of contract*, diritto societario e *corporate governance*²⁴⁷: il principio della *freedom of contract*, il principio maggioritario, nonché la concezione per così dire “patrimoniale” dell'azione e del voto che caratterizza l'approccio anglosassone, sono stati assunti quale base per affermare la piena liceità della fattispecie.

Anche la giurisprudenza inglese, pur nella scarsità delle pronunce specificatamente interessanti la figura, ne ha riconosciuto la validità, qualificandoli quale “definable category of contractual relationship”²⁴⁸, soggetta ai principi generali in tema di *law of contract*, i quali non costituiscono ostacoli particolari per il riconoscimento della validità degli *shareholder's*

²⁴⁴ Cfr., L.SIMONETTI, *Gli “Shareholder's agreements” in Inghilterra*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, cit., 435 ss. Solo negli ultimi anni infatti la dottrina ha trattato *ex professo* della figura: THOMAS-RYAN, *The Law and Practice of shareholders' agreements*, Butterworths, 2000; G. STEDMAN-J.JONES, *Shareholder's agreements*, Sweet & Maxwell, 1998.

²⁴⁵ Cfr., THOMAS, RYAN, *The Law and Practice of shareholders' agreements*, cit., 38; GOWER & DAVIES', *Principles of modern company law*, VII ed., Sweet & Maxwell, 2003, 66 li definiscono quali “agreement, concluded among all the shareholders, but existing outside and separate from the articles and to which the company itself may or may not be a party...and it derives its contractual force from the normal principle of contract law”; conforme R.HOLLINGTON, *Shareholders' rights*, IV ed., Sweet & Maxwell, 2004, 46

²⁴⁶ Cfr., STEDMAN, JONES, *Shareholder's agreements*, cit., 57 ss. i quali sottolineano che “the standard works on the law of contract do not include separate chapters on shareholder's agreements and, while much has been written about the significance of the need to analyse the so-called statutory contract created by the memorandum and articles in the context of statutory framework, the degree to which the shareholder's agreements justifies similar analysis has not been judicially or academically considered”.

²⁴⁷ I tre reports del *Cadbury Committee* (1992), del *Greenbury Committee* (1995) e dell'*Hampel Committee* (1998) contengono dei principi in materia di *corporate governance* cui è ispirata la gestione delle *public companies*. E' singolare che in nessuno di tali reports vengano dettati criteri che attengano, direttamente o indirettamente, agli *shareholder's agreements*.

²⁴⁸ Questa la definizione di Lord Bridge nella causa *Scally v Southern Health and Social Services Board* [1992] 1 AC 294, 306.

agreements; eventuali limiti alla loro validità possono peraltro derivare dai principi in tema di *public policy*, qualora le pattuizioni siano contrastanti con essi.

Per quanto in particolare riguarda l'esercizio del diritto di voto e l'ammissibilità delle convenzioni con cui i paciscenti dispongano di tale diritto, l'orientamento prevalente in dottrina è nel senso di ritenere generalmente ammissibili i vincoli all'esercizio del diritto di voto contenuti nelle pattuizioni dell'accordo parasociale²⁴⁹, e ciò in quanto il diritto di voto è "right of property", quindi liberamente disponibile, potendo il socio determinarsi a votare come crede secondo il proprio interesse²⁵⁰.

Anche le Corti inglesi del resto riconoscono il diritto dei soci di regolare tramite un accordo privato le modalità di esercizio del rispettivo diritto di voto: nel *leading case Russel v. Northern Bank Development Corp* [1992], la House of Lords ha riconosciuto che "an agreement between shareholder's as to how they would exercise their voting rights on a resolution to alter the articles (of the company) is not necessarily invalid", e che non vi è ragione perché il patto "should not be enforceable by the shareholders inter se as a personal agreement which in no way fetters (the company) in the exercise of its statutory powers"²⁵¹.

²⁴⁹ Cfr., THOMAS, RYAN, *The Law and Practice of shareholders' agreements*, cit., 38, per i quali "shareholder's of a company may lawfully bind themselves by way of an independent shareholder's agreement to vote in a specific way on issues regulated by the terms of the agreement". Il sindacato di voto può assumere, nel panorama anglosassone, due forme: il *pooling agreement*, attraverso cui i soci mantengono la proprietà delle azioni e si vincolano a votare in un modo determinato in assemblea (secondo la volontà della maggioranza, secondo le indicazioni di un unico socio ecc.), ed il *voting trust*, figura sconosciuta nel continente ed in realtà più diffusa negli Stati Uniti che in Inghilterra, in cui tramite il meccanismo del trust la priorità dell'azione e la qualità di socio vengono trasferite a un *trustee*, cui spetta l'esercizio del diritto di voto. Cfr., J. H. FARRAR, *Company Law*, London, 1988, 126 ss.; S. KRUGER, *Pooling agreements under English Company Law*, in *Int. Comp. L.Q.*, 1978, 557.

²⁵⁰ Cfr., P.G. XUEREB, *The Rights of Shareholders*, Oxford-London-Edinburgh, 1989, 91 ss.

²⁵¹ Cfr., *Russel v. Northern Bank Development Corp* [1992] 1 W.L.R. 588, al riguardo per un commento si rinvia alla manualistica citata nonché a SEALY, *Shareholder's agreements - an endorsement and a warning from the House of Lords*, in *Cambridge Law Journal*, 1992, 437 ss. Nel commento alla pronuncia è stato evidenziato il curioso ragionamento seguito dalla House of Lords, la quale "held that, as against the company, the requirement for consent contained in the agreement was invalid because it was an unlawful fetter on the company's statutory power to increase its share capital by ordinary resolution of the company...however, also held that the unenforceable part of the shareholder's agreement (ie the part which purported to take away the company's statutory rights) was independent of, and severable from, the agreement between the shareholders, therefore the agreement between the shareholders themselves not to vote in favor of a resolution to increase the capital was enforceable amongst and against them. In other words, they may make a binding agreement amongst themselves as to how they should vote in relation to alteration of the company's articles of association. Paradoxically, the effect of their voting as agreed, against the resolution, indirectly deprives the company of its statutory right or power to increase its capital" (THOMAS, RYAN, *The law and practice*, cit., 40). L'ordinamento anglosassone riconosce che il patto parasociale, non è soggetto a particolari forme di pubblicità, essendo "a private document which does not have to be registered at Companies House", tuttavia, la *Section 204* del *Companies Act* del 1985 prevede obblighi di informative in relazione ad accordi parasociali su una *public company* che comportino obblighi o restrizioni relativi all'esercizio del diritto di voto ovvero che prevedono l'acquisto di partecipazioni; dette pattuizioni devono essere rese note e comunicate alla società emittente entro due giorni lavorativi dalla sottoscrizione. Nei medesimi termini deve essere comunicata alla società emittente qualsiasi variazione dell'accordo. Secondo la *Section 219* del medesimo *Company Act* la società deve annotare la suddetta comunicazione in un registro da tenere a disposizione di chiunque ne faccia richiesta e, qualora la società sia quotata, devono essere trasmesse la comunicazione dell'accordo e una copia del medesimo al *London Stock Exchange* il giorno lavorativo successivo a quello del ricevimento.

Significativamente dunque Lord Jauncy ne ha concluso che “shareholders may lawfully agree inter se to exercise their voting rights in a manner which, if it were dictated by the articles, and where thereby binding on the company, would be unlawful”.

In mancanza di specifiche disposizioni nel *Companies Act* che disciplinino gli *shareholder's agreements* (a parte gli obblighi di informativa di cui alle *Sections* 204 e 219), l'eventuale invalidità di tali accordi deve essere individuata con riferimento ai principi di *public policy* che disciplinano il diritto delle società.

Saranno pertanto da ritenere invalidi quei patti che contengano disposizioni volte a perseguire interessi degli aderenti in contrasto con gli interessi della società, come ad esempio una convenzione in cui gli azionisti realizzino una politica di distribuzione degli utili tale da spogliare la società delle sue risorse a detrimento dei creditori e per il solo interesse degli aderenti al patto²⁵².

Così come quelle pattuizioni in cui gli azionisti di controllo abusino della maggioranza ponendo sistematicamente in essere atti a danno della minoranza e con il principale obiettivo di gestire la società in conformità ai loro interessi individuali²⁵³.

E ciò in quanto in *common law* sia i soci di maggioranza devono perseguire quello che essi considerano “to the best interest of the company as a whole”²⁵⁴, ed in particolare non possono agire in modo fraudolento nei confronti della minoranza, sia i soci sono tenuti a votare secondo il “best interest of the company as a whole”²⁵⁵.

Anche nella considerazione della dottrina inglese si coglie dunque la riflessione secondo cui tale fenomeno contrattuale “cannot be considered in isolation, because it is inextricably linked to a company's articles of association”²⁵⁶.

²⁵² Cfr., *Standard Chartered Bank v Walker and another, TSB Bank plc v Walker* [1992] BCLC 603, in cui la Corte ha giudicato invalida una convenzione di voto considerata “injurious to a creditor's interests”.

²⁵³ Cfr., in tal senso *Clemens v Clemens Brothers Ltd* [1976] 2 All ER 268, secondo cui “the holders of a majority of the shares in a company must not use their voting power to oppress the minority”.

²⁵⁴ Cfr., *Clemens v Clemens*, cit.

²⁵⁵ Cfr., per un approfondimento delle limitazioni alla libertà di voto dei soci, A.TUNC, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Paris, 1987, 203 ss. Il *legal model* societario proprio dell'ordinamento anglosassone identifica l'interesse della società nell'interesse della collettività dei soci, *as a whole*, il che comporta, da un lato, l'assenza di considerazione per i diritti individuali dei soci, dall'altro, una scarsa attenzione nella disciplina della *governance* della società agli interessi di altri gruppi che possono inserirsi nell'attività della società, quali i creditori sociali. Per un approfondimento della concezione inglese di interesse sociale si rinvia a M. FERNANDEZ, *Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseur de crédit dans les droit français et anglais*, Thèse Paris II, 2007, 135 ss.; nonché, quanto all'esame del *legal model* anglosassone, alla manualistica inglese: MASON-FRENCH-RYAN, *Company law*, 2005, Oxford University Press, 519 ss.; GOWER, DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, 2003, 371 ss.; S.GRIFFIN, *Company Law: Fundamental Principles*, Longman, 2000, 246 ss.; FERRAN, *Company Law and Corporate Finance*, 1999, 125 ss.

²⁵⁶ Cfr., STEDMAN-JONES, op. cit., 14.

L'intersecarsi dei due piani, contrattuale e societario, si manifesta conseguentemente laddove si passi a considerare quale sia, nell'ordinamento di *common law*, la legge nel cui ambito appare più opportuno collocare la figura degli *shareholder's agreements*.

La classica dottrina inglese nel commentare il principio secondo cui “all matters concerning the constitution of a corporation are governed by the law of the place of incorporation”²⁵⁷, ritiene che nell'ambito di applicazione della *lex societatis* rientrino una serie di materie connesse all'*internal management* di una società, quali ad esempio la “composition and powers of the various organs of the corporations” e “the ability of the corporation to make a distribution to its members”²⁵⁸.

Relativamente però ai “member's contracts of membership”, la citata dottrina mette in evidenza che la competenza della *law of the place of incorporation* sostenuta dalla giurisprudenza²⁵⁹, apparirebbe in questo caso “by reason of an implied choice of that system as the governing law of the contract rather than as a consequence of an automatic reference”²⁶⁰.

Il riferimento alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, e quindi alla Convenzione di Roma²⁶¹, la quale secondo la dottrina in commento “will have effect on the matters discussed”, si scontra peraltro con l'espressa esclusione delle materie inerenti il diritto delle società di cui all'art. 1, lett e).

In tal senso l'interpretazione del catalogo convenzionale, e della Relazione esplicativa, suggerisce alla dottrina anglosassone di riportare tra gli atti necessari “to the regulation of the internal organisation”, che sarebbero esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina della Convenzione²⁶² “the right to vote, the necessary *quorum* and appointment of officers of the company”, aspetti questi strettamente connessi con gli scopi ed il nucleo del diritto delle società.

Mentre, quando si debba trattare di individuare la legge applicabile ad una particolare obbligazione contrattuale, pur attinente al materia delle società, si ritiene che “in so far as these

²⁵⁷ Cfr., A.V. DICEY & J.H.C. MORRIS, *The Conflict of Laws*, 14 ed., vol. 2, Sweet & Maxwell, 1345, *Rule 162(2)*. Il metodo dell'incorporazione in realtà, è espresso in termini di riconoscimento più che di conflitto di leggi: “The existence or dissolution of a foreign corporation duly created or dissolved under the law of a foreign country is recognized in England”, *ibidem*, *Rule 171*.

²⁵⁸ Cfr., *ibidem*, 30-024.

²⁵⁹ Cfr., *A/G der Manufacturen IA Woronin Leutschig v Frederick Huth & co.*, (1928) 79 L.L.R. 262.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ Cfr., DICEY & MORRIS, op. cit., 1537, *Rule 202*, secondo cui “The law governing contractual obligations is determined, in general, by the provision of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations to which effect has been given by the Contracts (Applicable Law) Act 1980”.

²⁶² Cfr., la *Relazione Giuliano-Lagarde*, la quale chiarisce che l'esclusione “affects all the complex acts (contractual, administrative, registration, which are necessary to the creation of a company..and to regulation of its internal organisation and winding-up, i.e. acts which fall within the scope of company law”.

questions involve the need to determine the law applicable to a particular contractual obligation, common law choice of law rules rather than the Convention rules must be used”²⁶³.

Le regole di conflitto in materia di contratto nel sistema di *common law*, sono state oggetto, antecedentemente al *Contracts (Applicable Law) Act* del 1990 che ha dato esecuzione alla Convenzione di Roma, di un processo di continuo sviluppo dottrinale e giurisprudenziale, i cui risultati saranno di seguito brevemente esposti al solo fine di meglio comprendere l’orientamento delle posizioni dottrinali più recenti.

Il punto di partenza di tali riflessioni era che ogni contratto è governato dalla legge scelta dalle parti: tale scelta determina *the proper law of the contract* “at any rate if the application of foreign law was not contrary to public policy and the choice was bona fide and legal”²⁶⁴. In mancanza di una scelta, la legge applicabile al contratto può essere desunta dalla sua natura ed in generale dalle “circumstances of the case”; qualora peraltro questo esame non permetta di individuare la legge applicabile, il contratto dovrà essere regolato “by the system of law with which the transaction had its closest and most real connection”²⁶⁵.

The proper law of contract così individuata disciplina l’intera fattispecie contrattuale: la sua validità, la sua interpretazione ed i suoi effetti.

Così posta tale dottrina pare non discostarsi molto dal principio dell’autonomia della volontà che ha ispirato il sistema della Convenzione di Roma, né l’idea di una sua applicazione in relazione a convenzioni parasociali non connesse all’organizzazione interna della società presenta svolgimenti interessanti.

Purtuttavia l’utilizzo del principio dei legami più significativi da parte della dottrina e della giurisprudenza, sia inglesi che statunitensi, sembra possa indurci a verificare se tale principio sia in grado di ispirare delle riflessioni che consentano di sottoporre la nostra fattispecie ad una legge diversa da quella regolatrice della società²⁶⁶.

²⁶³ Cfr., DICEY & MORRIS, *The Conflict of Laws*, cit., 30-025.

²⁶⁴ Cfr., *Ibidem*, 32-005.

²⁶⁵ *Ibidem*. Questo principio, derivato dalle teorie di Westlake, si trova espresso in *Bonython v Commonwealth of Australia*, [1951] A.C. 201, 219.

²⁶⁶ Cfr., *infra* par. 6.

4.1. Anche nell'esperienza nordamericana il ricorso allo strumento degli *shareholder's agreements* appare, così come nella prospettiva inglese, poco frequente e di scarso interesse, ciò sia per caratteristiche intrinseche al sistema societario e borsistico statunitense, sia per l'affermarsi di una giurisprudenza almeno inizialmente non favorevole al fenomeno.

Dal primo punto di vista, è possibile rilevare che sia la particolare struttura proprietaria delle società quotate, caratterizzata da un azionariato particolarmente diffuso, sia la separazione tra proprietà e gestione della società tipica del modello della *public company* statunitense, sia la presenza di un quadro regolamentare che scoraggia la formazione di posizioni rilevanti nell'azionariato delle società quotate e che rende difficile la creazione di legami duraturi tra azionisti al di fuori dei luoghi e delle modalità deputati alla *corporate governance*²⁶⁷ della società, costituiscono indubbiamente fattori che hanno influenzato lo scarso ricorso a strumenti di aggregazione di coalizioni quali i sindacati di voto e di blocco²⁶⁸.

La giurisprudenza statunitense ha poi impedito inizialmente uno sviluppo rilevante del ricorso alle convenzioni parasociali, mostrando un atteggiamento di aperto sfavore soprattutto nei confronti dei sindacati azionari²⁶⁹, mutato quando le Corti, ammettendo “the agreements in which shareholders undertook to vote their shares in a particular way or not to vote in a particular way”²⁷⁰, giungono a riconoscere la figura, alla condizione che gli accordi rispettino i *general principles of contract law* e non risultino contrastanti con la *public policy*²⁷¹.

²⁶⁷ Per un approfondimento relativamente ad alcuni aspetti di *corporate governance* del sistema nordamericano si rinvia a A. GRIFFITHS, *Institutional shareholders and corporate governance*, Oxford Univ. Press, 1996.

²⁶⁸ Sia il *1934 Act* contiene una serie di disposizioni volte ad assicurare la trasparenza degli accordi cui partecipa chi possiede più del 5% del capitale sociale e quelli il cui scopo è il controllo della società; sia la *SEC-Rule 19C-4* proibisce la quotazione sui mercati di società in relazione alle quali vi siano accordi che alterano il rapporto “un'azione-un voto”; sia la regolamentazione statunitense sulla *disclosure* delle partecipazioni rilevanti impone obblighi particolarmente restrittivi ai soggetti che superano il 10% del *clash flow rights* di una società, da soli o in concerto, con evidente riflesso sull'opportunità dei soci di stringere patti di sindacato. Ciò ha determinato che il fenomeno dei patti parasociali sia più frequente nelle *close corporations*; uno studio dedicato alla materia (cfr., R.KULMS, *A Shareholder's Freedom of Contract in Close Corporations*, in *Liber Amicorum E.-J. Mestmacker*, The Hague, 2003, 257 ss.) ha infatti evidenziato che “Although a shareholder's agreement may be adopted between stockholders in a corporation the shares of which are publicly traded, it is more commonly found in close corporations. In the latter context the term refers to an arrangement whereby all the shareholders in the close corporation, the stock of which is not traded in markets maintained by securities dealers or brokers, seek to conduct their business as if they were partners operating under a partnership agreement. The legislative and judicial authorization of shareholders' agreements is a recognition of the needs of stockholders in a close corporation to be able to protect themselves from each other and from hostile invaders. In particular, such shareholders' agreements are most frequently used to protect the investment and rights of minority shareholders”.

²⁶⁹ Sulla base del principio secondo cui “the right to vote stock cannot be separated from the ownership”, fondato a sua volta sull'assunto che “the corporations are creatures or concessions of the state”; in tal senso *White v Thomas Inflatable Tire Co.*, 28 A 75, 79, N.J.Ch., 1893; *Morel v Hoge*, 61 S.E. 487, 490, Ga, 1908.

²⁷⁰ Cfr., *Fletcher Cyclopedic of the law of Private Corporations*, 1996, 2066.

²⁷¹ In tal senso, cfr., *Medinol Ltd. V Boston Scientific Corp.*, 346 F. Supp. 2d 575 (S.D. N.Y. 2004), la quale ha stabilito che “Under New York law, shareholder voting agreements are valid and are to be adjudicated under general principles of contract law”; *Schwartz v Miner*, 146A 2d 801, Del.Ch., 1958 secondo cui “voting agreements are invalidated if they contemplated fraud upon other shareholders or upon creditors of the corporation”; *Hogget v Brown*, 971 S.W. 2d 472, Tex App., 1997, che ha stabilito che “voting agreements would also be void if they would not work to the benefit of all the shareholders equally or if they were to accomplish a purpose forbidden by law”; *Wilson v McClenny*, (1964) 262

Più genericamente dunque, “a shareholder voting agreement”, quale “contract among the shareholders, or some of them, to vote their shares in a specific manner on certain matters”, è riconosciuto come “a valid contract, subject only to the rules applicable to the validity of contracts in general”.

In realtà molte delle pronunce giurisprudenziali in tema di *shareholder's agreements*, hanno avuto ad oggetto l'assimilazione della figura ai *voting trusts*²⁷², strumento assai diffuso nella pratica statunitense benché di dubbia validità²⁷³, e conseguentemente la valutazione dell'invalidità delle pattuizioni perché non rispondenti ai requisiti richiesti per i secondi²⁷⁴.

Lo sviluppo giurisprudenziale è tuttavia giunto a riconoscere autonomia e validità alla figura, anche in assenza delle formalità richieste ai *voting trust*, a condizione che l'accordo non sia contrastante con le “statutory norms”²⁷⁵.

NC 121, 136 SE 2d 569, ha statuito che “an agreement was not void as being contrary to public policy since it was not inspired by fraud and would not prejudice other stockholders”; *Ohlstein v Hillcrest Paper Co.*, 24 Misc. 2d 212, 195 N.Y.S. 2d 920 (Sup 1959), che ha ritenuto che “An agreement by all stockholders to vote for a certain person as director is not unlawful and will be specifically enforced when there is no interference with the rights of creditors or minority stockholders”; *Manson v Curtis*, 223 NY 313, 119 NE 559, 1918, che ha statuito che “it is only when such agreements contravene any express charter or statutory provision, or contemplate any fraud, oppression, or wrong against other stockholders, or an illegal object, that they are invalid and not binding upon the parties thereto. In the instant case invalidity of the agreement was said to result from the rule that the law will not permit stockholders to create a sterilized board of directors, since stockholders do not confer, nor can they revoke, the powers of the corporation's directors”.

²⁷² Caratterizza tale figura la circostanza che i “voting rights are separated from the financial interest in the shares: the former being held and exercisable by trustees while the latter remains with the shareholders” (GOWER-DAVIES', *Principles of modern company law*, cit., 71). I singoli soci delle società che abbiano trasferito ad un trust la partecipazione nella società quotata cessano di essere azionisti della stessa ed il diritto di voto inerente alle azioni trasferite in trust spetta al trustee, con la conseguenza che questi potrà far valere un proprio diritto esclusivo sia per quanto concerne la titolarità delle azioni della società che la legittimazione nei confronti della stessa. Per un approfondimento del trust e sulle limitazioni al diritto di voto nella letteratura americana, cfr., SCOTT, *The Law of trust*, Boston, 1967; R.B. THOMPSON, *Shareholders as grown ups: voting, selling, and limits on the board's power to “just say no”*, in *Univ. Cincinnati Law Review*, 1999, 999 ss.; W. L. CARY, M. A. EISENBERG, *Cases and materials on corporations*, Westbury, The Foundation Press Inc., New York, 1988, 298.

²⁷³ Tanto che in passato alcuni commentatori lo definivano come “little more than a vehicle for corporate kidnapping”. In realtà tale attitudine è venuta via via scomparendo: il *MBCA*, alla sezione 7.30, riconosce la validità del *voting trust agreement* prevedendo una serie di requisiti minimi: una durata massima di dieci anni, la forma scritta, la consegna di copia dell'atto alla società. Allo stesso modo, le legislazioni di altri Stati riconoscono la validità della figura, a condizione che essa non contrasti con “all statutory requirements”. Le due figure del *voting pooling agreements* e del *voting trust* differiscono principalmente per il fatto che, mentre nella prima i soci mantengono la proprietà delle azioni, realizzandosi piuttosto una devoluzione del diritto di voto, nella seconda la titolarità delle azioni è trasferita al trustee. Il vantaggio della prima opzione viene dunque riconosciuto, dalla dottrina statunitense nella maggiore elasticità e duttilità che l'accordo presenta e nella mancata “disruption of other ownership attributes”.

²⁷⁴ Ad esempio la registrazione così come previsto dal *Federal Securities Act del 1933*. La Corte del Delaware, nel caso *Abercrombie v Davies*, 36 Del. 371, 130 A 2d 330 (Sup.Ct. 1957), ha riconosciuto l'invalidità della pattuizione di voto in quanto non rispondente alle formalità richieste dal *Delaware voting trust statutory provision*. Tale Atto richiede che le azioni siano depositate presso il Trustee, che copia del *trust voting agreement* sia a disposizione dei soci e della società, che l'accordo non abbia una durata superiore ai dieci anni.

²⁷⁵ Cfr., *Solon v Held*, 152 N.Y.L.J., 121, 11, Sup.Ct., 1964; *Fletcher Cyclopedic of the Law of Corporations*, Cap. 14: “Generally shareholder agreements on matters traditionally within their realm, i.e. vote pooling agreements, have been held valid, if they comply with state statute requirements”.

Ciò ha comportato che i patti parasociali, ed in particolare le pattuizioni aventi ad oggetto il diritto di voto, benché nessun atto normativo definisca e disciplini espressamente la categoria²⁷⁶, figurino allo stato attuale nella legislazione di alcuni Stati statunitensi²⁷⁷.

Lo Stato del Delaware ad esempio prevede la possibilità di accordi tra azionisti per l'esercizio congiunto del diritto di voto o per la disciplina delle procedure per il diritto di voto spettante sulle azioni fissandone la durata massima in dieci anni²⁷⁸. Altri Stati, sul modello del *Model Business Corporation Act (MBCA)*²⁷⁹, riconoscono la validità dei *voting agreements* fissandone peraltro la durata massima ora in 10, ora in 20 anni²⁸⁰. Lo stesso *Model Business Corporation Act* inoltre, alla *Section 7.32*, prevede la possibilità per i soci di stipulare "shareholder's agreements that departs completely from the traditional statutory scheme"²⁸¹, quali patti di preferenza, clausole di gradimento, patti relativi alla distribuzione degli utili, fissandone la durata massima, in mancanza di espressa previsione nel patto, in dieci anni, e prevedendone lo scioglimento automatico in ipotesi di offerta pubblica di acquisto.

Se ora si passa a valutare la collocazione riservata alla figura degli *shareholder's agreements* in una prospettiva di conflitto, ci si avvede anche qui che, la generica

²⁷⁶ La dottrina evidenzia infatti che "Although no precise definition has been attempted, the term "shareholders' agreement" broadly refers to any agreement among two or more shareholders regarding their conduct in relation to the corporation whose shares they own", cfr. KULMS, *A shareholder's Freedom of Contract in Close Corporations*, cit., 259.

²⁷⁷ E' stato correttamente evidenziato (JOYCE, *Shareholder's agreements: a US Perspective*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Bonelli-Jaeger, cit., 355) che "U.S. law relevant to shareholder's agreements is a mixture of State and Federal law..corporations are organized under State rather than federal law, and the fundamental concepts governing shareholders agreements are also creatures of State law, vasying slightly from State to State, but tending to be quite similar".

²⁷⁸ Del. Code Ann., tit. 8, 218, 1987.

²⁷⁹ *MBCA*, section 7.31 in *Model business corporation act annotated*, t. 1, Aspen Law & Business, 1994: "Two or more shareholders may provide for the manner in wich they will vote their shares by signing an agreement for that purpose. A voting agreement created under this section is specifically enforceable". Quanto alla disciplina delle clausole limitative del trasferimento delle azioni: «Section 6.27 Restriction on transfer of shares and other securities a) The articles of incorporation, bylaws, an agreement among shareholders, or an agreement between shareholders and the corporation may impose restrictions on the transfer or registration of transfer of shares of the corporation. A restriction does not affect shares issued before the restriction was adopted unless the holders of the shares are parties to the restriction agreement or voted in favor of the restriction. c) A restriction on the transfer or registration of transfer of shares is authorized : (1) to maintain the corporation's status when it is dependent on the number or identity of its shareholders ; (2) to preserve exemptions under federal or state securities law ; (3) for any reasonable purpose. d) A restriction on the transfer or registration of transfer of shares may : (1) obligate the shareholder first to offer the corporation or other persons (separately, consecutively, or simultaneously) an opportunity to acquire the restricted shares ; (2) obligate the corporation or other persons (separately, consecutively, or simultaneously) to acquire the restricted shares ; (3) require the corporation, the holders of any class of it shares, or another person to approve the transfer of the restricted shares, if the requirement is not manifestly unreasonable ; (4) prohibit the transfer of the restricted shares to designated persons or classes of persons, if the prohibition is not manifestly unreasonable". Per un commento a tale disposizione si rinvia a F. H. O'NEAL, *Restrictions on transfer of stock in closely held corporations : planning and drafting*, in *Harvard Law Review*, 1952, 773 ; T. J. ANDRE, *Restrictions on the transfer of shares : a search for a public policy*, in *Tulane Law Review*, 1979, 776.

²⁸⁰ Come è il caso della Georgia e del Tennessee.

²⁸¹ Permettendo così che "an agreement entered into by the shareholders of a corporation that affects or changes the governance process of a corporation is broadly effective".

considerazione che tali figure siano regolate in base alla *law of contract*, ma *inextricably linked to a company*, pone gli interpreti di fronte alla necessità di prendere in considerazione, quale criterio di collegamento, quello delle società.

Richiamando il “principle of unity” della *lex societatis*, parte della dottrina statunitense ritiene che la legge regolatrice della società sia chiamata a regolare tanto gli aspetti “interni” della società (rapporti tra i membri della società), quanto gli aspetti “esterni” (in particolare la capacità e la responsabilità della società): si ritiene infatti che “the law of the place of incorporation generally should be applied with respect to issues involving corporate governance, in other words, those issues involving the relations among the corporation, its shareholders, directors, officers or agents”²⁸².

Seguendo tale impostazione la giurisprudenza americana, nel giudicare delle pattuizioni aventi ad oggetto i diritti connessi alla qualità di socio, ed in particolare il diritto di voto, ha ritenuto che “the voting rights of stockholders and the legality of voting agreements, including voting trust agreements, are determined by the law of the state of incorporation”²⁸³.

Il legame tra il patto e la legge regolatrice della società appare anzi così stretto da far ritenere, in un caso deciso dalla *Court of Appeals* di New York, che “the law of the state of incorporation may apply notwithstanding a choice-of-law provision in the agreement specifying the law of another jurisdiction”²⁸⁴.

Conseguentemente anche altre decisioni hanno evidenziato che “a failure to comply with the applicable state law governing corporations may preclude the enforcement of the agreement”²⁸⁵.

Tale primo gruppo di decisioni, che si inserisce in una serie di pronunce conformi, afferma dunque chiaramente la competenza della *lex societatis* (individuata nella *lex loci incorporationis*): questa legge deciderà della validità del patto parasociale, indipendentemente, ed anzi a prescindere da quanto affermato dalla legge eventualmente scelta dalle parti per regolare l'accordo.

²⁸² Cfr., sezioni 302-309 *The Restatement Second on Conflict of Laws*, adottato il 23 maggio 1969 dall'*American Law Institute*.

²⁸³ Cfr., *Schneiderman v. Kahalnik*, 200 I 11. App. 3d 629, 146 I 11. Dec. 371, 558 N.E. 2d 334 (1 Dist. 1990), in cui la Corte ha applicato la legge dello Stato di New York ad un patto concernente le azioni di una società costituita secondo tale legge. I paesi anglosassoni seguono tradizionalmente, nella determinazione della legge applicabile alla società, il sistema dell'incorporazione, a norma del quale le società sono rette dalla legge dello Stato secondo cui sono state costituite. Una tale decisione richiama la cd. “internal affairs doctrine”, la quale rinvia alla competenza della legge dell'incorporazione per quanto riguarda “the internal affairs of a corporation (generally matters relating to corporate governance, dividends, shareholder voting)” (cfr., per un esame più approfondito, R.SUGGS, *Business Combination Antitakeover Statutes, the Unintended Repudiation of the Internal Affairs Doctrine, and Constitutional Constraints on Choice of Law*, in *Ohio State Law Journal*, 1995, 1097 ss.).

²⁸⁴ Cfr., *Newell Co. v Petersen*, 325 I 11. App. 3d 661, 259 I 11. Dec. 495, 758 N.E. 2d 903 (2 Dist. 2001).

²⁸⁵ Cfr., *Sanders v McMullen*, 868 F. 2d 1465 (5 Cir. 1989).

Sin qui non pare peraltro che tali pronunce offrano buoni argomenti per confortare lo spirito di questa ricerca: l'individuazione di un'unica legge competente a disciplinare la nostra fattispecie. La competenza della *lex societatis* viene infatti affermata, senza ulteriori svolgimenti, con riguardo ad accordi disciplinanti l'esercizio di diritti del socio strettamente correlati alla struttura interna della società ed alla sua *governance*.

Una risalente pronuncia della Corte Federale americana peraltro, pur valutando che “the validity of voting agreements involving foreign corporations is generally determined by the law of the state of incorporation under the prevailing conflict of laws rules”²⁸⁶, in un'ipotesi di *shareholder agreement concerning several corporations*, aveva ritenuto che, sebbene il patto fosse da considerare invalido secondo la legge dello Stato di incorporazione di una delle società (legge della West Virginia “law particularly hostile to shareholder control agreements”), “the invalidity may not necessarily extend to the other corporations”. La Corte dunque, rigettando l'argomento secondo cui “if agreement found unenforceable under law of one state it should be invalid in all applicable states”, ha giudicato, che “an agreement among several shareholders who was deemed potentially invalid as to a West Virginia corporation for failure to obtain the consent of a minority shareholder, but was held valid, to the extent that damages for breach could be recovered, with respect to corporations organized under another state's law, and with respect to which no minority shareholders had been neglected”.

L'affermata competenza della *lex societatis* pare peraltro meno sicura nell'ipotesi del *voting trust*, in relazione alla quale una pronuncia della Corte statunitense ha ritenuto che “the law of the state of incorporation determines whether shares in a voting trust may be voted by the trustees, except in the unusual case where, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship to the shareholders and the corporation, in which event the local law of the other state will be applied”²⁸⁷.

Si tratta di una decisione certo interessante, dal momento che scalza la competenza della

²⁸⁶Cfr., caso *Glazer v Glazer*, 374 F2d 390, (1967, CA5 La). La Corte in particolare ha puntualizzato che “pointing out that the enforceability of the agreement would be examined under the law of the various states in which the several companies were incorporated, held that the agreement was enforceable in an action for damages by one of the shareholders who had been ousted from office by the other two”. La Corte proseguì decidendo che “Under Florida law the agreement was valid since it did not violate any express statutory provisions or contemplate oppression against minority shareholders. Under the law of Ohio, which the court said followed the Massachusetts rule, an agreement made and assented to by all the stockholders and not prejudicial to the rights of the minority interests is not void as a matter of public policy”, concludendo che “since the shareholders owed a fiduciary duty to no one but themselves, the agreement was enforceable”.

²⁸⁷Cfr., *Tankersley v Albright*, 374 F. Supp. 538 (N.D. Ill. 1974). Si trattava del caso di un *voting trust agreement* “involving stock of a Delaware corporation, who was created and has been administered in Illinois, the corporation has continuously maintained its headquarters and principal place of business in Illinois, and all of the assets of the trust are in Illinois”, in tal caso si ritiene che “the laws of Illinois, rather than those of Delaware, should be applied, since Illinois clearly has more substantial contacts with the controversy than Delaware”.

legge dello stato di incorporazione in presenza di una *more significant relationship* tra il socio o la società ed un altro Stato, inserendo un elemento caro alla dottrina americana della *proper law*, ovvero la ricerca e l'applicazione della legge ritenuta più idonea a regolare una determinata fattispecie in quanto avente con essa i legami più stretti²⁸⁸.

Tale pronuncia peraltro non sembra essere di molto aiuto alla soluzione dei problemi che la disciplina dei patti parasociali pone, dal momento che attiene ad un istituto, il *voting trust*, che benchè assimilabile alla nostra figura, richiede ed è soggetto ad una diversa disciplina.

Certo la circostanza che l'esercizio del diritto di voto in un *voting trust*, soggetto generalmente alla *law of incorporation*, possa essere attratto, ad opinione di tale giurisprudenza, nella competenza di un'altra legge più idonea a disciplinarlo per avere con la fattispecie un legame più rilevante, offre degli elementi che verranno esaminati laddove si tratterà di verificare la bontà delle soluzioni adottate.

5. La dottrina definita "proper law approach", che si oppone all'adozione di un criterio di collegamento rigido e astratto, e presuppone che la fattispecie da esaminare sia localizzata in funzione di tutte le circostanze in cui è inserita e di tutti gli elementi che la costituiscono, è accolta come metodo di principio in tutti i paesi anglosassoni.

L'autore inglese Westlake fu il primo a proporre una definizione della *proper law*, inizialmente a proposito dei soli conflitti di legge relativi ai contratti, definendola come la legge del paese con cui il contratto presenta il legame più reale²⁸⁹.

La formula fu ripresa da Morris, autore inglese cui deve essere riconosciuta la paternità della dottrina il quale, precisandola, definisce la *proper law of the contract* come la legge con cui il contratto ha il legame più stretto e più reale²⁹⁰. L'apprezzamento dello stretto legame sussistente tra una fattispecie ed un ordinamento giuridico richiede che la ricerca dell'ordinamento competente si fondi sulle nozioni di "punti di contatto" e "centri di interesse" che Morris presenta come tecniche di determinazione della *proper law*; il legame più stretto non si presenta dunque come una presunzione ma è il risultato della valutazione minuziosa di ciascun elemento che la fattispecie presenta e dei suoi punti di contatto.

²⁸⁸ Cfr., *infra* par. 6. In tal senso è interessante anche quanto dispone la sezione 302 del *Restatement Second on Conflict of Laws*, secondo cui "the law of the state of incorporation must defer to the law of another state with a more significant interest in the particular issue before the court except in unusual cases "where, with respect to some particular issue, some other state has a more significant relationship to the occurrence and the parties, in which event the local law of the other state will be applied".

²⁸⁹ Cfr., WESTLAKE, *Private international law*, 7° ed., 1925, S. 212.

²⁹⁰ Cfr., MORRIS, *The proper law of the contract*, (1940) 56 L.Q.R., 320.

La localizzazione concreta e oggettiva delle circostanze che il caso all'attenzione dell'interprete è suscettibile di presentare si accompagna peraltro, nelle riflessioni della dottrina in esame, alla considerazione del contenuto del diritto applicabile e del risultato della sua applicazione al fine di garantire una soluzione "giusta" e perfettamente adeguata alle circostanze del caso²⁹¹.

La selezione della legge applicabile si arricchisce quindi di considerazioni sostanziali che indagano lo scopo, la finalità della regolamentazione, che sembrano esprimersi del resto nella stessa facoltà delle parti di scegliere la legge applicabile al contratto.

Morris infatti in tal senso prospetta l'autonoma scelta delle parti come una delle applicazioni della teoria della *proper law*, precisando che "the validity of the contract is governed by its proper law, that is...the law by which the parties intended, or may, fairly presumed to have intended, the contract to be governed"²⁹².

L'autore peraltro precisa a tale riguardo che se la *proper law* del contratto è la legge di uno Stato X, e se le parti hanno espressamente scelto la legge di un altro Stato, la scelta può essere considerata effettiva alla condizione che tale legge non permetta l'adozione di disposizioni che non sarebbero autorizzate dalla *proper law*.

Se si riportano tali considerazioni all'esame che si sta conducendo, valutando se l'applicazione di tale principio possa svolgere una propria utilità ai fini dell'individuazione di una disciplina regolatrice dei patti parasociali, occorre ammettere che una tale ricostruzione presta il fianco ad una serie di critiche e non permette di enucleare soluzioni che paiano adeguate alla regolamentazione degli accordi parasociali.

Certo è vero che l'unicità di un criterio predeterminato, l'unica competenza della *lex societatis*, obbliga ad applicare un criterio di collegamento che spesso non esprime le circostanze peculiari di ciascun patto, e che perciò non dovrebbe considerarsi significativo.

L'attitudine del principio della competenza della *lex societatis* a fornire una soluzione definitiva adatta al nostro problema, sembra infatti esprimersi unicamente sotto la forma di una presunta ed inevitabile interdipendenza tra patto parasociale e società.

In tal senso la ricerca dei legami più stretti, che conduce ad un'analisi concreta dei punti di contatto al fine di garantire una soluzione perfettamente adeguata alle circostanze del caso, appare un rimedio efficace contro il carattere rigido e meccanico di un collegamento unico.

²⁹¹ Tale elemento è del resto presente anche nella dottrina dell'americano CAVERS (*A critique of the choice of law problem*, in *Harvard Law Review*, 1933, 173), che suggerisce di comparare il contenuto delle regole applicabili ed il risultato della loro applicazione per garantire una soluzione giusta, conveniente e perfettamente adatta alle circostanze del caso.

²⁹² Cfr., DICEY & MORRIS, *Conflicts of laws*, cit., 1161.

Tuttavia, in primo luogo, la *proper law* rivela un'ambiguità che non è in grado di soddisfare le esigenze di certezza e di sicurezza che la nostra materia richiede di perseguire. In secondo luogo, appare come un collegamento estremamente impreciso: la ricerca dei legami più significativi e la considerazione dell'effetto materiale prodotto dall'applicazione delle regole che si vogliono applicabili, pur permettendo alle parti di scegliere la legge di un paese con cui il contratto non ha un legame significativo, ne assicura l'effettività solo laddove tale legge non preveda una regolamentazione che non sarebbe accettata dalla *proper law*.

La messa in opera di tale costruzione relativamente ad un patto parasociale che presenti elementi di estraneità solleva delle perplessità che inducono ad escluderne l'operatività.

Facendo infatti il caso di un patto parasociale limitante l'esercizio del diritto di voto, stipulato dai soci italiani di una società inglese, che esercita prevalentemente in Inghilterra la propria attività, per la durata di vent'anni, e assumendo che le assemblee in cui il voto dovrà essere esercitato debbano svolgersi in Italia, e che le parti abbiano sottoposto il patto alla legge di un Paese terzo, quale dovrebbe ritenersi la *proper law of contract*? Forse la legge italiana in virtù della convergenza di differenti fattori verso questo Paese (nazionalità delle parti, luogo di esecuzione del patto), ed in tal caso la pattuizione, in ipotesi valida secondo la legge scelta tra le parti, sarebbe regolata da una disciplina non ammessa dall'ordinamento italiano, e dunque la scelta di legge dovrebbe considerarsi non efficace.

O ancora potrebbero essere considerati più significativi i legami con l'Inghilterra, o, riferendosi alla giurisprudenza statunitense della *most relevant relationship* sopra citata, potrebbe affermarsi che nonostante la legge inglese sia in astratto applicabile in quanto legge regolatrice degli aspetti attinenti all'esercizio del diritto di voto, tale legge debba essere scartata per la presenza di legami più significativi con un altro paese.

In questi casi l'applicazione della legge che ha i legami più stretti non consentirebbe alle parti di poter ragionevolmente prevedere quale sarà la regolamentazione che disciplinerà il loro accordo.

Il richiamo della teoria della *proper law* non sembra dunque in grado di garantire la selezione dei collegamenti e ad assicurare l'applicazione di una legge concretamente e funzionalmente adatta alla situazione proposta.

6. Dal confronto tra i sistemi di diritto internazionale privato presi in considerazione emergono due dati: in primo luogo, nessuno degli strumenti che vengono in rilievo contiene una norma *ad hoc* per i patti parasociali; pertanto la loro disciplina internazionalprivatistica è rimessa alla possibilità di sussumerli in norme di conflitto che adottano espressioni comprensive e generiche.

In secondo luogo, si può osservare che nei sistemi oggetto di studio le categorie di riferimento che appaiono fruibili sono costantemente quella delle obbligazioni contrattuali e quella della società.

Questo breve sguardo alla dottrina in materia di patti parasociali ci ha permesso infatti di constatare che, quanto all'individuazione di una norma di conflitto applicabile, si presentano all'interprete due modelli: secondo un approccio piuttosto "tradizionale", che fa prevalere una concezione assai ampia del campo di applicazione della legge regolatrice della società, i patti parasociali assumono una colorazione societaria e sono pertanto sottomessi alla *lex societatis*.

Un secondo modello, imposto dagli approfondimenti dottrinali più recenti, riconosce alla figura in esame l'appartenenza al *genus* delle obbligazioni, ammettendo al contempo un'eventuale ed a volte inevitabile influenza del diritto delle società. Ne consegue la riconduzione dei patti alla disciplina della *lex contractus*.

Due pertanto sono le soluzioni che paiono presentarsi al problema conflittuale che stiamo affrontando: la prima fa subire ai patti parasociali l'attrazione della legge che governa la società, la seconda li fa ricadere sotto l'autorità della legge competente a disciplinare le obbligazioni contrattuali.

Se dunque l'esame condotto evidenzia una sostanziale divisione quanto al criterio di collegamento fruibile, la ricognizione della dottrina e della giurisprudenza che si sono occupate della fattispecie conferma peraltro l'idea che tra le categorie che potrebbero sussumere i patti parasociali nessuna possa condurre ad una regolamentazione definitiva ed univoca.

Nella prospettiva internazionalprivatistica vengono dunque in rilievo tutte le norme di conflitto in materia di obbligazioni e di società: per ognuna di queste dovrà verificarsi se essa includa o, viceversa, escluda, la nostra fattispecie.

L'occasione pare allora propizia per esplorare quale norma del diritto internazionale privato italiano possa riguardare i patti parasociali, con l'avvertenza che l'esame andrà compiuto tenendo conto della circostanza che le soluzioni offerte dalle norme di conflitto in materia contrattuale e societaria non fanno espresso riferimento ai nostri accordi, e non sono state dunque "pensate" per i patti parasociali; si tratterà perciò di vagliare la comprensività delle

categorie sintetiche e di capire se la figura in esame vi possa rientrare senza forzare la lettera della legge.

CAPITOLO III

LE DIFFICOLTÀ SOLLEVATE DALLA DISCIPLINA INTERNAZIONALPRIVATISTICA DEI PATTI

PARASOCIALI

Sezione Prima

Inquadramento dei patti parasociali nel diritto internazionale privato

SOMMARIO: **1.** I patti parasociali prima della legge di riforma 218/95. **2.** La legge applicabile alle società nel sistema previgente: le opinioni della dottrina. **3.** La disciplina dei patti parasociali nelle soluzioni proposte dalla dottrina. **4.** La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: l'art. 25. **5.** L'ambito di applicazione della *lex societatis*.

1. Il problema della possibile ed opportuna disciplina internazionalprivatistica della figura dei patti parasociali è stato oggetto in dottrina, prima della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, di contributi isolati.

Ragione di ciò sembra possa rinvenirsi nella circostanza che il sistema di diritto internazionale privato previgente non prevedeva un'apposita norma di conflitto disciplinante le società²⁹³.

Di conseguenza l'attenzione degli interpreti si era focalizzata sull'esame, da un lato, delle disposizioni di carattere generale delle preleggi, in particolare gli artt. 16 e 17, e dall'altro, degli artt. 2505-2510 c.c., nell'opera di individuazione della legge regolatrice della società, più che sull'ambito applicativo della disciplina delineata.

Se in tale profilo pare cogliersi il motivo della sostanziale disattenzione riservata alla figura dei patti parasociali, non appare né inutile né fuorviante ripercorrere brevemente le opinioni espresse dalla dottrina quanto all'individuazione di una disciplina internazionalprivatistica in materia di società, sia dar conto degli studi isolati che hanno trattato del campo delle materie incluse nella regolamentazione dettata dallo statuto personale delle società. E ciò sia perché le

²⁹³ Così l'opinione della dottrina prevalente. Cfr., in tal senso, T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale*, vol. IX, Torino, (Utet), 1994, 35 ss.; ID., *Diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1982, 601 ss.; F.CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953, 113 ss.; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, Torino, (Utet), 1972-1975, 71 ss.; LUZZATTO, *Persona giuridica (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, 276 ss. *Contra*, A. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1973, 99 ss. che, come si vedrà oltre, rinveniva nella combinazione degli artt. 2505 e 2509 c.c. una norma di conflitto bilaterale.

riflessioni degli interpreti, pur nella diversità dei presupposti e delle impostazioni, giungevano a conseguenze applicative sostanzialmente coincidenti²⁹⁴, sia perché, e questo pare il profilo di maggiore interesse, il dibattito interpretativo svoltosi con riferimento al diritto previgente ha influito sulle scelte del legislatore e va dunque tenuto presente nella ricostruzione dell'art. 25 legge 218/95, nell'ambito del quale ci si propone di individuare e sviluppare la disciplina dei patti parasociali²⁹⁵.

L'indagine storica condotta sull'origine e sull'evoluzione della norma di diritto internazionale privato relativa alle società assume infatti rilievo fondamentale ai fini dell'individuazione del contenuto e del valore del criterio di collegamento previsto nella norma.

2. Si può quindi brevemente ricordare che mentre la giurisprudenza aveva reagito alla lacuna del sistema valorizzando gli artt. 16, II comma e 17 disp. prel. c.c., talora in combinazione tra loro²⁹⁶, le soluzioni proposte dalla dottrina richiamavano diverse ed ulteriori norme positive.

Una prima tesi, muovendo dal proposito di ricostruire un'apposita norma di conflitto riguardante le persone giuridiche, qualificava i fenomeni relativi alle società come attinenti alla categoria dei contratti, mostrandosi pertanto favorevole all'applicazione della norma di conflitto in materia di obbligazioni contrattuali di cui all'art. 25 disp. prel. c.c.²⁹⁷

²⁹⁴ In tal senso LUZZATTO, C.AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. comm., XIV, 1997, 136 ss.

²⁹⁵ Per un ricco panorama della varietà delle opinioni dottrinali espresse in materia, si rinvia a BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit., 35 ss.

²⁹⁶ Cfr., Trib. Monza, 9 novembre 1985, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1987, 102; Trib. Roma, 19 giugno 1968, in *Foro it.*, 1969, I, 526; Trib. Milano, 19 settembre 1968, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1969, 1006; Trib. Torino, 14 dicembre 1955, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 139; nonché l'ampia rassegna contenuta in F.CAPOTORTI, B.CONFORTI, L.FERRARI BRAVO, V.STARACE, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale*, Repertorio 1942-1966, Bari, 1967, 720 ss.; ed in CAPOTORTI-STARACE-VILLANI-ADAM-CARELLA et alii, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale*, Repertorio 1967-1990, Milano, 1991, 1048 ss., 1505 ss.

²⁹⁷ Punto di partenza della "teoria contrattualistica" era la valutazione del particolare rilievo che l'atto costitutivo o lo statuto, opera della volontà privata, assumono nella creazione, nella vita e nelle vicende di una società; le obbligazioni derivanti da tali atti dovevano pertanto essere ricomprese, secondo la teoria considerata, in quelle "che nascono da contratto", e dunque sottoposte alla *lex contractus* individuata in base ad uno dei criteri previsti dall'art. 25 disp. prel. c.c., in tal senso, cfr., BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, Milano 1950, 136 ss., il quale afferma che "se l'atto costitutivo della società si configura come un atto complesso o comunque non un atto contrattuale, mi sembra che tuttavia l'art. 25 vada applicato per analogia, poiché, mancando nel nostro diritto internazionale privato una norma apposita per tali categorie di atti, nelle ipotesi come la presente in cui si ha un negozio concluso fra più soggetti, e fonte di rapporti obbligatori fra i soggetti medesimi autori dell'atto o verso il nuovo soggetto creato dall'atto, non vedo quale altra norma di diritto internazionale privato si possa applicare all'infuori di quella riguardante i contratti"; G.CANSACCHI, *Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois*, in *RCADI*, 1953-II, 83 ss., il quale, facendo riferimento ai tre criteri di collegamento individuati dall'art. 25, ritiene che "selon le système de d.i.p. italien, les sociétés commerciales constituées à l'étranger sont régies pour ce qui à trait à leur organisation...par la loi

Altra corrente²⁹⁸ riteneva applicabile alle società l'art. 17 disp. prel. c.c., individuando la *lex societatis* nella legge della nazionalità, intesa quale legge regolatrice dello stato e della capacità delle persone, e rinvenendo negli artt. 2505 e 2509 c.c.²⁹⁹ le norme attributive della nazionalità italiana alle società³⁰⁰.

Parte della dottrina faceva riferimento ai citati artt. 2505 e 2509 c.c. ricavandone la disciplina di conflitto delle società, sia nel senso di rinvenire nell'art. 2505 c.c. una norma di conflitto unilaterale individuante l'ambito di applicazione della legge italiana sulla base del verificarsi di uno dei criteri di collegamento previsti (localizzazione in Italia della sede amministrativa o dell'oggetto principale dell'ente)³⁰¹, sia nel senso di interpretare tali articoli

du lieu dans le quel l'acte constitutif a été conclu (ou par la loi nationale comune à tous les associés ou par la loi indiquée par eux)”; adesivamente G.CASSONI, *La nazionalizzazione delle società e il diritto internazionale privato*, Padova, 1953, 63 il quale conclude che “non resta altra soluzione...che rimettersi all'art. 25 delle preleggi sulla base del presupposto che atto essenziale e decisivo per la creazione dell'ente è il contratto di società”.

²⁹⁸ Cfr., CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, cit., 113 ss.; ID., *Considerazioni sui conflitti di legge in materia di società*, in *Riv. dir. int. priv.e proc.*, 1965, 623 ss.; DE NOVA, *Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, I, Milano, 1957, 381 ss.

²⁹⁹ Il primo dei suddetti articoli stabiliva che “le società costituite all'estero, le quali hanno nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale dell'impresa, sono soggette anche per i requisiti di validità dell'atto costitutivo, a tutte le disposizioni della legge italiana”; l'art. 2509 disponeva che “le società che si costituiscono nel territorio dello Stato, anche se l'oggetto della loro attività è all'estero, sono soggette alle disposizioni della legge italiana”.

³⁰⁰ Capotorti in particolare riteneva che rientrano tra le norme di diritto internazionale privato quelle disposizioni che delimitano l'ordinamento in base al criterio della nazionalità; tale criterio delimitativo della nazionalità esplicherebbe secondo l'A. la sua funzione anche rispetto alle norme attributive di personalità. Da qui secondo Capotorti, una volta affermato che tutte le società sono dotate di personalità, e dunque di soggettività, deriverebbe l'applicabilità ad esse dell'art. 17 disp.prel.c.c., riguardante tutti i soggetti, persone fisiche o giuridiche, nonché di tutte le norme di diritto internazionale privato in cui è adottato il criterio delimitativo della nazionalità del soggetto. Tale posizione non è andata esente da critiche, sia per l'inopportuna estensione del criterio della cittadinanza-nazionalità, che ha valore esclusivamente per l'individuo, agli enti collettivi (cfr., F.CARUSO, *Le Anstalten nell'ordinamento italiano*, ESI, 1979, 21 ss.; ID., *Le società nella Comunità Economica Europea- Contributo alla teoria della nazionalità delle società*, Napoli, (Jovene), 1969, in part. 36 ss., secondo il quale “non si può parlare, in senso proprio, di “nazionalità” o di “cittadinanza” degli enti collettivi”; ritiene infatti l'A. che “con l'espressione nazionalità dell'ente si vuole indicare l'esistenza di un collegamento tra l'ente stesso e l'ordinamento statale o, per essere più precisi, l'esistenza del collegamento da cui tale ordinamento fa derivare la sottoposizione dell'ente alla sua legge materiale. La cittadinanza- ché, in effetti, il termine “nazionalità” viene usato in questo caso come suo sinonimo-, d'altra parte, se è intesa come istituzione che coglie direttamente la persona, che si ricollega all'idea dello Stato...nel quale si riflette e si esprime una comunità politica, non riguarda assolutamente gli enti collettivi. Essa, infatti, è una qualifica storico-politica, prima che giuridico-costituzionale, mentre la cd. nazionalità degli enti collettivi sta ad indicare una qualifica esclusivamente giuridico-amministrativa e giuridico-privata” (*ibidem*, 38 ss., l'A. peraltro, prendendo atto che i tentativi di sostituire l'espressione nazionalità con altre “non hanno avuto alcun successo”, fa ugualmente ricorso a tale termine, pur evidenziandone l'utilizzo improprio); sia per ragioni tratte dall'esame testuale dell'art. 17 disp. prel. che convincono che questa norma sia relativa alle sole persone fisiche (per un approfondimento al riguardo, cfr., BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., 602).

³⁰¹ Individuando poi la legge applicabile alle società non soggette al diritto italiano mediante un principio tacito di “adattamento” al diritto straniero: cfr., CARUSO, *Le società nella Comunità economica Europea*, cit., 62 ss., il quale, partendo dalla riflessione che la costituzione dell'ente non possa essere considerata come criterio di collegamento, in quanto “configurando il collegamento come un presupposto per l'applicabilità del nostro diritto sostanziale, non si può contemporaneamente asserire che esso consiste nell'applicazione dello stesso diritto sostanziale”, ritiene che la soluzione del problema consistente nell'individuazione dei collegamenti stabiliti dal legislatore in materia di società debba rinvenirsi in un'interpretazione congiunta degli artt. 2505-2509 c.c., e attribuisce un ruolo fondamentale al primo di detti articoli, il quale contiene “i due collegamenti stabiliti dal nostro legislatore, il quale li ha configurati come alternativi tra loro e, pertanto, è sufficiente la localizzazione in Italia di uno solo di essi per determinare l'applicabilità del nostro diritto”.

come “vere e proprie norme unilaterali di conflitto” tali da prescrivere l’applicazione della legge italiana sulla base dei criteri di collegamento della sede effettiva e del luogo di costituzione, con possibilità di bilateralizzare tale ultimo criterio al fine del riconoscimento delle società straniere³⁰².

Altra impostazione invece, ricavava dal combinato disposto di queste disposizioni una norma bilaterale di conflitto imperniata sul criterio di collegamento del luogo di costituzione della società³⁰³.

Secondo diverso orientamento³⁰⁴ la ritenuta assenza di una regola di conflitto relativamente alle società, portava come conseguenza che l’attribuzione della personalità da parte dell’ordinamento italiano avesse come presupposto l’esistenza della società in un ordinamento straniero. Le norme straniere erano dunque assunte quale “presupposto cui è condizionato il funzionamento della norma italiana attributiva della personalità”³⁰⁵.

Tale tecnica, che consisteva nel prendere direttamente atto dell’esistenza della società secondo un ordinamento straniero, trovava il proprio fondamento, secondo la corrente considerata, nell’art. 16, II comma, disp.prel. c.c., norma presa in considerazione anche da chi riteneva di cogliervi uno strumento di rinvio formale alla situazione giuridica già creatasi nell’ordinamento straniero di origine, o di recezione diretta di tale situazione³⁰⁶.

³⁰² Cfr., PICONE, *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento delle “Anstalten” e “Treuunternehmen” nell’ordinamento italiano*, in *Comunicazioni e Studi*, XV, Milano, 1978, 85 ss.

³⁰³ Cfr., SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, cit., 99 ss.; ID., *Società in generale (Diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, 883 ss.; ID., *Società*, VII, *Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur.*, XXIX, 1993, 5 ss. Secondo l’Autore, “alla norma contenuta nell’art. 2509, per cui le società costituite in Italia sono regolate dalla legge italiana, corrisponde una norma implicita negli altri articoli, volta a stabilire che, di regola, le società costituite all’estero sono soggette alla legge del luogo di costituzione”. Prosegue quindi Santa Maria ritenendo che il criterio del luogo di costituzione è “il fattore ritenuto idoneo dal nostro ordinamento a determinare, in linea di principio, la soggezione della società a questa o quella legge materiale” (cfr., SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, cit., 107). A questa teoria si è peraltro acutamente osservato (cfr., BALLARINO, *Le società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit., 41) che la costruzione di una norma bilaterale *ad hoc* “può portare al risultato di applicare alla società straniera un diritto materiale diverso da quello che di fatto la regola all’estero”.

³⁰⁴ Cfr., G.MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, 6° ed., Napoli, (Jovene), 1986.

³⁰⁵ Cfr., ID., op. cit., 92.

³⁰⁶ L’art. 16 delle disposizioni preliminari prevedeva al secondo comma che alle persone giuridiche straniere si estendesse quanto disposto per gli individui al primo comma, secondo il quale “lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino”. L’assimilazione dello straniero al cittadino, e quindi delle persone giuridiche straniere a quelle nazionali non era tuttavia senza limiti, prevedendo il legislatore due ipotesi in cui questa non poteva aver luogo: in assenza di reciprocità e quando leggi speciali l’avessero esclusa in modo esplicito. Cfr. per l’adesione a tale orientamento, G.COSCIA, *Il riconoscimento delle società straniere*, Giuffrè, 1984, 86 ss. E’ interessante notare che la presente teoria, benché sulla base di premesse profondamente differenti, giunge al medesimo risultato di quella che faceva perno sull’art. 17 disp. prel., giungendo entrambe a ritenere competente la legge nazionale della società. Altra corrente (LUZZATTO, *Persona giuridica*, cit., 276 ss.) rinveniva implicitamente nel sistema delineato dagli artt. 16 e 17 una norma non scritta “capace di provvedere all’attribuzione di efficacia nell’ordinamento italiano al diritto dello Stato secondo il quali gli enti stranieri fossero venuti ad esistenza”. Critico nei confronti di tale posizione CARUSO, op. ult. cit., 136 ss., il quale reputa “discutibile” attribuire all’art. 16 prel. la funzione di riconoscere gli enti collettivi stranieri. Ritiene l’A. che se è vero che il trattamento previsto dall’art. 16 presuppone che la questione relativa al riconoscimento degli enti stranieri sia già stata risolta, “tuttavia non si può per questo motivo ritenere che sia lo stesso

La formulazione di tale norma ha peraltro suggerito un'ulteriore ricostruzione, compiutamente sviluppata da Ballarino³⁰⁷, che merita di essere riportata per la chiarezza e la rigorosa argomentazione.

L'autore muove da una critica delle opinioni favorevoli all'enucleazione in materia di norme di conflitto tradizionali, affermando che non era possibile ricavare né all'interno degli artt. 2505-2510 c. c., né nell'intero sistema di diritto positivo italiano, elementi a favore di una scelta operata dal legislatore per il metodo conflittuale³⁰⁸.

L'autore prosegue affermando che le uniche indicazioni che era possibile desumere dalla lettera della legge, erano la constatazione che "per aversi costituzione di società italiane occorre che la sede di esse sia in Italia", dando per presupposto le disposizioni di cui agli artt. 2505-2510 c.c. il problema dell'esistenza delle società estere riferendosi alla loro costituzione.

Secondo Ballarino dunque il sistema previgente non era in grado di offrire alcuna indicazione relativamente al criterio di collegamento applicabile alle società: "tra i due criteri genericamente seguiti- quello del luogo della costituzione della società e quello del luogo della sede della società stessa- il nostro sistema si astiene dal fare una scelta, limitandosi a prendere atto, attraverso l'art. 16, II comma, della realtà normativa esistente all'estero"³⁰⁹.

Non si era allora in presenza di una norma di conflitto, ma si assisteva all'applicazione di "un principio generale di riconoscimento di effetti giuridici esistenti all'estero"³¹⁰.

articolo a provvedere al riguardo", e prosegue suggerendo di cercare altrove una disposizione che adempia tale funzione, in quanto "il riconoscimento deve essere garantito indipendentemente dal fatto che l'ente collettivo sia o meno personificato a titolo originario all'estero".

³⁰⁷ Cfr., BALLARINO, *Le società costituite all'estero*, in *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, 17, Torino, 1985, 85 ss.; ID., *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit., 42 ss. Secondo l'A. la clausola di reciprocità di cui all'art. 16 e l'insieme delle norme che disciplinano le società costituite all'estero, pongono all'interprete "la ricerca della legge regolatrice della società". Tale ordinamento peraltro, presupposto dalle norme esaminate, "non è espressamente determinato, ma deve essere individuato alla luce delle circostanze concrete del caso. L'unico criterio possibile è quello che consiste nel ricercare, fra tutti i sistemi giuridici stranieri che possono avere delle connessioni con l'ente giuridico, quello che l'ha creato e gli ha conferito la personalità", op. ult.cit., 41.

³⁰⁸ ID., op.ult.cit., 45.

³⁰⁹ ID., op.ult. cit., 47. Tale disposizione consentiva così di "soddisfare l'esigenza conflittuale perché faceva dipendere l'esistenza e l'attività della persona giuridica straniera nell'ordinamento italiano da quanto stabiliva un ordinamento giuridico straniero che occorreva ricercare tra tutti i sistemi giuridici rispetto ai quali essa presentava delle connessioni significative", così, T.BALLARINO, D.MILAN, *Corso di diritto internazionale privato*, Padova, 2006, 83 ss. Anche la Corte di Cassazione italiana si era del resto sempre richiamata all'art. 16 per risolvere il problema della posizione giuridica all'interno dell'ordinamento italiano delle Anstalten e di figure analoghe del Liechtenstein prive di una configurazione corrispondente nel sistema italiano, per approfondimenti sul tema si rinvia a BALLARINO, *La società per azioni*, cit., 55 ss.

³¹⁰ Così, continuava Ballarino, "se una società che non risulta sottoposta alla legge italiana è costituita in uno Stato che adotta il criterio del luogo della costituzione per sottoporla alle sue leggi, tale società sarà considerata in Italia avente uno statuto personale regolato dalla legge di quello Stato; se invece la società estera ha la sede in uno Stato che sottopone alle sue leggi le società che hanno nel suo territorio la propria sede, tali società saranno considerate in Italia aventi uno statuto personale regolato dalla legge dello Stato della sede", *ibidem*.

Non era prevista dunque nel nostro ordinamento una norma di conflitto relativa alle società fondata sulla competenza della legge della sede di essa, ma una norma sul riconoscimento della società validamente costituita all'estero.

3. Si è detto che il sistema previgente, anziché disciplinare le società con una espressa norma di conflitto, circostanza questa che avrebbe consentito di sottoporre certi aspetti della fattispecie societaria ad una legge determinata attribuendone per contro altri ad una legge differente, ne prevedeva il riconoscimento in base all'effettiva esistenza conseguita in un ordinamento straniero³¹¹.

Tale metodo ha determinato notevoli complicazioni e richiesto particolare attenzione nello sforzo di ricognizione della linea di confine che separa le materie incluse nel campo di applicazione della *lex societatis* da quelle suscettibili di essere disciplinate da altre norme di conflitto³¹².

In particolare tali incertezze si sono poste a proposito della disciplina applicabile a quelle fattispecie difficilmente catalogabili *tout court* nell'ambito societario o in quello contrattuale, e sono emerse con particolare urgenza proprio relativamente alla figura dei patti parasociali che dell'interrelazione tra diritto dei contratti e diritto societario rappresenta uno dei momenti più evidenti³¹³.

Il primo autore che si è occupato della disciplina di diritto internazionale della categoria dei patti parasociali è stato Tito Ballarino³¹⁴ il quale, nel trattare dell'estensione dello statuto personale delle società³¹⁵, rilevava che “rientrano nello statuto personale della società tutte le questioni relative all'esistenza della società...e tutti i rapporti che si svolgono all'interno della società i quali possono avere influenza sulla sua vita”.

³¹¹ Così secondo la migliore dottrina, cfr., BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, (Cedam), 1982, 603.

³¹² Il problema dell'interferenza della legge regolatrice della società con altri criteri di collegamento si poneva già, oltre che per i patti parasociali, ad esempio in materia di contratto di società e di trasferimento di azioni, cfr., BALLARINO-BONOMI, *Sulla disciplina delle materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Roma*, in *Riv. dir. int.*, 1993, 939 ss.; nonché BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit., 125 ss.

³¹³ Attenta dottrina ha posto in evidenza infatti che la categoria dei patti parasociali “richiede una particolare attenzione in sede di diritto internazionale privato”, cfr., BALLARINO, op. ult. cit., 136.

³¹⁴ Cfr., BALLARINO, *ibidem*, 135 ss.

³¹⁵ Per un approfondimento dell'espressione “statuto personale” degli enti giuridici, intesa come “legge che ne regola la costituzione ed il funzionamento: vale a dire, le condizioni necessarie perché esistano, la determinazione...del tipo al quale devono rispondere, l'individuazione degli organi per mezzo dei quali agiscono, la responsabilità dei soci e la misura in cui può essere fatta valere ecc.”, nonché per un esame dell'origine storica del termine, si rinvia a BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., 588 ss.

L'autore pertanto³¹⁶ suggeriva di includere i patti parasociali, quali convenzioni disciplinanti i rapporti tra la società ed i membri di essa, nel campo di applicazione della legge regolatrice dell'ente.

Non sfuggiva peraltro a Ballarino che il carattere generale dello statuto della società fa sì che esso concorra “con altri statuti di carattere particolare chiamati a disciplinare rapporti e situazioni che coinvolgono la vita della società”³¹⁷, e che tale concorrenza possa verificarsi maggiormente proprio in relazione “all'indiscutibile autonomia che caratterizza...certe manifestazioni della cooperazione tra soci”.

Ciò conduceva l'autore ad affermare che gli aspetti di autonomia che è possibile riscontrare nella categoria dei patti parasociali sono tali da offrire la possibilità di una valutazione differenziata e permettono di ipotizzarne una disciplina mediante un collegamento indipendente dalla legge regolatrice della società.

Si riteneva così che l'autonomia formale e funzionale propria di tali accordi, nonché la circostanza che essi “possano essere conclusi in un paese diverso da quello che disciplina la vita della società e con riferimento a pratiche societarie locali distinte da quelle proprie della *lex societatis*”, aprisse la strada al concorso di un diverso criterio di collegamento, ovvero che i patti parasociali possano sottostare ad una propria legge regolatrice individuata in base alla norma di conflitto competente per le obbligazioni contrattuali.

L'autore dunque si proponeva di formulare organicamente gli elementi che consentivano l'interferenza di uno statuto differente rispetto a quello fondamentale della società, ponendo al centro della sua indagine l'esame dell'influenza che il patto stipulato può esercitare sulla vita della società.

Per Ballarino laddove siano in considerazione patti che “contengono impegni che si esauriscono nella sfera di autonomia dei contraenti, come l'obbligo di non vendere le azioni fino a una certa data, o i patti di prelazione”, ovvero si sia in presenza di “semplici accordi *inter se*, che non toccano per nulla la struttura sociale³¹⁸”, dovrebbe riconoscersi a tali convenzioni “il massimo di indipendenza rispetto alla *lex societatis*” e concludere per la competenza del criterio di collegamento previsto dalla *lex contractus*.

Diversamente secondo l'autore non possono che essere valutati che nel quadro della *lex societatis* quegli “accordi che si riferiscono alla struttura sociale ed alla formazione della

³¹⁶ Richiamando l'art. 155 della legge svizzera di diritto internazionale privato entrata in vigore il 1 gennaio 1989 (secondo la quale la legge regolatrice della società disciplina anche i rapporti interni tra società e soci) e l'allora progetto di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

³¹⁷ Cfr., BALLARINO, op. cit., 125.

³¹⁸ Cfr., BALLARINO, op. cit., 137.

volontà sociale (convenzioni di voto e sindacati di blocco)”, nonché “quelli che limitano la circolazione del capitale azionario”, e ciò per le conseguenze che essi sono idonei a esercitare sulla struttura della società³¹⁹.

Alla stessa conclusione della competenza della *lex societatis* si giunge relativamente a quei patti che hanno a che fare con questioni attinenti alla costituzione del capitale sociale ed ai conferimenti, tematiche queste afferenti alla *lex societatis*.

Anche in tali ipotesi tuttavia, osserva Ballarino, “rimane peraltro un certo spazio per la *lex contractus*”, cui spetta la regolamentazione delle questioni relative la validità del consenso prestato e le conseguenze dell’inadempimento degli accordi stipulati³²⁰.

La competenza della *lex contractus* rinvia, prosegue l’autore, all’alternativa posta dalla Convenzione di Roma tra la competenza della legge scelta dalle parti (quando essa sia espressa o risulti “in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze”, art. 3) e la competenza della legge del paese con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto.

Nel caso di mancanza di una scelta espressa o ragionevolmente certa della legge competente, potrebbe trovare applicazione “per le principali forme di patto parasociale” la presunzione di cui all’art. 4 n. 2 ultima parte della Convenzione di Roma “per cui il paese della prestazione caratteristica da considerare è quello della sede in cui la prestazione deve essere fornita”³²¹.

Ciò conduce secondo l’autore alla competenza della legge della sede della società: così per gli accordi relativi all’esercizio del diritto di voto, in cui tale legge “può essere ritenuta prevalente perché il voto si esprime negli organi sociali i quali sono localizzati presso la sede della società”, e per gli accordi relativi all’assunzione di responsabilità derivanti dalla gestione societaria, in cui si ha a che fare “con obbligazioni sostitutive di quelle della società” e pertanto localizzate presso la sede della società³²².

La prevista applicazione della *lex societatis* individuata dallo Stato della sede poteva tuttavia subire le interferenze dovute proprio all’allora vigente sistema internazionalprivatistico, che non prevedendo come si è detto una norma di conflitto relativa alle società fondata sulla competenza della legge della sede, ma una norma sul riconoscimento delle società validamente costituite all’estero, poteva portare, in ipotesi di società costituita in un paese che seguiva la teoria dell’incorporazione e che successivamente avesse trasferito la

³¹⁹ Cfr., BALLARINO, op. cit., 138.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ Cfr., BALLARINO, op.ult. cit., 139.

³²² *Ibidem*.

propria sede in altro Stato, all'applicazione della legge "della sede degli organi sociali ai quali devono essere imputate le deliberazioni che costituiscono oggetto dell'accordo", in ipotesi differente da quella dello Stato di incorporazione³²³.

Il problema della disciplina internazionalprivatistica dei patti parasociali era stato oggetto dell'attenzione anche di altro autore³²⁴ il quale, posta "l'autosufficienza e la completezza della disciplina dei rapporti parasociali", si proponeva di individuare le tecniche più adatte a garantire alle parti le utilità perseguite nell'ambito della stipulazione di un patto parasociale.

Secondo Carbone, le caratteristiche proprie di tali pattuizioni consentirebbero ampio potere alla libertà privata di designare per la loro disciplina "regole di diritto non riconducibili ad uno specifico ordinamento statale o riconducibili ad un ordinamento statale favorevole alla validità dei rapporti in esame"³²⁵.

Alla scelta ad opera delle parti della disciplina applicabile non osterebbe, ad avviso dell'autore, la considerazione che "nella maggior parte dei sistemi di diritto internazionale privato...si esclude l'applicazione di regole di diritto se esse non risultano riconducibili ad un preciso ordinamento statale in virtù di collegamenti rilevanti ai fini delle norme di diritto internazionale privato", in quanto si osservava che "proprio nell'ambito dei rapporti di commercio internazionale i soggetti interessati godono sia di un più ampio esercizio del loro potere di autoregolamentazione, sia della possibilità di sfuggire all'inquadramento del loro rapporto in uno specifico ordinamento statale, purchè siano rispettati i minimi parametri normativi dell'ordinamento statale in cui devono essere realizzati i relativi effetti"³²⁶.

L'autore dunque proseguiva ritenendo che in presenza di "patti parasociali caratterizzati da elementi di internazionalità anche se relativi ad una società italiana, e da una disciplina ad essi applicabile favorevole a riconoscerne la validità e gli effetti", i rischi di una possibile operatività di norme italiane volte a precluderne gli effetti o condizionarne la validità, sarebbero stati del tutto limitati, soprattutto "allorché i principali effetti potenzialmente idonei ad incidere sull'assetto organizzativo e funzionale degli organi societari delle società italiane si esauriscono completamente nell'ambito di un ordinamento straniero essendo introdotti nell'ordinamento italiano e nella concreta operatività degli organi societari italiani in virtù di istituti sottratti all'applicazione della normativa italiana"³²⁷.

³²³ *Ibidem*, 139.

³²⁴ Cfr., CARBONE, *Patti parasociali, autonomia privata e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991, 885 ss.

³²⁵ Cfr., CARBONE, *op.cit.*, 889.

³²⁶ Cfr., CARBONE, *ibidem*, 886.

³²⁷ Cfr., CARBONE, *op.ult. cit.*, 891.

In presenza peraltro di sindacati di voto o di blocco relativi a società italiane, Carbone non poteva che riconoscere la perdurante operatività dell'ordinamento italiano, nella forma quanto meno dell'intervento delle norme di applicazione necessaria dell'ordinamento statale relative all'assetto organizzativo ed al funzionamento degli organi di tali società.

L'autore dunque sembrava proporre che la disciplina applicabile ai patti parasociali fosse quella individuata dalle parti sia attraverso l'impiego di regole di diritto non necessariamente statuali sia attraverso la scelta di un ordinamento statale favorevole a riconoscerne la validità, e non già la disciplina dettata dall'ordinamento statale nel quale l'ente avesse la propria sede.

4. I problemi posti da Ballarino relativamente all'individuazione della legge regolatrice dei patti parasociali non hanno trovato una risposta precisa nelle legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato n. 218 del 1995 la quale, all'art. 25, prevede una disciplina espressa delle società³²⁸.

Il legislatore, ponendo fine alla situazione di incertezza riguardo alla determinazione del criterio di collegamento rilevante per le società che aveva caratterizzato il sistema previgente,

³²⁸ Legge 31 maggio 1995, n. 218, pubblicata in *G.U., suppl. n. 68 al n. 128 del 3 giugno 1995*. L'art. 73 della stessa legge ha espressamente abrogato l'art. 17 disp. prel. c.c. e gli artt. 2505 e 2509 c.c., norme alle quali come si è visto si faceva riferimento in sede di interpretazione al fine di individuare i principi utilizzabili in materia. Non è stato invece abrogato l'art. 16 disp. prel. c.c., che al comma secondo tratta delle "persone giuridiche straniere" circostanza questa che ha posto il problema di un suo coordinamento con la nuova disciplina di conflitto delle società. La coesistenza dell'art. 16 prel e dell'art. 25 l. 218/95 è suscettibile infatti di "condurre a risultati contraddittori" ovvero a rendere incerta l'individuazione di un'unica legge regolatrice della società. Nel caso, proposto da attento autore (BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., 347ss.) di una società costituita in Inghilterra con sede sociale in Francia, l'applicazione delle due norme citate potrebbe infatti condurre al risultato "di riconoscere ai sensi dell'art. 16 disp. prel. la società che la Francia considera propria e nel contempo di regolare lo statuto delle società secondo la legge inglese perché così stabilisce l'art. 25". Per la negazione di un possibile contrasto tra le due norme, avendo l'art. 16 prel., II comma, la sola funzione di "regolare la condizione degli enti stranieri, al pari di altre disposizioni del codice civile e delle leggi speciali", senza imporre "alcun obbligo di riconoscere in Italia gli enti considerati propri da ordinamenti diversi da quello di costituzione", cfr., SEATZU, *Sulla nuova disciplina delle società nel diritto internazionale privato italiano*, in *Giur. comm.*, 1997, 830 ss.; FIMMANO, *Riconoscimento e stabilimento delle società nel nuovo sistema di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. impresa*, 1998, 303 ss.; D.DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, 2004, 36 ss., in particolare nota 84. Nello stesso senso, BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato - Società ed altri enti-*, in *La riforma del diritto internazionale privato*, atti del Convegno tenuti a Milano il 28 ottobre 1995, 57 ss., secondo il quale la funzione dell'art. 25 è di fungere da "strumento interpretativo dell'art. 16" che pone un principio generale di riconoscimento dell'esistenza di ogni personalità giuridica straniera in base al proprio diritto "che è quello localizzato in virtù dell'art. 25"; P.MENGOZZI, *La riforma del diritto internazionale privato italiano: la legge 31 maggio 1995, n. 218*, Napoli, 1997, 167 e 173, con la precisazione che "riferendosi all'ordinamento della costituzione dell'ente per applicare la condizione di reciprocità, si debba tener conto anche del rinvio che, per disciplinare lo stesso ente, quest'ultimo ordinamento eventualmente faccia ad un ordinamento terzo, quando quest'ultimo accetti di disciplinarlo o sia l'ordinamento italiano", e ciò per non incorrere in contraddizioni con il principio risultante da quanto disposto in tema di rinvio dall'art. 13 l. 218/95. Favorevole all'abrogazione implicita dell'art. 16 prel., C. CAMPIGLIO, *Abrogazione dell'art. 16 delle preleggi per nuova disciplina?*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, 45 ss.

ha individuato quale legge applicabile alle persone giuridiche quella dello “Stato nel cui territorio si è perfezionato il procedimento di costituzione”³²⁹.

L’articolo 25 si caratterizza dunque sia per la sua natura di norma completamente bilaterale, sia per l’adesione al criterio della *law of incorporation*³³⁰ per la regolamentazione dello statuto personale delle società, profili entrambi che modificano sensibilmente la tradizione del sistema italiano delle regole di conflitto³³¹.

Quanto al primo profilo, la maggior parte della dottrina non dubita della natura di norma di conflitto bilaterale della disposizione in commento, norma cioè che determina il diritto materiale applicabile ad una determinata fattispecie individuando la legge, nazionale o straniera, che dal punto di vista dell’ordinamento del foro è giusto applicare in considerazione della “localizzazione spaziale” della fattispecie^{332 333}.

³²⁹ Il testo della legge è stato preceduto da un progetto redatto da una Commissione ministeriale per la riforma del diritto internazionale privato del 1989 e dal disegno di legge ministeriale n. 1192 presentato in Senato il 29 aprile 1993. Entrambi i testi prevedevano il diverso criterio di collegamento della legge dello Stato nel quale si trova la sede dell’amministrazione centrale della società.

³³⁰ Il nostro legislatore, inserendosi nel dibattito ormai “classico” tra fautori della teoria dell’incorporazione (*Grundungstheorie*, secondo la quale la legge regolatrice della società è quella dello Stato nel cui territorio viene posto in essere il procedimento di costituzione della società) e fautori della teoria della sede reale (*Sitztheorie*, secondo cui è legge regolatrice della società quella dello Stato nel cui territorio essa stabilisce la sede della propria amministrazione), ha fatto propria la prima impostazione. Per un panorama del dibattito in seno alla Commissione incaricata di elaborare il progetto di riforma, cfr., BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato*, cit., 66 ss; allo stesso Autore si rinvia per l’esame storico della contrapposizione tra le due impostazioni e per la ricca bibliografia citata in BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1992, 30 ss.

³³¹ Cfr., T.BALLARINO, *Personnes, famille, régimes matrimoniaux et succession dans la loi de réforme du droit international privé italien*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1996, 21 ss.

³³² L’economia di questo lavoro impedisce un approfondimento dei due grandi approcci metodologici che caratterizzano la nostra disciplina: quello unilateralista e quello bilateralista. Ci si limita dunque a ricordare che, secondo la prima teoria, funzione della norma di diritto internazionale privato è quella di delimitare il campo di applicazione spaziale delle norme materiali del foro, lasciando agli altri diritti il compito di definire il loro proprio campo di applicazione allorquando la legge del foro non intende applicarsi. Secondo la metodologia bilaterale invece, dominante nella tradizione continentale a partire da Savigny (cfr., *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII 1849, trad. francese Guenoux, 1856, ried. Ed. Panthéon-Assas, 2002), la norma di diritto internazionale privato, che ricollega una tipologia di situazioni giuridiche ad un ordinamento determinato, si riferisce tanto alla *lex fori* delimitando i limiti di efficacia spaziale delle singole normative, quanto ad una legge straniera e per mezzo del criterio del collegamento più significativo rende applicabile, per lo meno in linea di principio, la sola legge dello Stato che questo criterio designa, ad esclusione di ogni altra legge reputata meno strettamente legata alla fattispecie. Per un approfondimento delle due correnti e per una panoramica dello sviluppo del metodo tradizionale di soluzione del conflitto di leggi, si rinvia a PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986, 10 ss. e 23 ss.; ID., *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1990, 639 ss.; ID., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *RCADI*, 1999, t. 276; in particolare, quanto alla dottrina unilateralista: R.QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969, 5° ed.; NIBOYET, *Traité de droit international privé*, cit.; P.GOTHOT, *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1971, 1 ss. Quanto alla dottrina bilateralista successiva all’opera di Savigny, E.BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française, 1930-1935* (il cui lavoro riveste un’importanza fondamentale nella messa in opera dei tratti classici del metodo bilaterale qualificato “savigniano-bartinienne”, cfr., B. ANCEL, *Destinées de l’article 3 du code civil*, in *Mélanges en l’honneur de P.Lagarde*, Dalloz, 2005). Si rinvia inoltre per la trattazione delle “varianti” del metodo tradizionale di soluzione del conflitto di leggi basato sulla localizzazione dei rapporti di diritto e del conseguente “conflitto di metodi” a H.BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, in *RCADI*, t. 139, 1973, 75 ss.; Y.LOUSSOUARN, *Cours général de droit international privé*, in *RCADI*, 1973, 269 ss.; F.RIGAUX, *La méthode des*

In particolare alcuni, specificando ulteriormente tale affermazione, rinvencono nella disposizione di cui all'art. 25 n. 1 prima parte, una norma bilaterale ispirata al metodo della "localizzazione cd. condizionata, secondo cui, almeno in principio, il foro cerca di correggere, soprattutto attraverso il meccanismo del rinvio, l'originaria localizzazione della fattispecie con quella in ipotesi diversa ricavabile dal sistema di conflitto dell'ordinamento straniero richiamato in prima battuta"³³⁴.

Altra parte della dottrina si è mostrata critica nei confronti di tale visione, ritenendo che "la tecnica di coordinamento con gli ordinamenti stranieri utilizzata con riguardo al particolare fenomeno degli enti giuridici" sia diversa, in quanto "incentrata sulla sottoposizione, tendenzialmente integrale, dell'ente alle valutazioni dell'ordinamento di costituzione"³³⁵. Tale tecnica secondo Benedettelli sarebbe caratterizzata da due fasi distinte: nella prima "l'ordinamento italiano costituisce enti in base alla propria legge mentre riconosce enti costituiti ai sensi del diritto straniero quali espressione di valori giuridici concreti storicamente esistenti in tali ordinamenti"; nella seconda "sul presupposto di tale costituzione o di tale riconoscimento...l'ordinamento italiano determina la legge regolatrice facendola coincidere

conflits de lois dans les codifications et projets de codifications de la dernière décennie, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1985, 1ss.

³³³ Favorevoli al riconoscimento della natura bilaterale della norma di conflitto relativa alle società già relativamente al progetto di riforma ed al disegno di legge governativo: F.CAPOTORTI, *Caratteri generali della riforma e regime delle società in diritto internazionale privato*, in *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull'attività notarile*, Atti del convegno di studi in onore di M. Romano, Milano, 1991, 29; C.AZZOLINI, *Problemi relativi alle persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, 893 ss. Per le opinioni successive all'entrata in vigore della legge 218/95, cfr., BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato*, cit., 60; DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, cit., 31 ss.; SANTA MARIA, *art. 25, in Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, 1038; LUZZATTO, AZZOLINI, *Società (Nazionalità e legge regolatrice)*, cit., 136 ss.

³³⁴ Così DAMASCELLI, op.cit., 31 ss. secondo il quale "il criterio di collegamento prescelto dal legislatore, a causa della stessa configurazione che la fattispecie società riceve normalmente dalle discipline sostanziali, conduce pienamente, nella stragrande maggioranza dei casi, a individuare la legge applicabile in quella dell'ordinamento indicato in prima battuta dalla norma di conflitto". L'A. prosegue specificando che "questa indicazione, in talune ipotesi, potrà o dovrà essere corretta, in modo che la legge applicabile risulti coerente con la *ratio* normativa che la vuole coincidente con quella dell'ordinamento che abbia proceduto all'erezione di una data formazione sociale in ente giuridico. Ma tale esigenza- connaturata al modo d'essere del metodo tradizionale della localizzazione della fattispecie, il quale, com'è noto, tende all'armonia internazionale delle decisioni- potrà essere soddisfatta mediante il funzionamento del meccanismo del rinvio"(ibidem, 33, in part. Nota 75). Damascelli richiama al riguardo le riflessioni precedentemente svolte da PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, cit., 42 ss., secondo il quale "l'evoluzione della prospettiva tradizionale di soluzione del conflitto di leggi ha fatto sedimentare negli anni tre modalità differenti di localizzazione dei rapporti di diritto: la localizzazione diretta, la localizzazione condizionata e quella per autocollegamento". Secondo l'A. "nel quadro dei sistemi di conflitto dei paesi europei che si basano in generale su regole di conflitto bilaterali, è la seconda variante che prevale largamente e che dona la propria impronta (come soluzione di principio) all'architettura generale del sistema". Alla modalità di localizzazione condizionata corrisponde la designazione della legge applicabile "attraverso una coordinazione dei sistemi di conflitto" tale da consentire il rispetto del modo d'essere originario ed effettivo dei valori giuridici richiamati.

³³⁵ Cfr., BENEDETTELLI, *Commento all'art. 25 l. 218/95*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1996, 1121 ss., secondo il quale l'art. 25 "nonostante ed al di là della sua formulazione letterale, non contiene una tradizionale norma bilaterale di conflitto, utilizzando come criterio di collegamento quello del luogo- inteso come spazio fisico- nel quale si è perfezionato il procedimento di costituzione dell'ente, ma esprime piuttosto due distinte norme, entrambe aventi portata unilaterale".

(per lo meno in linea di massima) con la stessa legge dell'ordinamento nell'ambito del quale l'ente è stato costituito”³³⁶.

L'impostazione qui esposta condivide i medesimi risultati anche di altro illustre autore che rinviene nell'art. 25 una norma “solo formalmente” bilaterale, risolvendosi piuttosto in “una coppia di autonome norme unilaterali, idonee a richiamare, rispettivamente, la legge interna per la “costituzione” nel foro di società “nazionali”, e le leggi straniere per il solo riconoscimento invece nel foro di società costituite all'estero”³³⁷, e ciò in quanto ogni ordinamento può solo provvedere a “costituire” una società nazionale e “riconoscere” una società straniera, “ma non certo costituire direttamente nel foro una società straniera”³³⁸.

Argomenti a favore di tale ricostruzione potrebbero rinvenirsi sia nella stessa lettera dell'art. 25 prima parte che, nel fare riferimento al “procedimento di costituzione dell'ente”, darebbe per presupposta l'esistenza di un ordinamento giuridico che regola tale procedimento, prima ed al di fuori dell'operare della norma di conflitto; sia nella circostanza che un fenomeno di riconoscimento automatico degli enti giuridici stranieri sarebbe coerente con principi sicuramente sottesi al sistema della riforma, quali il “rispetto dei diritti quesiti” sorti e sviluppatisi in un altro Stato ed il rispetto dell'ordinamento “più effettivo”³³⁹.

Nel tentativo di individuare le motivazioni alla base delle scelte operate dal legislatore, che possono essere diverse e sono state variamente individuate in dottrina, occorre ricordare, come già posto in evidenza da un attento autore, che i problemi che sorgono relativamente alla creazione di una regola di conflitto in materia di società sono dovuti essenzialmente al sovrapporsi di due questioni: da un lato, lo statuto delle persone giuridiche, dall'altro, la necessità di distinguere persone giuridiche nazionali e straniere ai fini dell'applicazione delle leggi nazionali³⁴⁰.

La creazione da parte del nostro legislatore di una regola di conflitto bilaterale consente di evitare la predisposizione di una norma di conflitto, e quindi di un criterio di collegamento proprio, per l'identificazione della nazionalità.

In tal senso il legislatore avrebbe perseguito l'obiettivo, enfatizzato da parte della dottrina, di evitare il cd. cumulo di leggi in materia societaria, mostrando preferenza per l'applicazione

³³⁶ Cfr., *ibidem*.

³³⁷ Cfr., PICONE, *La riforma italiana*, cit., 117.

³³⁸ ID., *Diritto internazionale privato delle società*, cit., 100.

³³⁹ Cfr., BENEDETTELLI, *op.ult.cit.*; T.BALLARINO, *Sul progetto di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Studi Vitta*, 1994, 35 ss., secondo il quale con l'espressione “rispetto dei diritti quesiti” vuole indicare “la misura in cui il sistema tiene conto delle situazioni e dei fatti giuridici già realizzatisi all'estero, o comunque colà radicatisi”.

³⁴⁰ Cfr., BALLARINO, *Personnes, famille*, cit., 37.

di una sola legge alla società, con netta esclusione pertanto della possibilità che “la legge applicabile alla società possa essere un *ibrido*, composto di spezzoni di disciplina tratti da ordinamenti diversi”³⁴¹.

Il contesto unitario che sembra ispirare la norma di conflitto contenuta nell’art. 25, può tuttavia condurre al verificarsi di risultati critici, sia nel senso di portare a situazioni di “doppia appartenenza” delle persone giuridiche, circostanza questa dovuta al fatto che la sede della società è fissata in uno Stato che non è quello in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione, sia nel senso di porre la necessità di determinare il carattere nazionale o straniero della società³⁴².

A questo proposito, la seconda parte dello stesso n.1 art. 25, stabilisce che “si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell’amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l’oggetto principale di tali enti”.

Tale scelta non pare idonea ad “inquinare il carattere di norma completa di carattere bilaterale della prima parte dell’art. 25, non facendo altro che compendiare, servendosi di un criterio meno tecnico, quanto disposto dai precedenti artt. 2505-2510 c.c.”³⁴³.

In particolare tale disposizione corrisponde fedelmente all’abrogato art. 2505 c.c., secondo cui “le società costituite all’estero, le quali hanno nel territorio dello Stato la sede dell’amministrazione ovvero l’oggetto principale dell’impresa, sono soggette, anche per i requisiti di validità dell’atto costitutivo, a tutte le disposizioni della legge italiana”; norma che, come messo in rilievo da un chiaro autore, “non è mai stata applicata in maniera conseguente”³⁴⁴.

³⁴¹Cfr., DAMASCELLI, op. cit., 62. Cfr., anche LUZZATTO, AZZOLINI, cit., 142, secondo i quali “il procedimento seguito nella redazione dell’art. 25 appare ispirato, come emerge dalla relazione alla legge, a ragioni di semplicità, certezza, e unicità della disciplina”.

³⁴² Circostanza da ricondursi, secondo BENEDETTELLI, op. cit., 1124, al fatto che “l’art. 25, comma I, adotta un linguaggio proprio di norme di conflitto bilaterali classiche con riferimento ad una fattispecie che invece... per le sue stesse caratteristiche, oltre che per quanto risulta dal sistema complessivo introdotto con la legge n. 218, sfugge a tale tecnica di coordinamento con il diritto straniero.

³⁴³ Cfr., in tal senso, BALLARINO, op. ult. cit., 11.L’Autore sottolinea che la sottoposizione delle società straniere a certe disposizioni della legge della sede italiana, non era stata bilateralizzata dalla Corte di Cassazione, richiamando al riguardo una sentenza del 28 luglio 1977 in cui la Corte, facendo riferimento all’art. 16 disp.prel. c.c. riconosceva, mediante il funzionamento del meccanismo della reciprocità, la personalità giuridica della società straniera, senza necessità di soffermarsi ad indagare la regola di conflitto applicabile. Anche secondo altro autore (DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, cit., 68), solo ad una prima superficiale lettura la disposizione in esame assumerebbe “il valore e la portata di una vera e propria norma di conflitto unilaterale”, considerando appartenenti all’ordinamento italiano e, dunque, “integralmente regolate dalla legge italiana, tanto le società il cui procedimento di costituzione si sia perfezionato in Italia, quanto le società che in Italia abbiano la sede dell’amministrazione o svolgano il loro oggetto principale”.

³⁴⁴ Cfr., BALLARINO, op. ult. cit., 57 (quanto all’oggetto principale), 67 (quanto alla sede).

Gli stessi problemi applicativi ed interpretativi messi all'epoca in evidenza dalla dottrina³⁴⁵ si ripropongono ora dunque per la nuova formula della legge di riforma.

In particolare la considerazione che il coordinamento con gli ordinamenti stranieri si realizza in questo caso attraverso il riconoscimento di valori giuridici che si sono già prodotti al loro interno, induce un'attenta dottrina³⁴⁶ ad evidenziare che “nonostante la presenza di una norma di conflitto completa sulle società commerciali, qualche dubbio rimane sulla sua attitudine a funzionare veramente come tale, essendo il regime delle società “pur sempre basato su di un regime di riconoscimento non dissimile” da quello che emergeva dalla lettura del principio di cui all'art. 16 disp. prel. c.c.³⁴⁷

Del resto, prosegue l'autore, la materia delle società “sembra prestarsi più al metodo del riconoscimento che a quello dell'allocazione del rapporto giuridico sotto una legge competente”³⁴⁸.

La scelta adottata dal legislatore, se ispirata ad una sorta di neutralità della disciplina internazionalprivatistica ed ad una valutazione di equivalenza del diritto italiano e del diritto straniero, è apparsa peraltro insoddisfacente e discutibile³⁴⁹, lamentandosi in particolare la

³⁴⁵ Cfr., BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit., 64 ss. L'Autore rilevava che “in sede di applicazione, l'art. 2505 c.c. pone numerevoli problemi: non soltanto nell'interpretazione delle formule “sede dell'amministrazione”, “oggetto” principale dell'impresa, “requisiti di validità dell'atto costitutivo”, ma anche, e soprattutto, per il modo generico con il quale è indicata la conseguenza della norma: sono soggette a tutte le disposizioni della legge italiana”(ibidem, 58). Secondo l'Autore, l'art. 2505 c.c. si riferiva alle società regolarmente costituite all'estero le quali solo in un secondo momento stabilivano nello Stato la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa, società che rimanevano straniere per quanto riguarda la legge che le regolava, e che fruivano del principio di riconoscimento di cui all'art. 16, comma II disp. prel. (ibidem, 62) e della sottoposizione all'allora art. 2507 c.c. La dottrina era in passato divisa sull'interpretazione di questa disposizione: per alcuni essa era una norma di conflitto unilaterale posta a tutela degli interessi del foro che imponeva l'applicazione integrale della legge italiana (in tal senso: PICONE, *Diritto internazionale privato delle società*, cit., 96; CARUSO, *Le società*, cit., 62 ss); per altri si trattava di una norma di applicazione necessaria (cfr., SANTA MARIA, *Le società*, cit., 182; COSCIA, *Il riconoscimento*, cit., 129).

³⁴⁶ Cfr., T.BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, (Utet), 2006, pagg. 136-137, in part. nota 28.

³⁴⁷ Cfr., anche A.GIARDINA, *Artt. 16-21, Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice civile, a cura di Scialoja e Branca*, 1978, 1 ss. secondo il quale l'art. 16 prel. costituisce la premessa indispensabile nel funzionamento del diritto internazionale privato.

³⁴⁸ Del resto già nel vigore del sistema previgente l'Autore aveva evidenziato che “il problema del concorso tra ordinamenti differenti per la disciplina di rapporti aventi connessioni internazionali può essere risolto” attraverso metodi differenti rispetto a quello conflittuale, che non è che una delle tecniche utilizzate per risolvere i problemi del diritto internazionale privato”. Nella materia delle società, come già ampiamente esposto, era il riconoscimento di effetti giuridici esistenti all'estero ad avere un ruolo decisivo, cfr., *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit., 36 ss. Cfr., anche P.PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, (Cedam), 1998, 50, secondo il quale la doppia natura unilaterale dell'art. 25, composto di una norma relativa alla “costituzione” nel foro delle società “nazionali” e di una norma relativa al “riconoscimento” delle società costituite all'estero, “dovrebbe condurre, anche in sede di politica legislativa, a mantenere distinti i due problemi”. Del resto il “metodo del riconoscimento” ha suscitato vivo interesse negli ultimi anni, cfr., P.MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Mélanges P.Lagarde*, Paris 2005, che distingue tra riconoscimento di società e riconoscimento di situazioni.

³⁴⁹ Cfr., C. ANGELICI, *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*, in AA.VV., *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, (Giuffrè), 1996, 111 ss.

manca di un'adeguata valutazione delle conseguenze pratiche derivanti dalla messa in opera del criterio di collegamento indicato: la tecnica di collegamento adottata dal legislatore rende infatti configurabile il verificarsi di ipotesi in cui più leggi straniere e/o la legge del foro possono ritenersi potenzialmente rilevanti per la regolamentazione di una società³⁵⁰.

Problema questo non solo teorico ma di rilevante riflesso pratico giacché l'individuazione della legge che regola lo statuto della società ha rilievo nel disciplinare le future attività della stessa e le altre vicende che rientrano nel suo campo di applicazione secondo l'indicazione offerta dall'art. 25.

5. Di fronte ad un'espressa disciplina di conflitto dedicata alle società, occorre dunque domandarsi quale sia la sorte dei patti parasociali, posto che il legislatore della riforma non chiarisce espressamente quale sia la legge regolatrice di tali convenzioni.

Appare pertanto imprescindibile esaminare l'ambito applicativo *ratione materiae* della *lex societatis* come individuata dall'art. 25, nonché precisarne i rapporti con il complesso di regole internazionalprivatistiche poste dalla legge 218/95.

La dottrina prevalente ritiene che il secondo paragrafo dell'art. 25 abbia risolto una volta per tutte il problema volto a stabilire se la legge regolatrice della società si applichi alla sola esistenza della società o ricomprenda anche la vita e le vicende che la riguardano; secondo la maggior parte degli autori che hanno valutato la portata della norma in commento, la legge richiamata dall'art. 25, I paragrafo, sarebbe infatti competente a disciplinare l'intero statuto personale delle società³⁵¹.

La stessa formulazione indicativa e non esaustiva³⁵² del secondo paragrafo dello stesso articolo suggerirebbe in tal senso che l'elenco dettato dal legislatore, esaurendo tutto ciò che può concernere l'esistenza e l'organizzazione di un ente, sia per quanto attiene ai rapporti

³⁵⁰ Per un'esame delle ipotesi in cui ciò può realizzarsi si rinvia a BENEDETTELLI, op. cit., 1128 ss.; BALLARINO, *La legge di riforma*, cit., 38, il quale evidenzia la pericolosità del secondo comma dell'art. 25, tale da comportare il rischio di imporre l'applicazione della legge italiana ad una società straniera che, benché costituita ed operante all'estero, abbia temporaneamente il proprio oggetto principale in Italia.

³⁵¹ Cfr., A.SANTA MARIA, *Spunti di riflessione sulla nuova norma di diritto internazionale privato in materia di società ed altri enti*, in *Riv. soc.*, 1996, 1093 ss.; DAMASCELLI, *I conflitti di legge*, cit., 85 ss.

³⁵² L'esame del catalogo di legge, preceduto dalla locuzione "in particolare" convince infatti che l'elencazione abbia mero carattere esemplificativo e sia suscettibile in quanto tale di essere estesa anche ad ipotesi non espressamente previste. In tal senso vi è unanimità in dottrina, cfr., SANTA MARIA, *Spunti di riflessione*, cit.; DAMASCELLI, *I conflitti di legge*, cit., 85 ss.; F.CAPOTORTI, *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Corr. giur.*, 1995, 1225 ss.; BENEDETTELLI, *Commento all'art. 25 della legge 218/95*, cit., 1113; BAREL, *Commento all'art. 25 l. 218/95*, cit.; BROGGINI, op. cit.

interni che ai rapporti esterni, offra una considerazione unitaria e completa di tutti gli elementi strutturali della persona giuridica e delle sue vicende³⁵³.

Tale soluzione sembrerebbe conforme alla tendenza assunta dalla dottrina, e accolta dal legislatore, di assoggettare la categoria societaria, seppur eterogenea, ad un'unica regolamentazione di conflitto, tanto che in passato, pur nell'incertezza sull'origine o sull'esistenza stessa di una norma sulle società, si tendeva a considerare tutte le fattispecie inerenti al fenomeno societario in modo unitario, evitando di ricondurre alcune manifestazioni a norme di conflitto differenti, ciò che avrebbe comportato una rottura nella coerenza della regolamentazione dei rapporti societari.

Lo stesso carattere analitico e dettagliato dell'articolo sembrerebbe rispecchiare infatti, secondo la dottrina, l'impostazione generale della stessa legge di riforma, elaborata in modo da offrire all'interprete una disciplina di conflitto il più possibile accurata, dettagliata ed esauriente³⁵⁴.

³⁵³ in tal senso, cfr., DAMASCELLI, op. ult.cit. Non pare superfluo ricordare che la nostra riforma del sistema di diritto internazionale privato, ed in particolare la redazione delle norme relative alle società, è stata largamente influenzata dalla legge federale svizzera di diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987, entrata in vigore il 1° gennaio 1989. L'art. 154 della legge svizzera in particolare stabilisce che "Les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elle sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrits par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles sont organisées selon le droit de cet Etat. La société qui ne remplit pas ces conditions est régie par le droit de l'Etat dans le quel elle est administrée en fait", dando così la preferenza alla teoria dell'incorporazione ma prevedendo peraltro due collegamenti "a cascata": in caso di mancato operare del criterio di collegamento fondato sulla paese in cui l'ente è organizzato, interviene il collegamento fondato sulla teoria delle sede reale.

Il successivo art. 155 tratta dell'estensione della legge applicabile, prevedendo un catalogo cui si è largamente ispirato il legislatore italiano (secondo tale articolo il diritto applicabile alla società determina in particolare: la natura giuridica, la costituzione e lo scioglimento, la capacità giuridica e la capacità d'agire, il nome o la ditta, l'organizzazione, i rapporti interni segnatamente quelli tra la società ed i membri di essa, la responsabilità in caso di violazione delle norme del diritto societario, la responsabilità per i debiti sociali, la rappresentanza delle persone che agiscono per la società in virtù della sua organizzazione).

Interpretando tali disposizioni la dottrina svizzera, posto il carattere non esaustivo dell'elencazione, riconosce che il dominio della legge applicabile alla società deve essere concepito nel modo più ampio possibile (Cfr., Message n. 294.3). In tal senso si richiama il rapporto esplicativo al progetto di legge, che chiariva che "le projet veut assurer un champ d'application aussi large que possible au statut de la société et n'admettre d'exception que si les interets des personnes qui entrent en contact avec la société ou les buts politiques poursuivis par elle le commandent" (cfr., *Loi fédérale sur le droit international privé. Projet de loi de la commission d'experts et rapport explicatif*, pubblicazione della *Société suisse de droit international*, Zurigo, 1978, 348 ss.). Così ritenendo, la legge che regola la società viene chiamata a disciplinare di massima tutte le questioni relative al diritto delle società, sia che si tratti di rapporti esterni sia che si tratti di rapporti interni, ed in particolare le condizioni relative "à l'acquisition, à la modification ou à la perte de la qualité de membre, aux modes de transfert de la qualité de membre" (cfr., in tal senso, B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, XII ed., Helbing & Lichtenhahn, 1997, 445), così come "les relations entre membres eux-mêmes" (Cfr., P. REYMOND, *Les personnes morales et les sociétés dans le nouveau droit international privé suisse*, in *Le nouveau droit international privé suisse*, CEDIDAC, n. 9, Lausanne, 143 ss., in part. 157. Tale affermazione richiama quanto precedentemente riconosciuto dal Tribunale Federale, cfr., *Tribunal Fédéral Suisse*, ATF 50 II 51, 80 II 53, *JDT*, 1954, 588 ss.).

³⁵⁴ L'affermata unicità e l'universalità del collegamento individuato dal legislatore richiamerebbe inoltre la dottrina tedesca dell'*Einheitslehre*, che vorrebbe sottoporre tutte le questioni relative alla vicenda dell'ente ad un'unica legge regolatrice. In tal senso, cfr., BROGGINI, *La riforma del diritto internazionale privato*, cit., 57 ss; BENEDETTELLI, *Commento all'art. 25 l. 218/95*, cit., 1113.

Ciò secondo taluno sarebbe indice certo della “volontà del legislatore di disciplinare tutte le questioni societarie secondo la *lex societatis*”, senza spazio alcuno per la regolamentazione di fattispecie inerenti agli enti giuridici, di leggi differenti, ed in particolare della *lex contractus*³⁵⁵.

A tale impostazione peraltro si replica da parte di altra dottrina, che non solo tale teoria “non esclude temperamenti ed adattamenti per il caso, possibile, di concorso di una pluralità di leggi regolatrici”³⁵⁶, ma anche che i rapporti che ineriscono allo statuto personale dell’ente non sono sempre di facile definizione e di univoca qualificazione, cosicché non pare possibile escludere radicalmente l’intervento di leggi diverse dalla *lex societatis* nella disciplina di singole questioni attinenti alla vita delle società.

Vi sono infatti alcuni aspetti concernenti l’attività dell’ente che mantengono una certa indipendenza dal complesso societario vero e proprio, tanto da aprire la possibilità che essi possano essere sottratti al dominio della legge regolatrice della società per essere disciplinati autonomamente in base ad una norma di conflitto più adeguata.

Gli aspetti sopra citati si rinvengono invero sia relativamente al contratto di società ed alla compravendita di partecipazioni azionarie³⁵⁷, sia ed in tutta la loro evidenza nei patti parasociali, caratterizzati da un connotato negoziale che sembra richiederne una disciplina autonoma rispetto alla *lex societatis*.

Proprio la necessità di assicurare un coordinamento tra le norme di conflitto del nostro sistema dovrebbe indurre a ritenere che taluni aspetti della vita della società e della sua attività siano attratti e rientrino in fattispecie contemplate da norme differenti, e quindi siano disciplinati da una legge diversa rispetto alla *lex societatis*.

La circostanza che secondo l’art. 25, II comma, ricadano sotto la disciplina della *lex societatis*, anche le questioni relative alle “modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato ed i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità” dovrebbe far ritenere peraltro ad un primo esame che i patti parasociali, quali accordi stipulati dai soci per regolare *inter se* o anche

³⁵⁵ Cfr., SEATZU, op. ult. cit., 836, secondo il quale “il legislatore del 1995, seguendo la dottrina tedesca dell’*Einheitslehre*, ha escluso che, nella regolamentazione delle questioni attinenti agli enti giuridici, possano intervenire leggi diverse dalla *lex societatis*.”.

³⁵⁶ Cfr., BENEDETTELLI, op. cit., 1113. Cfr., anche PICONE, *Diritto internazionale privato delle società*, cit., 102.

³⁵⁷ Per un esame della sottoposizione di singoli aspetti dello statuto personale societario a leggi diverse dalla *lex societatis*, ed in particolare di tali punti, si rinvia a LUZZATTO, AZZOLINI, *Società (Nazionalità e legge regolatrice)*, cit., 151 ss.; nonché soprattutto BALLARINO, BONOMI, *Materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione*, a cura di Ballarino, 1994, 87 ss.

nei rapporti con la società con organi sociali o con terzi un loro interesse o una loro condotta sociale³⁵⁸, debbano essere ricondotti nell'alveo della *lex societatis*.

Non può peraltro sfuggire che la natura di tali accordi è quella di obbligazioni contrattuali assunte per disciplinare proprio i rapporti interindividuali tra i soci, precisazione che giustificherebbe un trattamento diverso rispetto a quello dedicato alle società ed una valutazione autonoma rispetto alla *lex societatis*³⁵⁹.

Il carattere negoziale e logicamente distinto dalla struttura della società che li contraddistingue sembrerebbe porre un limite alla *vis attractiva* della *lex societatis* e giustificare una qualificazione autonoma ed una disciplina affidata alla legge individuata in base alla norma di conflitto competente per le obbligazioni contrattuali.

La *lex contractus* potrebbe porsi dunque quale pesante alternativa alla *lex societatis* nella regolamentazione della figura, della sua ammissibilità, del suo contenuto e dei suoi requisiti.

La questione di valutare se i patti parasociali possano essere valutati nell'ambito della *lex contractus* e se un tale distinzione sia compatibile con il sistema della legge di riforma, conduce a valutare la possibile interferenza tra la legge individuata dall'art. 25 e legge ritenuta competente a disciplinare i contratti, ossia la legge richiamata dalla Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali cui l'art. 57 l. 218/95 affida "in ogni caso" la disciplina di conflitto della fattispecie.

³⁵⁸ Per tale definizione si rinvia a OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, cit., 517 ss.

³⁵⁹ Cfr., in tal senso ANGELICI, *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*, cit., 114 ss., il quale, nell'esaminare i diversi criteri adottati dal legislatore per la determinazione rispettivamente della *lex contractus* e della *lex societatis*, osserva che essi sono stati dettati in relazione a precisi e diversi significati delle fattispecie da regolare: nel primo caso, semplici rapporti tra soci, nel secondo, rapporti che attengono all'organizzazione e che assumono un "significato meta-individuale". Secondo l'Autore pertanto "i rapporti interindividuali tra soci...non presentano difficoltà a venire risolti sulla base della *lex contractus* e non richiedono un trattamento speciale come quello predisposto dall'art. 25".

Sezione seconda

La disciplina dei patti parasociali mediante un collegamento indipendente: la norma di conflitto competente per le obbligazioni contrattuali

SOMMARIO: **6.** L'art. 57 e la Convenzione di Roma. **6.1.** La nozione autonoma di obbligazione contrattuale. **7.** Le materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Roma: le opinioni della dottrina. **8.** Il "rinvio in ogni caso". **9.** Il rinvio al Regolamento Roma I. **10.** Interferenza dei criteri di collegamento proposti.

6. In tema di obbligazioni contrattuali l'art. 57 della legge 218/95 dispone un ampio rinvio alla Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980 ed entrata in vigore il 1° aprile 1991³⁶⁰.

Rinviando alla trattazione che seguirà la questione del significato da attribuire al rinvio in ogni caso operato dal legislatore della riforma, l'esame della praticabilità del criterio di collegamento indicato dalla Convenzione deve prendere le mosse dal suo campo di applicazione.

La questione della sottoposizione della figura in esame alla legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali impone invero di specificare l'oggetto della regolamentazione convenzionale, individuato dall'art. 1.1. nelle "obbligazioni contrattuali nelle situazioni che implicano un conflitto di leggi" (art. 1.1), sia di indagare l'estensione delle eccezioni alla sua applicabilità.

E ciò in quanto, aderendo a quanto rilevato da attenta dottrina, "l'operatore giuridico dovrà innanzitutto partire dalla Convenzione di Roma per verificare se, dal punto di vista della Convenzione stessa, la fattispecie in rilievo vada assoggettata alla disciplina convenzionale in

³⁶⁰ Esula dall'economia di questo lavoro l'analisi approfondita della Convenzione per la quale si rinvia all'ampia letteratura italiana e straniera, in particolare BALLARINO (a cura di), *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione*, Milano, 1994; A.BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1992, 36 ss.; M.BIANCA, A.GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1995, 901 ss.; SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La Convenzione di Roma*, cit.; GIULIANO-LAGARDE, *Rapport relatif à la Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *JOCE*, 1980, 17 ss.; GAUDEMET-TALLON, *Le nouveau droit international privé européen des contrats*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, 215 ss.; P.LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1991, 287 ss.; ID., *Les limites objectives de la Convention de Rome (conflit de lois, primauté du droit communautaire, rapports avec les autres conventions)*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, 33 ss.; FOYER, *Entrée en vigueur de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Clunet*, 1991, 601; KASSIS, *Le nouveau droit international privé des contrats*, LGDJ, 1993; PLENDER, *The European Contracts Convention, The Rome Convention on the choice of law for contracts*, London, 1991.

quanto ricadente nel suo ambito di applicazione”³⁶¹. Si tratta dunque di valutare, in primo luogo, se la categoria rientri nella nozione di obbligazione contrattuale nel senso precisato dall’art. 1 della Convenzione e, una volta risolto positivamente questo primo quesito, di considerare se tali rapporti siano esclusi dal campo di applicazione della Convenzione.

6.1. Se si considera che la Convenzione di Roma regola soltanto le obbligazioni contrattuali³⁶², palese diventa l’importanza di individuare i criteri da applicare per stabilire il carattere contrattuale del rapporto controverso; per questa ragione occorre soffermarsi, sia pure brevemente, sugli elementi da cui desumere la natura contrattuale del rapporto in questione.

La Convenzione di Roma non contiene alcuna specificazione sul senso da attribuire al termine “contratto”, né definisce cosa debba intendersi per obbligazione contrattuale³⁶³; nemmeno la Relazione Giuliano-Lagarde che accompagna la Convenzione³⁶⁴ aggiunge nulla in proposito. Anche un’indagine condotta sul Regolamento Comunitario sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)³⁶⁵ non sembra fornire spunti ulteriori, dal momento che, al pari del testo convenzionale, non contiene una definizione di obbligazione contrattuale.

Sembra allora, seguendo le riflessioni di attenta dottrina³⁶⁶, che la valutazione della contrattualità di un determinato rapporto giuridico debba avvenire sulla base di un’opera di

³⁶¹ Cfr., BENEDETTELLI, *Commento art. 57*, cit., 1996, 1362.

³⁶² Cfr., al riguardo VILLANI, op. cit., 25, il quale sottolinea che poiché la Convenzione “detta le norme di diritto internazionale privato concernenti ogni profilo del contratto...deve riconoscersi che la materia oggetto della Convenzione è costituita non dalle sole obbligazioni nascenti dai contratti, quanto piuttosto dai contratti stessi”; BATIFFOL-LAGARDE, *Droit international privé*, cit., 335, secondo cui “bien que les civilistes modernes s’accordent à distinguer soigneusement la théorie des contrats de celle des obligations, cette distinction n’a pas été transposée en droit international privé où la loi du contrat gouverne par principe l’ensemble du régime des obligations nées du contrat.”.

³⁶³ Con la conseguenza, rilevata da più autori, di un rischio di differenti qualificazioni, cfr., LAGARDE, 293, il quale rileva che “la Convention adoptée se limite aux obligations contractuelles, mais elle ne définit pas ce qu’il faut entendre par là. Des divergences de qualification sont donc à attendre entre les divers États contractants”; KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, cit., 480, che evidenzia che “la convention est muette sur le problème des qualifications, elle ne définit pas les termes qu’elle emploie: contrat, obligation...il existe donc un risque d’interprétations divergentes du même terme dans les différents pays”.

³⁶⁴ GIULIANO e LAGARDE, *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *G.U.C.E.* n. 282 del 31 ottobre 1980.

³⁶⁵ Reg. 593/2008, del 17 Giugno 2008 e pubblicato nella GUUE del 4 luglio 2008. Il Regolamento ai sensi dell’art. 28 entrerà in vigore il 17 dicembre 2009 e si applicherà ai contratti conclusi dopo tale data. Ai sensi dell’art. 24, esso sostituisce la convenzione di Roma nei rapporti tra gli Stati membri.

³⁶⁶ Cfr., BALLARINO e BONOMI, *Sulla disciplina delle materie escluse*, cit., 939 ss.; ZONCA, *La legge regolatrice delle società*, cit.; F.GALGANO, F.MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, II, Padova, (Cedam), 301, secondo i quali è pacifico che la nozione di obbligazioni contrattuali debba essere “oggetto di interpretazione autonoma da operare sulla base della Convenzione e attraverso le regole generali di interpretazione dei trattati prescindendo da interpretazioni localistico-nazionali”. Vedi anche la posizione di HAFTEL, *La notion de matière contractuelle*, Thèse Paris II, 2008.

interpretazione della Convenzione stessa, basata sui criteri tipici del diritto internazionale pattizio, che permetta di raggiungere un risultato uniforme indipendentemente da quale sia l'ordinamento nazionale dal punto di vista del quale ci si pone.

Solo così verrebbe data applicazione al disposto di cui all'art. 18 della Convenzione, ai sensi del quale nell'interpretazione e applicazione delle norme convenzionali "si terrà conto del loro carattere internazionale e dell'opportunità che siano interpretate e applicate in modo uniforme"³⁶⁷.

Un'operazione qualificatoria condotta sulla base della *lex causae*, che privilegia la nozione di obbligazione contrattuale fatta propria dall'ordinamento la cui legge risulterebbe applicabile in base alla disciplina convenzionale di conflitto, risulta infatti viziata sul piano logico, giacché "impone la ricerca sperimentale della legge applicabile in base alla Convenzione per stabilire...se la Convenzione sia applicabile"³⁶⁸.

L'ipotesi invece di una qualificazione in base alla *lex fori* rischierebbe di realizzare un'applicazione non uniforme della Convenzione, non potendosi escludere che i vari diritti nazionali esprimano valutazioni tra loro inconciliabili sotto il diverso profilo della riconducibilità di una particolare fattispecie alla categoria delle obbligazioni contrattuali³⁶⁹.

³⁶⁷ Il carattere internazionale delle norme convenzionali implica che esse debbano essere interpretate secondo i criteri ermeneutici propri del diritto internazionale, come codificati nella Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei Trattati, cfr., in tal senso GIULIANO, T.SCOVAZZI, T.TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, Milano 1991. Del resto l'obbligo dell'interpretazione della Convenzione secondo i criteri propri del diritto internazionale è affermato nel commento all'art. 18 contenuto nella *Relazione Giuliano-Lagarde* allegata alla Convenzione. Cfr., in tema anche BARIATTI, *L'interpretazione delle Convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986; SACERDOTI, *Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma. La volontà delle parti come criterio di collegamento*, in SACERDOTI e FRIGO (a cura di), *La Convenzione di Roma*, cit., 1 ss.; BERTOLI, *Il ruolo della Corte di Giustizia e l'interpretazione del futuro Regolamento "Roma I"*, in *La legge applicabile ai contratti nella Proposta di Regolamento "Roma I"* a cura di P. Franzina, Padova, (Cedam), 2006, 9 ss. (in part. 12), il quale ritiene che "la semplice constatazione del carattere pattizio della Convenzione consente di concludere che ad essa sia applicabile il principio di diritto internazionale pubblico che ne impone un'applicazione conforme in tutti gli Stati contraenti e vieta, a tal fine, l'impiego di criteri interpretativi interni. In particolare...non ci pare disconoscibile che i criteri di cui agli artt. 31 e ss. della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei Trattati siano applicabili anche alla Convenzione di Roma".

³⁶⁸ Cfr., BALLARINO e BONOMI, op.cit., 940.

³⁶⁹ Conforme anche VILLANI, op.cit., 26, secondo il quale "lo scopo della Convenzione è di assicurare l'applicazione della medesima legge ad un dato caso, quale che sia lo Stato del giudice adito, così garantendo anche la certezza del diritto applicabile. Tale scopo sarebbe evidentemente frustrato se la qualificazione fosse operata in base alla *lex fori*". Di contrario avviso altra parte della dottrina, la quale ritiene che l'operazione qualificatoria debba essere condotta innanzitutto *lege causae*, ricorrendo poi alle nozioni della *lex fori* "soltanto qualora la (potenziale) *lex causae* escluda la natura contrattuale della fattispecie in rilievo" (così, BENEDETTELLI, *Commentario art. 57*, cit., 1368; nello stesso senso MALATESTA, *La legge applicabile ai contratti di cooperazione tra imprese secondo la Convenzione di Roma*, cit., 169 ss.). Tale posizione trae origine da un'interpretazione estensiva dell'art. 8, comma I, della Convenzione, secondo il quale l'esistenza e la validità del contratto o di una sua disposizione vanno stabiliti in base a quella che sarebbe la legge regolatrice ai sensi della convenzione qualora il contratto o la disposizione fossero validi. A tale costruzione si può rispondere non solo che, seguendo un acuto Autore, "non è dato ravvisare gli estremi per un'interpretazione estensiva della norma in esame", ma anche che essa non pare convincente laddove, nel tentativo di superare il vizio di "circolarità" che essa comporta, in quanto applica norme di conflitto della Convenzione al fine di accertare quale sia l'ambito di applicazione della Convenzione medesima, afferma che "il vizio...è solo apparente in quanto la disciplina convenzionale acquista titolo per applicarsi per il solo fatto che entrino in rilievo fattispecie

La preferenza mostrata da attenta dottrina per un criterio di interpretazione autonomo, “che si colloca su di un piano per così dire sopranazionale, superando i limiti imposti dalle categorie giuridiche di ogni singolo ordinamento”³⁷⁰, sembra trovare del resto sostegno anche nella giurisprudenza comunitaria.

La Corte di Giustizia infatti, chiamata ad interpretare la Convenzione di Bruxelles, ha dapprima premesso che la Convenzione va interpretata tenendo conto del suo sistema e dei suoi obiettivi specifici quanto del suo collegamento con il Trattato, affermando che “di fronte ad espressioni e nozioni giuridiche tratte dal diritto civile, commerciale e processuale che possono avere diverso significato nell’uno o nell’altro degli Stati membri”, occorre verificare “se tali espressioni o nozioni siano da considerare come autonome...oppure come effettuanti un rinvio al diritto sostanziale che risulta applicabile in forza del diritto internazionale privato del giudice investito per primo della causa”³⁷¹.

Successivamente la Corte, in sede di interpretazione pregiudiziale dell’art. 5.1 della Convenzione di Bruxelles, ha chiarito che per l’individuazione della “materia contrattuale” la Convenzione ha posto una “nozione autonoma, che deve essere interpretata riferendosi principalmente al sistema ed agli scopi della Convenzione, onde garantire la piena efficacia di questa”³⁷².

La Corte dunque, scartando le ipotesi di qualificazione *lege fori* o *lege causae*, ha accolto una nozione autonoma di obbligazione contrattuale³⁷³, e si è espressa per la natura contrattuale dei rapporti societari³⁷⁴.

astrattamente riconducibili alla nozione istituzionale di contratto (nozione che risulta grosso modo condivisa nei suoi aspetti essenziali da tutti gli ordinamenti degli Stati contraenti), o comunque direttamente o indirettamente connesse alla materia dei rapporti contrattuali: soddisfatto tale presupposto, non esiste alcun ostacolo logico a che questa o quella disposizione della convenzione possa poi essere utilizzata per desumerne indicazioni in merito alla volontà delle Parti contraenti quanti ai limiti di efficacia della disciplina pattizia” (BENEDETTELLI, op. ult. cit., 1368). Tale affermazione infatti appare palesemente inconciliabile con l’interpretazione autonoma del concetto di materia contrattuale effettuata dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, che implica una valutazione astratta delle realtà nazionali, e non pare conforme con lo scopo di uniformità e certezza del diritto che la Convenzione persegue.

³⁷⁰ Cfr., BALLARINO e BONOMI, op. ult. cit., 940. La necessità di un’interpretazione autonoma delle espressioni e delle norme che svolgono la funzione di delimitare l’ambito di applicazione di un atto è del resto sostenuta dalla dottrina maggioritaria, cfr., BARIATTI, *L’interpretazione*, cit., 372; N.BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, IV, 2001, 801 ss., (spec. 818).

³⁷¹ CGCE, sent. 6 ottobre 1976, causa C-12/76, *Industrie tessili Italiane Como*, in *Raccolta*, 1976, 1473 ss. Anche in successive pronunce la Corte ha fatto riferimento, per l’interpretazione delle disposizioni convenzionali, agli obiettivi propri della Convenzione, precisando che “il principio di sicurezza giuridica nell’ambito dell’ordinamento comunitario e gli obiettivi perseguiti dalla Convenzione in virtù dell’art. 220 del Trattato, esigono un’applicazione uniforme in tutti gli Stati membri, delle nozioni e delle qualificazioni giuridiche enunciate dalla Corte nel quadro della Convenzione”, CGCE, *Duijnste*, 15 novembre 1983, causa C- 288/82; cfr., inoltre CGCE, 11 agosto 1995, C-432/93.

³⁷² CGCE, sent. 22 marzo 1983, causa C-34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH*, in *Raccolta*, 1983, 987 ss. ed in *Rev. crit. droit int. privé*, 1983, 663 ss., nota di H. Gaudemet-Tallon.

³⁷³ In tal senso concordi CGCE, sent. 8 marzo 1988, causa C. 9/87, *SPRL Arcado c. SA Haviland*, in *Raccolta*, 1988, 1539 ss., nella quale si legge che “la nozione di materia contrattuale va considerata come nozione autonoma che va interpretata, ai fini dell’applicazione della convenzione, riferendosi principalmente al sistema ed agli scopi della convenzione stessa onde garantire la piena efficacia di questa”; CGCE, sent. 17 giugno 1992, causa C. 26/91, *Jacob*

Tale conclusione pare ora rafforzata dall'entrata in vigore dei protocolli di Bruxelles del 19 dicembre 1988³⁷⁵, che attribuiscono alla Corte di Giustizia la competenza per l'interpretazione a titolo pregiudiziale della Convenzione di Roma, potendosi ritenere che la Corte, trovandosi a dover interpretare la Convenzione di Roma, faccia riferimento agli stessi principi e definizioni già elaborate e si attenga agli stessi criteri, optando per una lettura uniforme dei due testi³⁷⁶.

La tesi qui proposta pare peraltro conforme anche allo scopo della Convenzione stessa la quale, contenendo una disciplina uniforme di diritto internazionale privato in materia di obbligazioni contrattuali, sembra privilegiare un'interpretazione delle espressioni in essa contenute che realizzi il più alto livello di uniformità nell'applicazione della disciplina pattizia, anche tramite l'elaborazione di nozioni autonome alla luce dell'oggetto e degli scopi della Convenzione³⁷⁷.

Handte et Cie GmbH, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1992, 726, che definisce la nozione autonoma di contratto come "impegno liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra"; CGCE, sent. 10 marzo 1992, causa C. 214/89, *Powell Duffryn*, in *Raccolta*, 1992, I, 1769 ss.; CGCE, sent. 13 luglio 1993, causa C-125/92, *Mulox*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1994, 105, nota Lagarde, in cui la Corte afferma di pronunciarsi in linea di principio "in favore di un'interpretazione autonoma dei termini utilizzati dalla Convenzione al fine di assicurarne la piena efficacia", rilevando che tale interpretazione autonoma è l'unico mezzo per assicurare un'applicazione uniforme della Convenzione; CGCE, 27 ottobre 1998, *La Réunion européenne*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1999, 322. La dottrina non ha mancato di evidenziare che la costruzione ad opera della Corte di Giustizia di un "sistema" di qualificazioni autonome rappresenta un importante elemento di successo della Convenzione di Bruxelles, "puisque celle-ci parvient en imposant certaines qualifications à une harmonisation des droits nationaux qui n'est pas que de façade", E.PATOUT, commento a Cour de Cassation, 6 juillet 1999, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2000, 68 ss.

³⁷⁴ Cfr., CGCE, sent. 22 marzo 1983, causa C-34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH*, *cit.*, in cui la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 5 n. 1 della Convenzione di Bruxelles ad una controversia relativa ai rapporti tra un'associazione ed uno dei suoi membri precisando che "l'adesione ad un'associazione crea tra gli associati stretti vincoli dello stesso tipo di quelli che esistono fra le parti di un contratto".

³⁷⁵ Protocolli nn. 89/128 e 89/129 in G.U.C.E. n. 48 del 20 febbraio 1989 e la relazione ufficiale di TIZZANO, *Relazione sui protocolli relativi all'interpretazione da parte della Corte di Giustizia della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in G.U.C.E. n. C 219 del 3 settembre 1990 e in *Foro it.*, 1990, IV, 545 ss. Sulla base del primo protocollo, entrato in vigore il 1 agosto 2004, le giurisdizioni supreme degli Stati membri e le giurisdizioni d'appello possono proporre alla Corte di Giustizia a titolo pregiudiziale una questione di interpretazione della Convenzione. Per una comparazione tra questa disposizione e il Regolamento Roma I, la cui interpretazione potrà essere chiesta alla Corte di Giustizia solo dalle giurisdizioni nazionali avverso le cui decisioni non sono più proponibili ricorsi di diritto interno ex art. 68 Trattato CE, cfr., P.LAGARDE, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2006, 331 ss.; per un approfondimento dei presupposti e conseguenze relativamente al sistema della Convenzione di Bruxelles-Regolamento 44/01, cfr., F.SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, (Cedam), III ed., 2006, 39 ss.

³⁷⁶ Nel Commento alla Convenzione, all'indomani della sua entrata in vigore, Lagarde già sottolineava che "il serait souhaitable que les tribunaux (nationaux) étendent à la Convention de Rome les définitions communautaires "autonomes" dégagées par la Cour de Justice pour l'interprétation de la Convention de Bruxelles" (LAGARDE, *Le nouveau droit international*, *cit.*, 293); cfr., anche BERTOLI, *op. cit.*, 13, secondo il quale "non pare dubitabile" che la Corte utilizzi i propri criteri interpretativi, già sviluppati con riferimento alla Convenzione di Bruxelles, "anche nell'interpretazione pregiudiziale della Convenzione di Roma, in applicazione delle competenze ad essa attribuite dai protocolli del 1988, nonché degli ulteriori atti comunitari in materia di diritto internazionale privato e processuale".

³⁷⁷ In tal senso anche VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2002, 20 ss.; *contra* BARIATTI, *La delimitazione dell'ambito di applicazione materiale della disciplina comunitaria di conflitto sulle obbligazioni contrattuali: in particolare, i patti parasociali e i contratti relativi alla cessione o al trasferimento di quote di partecipazione azionaria*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al Regolamento "Roma I"*, Quaderni della Fondazione italiana per il notariato, 2007, 48, secondo la quale "non è affatto scontato che possa farsi riferimento in modo incondizionato alle decisioni pronunciate dalla Corte di Giustizia nell'interpretazione

L'interpretazione della Convenzione non può infatti prescindere dalla considerazione del contesto normativo e sistematico nel quale essa si colloca, con la conseguenza che ad essa possono ragionevolmente ritenersi applicabili i criteri interpretativi sviluppati dalla Corte di Giustizia nell'applicazione ed interpretazione della Convenzione di Bruxelles.

Di più, la trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Bruxelles³⁷⁸ e la recente approvazione del testo comunitario destinato a sostituire la Convenzione di Roma, fanno ritenere che la Corte di Giustizia, chiamata ad interpretare i due testi normativi sulla base dell'art. 68 del Trattato di Amsterdam, sviluppi sempre più il proprio ruolo di individuatrice ed unificatrice su scala comunitaria di nozioni e concetti autonomi e, sulla scia di una giurisprudenza consolidata, attribuisca alla nozione di materia contrattuale di cui alla Convenzione di Roma (ed ora Regolamento), la stessa ampiezza di quella enucleata in relazione alla Convenzione di Bruxelles, al fine di garantire e preservare la coerenza del sistema³⁷⁹.

In altri termini, poiché le norme di diritto internazionale privato comunitario devono essere interpretate alla luce della *ratio* e delle finalità da esse perseguite, nonché del sistema e degli obiettivi dell'atto in cui sono contenute, così come l'oggetto e lo scopo della Convenzione di Bruxelles devono essere determinati in base al suo collegamento con il Trattato, allo stesso modo l'oggetto e lo scopo della Convenzione di Roma, e del futuro Regolamento Roma I,

dell'art. 5.1. della Convenzione di Bruxelles del 1968, poiché la trasposizione delle nozioni utilizzate o elaborate nel quadro di uno strumento comunitario a un altro non è scontata né automatica, ma può avvenire solo con particolare cautela”.

³⁷⁸ Regolamento del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, n. 44/01, in *GUCE*, 16 gennaio 2001.

³⁷⁹ Cfr., WILDERSPIN, *Les perspectives d'une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, a cura di A. Fuchs, H. Muir Watt, E. Pataut, Paris, (Daloz); AUDIT, *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, in *Clunet*, 2004, 789 ss., il quale evidenzia la necessità di privilegiare, anche nell'interpretazione del Regolamento Roma I, una qualificazione autonoma delle nozioni contenute nei testi comunitari; già con riferimento al rapporto tra la Convenzione di Bruxelles e il Regolamento 44/01, cfr., FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale- L'art. 5 n.1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Padova, 2006, 63 ss., il quale sottolineando la “relazione di sostanziale continuità” tra il regime della Convenzione di Bruxelles ed il sistema del Regolamento 44/01, ritiene che “gli stessi risultati dell'opera interpretativa che ha interessato la convenzione conservino una certa attualità anche in relazione al regolamento” ed anzi che proprio al fine di garantire tale continuità dovrebbero sia privilegiarsi, nell'interpretazione del regolamento, ipotesi ricostruttive coerenti con quelle elaborate dalla convenzione; sia adottarsi, nell'ambito del regolamento, linee argomentative sviluppate dal giudice comunitario in relazione al sistema della convenzione, ai valori cui essa si ispira e alle sue finalità; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006, 35, il quale richiamando il criterio generale di continuità tra la Convenzione ed il Regolamento n. 44, ritiene che “l'applicazione di quest'ultimo potrà beneficiare dei risultati finora acquisiti con l'interpretazione uniforme della prima”, così come espressamente previsto dal 19° Considerando del Regolamento che effettua un puntuale riferimento alla giurisprudenza elaborata dalla Corte di Giustizia rispetto alla Convenzione.

devono essere identificati con riguardo alla necessità di mantenere il parallelismo e la coerenza tra gli stessi e gli atti comunitari diretti all'unificazione del diritto internazionale privato³⁸⁰.

In tal senso il principio di interpretazione intertestuale degli atti comunitari, più volte enunciato ed applicato dalla Corte³⁸¹, manifesta la propria indubbia opportunità proprio in relazione alle ipotesi in cui delle nozioni che non risultano definite siano comuni a più atti e fungano da preciso fattore di delimitazione dell'ambito di applicazione.

Così, nonostante l'interpretazione di "legame contrattuale" operata dalla Corte con riferimento all'art. 5 n. 1 della Convenzione di Bruxelles sia stata spesso ampia, tale da dare eventualmente luogo a problemi di coordinamento, e benché la nozione stessa di obbligazione contrattuale contenuta nei due atti svolga una diversa funzione- come criterio di determinazione giurisdizionale nella Convenzione di Bruxelles (Regolamento Bruxelles I) e come criterio di applicabilità della corrispondente disciplina nella Convenzione di Roma- non pare dubitabile, secondo quanto sostiene la migliore dottrina³⁸², che "l'interesse a mantenere un parallelismo tra i due atti dovrebbe essere suscettibile di incidere sull'interpretazione delle nozioni parallele quanto o forse più della considerazione della diversa finalità della nozione nei due atti"³⁸³.

Se questo peraltro è il significato da attribuire alla categoria delle obbligazioni contrattuali disciplinate dalla Convenzione, la valutazione dell'applicabilità della disciplina di conflitto in essa contenuta ai rapporti contrattuali tra soci richiede pur sempre una verifica dell'applicabilità delle norme convenzionali alla fattispecie in rilievo.

7. Le riflessioni fin qui svolte si pongono quale punto di partenza per valutare l'ambito delle esclusioni espressamente previste dalla Convenzione, e quindi per condurre un'analisi ermeneutica dell'art. 1, par. 2 lett. e) al fine di verificare se l'esclusione contenuta nella disposizione ricomprenda tutta la materia del diritto delle società oppure se, come sembra, la

³⁸⁰ Cfr., SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia*, cit., 36, il quale rileva che la comunitarizzazione di tali discipline, che "ne favorisce una più accentuata interpretazione autonoma in funzione delle esigenze integrazionistiche sottostanti al fondamento giuridico proprio del regolamento n. 44 o di altri regolamenti affini"... "si può senz'altro riflettere sull'armonizzazione interpretativa ed applicativa dei vari atti adottati in base all'art. 65 del Trattato"; BALLARINO-MARI, *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 2006, 7 ss.

³⁸¹ Cfr., sent. 1° ottobre 2002, causa C-167/00, *Henkel*, in *Raccolta*, 2002, 8111 ss.; sent., 14 novembre 2002, causa C-271/00, *Baten*, in *Raccolta*, 2002, 10527 ss.; sent. 8 marzo 1988, causa C-9/87, *Arcado*, in *Raccolta*, 1988, 1539 ss.

³⁸² Cfr., SALERNO, op. cit., 78 ss.

³⁸³ Cfr., BERTOLI, op. cit., 25.

Convenzione presenti aspetti che la rendono idonea a regolamentare alcuni dei rapporti giuridici attinenti alla materia societaria.

La Convenzione di Roma ha infatti una portata universale³⁸⁴, tale da porla quale norma generale di diritto internazionale privato uniforme in materia di obbligazioni contrattuali; il suo ambito di applicazione è peraltro limitato da alcune eccezioni, previste dai paragrafi 2 e 3 dell'art. 1.

In particolare all'art. 1 par. 2 lett. e) la Convenzione dispone di non volersi applicare “alle questioni inerenti il diritto delle società, associazioni e persone giuridiche, quali la costituzione, la capacità giuridica, l'organizzazione interna e lo scioglimento delle società, associazioni e persone giuridiche, nonché la responsabilità legale personale dei soci e degli organi per le obbligazioni delle società, associazione o persona giuridica”³⁸⁵.

La dottrina che si è occupata di tale disposizione ha evidenziato l'imprecisione terminologica della formula utilizzata, tale da dar luogo a innumerevoli dubbi interpretativi³⁸⁶.

I compilatori del testo hanno infatti fatto riferimento alle “questioni inerenti al diritto delle società”, locuzione che di per sé non si presta ad una definizione univoca, e che pertanto necessitava di venir specificata tramite l'indicazione di alcune situazioni giuridiche “il cui denominatore comune potrebbe sembrare l'attinenza con la regolamentazione interna delle società”³⁸⁷.

La stessa formulazione letterale dell'articolo ha peraltro indotto parte della dottrina a ritenere che l'intera materia del diritto societario sia stata esclusa dalla Convenzione³⁸⁸, ciò che confermerebbe “*a contrariis*, l'ampio ambito di applicazione della *lex societatis*”³⁸⁹.

L'espressa esclusione operata dalla Convenzione di Roma delle questioni inerenti al diritto delle società sarebbe infatti significativa, secondo tale impostazione, di una sua precisa volontà

³⁸⁴ L'art. 2 della Convenzione stabilisce infatti che “La legge designata dalla presente Convenzione si applica anche se è la legge di uno Stato non contraente”.

³⁸⁵ Il Regolamento Roma I riporta, senza variazioni di rilievo, la medesima esclusione; infatti ai sensi dell'art. 1, lett. f), sono escluse dal campo di applicazione del regolamento “le questioni inerenti al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche, su aspetti quali la costituzione, tramite registrazione o altrimenti, la capacità giuridica, l'organizzazione interna e lo scioglimento delle società, associazioni e persone giuridiche e la responsabilità personale dei soci e degli organi per le obbligazioni della società, associazione o persona giuridica”. Inoltre, come già la Convenzione, anche il Regolamento nulla dice sulla legge applicabile alle questioni escluse.

³⁸⁶ In tal senso, cfr., BENEDETTELLI, op. ult. cit., 1370; S. ZONCA, *La legge regolatrice delle società e la Convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, II, *Limiti di applicazione*, a cura di T. Ballarino, 1994, pag..

³⁸⁷ Così, ZONCA, op. cit.

³⁸⁸ Cfr., COSCIA, *Le materie escluse dalla Convenzione di Roma. Il diritto delle società*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, II, *Limiti di applicazione*, a cura di T. Ballarino, 1994; SANTA MARIA, *Art. 25, Commentario alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1995, 1037 ss.

³⁸⁹ Cfr., SANTA MARIA, art. 25, cit., 1042; SEATZU, cit.

di non applicarsi all'intera materia del diritto societario³⁹⁰, valorizzando in tal senso le ragioni addotte dalla stessa Relazione Giuliano-Lagarde per giustificare l'esclusione, ovvero l'opportunità di non interferire nei lavori in corso a livello comunitario sul diritto delle società³⁹¹.

Tale conclusione non sembra però del tutto convincente: la stessa formulazione letterale dell'art. 1, par. 2 lett e) induce infatti a sostenere un'interpretazione restrittiva dell'elencazione ivi contenuta³⁹² e quindi a ritenere che non tutte le questioni inerenti al diritto delle società vi siano sottratte e che accanto ai rapporti esclusi, quali quelli elencati in via esemplificativa, ve ne siano altri, e di diversa natura, che vi sono invece sottoposti.

L'analisi dei lavori preparatori e della relazione che accompagna la Convenzione permette di individuare diversi elementi a sostegno di tale interpretazione.

Uno sguardo ai testi dei progetti di tale articolo che si sono via via susseguiti, permette infatti di rilevare che nel testo del progetto preliminare del 1972 era già presente una norma relativa all'esclusione del diritto delle società dal campo di applicazione della Convenzione, ma che tale esclusione, meno articolata rispetto a quella contenuta nel testo definitivo, riguardava solamente "la costituzione, il funzionamento interno e l'estinzione delle società"³⁹³, con una formulazione dunque che lasciava intendere che l'applicazione della Convenzione fosse esclusa solo per i negozi giuridici strettamente attinenti alle società, in quanto inerenti alla struttura interna della stessa.

³⁹⁰ Un indizio in tal senso potrebbe essere tratto dall'analisi dei lavori preparatori, ed in particolar modo dalla posizione della delegazione tedesca, ferma sostenitrice dell'esclusione dell'intera materia delle società dal campo di applicazione della Convenzione, cfr., *Avis de la délégation allemande concernano l'avan-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles* dell'11 giugno 1975.

³⁹¹ Cfr., in tal senso, COSCIA, *Le materie escluse dalla Convenzione di Roma*, cit. L'Autore a sostegno di tale assunto prosegue affermando che "se il sistema comunitario contiene l'indicazione, recepita nella Convenzione di Bruxelles, secondo cui il coordinamento dei sistemi interni nel campo societario dovrà essere realizzato attraverso l'istituto del riconoscimento reciproco, le esigenze di unitaria regolamentazione imponevano che la materia (societaria) fosse esclusa dalla convenzione nel suo complesso"; BATIFFOL, *Projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Rev. trim. dr.int.pr.*, 1975, 182, per il quale l'esclusione della materia societaria è giustificata dalla natura particolare del soggetto, in quanto "il aurait fallu aborder des problèmes étrangers au droit des obligations contractuelles". Cfr., anche GIULIANO-LAGARDE-VAN SASSE VAN YSSELT, *Rapport concernant l'avant projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1973, 189, dove si chiarisce che l'opera di unificazione del diritto internazionale privato avrebbe dovuto estendersi anche alla materia societaria, ma che l'esclusione era dovuta esclusivamente al fatto che in ambito comunitario erano già in corso diversi lavori finalizzati alla creazione di un corpo normativo, sia di diritto internazionale privato che di diritto materiale uniforme, relativo alle società.

³⁹² L'utilizzo di un criterio logico di interpretazione induce infatti ad attribuire a tale disposizione un carattere di specialità rispetto alle altre norme della Convenzione ed in particolare rispetto alla norma di carattere generale di cui al primo comma dello stesso articolo, "con la conseguenza che il campo di applicazione della norma derogativa o eccezionale...va individuato restrittivamente" così ZONCA, *La legge regolatrice delle società*, cit.

³⁹³ Cfr., il testo del progetto pubblicato in Consiglio Nazionale del Notariato (a cura di), *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983, 479 ss.

La Relazione Giuliano-Lagarde illustrativa della Convenzione di Roma precisa poi che l'esclusione "si riferisce a tutti gli atti di natura complessa (contrattuali, amministrativi, di registrazione) necessari per la costituzione di una società, per il suo statuto interno e per il suo scioglimento; cioè agli atti che fanno parte del diritto delle società" precisando che nello statuto interno rientrano "la convocazione di assemblee, il diritto di voto, il *quorum* necessario, la nomina degli organi delle società", e chiarisce che l'esclusione non riguarda "tutti gli atti o contratti preliminari aventi per unico scopo la creazione di obblighi tra le parti interessate al fine di costituire una società".

Anche dalla lettura della Relazione, si possono rinvenire considerazioni che sostengano un'interpretazione restrittiva dell'esclusione contenuta nella lettera e), in quanto le precisazioni formulate dai compilatori sembra non abbiano altro effetto che quello di ridurre la portata dell'esclusione agli aspetti propriamente interni della società³⁹⁴.

La formulazione di una nozione autonoma di materia contrattuale e la valutazione della natura contrattuale dei rapporti tra società e soci sanciti dalla Corte di Giustizia, unitamente all'interpretazione del testo dell'esclusione, indurrebbero dunque a ritenere che non tutti i rapporti contrattuali inerenti alla materia delle società siano esclusi dal campo di applicazione della Convenzione³⁹⁵.

Seguendo un'attenta dottrina pare opportuno dunque indagare "la *ratio* che permetta di discernere fra situazioni giuridiche ricomprese nel significato della medesima e quelle invece escluse"³⁹⁶ e quindi soggette alla disciplina di conflitto convenzionale.

A tale riguardo, alcuni autori ritengono che il disposto della lettera e) voglia significare che "sono escluse dal campo di applicazione della Convenzione quelle situazioni giuridiche attinenti alla società in senso stretto, o meglio concernenti la regolamentazione interna delle medesime, ivi compresa la creazione e lo scioglimento delle stesse"³⁹⁷.

Il fondamento di tale affermazione sarebbe da rinvenire nella stessa considerazione della locuzione "diritto delle società" contenuta nella lettera e) quale "indicatore di quel nucleo di

³⁹⁴ In tal senso, cfr., ZONCA, op. cit., secondo il quale "non avrebbe, infatti, alcun altro significato la precisazione che l'esclusione si riferisce agli "atti di natura complessa", così come quella sulla rilevanza dei termini "statuto interno", "scioglimento", "capacità giuridica", se non quello di voler specificare e ridurre la portata dell'esclusione".

³⁹⁵ Così anche BENEDETTELLI, op. ult. cit., 1371, il quale ammette che "contratti in qualche modo relativi o connessi alla creazione, all'organizzazione o allo scioglimento di un ente giuridico possano ricadere sotto una *lex contractus* diversa dalla *lex societatis* regolatrice dell'ente".

³⁹⁶ Cfr., ZONCA, *ibidem*.

³⁹⁷ Cfr., ZONCA, *ibidem*; GAUDEMET-TALLON, *Le nouveau droit international privé de contrats*, cit., 239, la quale ricomprende nell'esclusione "tous les actes..réglant la vie interne de la société ou sa dissolution..celle que soit leur nature".

discipline speciali di cui sono costituite le società” che sono diverse per ciascun tipo societario ed implicano un interesse pubblico alla tutela dei terzi e dell’interesse societario³⁹⁸.

Parallelamente non sarebbero ricomprese nell’esclusione “quelle situazioni giuridiche che non possano essere ricondotte a tale carattere specifico delle società, quali i negozi in essere tra soci o tra i soci e le società, nei quali i soci siano portatori di interessi individuali distinti dall’interesse collettivo o sociale proprio della società”.

Forzatamente peraltro l’inclusione o meno nel disposto della lettera e) di una situazione giuridica, è subordinato ad una valutazione dell’oggetto e degli effetti che essa è idonea a produrre: tali da coinvolgere elementi di interesse sociale o limitati agli interessi individuali dei singoli soci.

Così un rapporto obbligatorio posto in essere tra i soci di una società che non coinvolga l’interesse sociale e non influenzi la struttura interna della società ma si esaurisca nella sfera di autonomia dei paciscenti o in cui questi risultino portatori di interessi individuali distinti da quello sociale, dovrebbe ritenersi non rientrante nell’esclusione di cui alla lettera e), e dunque soggetto all’applicazione della disciplina convenzionale³⁹⁹.

Una conferma della correttezza di tale lettura si trae infine dai lavori del Consiglio tedesco di diritto internazionale privato (*Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*) al fine di formulare una proposta di regolamento del diritto internazionale delle società⁴⁰⁰.

L’art. 2 della proposta, nel fissare la legge applicabile alle società, dispone che queste siano regolate dalla legge del paese nel quale risultano iscritte in un pubblico registro, prevedendo poi una serie di collegamenti sussidiari a cascata, ovvero il rinvio alla legge dello Stato in cui le società siano organizzate, qualora queste non risultino iscritte in un pubblico registro, e per le società prive di una propria organizzazione, l’applicazione delle norme di conflitto in materia di obbligazioni contrattuali (art. 2, comma 2, seconda frase).

Nel motivare tale soluzione, il Consiglio ha evidenziato che il rinvio alla Convenzione di Roma, che si giustifica per il fatto che in tale ipotesi si è in presenza di un rapporto obbligatorio, mette fine al dibattito relativo alla possibilità di applicare le disposizioni della

³⁹⁸ Cfr., ZONCA, *ibidem*.

³⁹⁹ In tal senso cfr., BALLARINO-BONOMI, *Sulla disciplina delle materie escluse*, cit., 969; ZONCA, *La legge regolatrice delle società*, cit.

⁴⁰⁰ Cfr., *Conseil allemand pour le droit international privé, Proposition en vue de l’adoption d’une réglementation du droit international des sociétés au niveau européen*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2006, 712 ss.; P.KINDLER, *Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, 657 ss.

Convenzione di Roma relativamente a rapporti *latu sensu* societari in presenza dell'esclusione di cui all'art. 1⁴⁰¹.

8. La questione della sottoposizione dei patti parasociali, quali contratti attraverso i quali i soci regolano i reciproci rapporti e dispongono dei propri diritti derivanti dalla partecipazione alla società, alla disciplina convenzionale, è stata affrontata dalla dottrina anche sotto un diverso profilo, indagando cioè se, nonostante l'esclusione delle questioni inerenti al diritto delle società prevista dal testo della Convenzione, determinate categorie di obbligazioni ad esso legate finiscano comunque per essere ricomprese nella disciplina internazionalprivatistica italiana delle obbligazioni contrattuali in forza del rinvio contenuto nell'art. 57 della legge di riforma, che dispone che le obbligazioni contrattuali siano "in ogni caso" regolate dalla Convenzione di Roma⁴⁰².

Non pare allora inopportuno spostare l'angolo visuale di questa indagine e valutare se rispetto ai patti parasociali la disciplina della Convenzione possa trovare applicazione non *proprio vigore* ma per effetto del rinvio operato "in ogni caso" dall'art. 57⁴⁰³.

⁴⁰¹ Cfr., *Conseil allemand pour le droit international privé*, cit., 719. Nella motivazione è chiaramente espresso che "cette disposition de la proposition de règlement met fin au débat autour de la question de savoir si les renvois de la Convention de Rome pouvaient être appliqués alors que l'article 1, paragraphe 2, de ladite Convention exclut les sociétés".

⁴⁰² Hanno approfondito tale indagine in particolare TREVES, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato-Commento all'art. 57*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1995, 1176 ss.; PICCHIO FORLATI, *Le obbligazioni contrattuali, in Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, a cura di Salerno, Padova, 1997, 113 ss.; GIARDINA, *Il rinvio alle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale, ibidem*, 3 ss.; SANTA MARIA, *Spunti di riflessione sulla nuova norma di diritto internazionale privato in materia di società ed altri enti*, in *Riv. soc.*, 1996, 1093; BENEDETTELLI, *Commentario art. 57*, cit., 1360-1390; PICONE, *La teoria generale del diritto internazionale privato*, in *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Atti del Convegno, Roma 11-12 aprile 1996, 224 ss.; DAMASCELLI, *Il rinvio "in ogni caso" a convenzioni internazionali nella nuova legge sul diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1997, 78 ss., il quale ricorda che "l'idea secondo cui la disciplina delle materie escluse dall'art. 1, 2° comma, della Convenzione di Roma richiede la disposizione di una normativa internazionalprivatistica residuale in materia di contratti risale al progetto di riforma", nella cui Relazione, commento all'art. 55, si legge che "considerando che la Convenzione di Roma esplicitamente esclude un certo numero di questioni connesse alla materia contrattuale, la Commissione ha inteso sottoporle alla disciplina degli artt. 55 a 59 del progetto" (cfr., *Relazione della Commissione per la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato allo schema di articolato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1989, 947 ss., in part. 975); POCAR, *Brevi appunti sull'incidenza della Convenzione di Roma relativa alla legge applicabile ai contratti sul diritto italiano*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, II, Bari, 1995, 691 ss.; BROGGINI, *La nouvelle loi italienne de droit international privé*, in *Rev. Suisse droit int. eur.*, 1996, 1 ss., il quale ritiene tale espressione frutto del "goût de l'arabesque" del legislatore italiano, idonea a produrre un "marasme..angoissant" e un enigma "sans solution".

⁴⁰³ Nella Relazione al disegno di legge di riforma si legge che tale espressione starebbe a significare la volontà del legislatore di utilizzare la Convenzione richiamata "a doppio titolo: di rinvio formale..nonchè di recezione materiale, per tutti quegli aspetti della materia che, situandosi al di fuori di tali limiti ma all'interno della materia globalmente regolata, vengono disciplinati per volontà esclusiva del legislatore italiano in una maniera modellata sul contenuto delle norme convenzionali. Si ha dunque, sotto quest'ultimo profilo, un'estensione dell'applicabilità di tali norme a tutta la materia contemplata da ciascuno dei citati articoli di legge...con il superamento dell'ambito della Convenzione e l'utilizzazione *erga omnes* delle clausole di questa, che vengono nazionalizzate mediante un rinvio recettizio". PICONE, op. ult. cit., 184-186 ritiene che una tale spiegazione non abbia alcun senso con riferimento all'art. 57 che si

Si tratta dunque di valutare il significato da attribuire all'inciso in parola verificando se esso abbia l'effetto di disporre un ampliamento *ratione materiae* del campo di applicazione della Convenzione, estendendone così la disciplina anche alle fattispecie di natura contrattuale da essa espressamente escluse.

In tal senso, secondo un'autorevole opinione⁴⁰⁴, l'effetto del richiamo sarebbe quello di un "allargamento della sfera di applicazione *ratione materiae* della Convenzione...sottoponendo alle regole in essa previste tutte le materie che non rientrano nell'ambito di applicazione della Convenzione stessa ma rientrano nella categoria giuridica generale che la regola di conflitto italiana intende disciplinare".

Se così fosse, per la regolamentazione delle obbligazioni contrattuali ci si dovrebbe rifare sempre e comunque alla Convenzione, senza indagare o determinare il suo ambito di operatività⁴⁰⁵.

rifà ad una Convenzione che opera già di per sé *erga omnes*, e sottolinea il "carattere meramente narrativo" dell'espressione oggetto di esame, chiarendo che essa "lungi dal produrre in senso stretto un qualsivoglia effetto...sottolinea il carattere *erga omnes* delle convenzioni richiamate già ai sensi del loro dettato originario". L'Autore ritiene infatti "difficilmente accettabile, per molteplici motivi" un'interpretazione dell'inciso che valga ad estendere la normativa convenzionale a tutte le obbligazioni contrattuali, senza quindi tener conto dei limiti che l'art. 1 par. 2 pone materialmente al suo campo di applicazione, e ciò sia in quanto una tale estensione a categorie di rapporti dalla Convenzione anche materialmente non regolate avrebbe richiesto un'espressa precisazione legislativa delle modalità concrete di tale estensione (analogamente a quanto avvenuto negli artt. 42 e 59 in cui il legislatore ha espressamente esteso l'ambito soggettivo di applicazione delle convenzioni originarie); sia poiché la soluzione ipotizzata, "dato il dettato del tutto generale dell'art. 57, creerebbe sul piano interpretativo non poche difficoltà in ordine al coordinamento tra tale disposizione e le altre previste dalla legge per la disciplina di specifiche obbligazioni contrattuali", sia infine in quanto l'applicazione generalizzata della Convenzione finirebbe con il produrre degli effetti pratici assai modesti (portando ad esempio le questioni concernenti la validità di compromessi e la disciplina dell'atto costitutivo di un trust).

⁴⁰⁴ Cfr., GIARDINA, *Il rinvio alle convenzioni di diritto internazionale privato*, cit., 11 ss.

⁴⁰⁵ Cfr., in tal senso, BENEDETTELLI, *Commentario art. 57*, cit., 1361 il quale, facendo riferimento alla Relazione al d.d.l. 1192/XI Legis, ritiene che con tale inciso la legge intenda sottoporre la materia, per ogni aspetto che si situi al di fuori dell'ambito di applicazione della Convenzione, ad una disciplina di conflitto modellata sul contenuto delle norme convenzionali, dando così luogo ad un fenomeno di rinvio recettizio; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, II ed., Padova, 1996, 593, secondo il quale l'espressione "in ogni caso" impiegata dall'art. 57 comporterebbe che "le norme convenzionali sono applicabili ormai a qualunque rapporto che si possa definire contrattuale secondo criteri interni"; POCAR, *Les droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1996, 41 ss., secondo il quale l'art 57 estende il campo di applicazione delle norme convenzionali "au delà des frontières fixées dans la convention, pour y faire entrer toutes les obligations contractuelles" (pag. 45); SALERNO, *Il coordinamento dei criteri di giurisdizione nella legge di riforma*, in *Riv. dir. int.*, 1996, 882 ss., in part. 886, nota 11, il quale ritiene che l'art. 57 rinvii "in ogni caso" alla Convenzione "senza tener conto dei limiti *ratione materiae* posti dall'art. 1, 2° comma della medesima Convenzione"; MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e contratti*, Torino, 1996, 18 ss.; BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Cedam, 2001, 222, il quale ritiene che "anche le materie espressamente escluse dall'art. 1 della Convenzione debbano pur tuttavia essere disciplinate dalla stessa in virtù del rinvio effettuato dal nostro legislatore"; TONOLO, *Art. 57 Obbligazioni contrattuali*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Giappichelli, Torino, 2001, 289 ss. L'adesione a tale indirizzo richiamerebbe anche la soluzione adottata dalla legge svizzera di riforma del sistema di diritto internazionale privato del 1989, di cui alcuni articoli (ad esempio l'articolo 85 in materia di protezione di minori), riferendosi a Convenzioni internazionali, ne precisano l'applicabilità "par analogie" anche al di fuori dei rispettivi campi di applicazione. *Contra* DAMASCELLI, *Il rinvio "in ogni caso"*, cit., 119, il quale nega all'inciso portata precettiva, sostenendo che "esso indica soltanto la volontà del legislatore di astenersi dall'introdurre un'autonoma disciplina di conflitto per le materie ricomprese nella sfera di applicazione delle convenzioni internazionali a cui egli fa rinvio"; nello stesso senso PICONE, op. ult. cit., il quale ritiene che alla locuzione non possa essere attribuito altro effetto che quello di sottolineare il carattere *erga omnes* delle convenzioni richiamate.

La dottrina che ha dato risposta positiva a tale quesito⁴⁰⁶ evidenzia peraltro che la disciplina della Convenzione di Roma potrà trovare applicazione anche nei confronti di fattispecie che non ricadono nel suo ambito di efficacia in virtù del rinvio di cui all'art. 57 legge di riforma, solo quando per esse non siano previste norme di conflitto specifiche contenute nella stessa legge di riforma⁴⁰⁷.

In altre parole, il riferimento operato dall'art. 57 alla Convenzione di Roma, e l'estensione della relativa disciplina anche alle materie escluse dal suo ambito applicativo, incontrerebbe il limite dell'esistenza di una specifica disciplina dedicata alla materia⁴⁰⁸.

Ulteriore svolgimento di tale impostazione è che la disciplina convenzionale non possa trovare applicazione relativamente alla materia delle società, che il legislatore della riforma, disciplinandola espressamente all'art. 25, ha escluso "implicitamente dalla disciplina ricavabile dalla Convenzione di Roma"⁴⁰⁹.

E' agevole rilevare a tal riguardo che alcune delle materie incluse nel catalogo di cui all'art. 1, par. 2 della Convenzione di Roma, sono oggetto di specifica disciplina nella legge 218 del 1995; ed in particolare proprio alcune materie elencate nel secondo comma dell'art. 25 della legge di riforma, rispetto alle quali si stabilisce l'applicabilità della *lex societatis*, trovano

⁴⁰⁶ Considerando che "se si dovesse leggere l'espressione "in ogni caso" come una semplice accentuazione del fatto che la Convenzione di Roma esplica i suoi effetti nell'ordinamento italiano, l'art. 57 sarebbe inutile", così TREVES, op.ult. cit., 1178.

⁴⁰⁷ In tal senso cfr., TREVES, *Art. 57*, cit., 1179, secondo il quale il legislatore, dotando certe materie di una esplicita disciplina "sembra averle implicitamente escluse dalla disciplina ricavabile dalla Convenzione di Roma per effetto dell'espressione in ogni caso contenuta nell'art. 57"; PICCHIO FORLATI, op. ult. cit., 123, la quale precisa che attraverso l'inciso "in ogni caso" "le norme dettate dalla Convenzione di Roma operano al fondo dell'ordinamento italiano come una sorta di normativa-pozzo in cui ricadono, innanzitutto, i conflitti di legge in materie stralciate dall'ambito di applicazione di norme speciali"; BENEDETTELLI, *Commentario art. 57*, cit., 1383; BAREL, *Commento all'art. 57 l. 218/95*, cit., il quale rileva che "per il principio di specialità, il richiamo in ogni caso alla Convenzione è escluso nelle materie per le quali siano previste norme di conflitto specifiche"; F.MOSCONI, C.CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale-Parte speciale*, Torino, 2006, 51; SANTA MARIA, op. ult. cit., 1101.

⁴⁰⁸ Nella legge 218 o in altra Convenzione internazionale in vigore per l'Italia ex art. 1. Al riguardo si è evidenziato chiaramente che il rinvio alla Convenzione "n'a pas l'effet d'attribuer aux règles conventionnelles la meme priorité qu'elles ont lorsqu'il s'agit de leur mise en oeuvre en tant que règles internationales obligatoires pour l'Etat...la règle nationale qui l'effectue se situe sur le meme plan que les autres règles internes et se trouve par conséquent soumise aux principes généraux qui régissent les relations entre règles nationales concurrentes ou incompatibles. La priorité qui doit être accordée à la règle spéciale de conflit implique donc qu'une obligation contractuelle pourra retomber dans l'extension des règles conventionnelles operée par l'article 57 seulement dans la mesure où la qualification de cette obligation dans un cas donné conduit à l'exclure du domaine de la règle spéciale", così, POCAR, op. ult. cit., 47-8. Cfr., anche TREVES, op. ult. cit., 1179, il quale ritiene che "la disciplina ricavabile dalla Convenzione di Roma e applicabile alle materie da questa escluse in base all'espressione "in ogni caso" di cui all'art. 57...può ad esse effettivamente essere applicata solo qualora esse già non trovino una disciplina nella legge stessa o in convenzioni internazionali applicabili in Italia". Larga parte della dottrina del resto è concorde nel ritenere che l'estensione di cui all'art. 57, avendo carattere generale, lasci impregiudicata l'applicazione di norme speciali contenute nella legge italiana di diritto internazionale privato (cfr., POCAR, op. ult. cit., 48; MOSCONI, op. ult. cit., 129; BOSCHIERO, op. ult. cit., 266 ss.).

⁴⁰⁹ Così SANTA MARIA, *ibidem*.

sostanziale corrispondenza in alcune questioni “inerenti” al diritto delle società cui la Convenzione di Roma dichiara di non applicarsi⁴¹⁰.

Questo sillogismo- il rinvio operato dal legislatore italiano ha l'effetto di estendere l'ambito di applicazione materiale della Convenzione a meno che non sia prevista per la materia una disciplina specifica, l'art. 25 della legge di riforma contiene una espressa regolamentazione di alcune questioni che rientrano nella materia societaria, conseguente inapplicabilità della disciplina convenzionale- per quanto seducente, non pare peraltro risolutivo delle questioni che qui si stanno affrontando.

In primo luogo in base ad una considerazione di carattere sistematico generale non si può dubitare che il legislatore, dotando certe materie di una specifica regolamentazione, abbia implicitamente escluso per queste l'applicazione (“in ogni caso”) delle regole convenzionali; ma laddove una disciplina specifica non possa rinvenirsi, non si può sminuire la vocazione ad applicarsi della norma generale, ovvero il criterio di collegamento previsto per le obbligazioni contrattuali.

In mancanza di una disciplina specifica contenuta nella legge di riforma ed in Convenzioni internazionali, non paiono porsi in tal senso ostacoli a ricondurre alla disciplina convenzionale, estesa *ratione materiae* dal rinvio dell'art. 57, l'atto costitutivo di un trust, sottratto all'applicazione della Convenzione di Roma dall'art. 2, 2° c., lett. g), e le questioni inerenti all'esistenza ed alla validità dei compromessi, delle clausole compromissorie e delle convenzioni sul foro competente⁴¹¹, altresì escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione in base alla lett. d) dell'art. 1, 2° comma⁴¹².

⁴¹⁰ E' curioso notare che questo stesso argomento è utilizzato anche dalla dottrina contraria all'interpretazione che attribuisce all'espressione “in ogni caso” l'effetto di estendere l'applicazione della Convenzione alle fattispecie da questa ultima eccettuate: si rileva infatti che la previsione, nella legge di riforma, di un'apposita disciplina di conflitto delle fattispecie escluse dalla sfera di efficacia delle norme uniformi, nonché la presenza di disposizioni che disciplinano materie già regolate dalla Convenzione, “indicano... la volontà del legislatore di circoscrivere il campo di applicazione convenzionale”, cfr., DAMASCELLI, *Il rinvio*, cit., 114.

⁴¹¹ Cfr., BALLARINO, op. ult. cit.; TREVES, *ibidem*, il quale, seguendo tale ragionamento, ritiene che “questioni attinenti all'esistenza e validità di compromessi, clausole compromissorie e convenzioni sul foro competente, escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione di Roma...vi vengono fatti rientrare in base all'“in ogni caso” dell'art. 57”.

⁴¹² Più complessa appare la questione relativa all'individuazione della norma di conflitto competente a regolare le donazioni escluse dal campo di applicazione convenzionale, ovvero, in virtù dell'art. 1, 2° comma, lett. b), le donazioni contrattuali contemplate dal diritto di famiglia, dai regimi matrimoniali e dalle successioni, vale a dire la donazione obnuziale e la donazione *mortis causa* (così, BALLARINO-BONOMI, *Sulla disciplina delle materie escluse*, cit., 962; FUMAGALLI, *La Convenzione di Roma e la legge regolatrice delle donazioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, 589 ss.). Secondo un'opinione (cfr., BOSCHIERO, *Art. 56*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1995, 1167 ss.), esse sarebbero disciplinate dall'art. 56 della legge di riforma, perché altrimenti “si svuoterebbe completamente di significato la previsione di un'autonoma disciplina *ad hoc* per le donazioni”; secondo un'altra opinione (cfr., DAMASCELLI, op. ult. cit., 109), “tali donazioni sono sottratte alla disciplina della donazione in generale per essere sottoposte alle norme di conflitto concernenti i rapporti patrimoniali tra coniugi e, rispettivamente, le successioni”. In tal senso, “deve ritenersi che la donazione obnuziale e la donazione *mortis causa* sono disciplinate dalla legge indicata dall'art. 30 e, rispettivamente, dall'art. 46 della legge di riforma”. Per quanto riguarda le donazioni effettuate

La circostanza peraltro che la Convenzione di Roma non contenga alcuna norma che espressamente disponga l'esclusione delle convenzioni parasociali dal campo di applicazione della disciplina uniforme, o viceversa la loro inclusione; e che la legge 218 del 1995 non operi alcun richiamo specifico ai patti parasociali, potrebbe far ragionevolmente ritenere, attraverso un classico *argumentum a contrario*, che la loro disciplina debba essere ricondotta a quella convenzionale.

Tale affermazione, così come le posizioni raggiunte dalla corrente dottrina secondo cui l'art. 57 della legge 218, dichiarando che la Convenzione si applica "in ogni caso", estende la disciplina di conflitto convenzionale ad ipotesi rientranti nelle materie cui il testo convenzionale dichiara di non volersi applicare, richiedono peraltro ulteriori svolgimenti: sembra infatti che l'interpretazione più corretta del testo normativo e dunque l'esame della possibile regolamentazione dei patti parasociali debba essere approfondito analizzando non tanto la tecnica di rinvio utilizzata dal legislatore, quanto da un lato, lo scopo stesso perseguito dalla legge di riforma, dall'altro, gli effetti degli accordi parasociali.

Si è osservato, quanto al primo aspetto, che l'obiettivo del legislatore della riforma era quello di unificare le regole di conflitto in materia di obbligazioni contrattuali, "allineando le soluzioni ritenute su quelle della Convenzione"⁴¹³, la quale, lo si ricorda, detta una disciplina generale delle obbligazioni contrattuali, ovvero delle tipiche manifestazioni dell'autonomia della volontà, escludendo le materie nelle quali la regola dell'autonomia della volontà non è suscettibile di applicarsi.

Conseguentemente le stesse esclusioni disposte dal testo convenzionale, ed in particolare quella che si riferisce alle questioni inerenti il diritto delle società, sono state disposte in quanto in nessun modo ricollegabili alla materia contrattuale e non idonee a essere regolate dalla Convenzione.

Si è a tale riguardo già rilevato peraltro che affermare che la Convenzione di Roma non si applichi alla materia della società, lascia sussistere ogni incertezza relativamente alla sorte dei patti parasociali, che sono innanzitutto dei contratti tra i soci che, sebbene strettamente legati

nell'ambito familiare, si ritiene che rientrino nell'esclusione di cui all'art. 1, 2° c., lett. b) della Convenzione solo quelle strettamente previste dal diritto di famiglia; per cui si sottrarrebbero all'applicazione delle norme uniformi estesa dall'art. 57 soltanto quelle donazioni contrattuali che "incidono sui diritti e doveri derivanti da tali fattispecie e che pertanto si porrebbero in conflitto con le norme specificamente previste per esse (così conclude TONOLO, op. cit., 280, secondo cui rientrano nell'ambito di applicazione della Convenzione le donazioni tra coniugi). Allo stesso modo, parte della dottrina (cfr., POCAR, op. ult. cit., 47; TREVES, op. cit., 275), ritiene che le obbligazioni contrattuali inerenti ai regimi matrimoniali, sottratte all'applicabilità della Convenzione per effetto dell'art. 1, 2° c., lett. b), non potrebbero essere assoggettate a quest'ultima in virtù del richiamo "in ogni caso" alla disciplina da essa prevista, in quanto rientrano nel campo d'azione dell'art. 30 legge di riforma.

⁴¹³ Cfr., POCAR, *Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien*, cit., 49.

alle questioni del diritto delle società, regolano rapporti interindividuali tra i partecipanti alla società e non interessano di norma direttamente il funzionamento di questa, restando dunque ad essa estranei.

Il complesso problema deriva allora dalla difficoltà di determinare se e quando il patto parasociale attenga a questioni inerenti il diritto delle società e debba pertanto essere ricondotto alla materia societaria, ribadendo che l'esclusione dell'applicabilità della disciplina convenzionale non può certo essere determinata sulla base di considerazioni astratte di un generico possibile influsso della disciplina societaria sul patto.

Posta in tali termini la questione, la prospettiva indicata, secondo cui il rinvio operato dall'art. 57 alla Convenzione imporrebbe un'estensione materiale del suo campo di applicazione, viene a perdere ogni rilievo ai fini della nostra analisi, in quanto non si tratterebbe tanto di ritenere la disciplina convenzionale applicabile anche a materie originariamente da essa non regolate, quanto di concludere che le convenzioni parasociali, benché ed anzi proprio in quanto prive di precise determinazioni del legislatore, siano soggette, in quanto obbligazioni contrattuali, alla disciplina per queste previste dalla Convenzione⁴¹⁴.

E' tuttavia innegabile che una tale soluzione, data la particolarità delle pattuizioni di cui si tratta, non potrà essere ricavata meccanicamente da una soluzione interpretativa operante in modo automatico e generale, ma in funzione degli obiettivi che essa può soddisfare e soprattutto in relazione agli effetti concreti che essa è idonea a realizzare.

Potrebbe infatti obiettarsi ad una tale conclusione che, per ragioni attinenti all'unità della regolamentazione di un istituto, delle materie non regolate dalla Convenzione e non disciplinate espressamente dal legislatore non vengano comunque sottoposte alle norme convenzionali, o ad una disciplina modulata su quella convenzionale in forza del rinvio in ogni caso, in quanto, sebbene di natura contrattuale, debbano essere assimilate ad un altro istituto e seguirne la relativa disciplina. Si danno infatti casi di accessorietà di alcuni tipi di obbligazioni contrattuali ad istituti generali diversi, capace di attrarre i primi nel proprio regime internazionalprivatistico; in tali ipotesi altre norme della legge italiana di riforma determineranno la legge applicabile, come potrebbe essere per i patti successori, da ritenere soggetti alla *lex successionis*⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Non appare dunque necessario concludere, come fa PICONE (in *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Atti del Convegno Roma 11-12 aprile 1996, 1997, 92) che "per le materie non regolate dalla Convenzione, occorre (se non ricadono già sotto altre norme di conflitto) ricercare e/o costruire le disposizioni di conflitto applicabili, ricavandole eventualmente *per analogia* dalle stesse disposizioni della Convenzione in esame"(il corsivo è dell'Autore).

⁴¹⁵ Sull'inapplicabilità ai patti successori della Convenzione di Roma, che esclude dalla propria sfera applicativa, ai sensi dell'art. 1, par. 2, lett. b), le "obbligazioni contrattuali relative a..testamenti e successioni", cfr., VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., 38 ss.; in senso conforme FRANZINA, op. ult. cit., 185, secondo il quale "i negozi con cui

Tale ragionamento potrebbe allora essere utilmente applicato per individuare la regolamentazione di quei patti parasociali che, per essere strettamente connessi alle regole di funzionamento e di organizzazione della società, richiedano di essere compresi all'interno della medesima disciplina al fine di assicurarne l'unitarietà.

Diversamente peraltro l'opportunità di una tale valutazione viene a cadere laddove gli effetti del patto si esauriscano nel piano dei rapporti interindividuali tra soci: in tal senso l'accordo delle parti sembrerebbe piuttosto subire l'attrazione della disciplina convenzionale.

Tale riflessione potrebbe inoltre trovare conferma nella circostanza che, come autorevolmente sostenuto⁴¹⁶, il confine tra le materie escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione "che vi possono essere fatte rientrare in base all'in ogni caso" e quelle che vengono sottoposte a specifica disciplina può non essere immutabile.

Sembra pertanto che il coordinamento tra l'ambito di applicazione della Convenzione di Roma e quello della legge italiana di diritto internazionale privato debba essere operato a livello interpretativo.

O meglio, la risposta al problema pare debba essere impostata in termini di qualificazione che porterà ad individuare le convenzioni parasociali sottratte all'operatività della Convenzione per incidere su situazioni strettamente connesse alla materia societaria e parallelamente isolare quelle che vi sono soggette.

9. Occorre peraltro aggiungere un'ulteriore considerazione: se si intende il rinvio operato dall'art. 57 alla Convenzione quale rinvio formale, allora tale richiamo va riferito al testo convenzionale quale fonte di norme internazionali; se, diversamente si attribuisce a tale rinvio natura materiale o recettizia⁴¹⁷, allora le disposizioni convenzionali, in virtù del rinvio "in ogni caso", si applicano per effetto dell'art. 57.

un soggetto dispone, nei confronti di un altro, di diritti derivanti da una successione futura sono riconducibili alla materia delle successioni e dei testamenti" e dunque sottratti all'applicazione delle norme convenzionali.

⁴¹⁶ Cfr., TREVES., *ibidem*; TONOLO, *Art. 57 Obbligazioni contrattuali*, cit., 289 ss.

⁴¹⁷ In tal senso, PICCHIO FORLATI, *Le obbligazioni contrattuali*, in *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, cit., 57 ss.; DAVI, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, a cura di Gaja, Milano, 1994, 45 ss.; GIARDINA, op. ult. cit., 11 ss.; VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, cit., 57 ss. *Contra* PICONE, op. ult. cit., 221, per il quale "l'eventuale rinvio recettizio alle singole convenzioni effettuato dalle disposizioni di conflitto, è accessorio e condizionato all'operatività delle medesime quali convenzioni internazionali (nel loro valore formale originario) nell'ordinamento italiano". Una tesi intermedia, richiamando le indicazioni della Relazione al progetto di riforma, concilia entrambe le posizioni, configurando il richiamo contenuto nell'art. 57 come "rinvio recettizio accessorio e condizionato" all'operatività delle convenzioni internazionali nell'ordinamento italiano nel loro valore formale originario (cfr., POCAR, op. ult. cit., 239; PICONE, op. ult. cit., 224; MOSCONI, op. ult. cit., 20 ss.; BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Giappichelli, Torino, 1996, 32 ss.).

Nella prima ottica il legislatore avrebbe voluto sottoporre le materie contrattuali, alla normativa convenzionale quale viene a modificarsi nel tempo, in linea con gli obiettivi generalmente espressi nell'art. 2⁴¹⁸.

La configurazione del richiamo di cui all'art. 57 come rinvio materiale invece, è in grado di garantire la certezza e la continuità della regolamentazione delle obbligazioni contrattuali, ma può infrangere l'unità di disciplina tra il sistema italiano di diritto internazionale privato ed il regime convenzionale qualora quest'ultimo venga modificato.

La questione, lungi dall'assumere mero rilievo dottrinale, manifesta riflessi rilevanti relativamente all'imminente entrata in vigore del Regolamento Roma I, destinato a sostituirsi, tra gli Stati Membri, alla Convenzione: giacchè l'art. 57 non contiene alcuna indicazione circa i rapporti del riferimento in esso previsto alla Convenzione di Roma con le norme di diritto internazionale privato contenute in atti comunitari⁴¹⁹, il richiamo di tale articolo dovrebbe giudicarsi inoperante (con riguardo alla Convenzione) ed estensibile al futuro Regolamento comunitario, o ritenersi riferito al testo convenzionale nella sua ultima versione cristallizzata⁴²⁰?

La circostanza che, una volta entrato in vigore il Regolamento, questo per quanto riguarda l'ordinamento italiano venga ad assumere il posto di preminenza nella disciplina della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali allo stato occupato dalla Convenzione, induce una parte della dottrina a ritenere che il rinvio operato dall'art. 57 a quest'ultima, in assenza di un'opportuna modifica legislativa, sia destinato a restare inoperante e debba essere conseguentemente riferito, per colmare la lacuna che si verrebbe a creare nella disciplina della legge di riforma, al Regolamento e non più alla Convenzione la quale "pur restando formalmente in vigore, occuperà un posto in definitiva alquanto limitato nell'economia della disciplina internazionalprivatistica della materia"⁴²¹.

⁴¹⁸ Cfr., TREVES, op.cit., 1181; POCAR, op. ult. cit., 234 ss.

⁴¹⁹ L'art. 57 infatti, dopo aver disposto, in conformità all'art. 21 della Convenzione, la salvezza "delle altre Convenzioni internazionali, in quanto applicabili", omette ogni riferimento al primato del diritto comunitario affermato dall'art. 20 della Convenzione.

⁴²⁰ E' stato autorevolmente sostenuto (PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, cit., 185) che la stessa formulazione dell'art. 57 è discutibile "dato che la disposizione si limita a far salve le altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili, e dimentica invece...di riservare, ai sensi dell'art. 21 della Convenzione stessa, la prevalenza anche del diritto comunitario europeo, che è come è noto del tutto assorbente"; nello stesso senso, POCAR, *Brevi appunti sull'incidenza della Convenzione di Roma relativa alla legge applicabile ai contratti sul diritto italiano*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, II, Bari, 1995, 699.

⁴²¹ Cfr., F. MARONGIU BUONAIUTI, *Conseguenze della trasformazione della Convenzione di Roma in Regolamento comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento "Roma I"*, a cura di Franzina, Padova, 2006, 141 ss., in part. 142. L'A. osserva che proprio in virtù del ruolo meramente residuale che la Convenzione di Roma è destinata ad assumere, in quanto suscettibile di conservare applicazione nei riguardi della Danimarca, che non partecipa all'adozione di atti ai sensi del titolo IV del Trattato, e dei territori d'oltremare di alcuni Stati Membri non soggetti all'applicazione delle norme comunitarie ex art. 299 del Trattato CEE, deve ritenersi che il rinvio operato dall'art. 57 alla Convenzione sia "destinato a restare inoperante",

Se infatti lo scopo perseguito dal legislatore della riforma nel dichiarare applicabili in ogni caso le discipline dettate da alcune Convenzioni internazionali era quello di realizzare l'esigenza di uniformità della disciplina internazionale di una determinata materia, questo andrebbe frustrato se il rinvio dell'art. 57 continuasse ad essere riferito al testo convenzionale⁴²².

Una tale interpretazione avrebbe inoltre l'effetto di realizzare il coordinamento tra la disciplina delle obbligazioni contrattuali contenuta nella Convenzione di Roma e quella prevista da atti delle Comunità Europee così come previsto dall'art. 20 del testo Convenzionale⁴²³.

Analogamente a quanto avvenuto in occasione dell'entrata in vigore del Regolamento 44/01 (cd. Regolamento Bruxelles I), allorché si è ritenuto di estendere il richiamo operato dall'art. 3, 2° c. della legge di riforma alle disposizioni regolamentari⁴²⁴, il riferimento effettuato dall'art. 57 dovrebbe essere considerato estensibile alla disciplina recata dal futuro Regolamento Roma I in luogo delle disposizioni convenzionali.

Tale tesi si presta peraltro ad incontrare numerosi argomenti contrari ad una sua adozione: sia infatti l'entrata in vigore del Regolamento Roma I non comporterà l'estinzione della Convenzione di Roma (così come del resto è avvenuto all'entrata in vigore del Regolamento 44/01 rispetto alla Convenzione di Bruxelles), sia l'ipotesi di una sostituzione della seconda ad opera del primo si scontra con il rilievo che si tratta di atti di natura diversa⁴²⁵: le disposizioni della Convenzione di Roma, benché in larga parte riprodotte nel Regolamento senza modifiche testuali significative, si collocano infatti in un diverso contesto normativo; sia infine un ostacolo a tale estensione analogica potrebbe rinvenirsi nella circostanza che mentre il rinvio di cui all'art. 3, 2° c. prevede un esplicito riferimento alle "successive modificazioni" della disciplina richiamata, nulla di simile si ritrova nell'art. 57⁴²⁶.

ipotizzando allora un'estensione in via analogica del richiamo di cui all'art. 57 alle disposizioni del Regolamento "anche in assenza di un'apposita modifica legislativa della norma richiamante".

⁴²² Cfr., *ibidem*, 144.

⁴²³ Secondo il quale la Convenzione "non pregiudica l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, regolano i conflitti di legge nel campo delle obbligazioni contrattuali e che sono contenuti in atti emanati o da emanarsi dalle Istituzioni delle Comunità Europee".

⁴²⁴ Cfr., DAVI, *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria*, in *Riv. dir. int.*, 2002, 861 ss.

⁴²⁵ Cfr., A. BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Riv. dir. int.*, 2001, 307, in part. nota 13.

⁴²⁶ Per un approfondimento di tale rilievo si rinvia a PICCHIO FORLATI, *Le obbligazioni contrattuali, in Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, cit., 126 ss., la quale puntualizza che "se il regime italiano di diritto generale viene determinato per rinvio alla Convenzione di Roma del 1980, una volta che questa contiene, nell'art. 26, una clausola di revisione, si potrebbe assumere il rinvio come fatto senz'altro alla Convenzione di Roma con le successive modificazioni". Non attribuisce importanza a tale differenza MARONGIU BONAIUTI, op. cit., 143, "in considerazione del carattere peculiare del rinvio operato dall'art. 3, 2° comma della legge di riforma rispetto alle ipotesi di rinvio a convenzioni internazionali dichiarate "in ogni caso" applicabili dalla legge". Per quanto riguarda

In realtà appare che l'esecuzione per rinvio assicurata dal legislatore italiano alla Convenzione di Roma dovrebbe essere considerata "idonea a recepire nell'ordinamento interno automaticamente anche eventuali atti di revisione" e che la natura mobile del rinvio alla Convenzione contenuto nell'art. 57 della legge di riforma sia tale da includere fra i fatti contemplati come produttivi di nuove norme di adattamento gli accordi di revisione o adattamento della Convenzione⁴²⁷.

Aderendo a tale costruzione, il richiamo operato dall'art. 57 della legge di riforma si ritiene dunque possa e debba intendersi ora come rinvio al Regolamento, rispettando in tal modo sia gli obiettivi di uniformità e continuità dello stesso legislatore della riforma, sia il primato della normativa di origine comunitaria⁴²⁸.

Così ritenendo, la predetta estensione materiale operata dalla legge italiana dell'ambito di efficacia della Convenzione sarebbe realizzata con riferimento al nuovo testo comunitario⁴²⁹.

10. L'indagine sin qui condotta convince che nella nostra materia l'ambito di applicazione della Convenzione interferisca con quello dell'art. 25, e ciò in quanto il difficile rapporto di affinità e autonomia che corre tra la materia contrattuale e quella societaria rende difficoltoso tracciare la linea di confine tra le due categorie e le due norme di conflitto.

Anche all'indomani della riforma dunque si ripropongono quegli stessi problemi e le medesime incertezze che Ballarino⁴³⁰ aveva, già nel vigore della disciplina precedente, evidenziato caratterizzare la figura dei patti parasociali.

il carattere peculiare del rinvio operato dall'art. 3, 2° comma, e l'impossibilità di accomunarlo a quello disposto dall'art. 57, che non denoterebbe altro che la "rinuncia del legislatore a dettare un'autonoma disciplina riguardo alle materie oggetto" della convenzione richiamata, si rinvia a V. STARACE, *Il richiamo dei criteri di giurisdizione stabiliti dalla Convenzione giudiziaria di Bruxelles nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1999, 5 ss., in part. pag 24.

⁴²⁷ In tal senso cfr., PICCHIO FORLATI, op. cit., 129 la quale riconosce alla legge di esecuzione della Convenzione "idoneità a produrre le norme implicite di adattamento a qualsiasi revisione della Convenzione stessa", evidenziando il rischio che comporterebbe escludere "l'incorporazione automatica delle convenzioni di revisione tramite il rinvio operato rispettivamente con la legge n. 975 e con l'art. 57": "l'eclissi del sistema italiano di diritto internazionale privato delle obbligazioni contrattuali nel caso...di ratifica italiana della convenzione di revisione non accompagnata da ordine di esecuzione".

⁴²⁸ Per i conseguenti approfondimenti si rinvia a T. BALLARINO, *La unificación de las reglas sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. La transformación en regolamento del Convenion de Roma*, in *Anuario español de derecho internacional privado*, 2006, 331 ss., in part. 342-343.

⁴²⁹ A tale riguardo non appare condivisibile l'ulteriore passaggio formulato da MARONGIU BUONAIUTI, op. cit., 144, secondo cui "le questioni non comprese nell'ambito di applicazione del Regolamento, ma rientranti nella categoria delle obbligazioni contrattuali ai sensi del nostro ordinamento, resterebbero disciplinate dalla Convenzione di Roma per effetto dal rinvio operato dalla legge, sempre che ad esso possa attribuirsi efficacia estensiva dell'ambito di applicazione di quest'ultima", con il risultato "sicuramente foriero di incertezze applicative", di far coesistere due separate discipline di conflitto per le questioni rientranti nell'ambito di applicazione del regolamento e per quelle, pur limitate, che ne rimangono escluse".

Da un lato essi per il loro carattere autonomo e funzionalmente distinto dal contratto di società, richiedono di essere disciplinati mediante il criterio di collegamento proprio delle obbligazioni contrattuali, dall'altro, la sottoposizione alla *lex contractus* può essere messa in discussione e deve essere scartata ogniqualvolta gli accordi tra soci modifichino le regole di funzionamento della società.

I rilievi svolti relativamente alla determinazione dell'ampiezza della portata materiale della disciplina convenzionale lasciano invero sussistere alcuni margini di incertezza in ordine alla definizione dei presupposti cui l'inclusione della disciplina dei patti parasociali sarebbe subordinata.

Ed invero, affinché i patti parasociali possano essere sottoposti alla disciplina convenzionale, è necessario che essi non si presentino strettamente connessi con "le questioni inerenti al diritto delle società" sottratte all'ambito di applicazione della Convenzione.

La problematica sorge, come già rilevato, dalla difficoltà di individuare in via generale se le convenzioni in esame siano o meno strettamente connesse alla società, essendo qualsiasi patto, per l'essere stipulato tra soci relativamente a diritti loro derivanti dalla partecipazione all'ente, suscettibile di essere in astratto contemplato dalle regole proprie del diritto di società.

E' quindi necessario tentare di individuare un criterio interpretativo del collegamento tra pattuizioni parasociali e disciplina delle società che fissi i limiti della loro rilevanza ai fini dell'esclusione dalla disciplina convenzionale, per evitare che una sua eccessiva estensione, sulla base della semplice possibilità astratta di contatto, escluda ogni ipotesi di applicazione della Convenzione, in contrasto con la volontà espressa dei suoi redattori.

In primo luogo, e conseguentemente, l'esclusione non potrà essere determinata sulla base di considerazioni generiche di un possibile influsso della disciplina societaria sulle convenzioni parasociali. Si consideri infatti che l'individuazione della legge regolatrice dei patti dovrebbe avvenire sulla base delle norme di conflitto del giudice di fronte al quale si pone il problema dell'applicabilità della Convenzione di Roma, con la possibilità di soluzioni divergenti tra i vari Stati contraenti.

In secondo luogo, non può essere trascurato l'influsso concreto che la disciplina societaria può avere sulla regolamentazione del particolare patto parasociale di cui si discute la riconducibilità al regime convenzionale. Può avvenire infatti che in relazione al caso concreto vengano in considerazione particolari regole che fanno sì che il patto a determinate condizioni

⁴³⁰ cfr., BALLARINO, BONOMI, *Sulla disciplina delle materie escluse*, cit., 939 ss.; nonché BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit., 125 ss.

risenta dell'influsso di tale disciplina rimanendo escluso dall'ambito di applicazione della Convenzione.

CAPITOLO IV

L'ELABORAZIONE DI UNA SOLUZIONE CONFLITTUALE

Sezione prima

Studio dei criteri di collegamento proposti

SOMMARIO: **1.** La riforma del diritto societario e l'art. 25 l. 218/95 **1.1.** L'alternativa *lex societatis-lex contractus* nelle opinioni dottrinali dopo la riforma. **2.** Il T.U.F. e la riforma del diritto societario: influenza sul sistema di diritto internazionale privato. **3.** Aspetti costanti del problema, critica alla teoria del collegamento negoziale **4.** La qualificazione dei patti parasociali tra interpretazione e applicazione della regola di conflitto. **5.** Alla ricerca di un criterio di soluzione: gli effetti *inter partes* e gli effetti nei confronti della società **6.** Esame di alcune tipologie di patti parasociali.

1. All'indomani dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario, e delle disposizioni espressamente dedicate ai patti parasociali, il problema che si pone all'interprete internazionalprivatista che si occupa di tale figura è quello di verificare se ed in quale spazio le innovazioni legislative citate offrano argomenti per individuare una specifica regolamentazione della fattispecie.

Pare peraltro opportuno sottolineare fin d'ora che ancora una volta l'analisi interpretativa sembra debba essere condotta nel terreno delicato della qualificazione, giacchè il legislatore delegato non si è preoccupato di coordinare la citata riforma con l'art. 25 della legge 218/95, offrendo i necessari e da più parti sollecitati spunti chiarificatori della portata della disposizione ed in particolare del catalogo di cui al secondo comma⁴³¹.

L'espressa disciplina codicistica dedicata ai patti parasociali avrebbe infatti richiesto un eventuale ampliamento del suddetto catalogo per indicare se, ed in quale misura, i patti

⁴³¹ Cfr., F. MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int priv. e proc.*, 2003, 29 ss., il quale evidenzia che "ben avrebbe fatto il legislatore delegato a verificare la coerenza - e magari a provvedere ad un espresso coordinamento - tra la disciplina internazionalprivatistica ed interna delle società"; BENEDETTELLI, "Mercato" comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, in *Riv. soc.*, 2003, 699 ss., secondo il quale la mancata rivisitazione del catalogo di cui all'art. 25 per chiarire se ed in quale misura debbano esservi ricompresi nuovi istituti quali "la responsabilità in relazione a situazioni di direzione e coordinamento di società commerciali ex art. 2497 c.c., o i patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui agli artt. 2447-bis e ss. c.c.", ovvero istituti "già noti alla prassi ed alla legislazione speciale ma per la prima volta ricondotti alla disciplina codicistica delle società commerciali, quali i patti parasociali", rappresenta una "occasione mancata" della legge di riforma di diritto societario, spec. pag. 711.

parasociali disciplinati attengano allo statuto sociale, e vadano quindi disciplinati in base alla *lex societatis* individuata ai sensi dell'art. 25, ovvero debbano essere qualificati diversamente e quindi sottoposti ad una legge regolatrice determinata in base a diverse norme di conflitto.

Tale mancato coordinamento impone allora la ricerca dell'eventuale influenza esercitata dalle citate innovazioni legislative sul sistema di diritto internazionale privato. Esame che deve svolgersi, da un lato, sulla base dell'analisi della dottrina che ha trattato, successivamente alla riforma, del criterio di collegamento che deve essere preso in considerazione per la disciplina dei patti parasociali, la quale sembra costantemente muoversi nell'alternativa *lex contractus/lex societatis*; dall'altro, traendo dalla lettura del dato di diritto positivo gli elementi per farne discendere una regolamentazione di diritto internazionale privato che, come illustreranno le pagine che seguono, potrà confermare determinati elementi di indagine già acquisiti.

1.1. La ricognizione delle diverse opinioni dottrinali espresse in materia, nell'estrema varietà delle sfumature, ne rende difficoltosa una rielaborazione ordinata, ma non impedisce di raggrupparle principalmente attorno a dei filoni fondamentali i quali, pur nella generale correttezza delle impostazioni seguite peccano, secondo noi, nel perdere di vista l'obiettivo da perseguire nell'analizzare la fattispecie.

Una prima posizione, condividendo l'impostazione assunta da chi per primo si è occupato della disciplina internazionalprivatistica dell'istituto⁴³², ritiene che ai fini della determinazione del criterio di collegamento applicabile ai patti parasociali venga in rilievo e debba essere valutato il contenuto materiale di tali convenzioni.

In tal senso Draetta⁴³³, riprendendo le osservazioni già formulate da Ballarino, individua in primo luogo "tutti quei patti tra soci che si esauriscono sul piano dei reciproci rapporti tra i contraenti e non riguardano i rapporti societari in quanto tali", relativamente ai quali "i soci sono portatori di loro interessi individuali, che restano distinti dall'interesse collettivo o sociale proprio della società".

Tali convenzioni, cui l'autore riconduce gli obblighi di prelazione sulla vendita delle azioni, o gli obblighi di non vendere le azioni entro una certa data, o gli obblighi di *put and call*, non sarebbero secondo tale impostazione ricompresi nell'esclusione posta dalla Convenzione di

⁴³² Cfr., BALLARINO, *Le società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit. Cfr., *amplius*, cap III, par.3.

⁴³³ Cfr., DRAETTA, *Brevi note sulla legge applicabile ai patti parasociali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, 565 ss.

Roma, e dunque vengono assoggettati alla *lex contractus* individuata secondo i criteri posti dalla disciplina convenzionale.

Diversamente, prosegue Draetta, sarebbero escluse dall'applicazione della Convenzione di Roma e, quindi, sarebbero soggette alla *lex societatis* individuata sulla base dell'art. 25 della l. 218/95, "quelle pattuizioni che si riferiscono alla struttura sociale, al capitale sociale o alla formazione della volontà sociale", quali gli accordi di esercitare il diritto di voto in un determinato modo, gli accordi volti a determinare a carico dei soci degli obblighi particolari, ed i sindacati di blocco.

Anche in queste ipotesi peraltro, prosegue l'autore, l'esclusione dell'applicazione della Convenzione di Roma "non osta a che la *lex contractus* si applichi a tutte le questioni di carattere generale, quali quelle relative ai vizi della volontà, alla liceità della causa, alla simulazione, nonché quelle relative all'inadempimento ed alle sue conseguenze sul piano del risarcimento del danno"⁴³⁴.

Draetta pertanto, ritenendo che la soluzione del problema della determinazione della legge applicabile ai patti parasociali passi "attraverso l'individuazione della linea di demarcazione tra due criteri diversi, l'applicazione della *lex societatis* e l'applicazione della *lex contractus*", conclude nel senso che tale demarcazione, che corre sul filo di un'indagine condotta sul contenuto del patto stesso, possa ben condurre all'applicazione di leggi diverse per questioni relative allo stesso patto⁴³⁵.

Altra impostazione, ponendo in evidenza la natura di atti di autonomia negoziale, fonte di obbligazioni contrattuali per le parti propria delle pattuizioni parasociali, ne ritiene "certa" l'inerenza alla *lex contractus* e dunque conclude per la soggezione "all'art. 57 della legge n. 218/95 e ai criteri di collegamento in esso previsti"⁴³⁶.

Salvo poi ritenere che "in assenza di indicazione fatta dalle parti relativamente alla legge applicabile, non può esservi incertezza, quanto meno dal punto di vista dell'ordinamento italiano, che sia la *lex societatis* quella regolatrice dei patti stessi, in forza dell'art. 25 comma 2 lett. g) della legge 218/95 che richiama tale legge per quanto riguarda le questioni relative ai diritti ed obblighi inerenti alla qualità di socio"⁴³⁷.

⁴³⁴ Cfr., *ibidem*, 567.

⁴³⁵ Cfr., *ibidem*, 565.

⁴³⁶ Cfr., MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano*, cit., 50; ID., *Patti parasociali e norme di diritto internazionale privato e comunitario*, cit., 128, ove l'A. precisa che "non sembrano esservi esitazioni quanto alla circostanza che il criterio di collegamento relativo ai patti parasociali sia quello previsto per le obbligazioni contrattuali"; BENEDETTELLI, *Commento all'art. 57*, cit., 1360 ss., secondo il quale l'esclusione dall'ambito di applicazione della convenzione delle questioni inerenti il diritto delle società non incide sulla riconducibilità sotto il regime convenzionale di rapporti appartenenti alla materia delle obbligazioni contrattuali quali i patti parasociali.

⁴³⁷ Cfr., MUNARI, *Riforma*, cit., 50.

Altro autore invece, muovendo dal collegamento esistente tra i patti parasociali ed il momento societario, evidenzia la particolare attitudine della figura ad influire sul regolare funzionamento degli organi sociali o sulla posizione del socio, che ne giustifica la sottoposizione alla *lex societatis* per quanto riguarda “i profili di valutazione della loro compatibilità con le norme generali concernenti il funzionamento degli organi sociali e la ripartizione delle competenze gestionali tra assemblea, soci e amministratori”, mentre richiama la disciplina della *lex contractus* designata secondo i criteri stabiliti dalla Convenzione di Roma “limitatamente alle questioni relative alla validità sostanziale e formale dei patti medesimi”⁴³⁸, rispettandosi in tal modo, prosegue Damascelli, “la competenza della *lex societatis* riguardo alla loro ammissibilità ed agli effetti che essi siano suscettibili di produrre sulla vita societaria”.

Riconosce peraltro l’autore che “vi sono ipotesi in cui la legge regolatrice dell’ente viene in considerazione in via del tutto marginale, come nel caso di impegni che si esauriscono nella sfera di autonomia dei contraenti”, in relazione alle quali, aderendo ad autorevole opinione⁴³⁹, Damascelli ritiene applicabile la legge regolatrice del contratto da cui traggono origine, ritenendo però che “in questi casi non siamo di fronti a veri patti parasociali – cioè, riprendendo la definizione dell’art. 2341 *bis*, comma 1, c.c., a patti che hanno il “fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società”- ma ad accordi tra soci che non influiscono sulla vita dell’ente”⁴⁴⁰.

Pur condividendo le premesse di tale affermazione, si ritiene di dissentire dall’autore sulle giustificazioni addotte, laddove si ritiene pertinente il richiamo al criterio di collegamento dettato dalla *lex societatis* se ed in quanto la pattuizione rientri nei “tipi” disciplinati dall’art. 2341 *bis* c.c. unici idonei a costituire, secondo Damascelli, la categoria dei patti parasociali, ritenendo diversamente applicabili agli “altri accordi tra soci” la disciplina dettata dalla *lex contractus*.

Appare pertanto necessario verificare se l’idea di collegare la disciplina dei patti parasociali alla *lex societatis* sia una chiara scelta operata dal legislatore della riforma attraverso la tipizzazione della categoria.

A questo fine occorre verificare la portata delle norme positive introdotte nel nostro ordinamento, la cui interpretazione dottrinale è alquanto varia ed ha condotto, in alcuni casi a soluzione che si ritiene, come si cercherà di sottolineare, di criticare.

⁴³⁸ Cfr., DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, cit., 109.

⁴³⁹ Cfr., BALLARINO, *Sulla Convenzione di Roma*, cit., 7 ss.; ID., *Diritto internazionale privato*, cit., 379.

⁴⁴⁰ Cfr., *ibidem*, in part. nota 60.

2. La ricognizione dell'ambito di operatività delle disposizioni di diritto materiale in presenza di un patto parasociale che presenti elementi di estraneità deve prendere le mosse dalla valutazione dell'art. 2341 *bis* c.c. che regola i patti parasociali finalizzati "a stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società".

Tale norma enuncia una particolare causa del patto parasociale⁴⁴¹ tale da individuare una fattispecie rilevante in grado di interferire con il momento societario e quindi con lo statuto della società.

Tra i patti stipulati al fine predetto e rientranti nelle tre previsioni normative citate si collocano infatti i sindacati di voto a maggioranza, i sindacati di blocco, i patti che vietano la vendita di azioni o la costituzione di pegno, usufrutto, o altri vincoli sulle stesse, i patti di stabilità che prevedano ad esempio l'acquisto congiunto di partecipazioni tali da consentire l'esercizio di un'influenza dominante sulla società o l'impegno per gli aderenti di non acquisire ulteriori azioni; ipotesi tutte in cui l'incidenza sul funzionamento e sull'organizzazione della compagine societaria richiederebbe il collegamento con la *lex societatis*.

In tal senso la migliore dottrina ha correttamente rilevato che l'appartenenza della disciplina di cui all'art. 2341 *bis* c.c. "alla fattispecie internazionalistica delineata dall'art. 25.2, legge di riforma del diritto internazionale privato, è indiscutibile, considerato che questa norma sottopone alla legge regolatrice dell'ente...le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato e socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità"⁴⁴².

Un ulteriore elemento di collegamento della disciplina positiva con la *lex societatis* emergerebbe poi dal seguente art. 2341 *ter* c.c. che, nel prevedere determinati obblighi di pubblicità dei patti parasociali per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, cui sono collegate le sanzioni dell'impossibilità dell'esercizio del diritto di voto per gli aderenti al patto che tali disposizioni abbiano violato, e dell'impugnabilità delle delibere assunte in violazione di detti obblighi, evidenzia l'espressa inerente dei patti disciplinati al momento societario^{443 444}.

⁴⁴¹ Cfr., in tal senso, GALGANO, GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., 87 ss.

⁴⁴² Cfr., BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, cit., 149 ss., in part. 162; MUNARI, *Patti parasociali e norme di diritto internazionale privato e comunitario*, cit., 127 ss., il quale evidenzia che il collegamento della disciplina dei patti parasociali individuati dalla norma alla *lex societatis* "parrebbe rappresentare una chiara scelta di diritto positivo in forza dell'art. 25, secondo comma, lett. g., che richiama tale legge per quanto riguarda le questioni relative ai diritti ed agli obblighi inerenti alla qualità di socio", in part. pag. 128.

⁴⁴³ Analoga sanzione, e dunque secondo il filo di tale ragionamento, analogo collegamento con il momento societario, è prevista dall'art. 122.4 T.U.F. relativamente alle società quotate in mercati regolamentati o diffuse al pubblico in maniera rilevante.

⁴⁴⁴ Occorre precisare che l'individuazione del contenuto del patto è rilevante ai fini della operatività dell'obbligo di pubblicità di cui all'art. 2341 *ter*: l'obbligo di pubblicità in esso previsto appare infatti riferibile ai soli patti che regolano l'esercizio del diritto di voto, essendo irrilevante per la società ed i soci conoscere la sussistenza di un patto che, ad esempio, pone vincoli alla circolazione delle azioni. In tal senso, cfr., A. PAVONE LA ROSA, *La*

Inoltre l'art. 1, comma 3, lett c) del d. lgs. 5/03, che ha introdotto il cd. "rito societario" prevede l'applicabilità delle nuove norme sul processo ordinario societario alle controversie relative ai patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'art. 2341 *bis* c.c. e agli accordi di collaborazione di cui all'art. 2341 *bis* u.c. c.c., evidenziando in tal modo la connessione di tali controversie con i rapporti societari.

Così ritenendo, dovrebbe da un lato concludersi, come fa la dottrina sopra criticata, che l'art. 2341 *bis* c.c. valga a costituire la categoria dei patti parasociali e a determinare la competenza della *lex societatis*, dall'altro che il collegamento con la *lex societatis* possa essere validamente affermato solo relativamente alle società per azioni quotate (soggette agli artt. 122 e ss. T.U.F.) e alle società per azioni che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ma non alle società per azioni chiuse ed in accomandita per azioni, alle società a responsabilità limitata ed alle società di persone controllanti società per azioni.

Quanto a tale secondo aspetto la valutazione del campo di applicazione dei dati normativi in commento impone di ricordare che la disciplina dei patti parasociali contenuta negli artt. 122-123 T.U.F. riguarda, a norma dell'art. 119 T.U.F., le sole società italiane quotate, così come la disciplina codicistica di cui agli artt. 2341 *bis* e *ter* c.c. si applica alle sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, cioè quelle, ex art. 2325 *bis* c.c., emittenti azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante⁴⁴⁵.

Ciò determinerebbe, secondo parte della dottrina, che il rilevato collegamento tra disciplina dei patti parasociali e momento societario, e la conseguente applicazione ai suddetti patti che presentino elementi di estraneità della *lex societatis*, sarebbe praticabile solo per tali figure societarie, mentre per le società per azioni "chiuse" e per quelle a responsabilità limitata sarebbe "rilevante il solo momento contrattuale"⁴⁴⁶.

Tale conclusione non appare peraltro condivisibile. Ed infatti, la circostanza che nella disciplina, ad esempio, delle società a responsabilità limitata non vi sia alcun richiamo alla normativa in tema di patti parasociali relativa alle s.p.a., né sia prevista alcuna disposizione *ad hoc*, non preclude certo ai paciscenti, nell'ambito dell'esercizio della loro autonomia

"trasparenza" dei patti parasociali nelle società per azioni "aperte", in *Riv. soc.*, 2007, 549, il quale osserva che "La disposizione (i.e. quella di cui all'art. 2341 *ter*) è da intendere dettata per i sindacati di voto, la cui finalità è tipicamente quella di attribuire ai soci in assemblea un peso che individualmente potrebbero non avere. Ed una conferma dell'attendibilità di questa ricostruzione del dato normativo sembra possibile trarre dal 2° comma dell'art. 2341 *ter*, il quale sancisce per l'ipotesi di omessa dichiarazione del patto la sospensione del diritto di voto...sanzione che all'evidenza si giustifica per accordi che abbiano ad oggetto l'esercizio del diritto di voto; e quindi non estensibile ai patti parasociali relativi alla circolazione delle azioni, che di per sé non possono alterare la normale formazione della maggioranza assembleare".

⁴⁴⁵ Il primo di tali articoli si applica anche alle società per azioni chiuse ed alle società in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e di persone, che controllino società per azioni.

⁴⁴⁶ Cfr., MUNARI, op. ult. cit., 129.

contrattuale, di concludere pattuizioni parasociali che, seppur svincolate dalle regole previste per le società per azioni, possono ben avere il medesimo oggetto e finalità di quelli indicati dalla disciplina codicistica.

La non applicabilità di una disciplina dettata dalla necessità di garantire una maggiore trasparenza e conoscenza dei patti parasociali non può a nostro avviso, in definitiva, portare a negare, per gli accordi stipulati in relazione a diversi tipi societari, l'inesistenza sempre e comunque di un collegamento con il momento societario.

Quanto detto può essere peraltro sviluppato anche per sottoporre a verifica la citata opinione secondo cui il legislatore della riforma avrebbe costituito all'art. 2341 *bis* la categoria dei patti parasociali, collegandoli alla *lex societatis*.

In primo luogo, occorre ribadire che non sembra che la riforma del diritto societario abbia operato una tipizzazione dei patti parasociali: solidi indizi in tal senso ne sono non solo la circostanza, già ricordata, che essa si limiti a disciplinare solo una parte degli accordi che la dottrina e la prassi riconducono a tale nozione, ma anche che questa tipizzazione avrebbe ambiti diversi per le società per azioni non quotate e per quelle quotate, cui è estranea la finalità di stabilizzazione degli assetti proprietari o di governo delle società, essa infine escluderebbe dal novero dei patti parasociali tutta una serie di accordi afferenti ad enti societari diversi (dalle società quotate e per azioni non quotate) che abbiano peraltro influenza sulla vita e sull'organizzazione societaria stabilizzando gli assetti proprietari o di governo delle società.

Ricordando allora che la *ratio* della disciplina specifica dei patti parasociali è quella di garantire la loro trasparenza al fine di meglio tutelare i soci estranei al patto e rendere quindi percepibile all'esterno l'assetto di interessi ad esso sotteso⁴⁴⁷, e che l'art. 2341 *bis* contiene una definizione dei patti parasociali che si basa sulla indicazione di un elemento finalistico (la stabilizzazione degli assetti proprietari e del governo della società), pare opportuno richiamare le le osservazioni svolte da Ballarino relativamente alla portata da riconoscere all'articolo citato.

Il chiaro autore precisa infatti che “a costituire la categoria dei patti parasociali...e a determinare la competenza della *lex societatis* è la fattispecie descritta nell'art. 2341 *bis* c.c. attraverso la funzione di “stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società”, e non le conseguenze che le sono ricollegate o il tipo di società cui i patti si riferiscono”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ Cfr., G. SANTONI, *Dei patti parasociali*, in *La Riforma delle Società*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, Tomo 1, p. 84 e ss., il quale evidenzia che la legge delega ha assegnato due precise finalità alla disciplina dei patti: “per tutte le s.p.a. una disciplina che ne limiti l'eccessiva durata, mentre per le sole società che fanno ricorso al capitale di rischio una disciplina che ne assicuri il necessario grado di trasparenza”.

⁴⁴⁸ Cfr., BALLARINO, op. ult. cit., 163.

Le finalità indicate dalla norma sono dunque correttamente assunte dall'autore quale "buon criterio" in base al quale selezionare i patti parasociali che, inerendo al momento sociale ed allo statuto della società rientrano, ai fini del collegamento internazionalprivatistico, nella *lex societatis*.

Questo non significa tuttavia, che al di fuori della delimitazione così operata la competenza a valutare i patti parasociali debba essere restituita alla *lex contractus*, in quanto, prosegue l'autore, "ogni accordo tra soci che abbia influenza sulla vita della società - e non soltanto quelli che il nostro ordinamento considera leciti in base alle tre ipotesi dell'art. 2341 *bis* o quelli per i quali è stabilito l'obbligo della trasparenza - deve essere valutato in base alla *lex societatis*", la quale peraltro eserciterà "una *vis attractiva* su accordi che non rispondono alle finalità di stabilizzazione di cui all'art. 2341 *bis* c.c. ma incidono su elementi strettamente connessi con lo statuto personale delle società, quali i conferimenti o la costituzione del capitale sociale"⁴⁴⁹.

Laddove il patto parasociale non presenti invece tali caratteristiche, osserva l'autore, esso dovrà essere ricondotto, "ai fini del collegamento internazionalprivatistico, alla Convenzione di Roma", alla cui disciplina appartiene comunque in ogni caso "il giudizio sul contratto come fattispecie-base (distinta rispetto agli effetti che produce) ossia sulla formazione del consenso, sulla determinatezza dell'oggetto, sul regime dell'invalidità o dell'inefficacia ecc."⁴⁵⁰.

Se dunque la fattispecie rilevante individuata dall'art. 2341 *bis* offre argomenti per individuarne la disciplina all'interno della *lex societatis*, nulla di più è possibile trarre dall'introdotta riforma, né in termini di collocazione sistematica dell'istituto né quanto a spazi per una nuova e diversa regolamentazione internazionalprivatistica.

Ora come allora la coesistenza all'interno di tali concezioni di aspetti contrattuali e societari induce a richiamare i due rispettivi criteri di collegamento ed impone di valutarne il funzionamento in concreto.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, 162-163. L'Autore porta ad esempio il patto con cui i soci si obbligino per un certo periodo di tempo a corrispondere alla società, successivamente alla sua costituzione, e su richiesta degli amministratori, ulteriori conferimenti.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, 163.

3. La valutazione dei confini della materia delle obbligazioni contrattuali e l'individuazione delle categorie di rapporti che, per quanto riconducibili alla generica nozione di contratto, debbano rimanere estranei alla regolamentazione prevista per le obbligazioni contrattuali, non ha finora permesso di identificare in modo netto una precisa collocazione della figura in esame.

La problematica che la fattispecie dei patti parasociali presenta trae origine dalla constatazione che si tratta di figure al confine tra autonomia negoziale e diritto societario; rapporti, corrispondenti alla generica definizione di contratto, che si pongono al punto di congiunzione tra le due discipline.

In assenza di riscontri normativi e giurisprudenziali specifici l'incertezza che l'interprete si trova a dover affrontare è quella della collocazione all'interno della materia societaria, e della relativa disciplina, di alcune categorie di obbligazioni relative a rapporti di natura genericamente contrattuale.

L'approccio al problema in termini di individuazione dei confini della materia, societaria o contrattuale, non ha dato risposte soddisfacenti, così una certa incertezza riscontrata sia nel diritto italiano che nei diritti stranieri quanto alla disciplina di collegamento ed ai tentativi di eliminare o sorpassare l'esitazione tra il collegamento alla *lex contractus* e quello alla *lex societatis*, convince che nel nostro ambito l'analisi di diritto internazionale privato debba rinunciare a dedurre dalle soluzioni di diritto interno le risposte quanto all'individuazione delle regole di conflitto.

Un esempio dell'approccio che qui si ritiene di criticare richiama la teoria del collegamento negoziale, avanzata in diritto interno per spiegare il legame tra la società ed un contratto ad essa esterno ma ad essa appunto "collegato", e la sua utilizzazione in campo conflittuale per giustificare l'individuazione della disciplina applicabile ai patti parasociali.

Si avvisa sin d'ora che tale richiamo pare inappropriato per la costruzione della regolamentazione conflittuale delle convenzioni parasociali e che le stesse incertezze e difficoltà che si riscontrano in diritto interno innanzi al concetto di collegamento negoziale⁴⁵¹, si ripresentano invero all'interprete internazionalista.

La figura dei contratti collegati è stata individuata da un'autorevole dottrina⁴⁵² quale possibile strumento per risolvere i problemi di collegamento che la fattispecie dei patti

⁴⁵¹ Cfr., nella dottrina italiana, C.DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, 279 ss.; G.FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 432; R.SCOGNAMIGLIO, voce "Collegamento negoziale", in *Enc. dir.*, VII, 375 ss.; per la dottrina francese si rinvia a B.TEYSSIE', *Les groups de contrats*, 1975; F.LECLERC, *Les chaines de contrats en droit international privé*, in *Clunet*, 1995, 267 ss. L'esame dei patti parasociali condotta in chiave di collegamento negoziale è stata del resto già sottoposta a critica, cfr., in particolare, Cap. I, par. 8

⁴⁵² Cfr., A.GIARDINA, *Les contrats liés en droit international privé*, in *Trav. Com. fr.*, 1995-1998, 97 ss.

parasociali presenta. Ricordando che i contratti collegati sono «des contrats différents et en principe autonomes entre eux, chacun produisant ses effets propres, mais liés par le fait d'être destinés à l'accomplissement d'une fonction commune...contrats qui ont une structure autonome, mais qui sont liés du point de vue fonctionnel»⁴⁵³, Giardina osserva che “le rattachement unilatéral entre contrat de société et pactes d'actionnaires”⁴⁵⁴ porta a verificare se il legame esistente conduca all'applicazione di un'unica legge (la legge del contratto di società), ovvero se i rapporti collegati siano soggetti in linea di principio “chacun à sa loi”⁴⁵⁵.

La risposta a tale quesito richiama, come sostenuto dall'autore⁴⁵⁶, il rapporto tra il tema del *dépeçage* ed il principio cardine di prossimità⁴⁵⁷: da un lato, la soluzione, cui condurrebbe l'applicazione del principio di prossimità, sarebbe quella di sottomettere ad una stessa legge regolatrice i contratti collegati; dall'altro, l'espressa previsione nella Convenzione di Roma della possibilità di *dépeçage* (art. 4 n. 1), porterebbe a ritenere che “si face à un contrat unique, il est possible qu'un ou plusieurs de ses éléments soient soumis à des lois différentes de celle qui régit le contrat à titre principal, il est alors à présumer exactement le contraire de la soumission à une loi unique du groupe de contrats, c'est à dire que, en principe, la règle serait que chaque contrat doit être régi par sa loi propre”⁴⁵⁸.

In tale seconda ipotesi, prosegue l'autore, la possibile applicazione di regole materiali di differenti paesi a contratti collegati solleva in via applicativa delle difficoltà, ponendosi il problema del coordinamento tra regolamentazioni nazionali differenti, o talora divergenti, dato che il legame sussistente tra i contratti collegati fa sì che almeno uno tra essi, come nel caso che ci occupa, produca la propria influenza sull'altro.

Ne consegue che possono ben concepirsi delle situazioni in cui l'applicazione a ciascun contratto collegato della propria legge, e quindi la diversità delle leggi applicabili, conduca a delle soluzioni d'insieme contraddittorie o insoddisfacenti⁴⁵⁹.

⁴⁵³ Cfr., GIARDINA, *ibidem*, 98. Questa affermazione richiama quanto in diritto interno già Oppo chiariva in termini di collegamento funzionale tra contratto di società e contratti parasociali, cfr., Cap. I.

⁴⁵⁴ Che comporta che “si le premier contrat explique [produit] des effets sur le second, l'inverse ne se réalise pas”, cfr., GIARDINA, *ibidem*, 100. I patti parasociali presuppongono l'esistenza dell'accordo costitutivo di società, la cui nullità o estinzione determina la nullità o l'estinzione dell'accordo parasociale, in tal senso, cfr., SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, 164 ss; OPPO, *Contratti parasociali*, cit.

⁴⁵⁵ GIARDINA, *ib.*, 98.

⁴⁵⁶ GIARDINA, *ib.*, 102.

⁴⁵⁷ Quanto alla tecnica del *dépeçage*, cfr., P.LAGARDE, *Le dépeçage en droit international privé des contrats*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, 649 ss.; in particolare per il suo utilizzo nell'ambito della Convenzione di Roma, cfr., GIARDINA, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, a cura di TREVES, Padova, 1983, 5 ss. Per il principio di prossimità, cfr., LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *RCADI*, t. 196, 1986, 10 e ss.

⁴⁵⁸ Cfr., GIARDINA, *op.ult. cit.*, 102.

⁴⁵⁹ Il rimedio prospettabile secondo tale impostazione sarebbe quello di ricorrere nel caso concreto all'adattamento delle regole materiali contraddittorie che devono applicarsi simultaneamente, applicando i diritti competenti in maniera

Di fronte ai problemi materiali posti da tale collegamento, Giardina suggerisce di ritornare ad una “application intégrale, mais correcte, du principe de proximité qui régit le droit des conflits en matière de contrats”⁴⁶⁰.

In particolare l’autore ritiene che “il ne s’agit pas...de donner pour acquis le lien entre les contrats...et d’admettre immédiatement qu’un contrat exerce son influence sur les autres. Ce lien est pris en considération ici seulement au niveau des règles de conflit pour déterminer les lois applicables aux divers contrats”.

La soluzione suggerita sarebbe allora quella di ricorrere alla clausola di eccezione di cui all’art. 4 n. 5 della Convenzione di Roma, con la conseguenza di sottomettere il contratto collegato ad una legge differente da quella che sarebbe applicabile in base al criterio della prestazione caratteristica. La conseguenza pratica sarebbe l’assoggettamento dei contratti collegati ad un’unica legge, “avec ce résultat ultérieur de soumettre à une loi materielle unique (que l’on espère au moins cohérente) les problèmes complexes et difficiles des effets substantiels du lien entre contrats”, pur dandosi atto che l’assoggettamento ad un’unica legge materiale incontra evidenti ostacoli laddove le parti abbiano sottoposto ciascun contratto collegato ad una legge differente ⁴⁶¹.

Il ricorso a tale ricostruzione per la disciplina delle pattuizioni parasociali sembra peraltro presentare molteplici ragioni di inopportunità.

In primo luogo ci si può domandare se il legame esistente tra i contratti collegati richieda di essere valutato con riferimento alla globalità dell’operazione contrattuale o limitatamente agli aspetti dei contratti che sono legati, vale a dire se i due rapporti obbligatori richiedano l’applicazione di un’unica legge ovvero se quest’unica legge si limiti a regolare la norma

differente rispetto a quella dagli stessi prevista, o privilegiando una soluzione materiale sull’altra in violazione delle regole di conflitto che imporrebbero l’applicazione simultanea di due leggi, o ancora creando una disciplina materiale nuova e differente da ciascuna delle discipline contraddittorie in principio applicabili; cfr., in tal senso, GIARDINA, *ibidem*, 103; soluzioni, queste, che peraltro contraddicono il principio di base sopra enunciato secondo cui ciascun contratto deve essere soggetto alla propria legge.

⁴⁶⁰ Cfr., GIARDINA, op. ult. cit., 103.

⁴⁶¹ Cfr., GIARDINA, op. ult. cit., 105, il quale ritiene “souhaitable que les problèmes posés par les contrats groupés soient résolus, dans la mesure du possible, par un meme ordre juridique plutot que par des ordres différents. Sans vouloir transformer la clause d’exception de l’art. 4 n. 5 de la Convention de Rome dans une règle générale, il semble opportun d’encourager la tendance à soumettre les contrats liés à une même loi”. Tale soluzione richiama quella adottata nel sistema conflittuale svizzero in cui in caso di contratti collegati la legge applicabile si determina separatamente per ciascuno di essi sotto riserva dell’operare della clausola di eccezione di cui all’art. 15 della legge di diritto internazionale privato, secondo cui “le droit désigné par la présente loi n’est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l’ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n’a qu’un lien très lâche avec ce droit et qu’elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit”, prevedendo peraltro al II comma che “cette disposition n’est pas applicable en cas d’élection de droit”, cfr., DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Helbing & Lichtenhahn, 1997, 36 ss.; PATOCCHI, GEISINGER, *Code de droit international privé suisse annoté*, Lausanne, 1995, 112 ss.

imperativa che lega il contratto quando vi è un'operazione vietata, mentre gli altri elementi del contratto collegato restano soggetti ad una legge in ipotesi differente.

In tal caso potrebbe essere piuttosto l'art. 7 della Convenzione di Roma, clausola che regola il meccanismo delle norme imperative, a riunire i due contratti, ma limitatamente a ciò che appare necessario, ciò che crea un *dépeçage* supplementare all'interno dei due contratti.

A ciò si aggiunga che, come già rilevato, lo stesso legame tra patto parasociale e società è suscettibile di presentarsi con differenti intensità, cosicché l'impossibilità di compiere *a priori* una valutazione astratta dell'influenza di tale collegamento, conduce a non potersi servire della clausola di eccezione quale regola generale.

Non pare inoltre che la possibile applicazione ai contratti collegati di norme materiali di differenti paesi sia suscettibile di sollevare le paventate difficoltà, il fenomeno anzi essendo frequente nella nostra materia, basti considerare le numerose ipotesi in cui differenti aspetti di una stessa situazione giuridica sono soggetti a leggi differenti in relazione ad es. a capacità delle parti, forma, merito.

Appare infine che, sebbene la nostra materia appaia sempre di più dominata da preoccupazioni di giustizia materiale⁴⁶², la sua ragion d'essere riposi nella necessità di rispettare le diversità delle soluzioni legislative, di modo che il suo obiettivo primario resta quello di prendere in considerazione e conferire tutela sia alle legittime aspettative delle parti, sia agli interessi generali.

4. Il problema della determinazione della legge applicabile ai patti parasociali si riduce dunque alla questione della scelta della categoria giuridica che possa accoglierli, o meglio, la difficoltà che sollevano i patti parasociali è innanzitutto quella della qualificazione⁴⁶³.

Tale scelta appare peraltro particolarmente delicata in ragione del fatto che la figura che stiamo analizzando si presenta come intermedia, ovvero a cavallo di più categorie giuridiche.

⁴⁶² Cfr., HEUZE', *Loi de l'action directe et groupe de contrats*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1996, 242 ss.

⁴⁶³ Il termine qualificazione individua nel linguaggio giuridico "le raisonnement par suite duquel on décide que tel fait ou telle série de faits relèvent du champ d'application d'une règle de droit déterminée et d'une seule" (così B. ANCEL, voce *Qualification*, in *Rép. Int. Dalloz*, 1998, 2 ss). Il procedimento di qualificazione consiste in due diversi processi logici: il primo, quello della sussunzione, consiste nel "penser un objet particulier comme compris dans le concept d'ensemble dont il reprend les traits constitutifs", il secondo, quello di vera e propria qualificazione, si manifesta nel "reconnaître dans cet objet particulier la qualité qui permet de ne l'attribuer qu'à un seul concept, à l'exclusion de tous les autres" (*ibidem*). Il problema di qualificazione, di cui i conflitti di legge costituiscono un campo d'elezione, nasce allora sia se l'oggetto non sia suscettibile di posizionarsi perfettamente in alcun concetto, sia al contrario quando si situi spontaneamente in più concetti.

In tale contesto l'analisi della fattispecie in esame, finalizzata alla ricerca della legge applicabile, dovrà essere condotta secondo la categoria astratta ad essa riservata dalla *lex fori*⁴⁶⁴; una volta individuato l'ordinamento competente, occorrerà poi determinare le norme concretamente applicabili alle convenzioni parasociali, e ciò in base alla qualificazione contenuta nella *lex causae*.

Attraverso tale metodo è peraltro possibile ipotizzare il verificarsi di incertezze dovute alla diversa classificazione dei patti parasociali nei diversi ordinamenti giuridici, permettendo essi la considerazione di due criteri di collegamento: la categoria dei contratti, e la categoria delle società.

La differente qualificazione dei patti parasociali all'interno degli ordinamenti in conflitto è idonea a generare i cd. "conflitti di qualificazione"⁴⁶⁵, in presenza dei quali la medesima questione, affrontata contemporaneamente o successivamente dinanzi ai giudici di due Stati diversi, riceve soluzioni dissimili.

La costruzione di una qualificazione autonoma di obbligazione contrattuale operata dalla Corte di Giustizia⁴⁶⁶, non mette infatti al riparo da un rischio di qualificazioni divergenti in particolare tra l'operazione di qualificazione effettuata nell'ambito del diritto internazionale privato e quella effettuata in diritto interno che può condurre ad una "schizofrenia" della qualificazione⁴⁶⁷, suscettibile di interessare tutte le questioni poste alla frontiera del diritto dei contratti, che rischiano di dar luogo ad una tale opposizione di qualificazioni⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Oggetto della qualificazione, cioè del confronto tra la realtà e l'ipotesi normativa, sono infatti i fatti mediati da una loro interpretazione giuridica condotta *lege fori*, cfr., B. ANCEL, *L'objet de la qualification*, in *Clunet*, 1980, 234 ss.

⁴⁶⁵ Cfr., B. ANCEL, *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, (Dalloz), 1977, 179 e ss. e 265 e ss. Non costituendo il conflitto di qualificazione l'oggetto della nostra ricerca, ci si può limitare ad evidenziare che esso è suscettibile di porsi solo al momento dell'applicazione e dell'interpretazione della regola di conflitto laddove la situazione di fatto sia attribuita a due categorie differenti dal giudice del foro e dal giudice la cui legge è applicabile. Merita peraltro evidenziare la distinzione, ben sottolineata da Ancel (in part. pagg. 176 e 178), tra "conflict de catégories" e "conflict de qualifications": il primo richiede di esaminare il diritto civile per stabilire il collegamento più adeguato al caso di specie, il secondo invece rinvia al problema dell'esistenza di sistemi autonomi di diritto internazionale privato ed alla loro interazione reciproca.

⁴⁶⁶ Cfr., CGCE, sent. 8 marzo 1988, causa C. 9/87, *SPRL Arcado c. SA Haviland*, in *Raccolta*, 1988, 1539 ss.; CGCE, sent. 17 giugno 1992, causa C. 26/91, *Jacob Handte et Cie GmbH*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1992, 726, che definisce la nozione autonoma di contratto come "impegno liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra".

⁴⁶⁷ Cfr., LE TOURNEAU-CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1998, 291.

⁴⁶⁸ La divergenza di qualificazioni può essere intesa con esclusivo riferimento al diritto materiale interno dello Stato richiamato, oppure anche in relazione al diritto internazionale privato di quest'ultimo, e cioè in maniera tale da rimettere in discussione la competenza dell'ordinamento designato a regolare la fattispecie, dando luogo al cd. "rinvio di qualificazione" (cfr., FRANCESEKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, (Sirey), 1958, 82 ss. il quale fornisce di tale meccanismo una lucida descrizione: "le système du for a commencé par attribuer la donnée litigieuse à une catégorie juridique et c'est par cette "qualification" qu'il a été conduit à mettre en oeuvre telle ou telle de ses règles de conflit. Mais il se peut que le système étranger se fasse une conception différente de la catégorie juridique à laquelle appartient la donnée litigieuse. Un conflit de systèmes semble ainsi devoir être retenu du fait que les deux systèmes en présence, bien que contenant, par hypothèse, des règles de conflit de teneur identique, n'attribuent pas la donnée litigieuse à la même règle... Pris de la sorte au niveau de leurs règles de conflit deux systèmes peuvent, le cas échéant, apparaître en conflit, positif d'ailleurs autant que négatif. S'agissant du second, le problème paraît, à première vue, devoir purement et simplement se réduire à celui du renvoi. De fait la doctrine n'a

E' evidente infatti che, a seconda di come le norme vengono qualificate, "esse possono assumere una portata più o meno ampia includendo oppure escludendo la disciplina di determinate fattispecie"⁴⁶⁹.

Ciò del resto è emerso chiaramente anche nell'ambito dei lavori del Consiglio tedesco di diritto internazionale privato (*Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*) che, nell'elaborazione di una proposta di Regolamento comunitario sul diritto internazionale privato delle società, ha rilevato che la determinazione di ciò che è ricompreso nella "struttura organizzativa" della società, disciplinato dalla *lex societatis* a norma dell'art. 3 della predetta proposizione, rinvia ad una questione di qualificazione, la cui soluzione è affidata ai singoli ordinamenti giuridici⁴⁷⁰.

A tale riguardo il Consiglio, in sede di motivazioni, ha precisato che "la détermination de ce qui relève précisément de cette notion est une question de qualification; ainsi, par exemple, comme la légalité de conventions de vote conclues entre associés affecte le fonctionnement de l'assemblée des associés, cette problématique est considérée comme relevant de la structure organisationnelle; les conventions elles-mêmes ainsi que d'autres accords relevant du droit des obligations conclus entre associés ne relèvent, quant à eux, généralement pas de la structure organisationnelle mais obéissent aux règles de rattachement applicables aux obligations contractuelles...il appartient aux juridictions d'y répondre au cas par cas en tant que question de qualification"⁴⁷¹.

pas manqué d'envisager un "renvoi de qualification"; ANCEL, *Les conflits de qualification*, cit., 227 ss.; Y. LEQUETTE, *Le renvoi de qualification*, in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, Paris, 1990, 249 ss. Per un esame approfondito del rinvio di qualificazione si rinvia a S. TONOLO, *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di leggi*, Milano, (Giuffrè), 2003. Il rinvio da un ordinamento all'altro, regolato nel sistema italiano di diritto internazionale privato dall'art. 13 l. 218/95, si determina in questo caso non tanto a causa della difformità tra i criteri di collegamento della *lex fori* e quelli della legge straniera richiamata, quanto in seguito al cd. "conflitto di sistemi", generato dalle diverse interpretazioni rese in ordine a fattispecie apparentemente identiche nell'ordinamento del foro e nel sistema giuridico straniero. Si possono in tal modo presentare "sia conflitti di qualificazioni, sia problemi di qualificazione dopo il rinvio, sia rinvii di qualificazione. Mentre i primi sono ben noti all'operatore giuridico italiano poiché si tratta di una questione classica del diritto internazionale privato, gli altri sono in parte nuovi per il nostro ordinamento poiché si possono presentare solo in sede di applicazione del rinvio" (cfr., S.BARIATTI, *Legge 31 maggio 1995. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1343).

⁴⁶⁹ Cfr., VITTA, *Diritto internazionale privato*, cit., 248.

⁴⁷⁰ Cfr., *Conseil allemand pour le droit international privé, Proposition en vue de l'adoption d'une réglementation du droit international des sociétés au niveau européen*, cit., 712 ss. L'art. 3 della proposta stabilisce che la legge applicabile alle società regola in particolare (n. 4) la sua "struttura organizzativa e funzionale".

⁴⁷¹ Cfr., KINDLER, *Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*, cit., 657 ss., il quale sottolinea che "con riguardo ai patti parasociali si è ritenuto, in seno al gruppo di esperti tedesco, che la loro ammissibilità sia disciplinata dalla *lex societatis* in quanto tali patti sono connessi al funzionamento dell'assemblea dei soci. Per il resto trova invece applicazione la *lex contractus* alla quale i patti parasociali sottostanno nel caso concreto". Dall'affermazione dell'Autore emerge chiaramente che la scelta per il criterio di collegamento delle società è stata avanzata se, ed in quanto, il patto riguardi ed influenzi il funzionamento dell'assemblea, trovando negli altri casi applicazione il criterio di collegamento previsto in materia contrattuale.

Il fatto che gli stessi studiosi riuniti non siano riusciti a giungere all'individuazione di un criterio di collegamento comune evidenzia ancora una volta perfettamente il carattere sensibile della problematica.

Tale questione ricalca quella che si presenta nel diritto interno; nell'uno e nell'altro caso si tratta di sapere se la figura debba essere collocata sul piano dei contratti o sul piano delle società.

Appare peraltro che ogni sforzo di qualificazione compiuto dalla dottrina continentale nel tentativo di qualificare la figura dei patti parasociali si sia arrestato di fronte all'impossibilità di delimitare univocamente i suoi elementi caratterizzanti: da un lato i giudici si confrontano con l'enigma qualificatorio delle convenzioni parasociali, dall'altro la dottrina sviluppa differenti forme di "bricolage giuridico" certo poco soddisfacenti allo scopo di qualificare la figura ora nell'ambito contrattuale ora in quello societario.

La sussunzione della figura in una categoria, in diritto internazionale privato, non è tanto funzionale ad un mero esercizio classificatorio, quanto comporta due precise conseguenze: attribuisce la competenza ad una norma di conflitto e, conseguentemente, ad alla legge designata al criterio di collegamento associato alla categoria.

Appare certo peraltro che i criteri in base ai quali deve essere risolta tale incertezza tra la collocazione in più categorie giuridiche in diritto internazionale privato, non possono essere quelli che trovano applicazione nel diritto civile: nel diritto interno le preoccupazioni sono quelle, posta la natura contrattuale dei patti parasociale, di verificarne e legittimarne gli effetti nei confronti della società.

Dal punto di vista del diritto internazionale privato, la ricerca di una qualificazione ha per obiettivo di "décrire la catégorie à la quelle s'applique un rattachement", o meglio che "le contenu des catégories est nécessairement tributaire de la raison d'être du rattachement qui lui est associé", in tal senso la nozione veicolata dal diritto internazionale privato deve essere pensata a partire del criterio di collegamento assegnato, e non in funzione del regime giuridico applicabile in diritto interno⁴⁷².

E' stato opportunamente evidenziato⁴⁷³ che "le catégories utilisées par le droit international privé sont les catégories générales ordinaires de l'ordre juridique" le quali, da un lato, difettano di frontiere nette, dall'altro, "définissent...un appareil de droit interne, articulé sur la

⁴⁷² Cfr., HEUZE', *La notion de contrat en droit international privé*, in *Trav. Com. fr.*, 1995-1998, 320ss. Si può evidenziare che la maggior parte della letteratura giuridica consacrata ai contratti si è concentrata sul criterio di collegamento e non sulla categoria, cfr., J.-C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Thèse Paris II, éd. Economica, (Paris), 1992; HEUZE', *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, Thèse Paris II, Paris, (GLNJ), 1988.

⁴⁷³ Cfr., ANCEL, voce *Qualification*, cit., 9 e ss.

considération des intérêts de justice matérielle, sans égard particulier pour les intérêts de la justice de droit international privé. En s'appropriant ces catégories, les règles de conflit se sont dotées d'un instrument imparfait que l'expérience qui l'avait forgé n'a pas ajusté à leur besoins”.

Tale incertezza si manifesta con particolare evidenza in presenza di quelle che vengono definite “questions cavalières”⁴⁷⁴, ovvero le fattispecie poste a cavallo delle frontiere che delimitano le categorie di diritto interno. In relazione ad esse, le difficoltà sollevate dall'operazione di sussunzione, suscettibile di individuare diversi collegamenti e non sfociare in alcuna scelta, dovrà procedersi ad una “qualification *stricto sensu* qui...conduira vers la règle de conflit à la fois la plus propre à rendre compte des singularités de celle-ci et offrant le rattachement le plus pratique et le plus aise à mettre en oeuvre”⁴⁷⁵.

In tal senso occorre partire dal criterio di collegamento e dalle ragioni che lo hanno determinato, dovendo indagarsi per una determinata fattispecie, non tanto se essa è riconosciuta come contrattuale dagli ordinamenti in esame, quanto se siano valide nei suoi confronti le giustificazioni alla base del collegamento individuato per la materia contrattuale, se sussista in altre parole, la medesima *ratio legis*⁴⁷⁶.

Pare allora più opportuno sotto il profilo del metodo di questo esame, approfondire l'approccio consistente nel qualificare un dato rapporto in funzione delle caratteristiche dei criteri di collegamento impiegati dalle norme *prima facie* applicabili.

Secondo questo modo di procedere, “c'est en partant du rattachement, et des raisons qui ont conduit à sa consécration, que l'on doit procéder: pour une situation donnée, ce qu'il importe de déterminer, ce n'est pas si elle serait reconue comme contractuelle par tous les États..., que si valent à son égard les justifications de rattachement retenue de façon générale pour la matière contractuelle”⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, 10, ed in *Conflits de qualifications*, cit., 121, ove l'autore, a proposito della “donation entre époux”, evidenzia la difficoltà di tali figure osservando che “au regard du droit français...ne se classe pas immédiatement dans la catégorie successorale plutôt que dans celle du statut personnel. Il suffit de rappeler que l'ambiguïté de la qualification ouvre la voie à l'une comme à l'autre qualification ». Tali fattispecie intermedie vengono definite da BARTIN, op. cit., “ambiguës”.

⁴⁷⁵ Cfr., ANCEL, op. ult. cit., 10.

⁴⁷⁶ Cfr., HEUZE', *Ib.*, 320; ANCEL, voce *Qualification*, cit., 9, secondo il quale “le problème de qualification se résout normalement par référence au sens de la règle de conflit”. In un altro scritto (*Les conflits de qualifications*, cit., 133), Ancel osserva che « pour garantir la régularité de la mise en oeuvre du procédé [de qualification] au regard de la mission à lui dévolue, cette operation ne peut avoir pour but que de vérifier si la disposition substantielle en cause entre dans la catégorie et non de faire en sorte qu'elle y rentre ».

⁴⁷⁷ Cfr., HEUZE', *La notion de contrat en droit international privé*, cit., 320.

Tale impostazione si iscrive in una lettura funzionalistica della norma di diritto internazionale privato⁴⁷⁸, per cui “la règle de conflit, une fois élaborée s’exprime dans une enchaînement catégorie-rattachement” ma tuttavia, “dans la phase d’élaboration, c’est parfois le rattachement qui...aura contribué à la délimitation de la catégorie”; vi è dunque “une interaction, ou dialectique, entre le choix des rattachements et la compréhension des catégories”⁴⁷⁹.

Seguendo tali indicazioni, non si tratterà tanto di delimitare orizzontalmente la portata applicativa della *lex societatis* individuandone i confini rispetto alla *lex contractus* relativamente alla fattispecie in esame, quanto di identificare verticalmente il novero delle questioni alle quali la disciplina individuata vuole e può applicarsi.

Tale questione verrà affrontata nelle pagine che seguono assumendo a parametro alcune significative figure di patti parasociali e verificando i risultati cui di volta in volta si ritiene di giungere.

Un giudizio su tali accordi non può essere infatti sviluppato che a partire dall’esame di singoli tipi di patti; solo una volta eseguita questa verifica sarà possibile operare una generalizzazione delle conclusioni cui si è giunti al fine di verificare se possano riscontrarsi principi generali applicabili nelle varie ipotesi.

Anticipando per chiarezza i risultati dell’indagine, si può dire sin d’ora che si cercherà di dimostrare che la linea di demarcazione tra la materia contrattuale e quella societaria non può essere tracciata, nel nostro studio, con definitiva nettezza.

5. I patti parasociali, in quanto contratti, rinviano di principio alla competenza della *lex contractus*; tuttavia, la considerazione che i soggetti stipulanti sono soci di una società e dispongono dei diritti loro spettanti in virtù della partecipazione al contratto di società sembra toccare in più circostanze i meccanismi del diritto delle società, innescando la concorrenza della *lex societatis*.

Il concorso dei due criteri di collegamento suggerisce, seguendo le indicazioni dottrinali che sono state approfondite nel capitolo precedente⁴⁸⁰, di considerare due aspetti che devono essere tenuti distinti: da un lato, i rapporti tra i paciscenti e gli effetti dell’accordo tra le parti, dall’altro, gli effetti prodotti dall’accordo nei confronti della società.

⁴⁷⁸ Cfr., B.AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la “crise” des conflits de lois)*, in *RCADI*, 1984, 271.

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

⁴⁸⁰ Cfr., cap. II, in particolare le opinioni di BOUCOBZA, op. cit.; e di GARCIMARTIN ALFEREZ, op. cit.

Un esempio potrà chiarire la necessità di tenere distinti i due piani.

Si faccia il caso di un patto parasociale, che le parti abbiano sottoposto alla legge francese, afferente ad una società italiana, in cui uno degli aderenti si impegni a cedere agli altri le partecipazioni che possiede nella società e a riacquistarle successivamente ad un prezzo almeno uguale al prezzo di cessione.

A quale legge spetterà valutare un patto che riguardi la possibilità per un socio di essere esentato dalla partecipazione alle perdite della società?

Sembra che solo la legge italiana possa pronunciarsi sulla validità dell'operazione secondo il diritto delle società, e l'eventuale designazione del diritto francese a titolo di *lex contractus* non potrà avere alcuna influenza o, meglio detto, poiché la questione oltrepassa le semplici relazioni contrattuali tra le parti per entrare in contatto con il momento societario, la legge francese non potrà applicarsi che ai rapporti tra le parti. Poiché dunque si tratta di una questione attinente al diritto delle società, la legge italiana dovrà essere applicata a titolo di *lex societatis*.

Si può portare poi il caso di una convenzione con cui Tizio si impegna per un determinato periodo a rivestire la carica di amministratore di una s.p.a., vincolandosi altresì a seguire le direttive impartite dai soci di maggioranza; patto relativo ad una società italiana e assoggettato dai soci ad una legge differente.

Si tratta di un accordo che è suscettibile di influire sul principio della esclusiva responsabilità degli amministratori per la gestione della società, materia che attiene direttamente al funzionamento della società.

Tale questione ricade dunque sotto il governo della *lex societatis* cui spetterà di pronunciarsi sulla validità dell'accordo parasociale, e quindi della legge italiana, secondo cui il patto dovrebbe essere considerato invalido.

Anche in questo caso la delimitazione tra *lex contractus* e *lex societatis* si opera in funzione della valutazione degli effetti patto: nei confronti dei paciscenti si dovrà affermare la competenza della legge del contratto, ma per quanto riguarda gli effetti prodotti nei confronti della società, dovrà riconoscersi la competenza della *lex societatis*.

Ne deriva che il campo di applicazione della legge d'autonomia sarà ristretto tutte le volte in cui la pattuizione delle parti tocchi l'organizzazione societaria stessa, materia di competenza della legge regolatrice della società.

L'accordo si iscrive allora necessariamente nel quadro del contratto, ma spetterà alla legge della società decidere se le modifiche al funzionamento dell'organizzazione societaria siano ammissibili e quali ne siano le conseguenze.

In altre parole, sarà la *lex societatis* a determinare lo spazio del contratto nel quadro dell'organizzazione del funzionamento della società: i rapporti tra le parti riportano alla legge del contratto, mentre gli effetti di tali accordi sulla società ed in particolare la validità delle decisioni societarie adottate conformemente a tali accordi devono essere apprezzate alla luce della *lex societatis*⁴⁸¹.

La soluzione qui proposta è stata seguita dal *Tribunal de Grande Instance de Paris*⁴⁸² nel decidere una domanda di *exequatur* in Francia di una decisione resa dalla Corte del Delaware in un procedimento instaurato dal *Credit Lyonnais* e dalla società M.G.M. nei confronti della società P.C.C. e di alcuni soci italiani di questa relativamente all'acquisizione del controllo della M.G.M.

Al fine di meglio comprendere il ragionamento seguito dal Tribunale occorre chiarire che tra la società P.C.C., la società M.G.M., il *Crédit Lyonnais* ed alcuni soci della P.C.C. erano intervenuti una serie di accordi, comprendenti accordi di gestione ed accordi sull'esercizio del diritto di voto, sottoposti dalle parti alla cognizione di una determinata legge (legge dello Stato di New York).

La Corte del Delaware, al fine di valutare la validità delle decisioni assunte in seno alla società P.C.C. in applicazione degli accordi conclusi tra le parti, ha applicato la legge del Delaware, quale legge della società P.C.C.

Il Tribunale di Grande Istanza, innanzi alla contestazione secondo cui la Corte avrebbe dovuto applicare agli accordi la legge espressamente prevista dalle parti e non la legge della società, ha significativamente statuito che il litigio deciso dalla Corte americana non riguardava "l'interprétation ou l'exécution des accords..., litige qui aurait rendu nécessaire l'examen de ceux-ci au regard des lois auxquelles ils faisaient référence", ma l'esame della validità delle decisioni assunte dal *Crédit Lyonnais* secondo la legge del Delaware, legge applicabile alla società P.C.C.

Nel ragionamento del Tribunale appare pertanto chiara l'idea che gli effetti dell'accordo tra le parti debbano essere apprezzati in applicazione della legge scelta dalle parti per regolare il contratto, mentre la validità delle decisioni sociali assunte in applicazione di tali accordi dipende dalla *lex societatis*.

⁴⁸¹ Sarà dunque la *lex societatis* a valutare della liceità o meno dell'accordo, ma la relativa sanzione sarà stabilita dalla *lex contractus*, con il conseguente possibile crearsi di un fenomeno di asimmetria. Più chiaramente, poiché la sanzione prevista dalla legge regolatrice del contratto può essere più rigorosa o, al converso, maggiormente liberale rispetto a quanto previsto dalla legge che regola la società, potrà darsi che la proporzionalità tra violazione e relativa sanzione non venga rispettata.

⁴⁸² Si tratta dell'*affaire Perretti*; cfr., TGI Paris, 10 février 1993, in *Clunet*, 1993, 599 ss., e in *Rev. crit. droit int. privé*, 1993, 664 ss., nota Gaudemet-Tallon.

6. La ripartizione della competenza qui proposta tra legge regolatrice del contratto e legge regolatrice della società al fine di determinare la validità e l'opponibilità alla società di quelle convenzioni che hanno ad oggetto l'esercizio di un diritto proprio del socio e per effetto l'alterazione delle regole di funzionamento interno della società, merita di essere approfondita in particolare con riferimento ad uno dei patti più rilevanti nella pratica: le convenzioni di voto.

Anche in tal caso la considerazione che la pattuizione, di natura contrattuale, vada in quanto tale assoggettata alla regola di conflitto applicabile ai contratti, si scontra con la valutazione dell'oggetto della convenzione, ovvero l'esercizio in concreto del diritto di voto, e richiama dunque necessariamente la competenza della *lex societatis*.

Il conflitto tra le due leggi riporta alle riflessioni svolte dalla dottrina in tema di *contrat international d'acquisition de société*⁴⁸³: il contratto "relève bien de la *lex contractus*", ma tale competenza deve essere scartata ogni qualvolta esso alteri il funzionamento della società, incidendo su questioni attinenti alla sua organizzazione interna, quale è appunto il diritto di voto dei soci.

Riprendendo le fila delle riflessioni svolte nei precedenti paragrafi, appare dunque che la questione della legge applicabile alle convenzioni di voto dipenda dalla qualificazione della questione di diritto in evidenza⁴⁸⁴: laddove venga in rilievo la questione della validità della convenzione rispetto alle condizioni generali di validità dei contratti, la qualificazione contrattuale sarà preminente, con conseguente applicazione della *lex contractus*.

Nel caso invece in cui si discuta della validità della convenzione di voto rispetto alla società cui essa inerisce, e quindi con riferimento al diritto delle società, sarà la legge regolatrice della società in questione a trovare applicazione⁴⁸⁵.

E' alla *lex societatis* dunque che spetta di valutare della disponibilità del diritto di voto, in quanto competente a determinare se ed in che misura i soci possano rinunciare al loro diritto di voto, e conseguentemente della liceità del patto.

Ciò posto, occorre chiedersi quali possano essere i limiti di tale competenza, ovvero interrogarsi sulla possibilità di ritenere valida una convenzione di voto in virtù della *lex contractus* quando al contrario la *lex societatis* la proibisce, o ritenere opponibile agli organi

⁴⁸³ Cfr., BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, cit.

⁴⁸⁴ In tal senso anche LOUSSOUARN, *Règles de conflit et règles matérielles dans le droit international des sociétés*, in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Goldman*, Litec, 1982, 181.

⁴⁸⁵ Tale argomentazione richiama inoltre quanto evidenziato da dottrina e giurisprudenza relativamente alla determinazione della legge applicabile ai poteri dei *dirigeants sociaux*; in relazione a tale questione "la nature et le régime de l'engagement dépendent de la loi applicable à l'acte. En revanche, l'étendue des pouvoirs des organes ...est une question tout à fait indépendante du régime de l'acte et ne saurait ressortir que...de la loi qui régit le fonctionnement de la société, la *lex societatis* », cfr., *supra* cap.II, par. 2.2.

sociali una decisione assunta in esecuzione di un patto parasociale di voto in contrarietà a quanto dispone la *lex societatis*.

Spesso infatti le parti introducono nei patti parasociali delle disposizioni che non sarebbero valide alla luce della regolatrice della società, con il chiaro intento di sfuggirvi.

Una parte della dottrina, riflettendo a tali ipotesi, ritiene che “en faisant glisser ces aménagements dans une convention séparée, on en modifie la qualification”⁴⁸⁶, l’inserzione dell’accordo in un patto separato ne comporterebbe pertanto uno spostamento di competenza e l’applicabilità della sola legge regolatrice del contratto.

In realtà appare che la sottoposizione del patto, ad opera dei paciscenti, ad una disciplina che ne prevede la validità, possa analizzarsi su tre piani differenti: in primo luogo nel quadro di una frode alla competenza della *lex societatis*, in secondo luogo sotto la prospettiva del carattere di norma imperativa della norma appartenente alla *lex societatis* in ipotesi violata, ed infine analizzando la contrarietà della sentenza avente ad oggetto una convenzione di voto all’ordine pubblico internazionale dello Stato richiesto di eseguirla.

Sotto il primo angolo visuale, si può partire dal ricordare che il meccanismo della frode alla legge in diritto internazionale privato si ritiene perfezionato laddove un soggetto, al fine di sottrarsi ad una situazione giuridica che non gli conviene, cerca una soluzione a lui più favorevole in un altro ordinamento giuridico, o meglio, elabora le circostanze di fatto al fine di giustificare l’applicazione di tale diritto.

Il modello classico di frode alla legge ricorre quando “les parties ont volontairement modifié un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente”⁴⁸⁷. La modifica volontaria del criterio di collegamento provoca la designazione del diritto che le parti desiderano applicare alla loro situazione.

⁴⁸⁶ Cfr., PIRONON, op. cit., 404.

⁴⁸⁷ Cfr., Cass. Civ., 17 mai 1983, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1985, 346, nota Ancel. La particolarità della frode alla legge in diritto internazionale privato risiede nel confronto di due sistemi giuridici differenti. Due diritti sono infatti in concorso tra loro: il diritto di cui il soggetto vuole evitare l’applicazione e il diritto la cui applicazione è il risultato della manovra fraudolenta. La relazione tra i due diritti si caratterizza per la circostanza che la loro rispettiva applicazione conduce ad un risultato fondamentalmente opposto. Un esempio classico di manipolazione del criterio di collegamento è quello del cambiamento di nazionalità al fine di sfuggere ad una legge personale che proibisce il divorzio. La giurisprudenza della fine del XIX secolo e dell’inizio del XX secolo è in tal senso assai ricca. In Francia il concetto di *fraude à la loi* è stato elaborato a partire dal celebre *arrêt Princesse de Bauffremont* (Req., 18 mars 1878), secondo cui la frode “aurait exclusivement sa source dans une manipulation de rattachement”. Sia permesso richiamare brevemente al riguardo BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., 280, il quale evidenzia che “in Francia la frode alla legge è costituita come un “limite” speciale al funzionamento del diritto internazionale privato diverso dall’ordine pubblico perchè non riguarda, come questo, il contenuto della legge applicabile ma il procedimento che la rende applicabile”. Il correttivo della frode alla legge è peraltro difficilmente concepibile per l’ordinamento italiano, il cui sistema di diritto internazionale privato è scritto e non ha mai ammesso la frode alla legge come nozione autonoma.

Un'applicazione più sottile della figura della frode alla legge si può invece riscontrare laddove vi sia una manipolazione della categoria di collegamento, ovvero della qualificazione del rapporto giuridico⁴⁸⁸.

Non essendo il collegamento che l'ultimo dei fattori da cui dipende la designazione operata dalla regola di conflitto per una determinata questione di diritto, "avant d'appliquer la règle de conflit, il faut la choisir, c'est-à-dire la qualifier"⁴⁸⁹.

In tal senso le parti, anziché incidere sul collegamento di un determinato rapporto o situazione di diritto, possono scegliere di modificarlo negli elementi che determinano la sua qualificazione. La *fraude à la loi* consiste dunque nell'alterazione degli elementi che, incidendo sulla qualificazione, condizionano la designazione della legge applicabile⁴⁹⁰.

Ora, se al fine di "glisser la situation juridique de l'empire d'une loi à l'autre" occorre mutare il rapporto giuridico, la sua qualificazione, non pare che l'inserzione di un accordo in cui un paciscente è privato totalmente del diritto di voto o sia vincolato nell'esercizio del proprio diritto di voto dalle decisioni prese da altri soci in uno strumento contrattuale, separato dal contratto di società, valga a mutarne la qualificazione: da rapporto "qui relève de la *lex societatis*" a rapporto sottoposto alla *lex contractus*.

Solamente i criteri di collegamento che si riferiscono a dei fattori su cui le parti possono esercitare un'influenza sono infatti suscettibili di prestarsi ad una frode; se, invece, il criterio di collegamento è puramente oggettivo, la frode alla legge non può essere prospettata⁴⁹¹.

Il collegamento delle convenzioni di voto alla *lex societatis*, in quanto accordi tramite i quali si dispone di diritti strettamente collegati al corretto funzionamento della compagine societaria, è un collegamento oggettivo, su cui la volontà delle parti non dovrebbe poter esercitare influenza alcuna.

Una convenzione di voto sottoposta per volontà dei paciscenti ad una legge diversa da quella che regola la società cui ineriscono, non potrà dunque avere l'effetto di eludere l'applicazione della legge regolatrice della società, e ciò in quanto è quest'ultima competente sulla base della qualificazione del rapporto che non è modificata per la semplice inclusione dell'accordo in un patto separato.

⁴⁸⁸ Un esempio di manipolazione della qualificazione è offerto dall'*affaire Caron*, Cour de Cassation, 20 mars 1985, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1986, 66 ss. Nel caso sottoposto all'esame delle Corti, Caron era riuscito a "mobilizzare" un immobile che possedeva in Francia, sottraendolo così alle disposizioni francesi sulla riserva ereditaria.

⁴⁸⁹ Cfr., LEQUETTE, *Note concernant l'affaire Caron*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1986, 71 ss.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, 73.

⁴⁹¹ Cfr., LOUSSOUARN, BOUREL, op. cit., 321 ss.; LEQUETTE, op. ult. cit., 73, secondo il quale « plus le rattachement serait dans la dépendance de la volonté des parties, plus son changement, et donc la fraude, seraient aisés à réaliser ».

Non può negarsi peraltro che una tale soluzione dogmatica non si riflette costantemente nella pratica delle decisioni riguardanti le convenzioni di voto, soprattutto di quelle provenienti dai Tribunali arbitrali.

In un recente affare infatti⁴⁹², nel decidere di una domanda in cui la parte chiedeva una dichiarazione di nullità della convenzione di voto intercorsa con l'altra parte per violazione della disciplina applicabile in materia di società, il Tribunale arbitrale anziché esaminare la validità della convenzione di voto e degli accordi sottoscritti in materia di ripartizione degli utili e delle perdite secondo il diritto delle società in causa, ha tenuto in considerazione il solo carattere contrattuale del patto e dunque la relativa disciplina, ritenendo valida la convenzione in quanto dotata di oggetto e durata determinati, e quindi secondo una valutazione puramente "negoziale", operando una sorta di dequalificazione del rapporto in considerazione, questa sì in grado di favorire una frode alla legge.

All'analisi della possibilità che le disposizioni appartenenti alla *lex societatis* intervengano nella disciplina di patti parasociali di voto sottoposti dalle parti ad una determinata *lex contractus* a titolo di norme imperative sarà dedicata breve attenzione giacché l'analisi che precede ha già posto le basi per una risposta in tal senso. Appare infatti che gli accordi tra soci che toccano direttamente il funzionamento della società debbano essere valutati nel quadro della *lex societatis*.

Così un patto tra soci che prevede la privazione di uno di essi dall'esercizio del diritto di voto, sottoposto dalle parti ad una legge che in ipotesi lo consideri valido, non lo sarà se stipulato relativamente ad una società italiana. Ma ciò non avverrà per l'effetto dell'operare di disposizioni imperative, ma per il "difetto di competenza della legge prescelta"⁴⁹³, trattandosi di questioni disciplinate dalla *lex societatis*.

Appare rilevante infine affrontare la questione se l'applicazione di una legge straniera a titolo di *lex contractus* ad un accordo di voto possa ritenersi contraria all'ordine pubblico internazionale.

Una risposta negativa in tal senso può essere fornita facendo riferimento all'*arrêt*, già ricordato, del *Tribunal de Grande Instance de Paris*⁴⁹⁴ che ha accordato l'*exequatur* ad una decisione americana fondata su un *voting trust* attraverso il quale uno dei soci aveva alienato, a vantaggio di un altro socio, i diritti di voto corrispondenti ai propri titoli.

⁴⁹² Sentenza finale CCI, caso n. 9029/98, inedita.

⁴⁹³ Cfr., chiaramente BALLARINO, op. ult. cit., 165 e, *amplius, infra*, sezione seconda, par. 10.

⁴⁹⁴ TGI Paris, 10 février 1993, in *Clunet*, 1993, 599 ss., cfr., *supra*, pag. 165, in part. nota 482.

Il Tribunale in particolare, richiesto di riconoscere “la violation des principes d’ordre public prohibant la cession par les associés d’une société de leurs droits de vote ou le mandat irrévocable portant sur lesdits droits”⁴⁹⁵, ha ritenuto che “les décisions étrangères critiquées ne heurtent pas la conception française de l’ordre public international - qui n’intervient en la cause que par son effet atténué - dès lors que le droit français des sociétés admet lui-même la validité des conventions de vote dans certains cas...et que les décisions américaines litigieuses n’entérinent pas une convention qui serait prohibée de manière absolue dans le droit français comme constitutive d’une infraction pénale».

Il giudice francese ha dunque riconosciuto che la decisione citata, in quanto non contrastante con l’ordine pubblico, riempisse le condizioni per essere dichiarata esecutiva in Francia.

⁴⁹⁵ E ciò in ragione del fatto che una tale cessione spoglierebbe i soci di un loro diritto fondamentale.

Sezione seconda

Linee per una ricostruzione del problema

SOMMARIO: **6.1.** Le linee direttrici. **7.** La *lex contractus*: la scelta della legge applicabile. **7.2.** L'assenza di scelta: individuazione dei criteri di collegamento. **7.3.** Il rinvio alla legge della società. **7.4.** Le disposizioni del Regolamento Roma I. **7.5.** Mancanza di univocità nell'individuazione della legge applicabile. **8.** Limiti all'applicazione della legge regolatrice dei contratti: le norme di applicazione necessaria. **8.1.** Le norme di applicazione necessaria di una legge diversa da quella che regola il contratto: l'art. 7 par. 1 Convenzione di Roma. **8.2.** L'art. 9 del Regolamento Roma I. **9.** Il T.U.F. e gli artt. 2341 *bis* e *ter* c.c.: introduzione di norme di applicazione necessaria? **10.** Il difetto di competenza della *lex contractus*. **11.** Società straniera controllanti società italiane e società straniera soggette al diritto italiano ex art. 25, 1° c., ultima parte. **12.** L'ambito di operatività delle norme materiali sui patti parasociali: le società europee.

6.1. Lo studio dei criteri di collegamento applicabili alla figura dei patti parasociali, ed i tentativi di coordinamento tra *lex contractus* e *lex societatis* al fine di superare i contrasti che la fattispecie in esame può presentare, non hanno permesso di giungere all'individuazione di un'univoca e definitiva collocazione della figura.

Da un lato, considerazioni ispirate alla tutela del principio della libertà di contrarre e dell'autonomia di scelta, e la verifica delle teorie centrate sull'individuazione della legge più idonea a regolare l'accordo, per avere con esso i legami più significativi, non hanno dato risultati soddisfacenti.

Dall'altro, il tentativo di eliminare l'esitazione tra il collegamento alla *lex contractus* e quello alla *lex societatis* facendo riferimento alle categorie di diritto interno, e la valutazione della praticabilità del concetto di collegamento negoziale in una prospettiva conflittuale, non pare possa dar luogo nel nostro studio a risultati appaganti.

Determinati elementi di riflessione acquisiti nell'indagine che si è svolta sinora hanno peraltro contribuito a porre la base per avviare una conciliazione dei diversi fattori che l'approccio al tema dei patti parasociali chiede di prendere in considerazione.

Pare allora che, ponendo l'osservazione di base secondo cui le relazioni contrattuali che si instaurano tra i soci al margine del contratto di società sono soggette al diritto internazionale privato dei contratti, si possa ammettere che, per risolvere i problemi conflittuali che presenta la figura dei patti parasociali, debbano essere poste due direttrici generali.

Da un lato, la validità e l'efficacia *inter partes* dei patti parasociali devono essere valutate alla luce della *lex contractus*, determinata ai sensi della Convenzione di Roma.

Di fronte a fattispecie che non interferiscono con lo statuto interno della società, ci si dovrà riferire, ai fini del collegamento internazionalprivatistico, alla disciplina della Convenzione di Roma, che sarà chiamata a regolare non solo la validità “negoziale” dell'accordo:- la formazione del consenso, la presenza di un oggetto determinato o determinabile, la sussistenza di invalidità e le relative conseguenze-, ma anche gli effetti *inter partes* della convenzione e le conseguenze del suo inadempimento.

Dall'altro, l'opponibilità alla società e gli effetti che l'accordo è idoneo a produrre nei confronti della società, sono soggetti alla *lex societatis*, alla quale spetta, per così dire, di delimitare negativamente il campo d'azione della legge disciplinante il contratto.

La valutazione della disciplina di figure che incidono direttamente sullo statuto dell'ente, per attenersi alla gestione della società, ai conferimenti ed alla costituzione del capitale sociale, all'esercizio del diritto di voto, e che modifichino la struttura e l'organizzazione societaria, porta a richiamare la legge che regola le vicende dell'ente.

Vale a dire che l'applicazione a tali ipotesi del criterio di collegamento previsto per le obbligazioni contrattuali per tutte le questioni di carattere generale, relative al contratto quale fattispecie base (vizi della volontà, inadempimento e relative conseguenze sul piano risarcitorio), deve arrestarsi di fronte alla valutazione degli effetti che tali convenzioni sono suscettibili di realizzare nei confronti della società.

Saranno quindi soggette alla *lex societatis* l'ammissibilità del patto, la sua liceità ed i suoi effetti (nei confronti della società), “saranno invece soggetti alla *lex contractus* l'efficacia e gli effetti obbligatori del patto e le conseguenze della sua violazione”⁴⁹⁶.

Per portare un esempio concreto del “regime composito” applicabile a tali situazioni, si può trattare di patto con cui un socio si impegna a non esprimere voto favorevole nel caso di votazione concernente la deliberazione dell'azione di responsabilità nei confronti di uno o più amministratori.

Al fine di valutare se il patto interferisca con lo statuto interno della società, ci si dovrà rifare alla *lex societatis*, la quale giudicherà della sua validità, ma le conseguenze del suo inadempimento, nell'ipotesi che uno degli aderenti eserciti il proprio diritto di voto in contrasto con il patto, sono sottomesse alla legge del contratto.

⁴⁹⁶ Cfr., BARIATTI, *La delimitazione dell'ambito di applicazione materiale*, cit., 49.

Così, nell'ipotesi in cui la *lex societatis* sia legge italiana, la quale, come si è visto, ricollega alla disciplina della legge regolatrice dell'ente ai sensi dell'art. 2341 *bis* le convenzioni parasociali che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società hanno ad oggetto l'esercizio del diritto di voto, la nullità dell'accordo affermata dalla legge italiana in quanto realizza un conflitto di interessi tra la società ed il socio paciscente, vincolatosi negozialmente ad esercitare il diritto di voto in contrasto con l'interesse della società, non potrà certo essere aggirata dalla scelta di una legge diversa che in ipotesi ne ammettesse la validità, ma tale legge deciderà delle conseguenze della nullità comminata dalla *lex societatis*.

Si potrà trattare ad esempio di determinare se in ipotesi di una pattuizione parasociale contenente diverse disposizioni di cui solo alcune invalide secondo la *lex societatis* competente a disciplinarlo, possa ammettersi un'invalidità parziale quando la clausola affetta da nullità possa essere separata dal resto dell'accordo.

Nel valutare come funzionino in concreto i criteri di collegamento appena identificati, si inizierà concentrando l'attenzione sulla Convenzione di Roma ed il recente Regolamento 593/2008 (cd. Roma I), alla cui disciplina è riservata la regolamentazione dei contratti.

7. Due sono i criteri di collegamento previsti per la disciplina di conflitto delle obbligazioni contrattuali dalla Convenzione: la volontà espressa delle parti⁴⁹⁷ e, in mancanza, il collegamento obiettivo dato dalla connessione più stretta con la legge di un paese determinato.

Avendo il testo convenzionale adottato la regola secondo cui nella determinazione della legge applicabile ai contratti occorre avere riguardo anzitutto alla volontà delle parti, anche in relazione al nostro oggetto di studio la ricerca della legge applicabile deve cominciare con l'individuazione dell'eventuale scelta delle parti in proposito⁴⁹⁸.

A tale riguardo, l'art. 3 della Convenzione specifica le modalità attraverso cui la scelta della legge applicabile può essere effettuata dalle parti: essa deve essere espressa o risultare in modo

⁴⁹⁷ Il principio della libera scelta della legge applicabile al contratto è consacrato nell'art. 3 della Convenzione, secondo cui "il contratto è retto dalla legge scelta dalle parti". Quanto alla portata riconosciuta alla libertà di scelta delle parti, occorre osservare che la Convenzione non impone alcun legame tra la legge scelta ed il contratto; tuttavia tale ampia libertà può essere limitata dal gioco delle disposizioni imperative (art. 3.3, v. *infra*). Lo stesso articolo precisa che "la scelta deve essere espressa o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze"; in tal senso, al fine di verificare la tacita scelta di una legge ad opera delle parti non sembra si possano indicare degli elementi da cui sia *a priori* possibile desumere una scelta non espressa, dovendosi rimettere ad una valutazione caso per caso.

⁴⁹⁸ Esula da questo studio l'esame dell'adozione da parte della Convenzione del principio volontaristico quale criterio di collegamento, per il quale si rinvia all'ampia trattazione in dottrina: B.CONFORTI, *La volontà delle parti come criterio di collegamento*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, a cura della Scuola di Notariato di Roma, Giuffrè, 1983, 147 ss.; GIARDINA, *Volontà delle parti*, cit., 3 ss.; PLENDER, *The European Contracts Convention*, cit., 87 ss.

ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze di causa, la legge individuata potrà regolare “tutto o parte” del contratto (*dépeçage* volontario)⁴⁹⁹ e potrà essere in ogni momento modificata.

Nessun problema sembra peraltro presentare la messa in opera di tale criterio di collegamento.

7.1. Qualche difficoltà si può peraltro presentare in ipotesi in cui non vi sia ad opera delle parti una scelta della legge competente e si debba dunque applicare il collegamento obiettivo individuato dalla Convenzione nel paese con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto, che l’art. 4.2. presume essere quello “in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale o, se si tratta di una società, associazione o persona giuridica, la propria amministrazione centrale”,⁵⁰⁰.

Si è infatti correttamente rilevato che “l’individuazione della prestazione caratteristica relativamente agli obblighi assunti dalle parti di un patto parasociale presenta aspetti problematici”⁵⁰¹, e ciò sia per la varietà delle possibili tipologie che si possono presentare all’interprete, sia e soprattutto in quanto molti dei patti parasociali noti alla prassi non si presentano quali contratti di scambio ma quali accordi attraverso cui le parti perseguono le medesime finalità, in vista di un obiettivo comune⁵⁰².

Invero, benché sotto più di un aspetto i patti parasociali possono essere fatti rientrare in un’unica categoria, il che ne giustifica tra l’altro un esame unitario, non vi è alcun dubbio che fra di essi intercorrono differenze di vario genere che acquistano rilievo diverso a seconda del contesto.

⁴⁹⁹ Con l’unico limite implicito della coerenza interna del contratto, in tal senso, M. EKELMANS, *Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, 1986, 25 ss., il quale evidenzia che “les rédacteurs de la Convention ont donc estimé que, par essence, le dépeçage devait être cohérent à peine d’empêcher le juge de pouvoir donner effet à la volonté des parties”.

⁵⁰⁰ Il rischio di incertezza connesso all’applicazione del principio di prossimità consacrato nell’art. 4 della Convenzione (Cfr., SCHNITZER, *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, in *RCADI*, 1968, t. 123, 562, il quale evidenzia che la nozione di “liens les plus étroits” rappresenta nulla più che “une image”), secondo il quale, in assenza di scelta di legge, il contratto è regolato dalla legge del paese con cui presenta il collegamento più stretto, è risolto dalla disciplina convenzionale mediante il ricorso al metodo delle presunzioni: il legame più stretto è presunto essere quello della residenza del debitore della prestazione caratteristica.

⁵⁰¹ Cfr., DRAETTA, op. ult. cit., 568.

⁵⁰² Per la distinzione tra contratti di scambio ed accordi si rinvia a E.BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1955, rilevando peraltro che il fenomeno di contratti che legano le parti tra loro dando luogo a delle sinergie suscettibili di realizzare degli obiettivi altrimenti non raggiungibili, riporta al concetto dei contratti associativi (cfr., P.FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Giuffrè, 1971).

Per quanto riguarda in modo specifico l'applicazione delle regole di diritto internazionale privato, e segnatamente dell'art. 4 della Convenzione, non sembrano essere molto significative talune differenze intercorrenti tra i vari tipi di patti, più rilevanti invece in altri contesti, quali quelle della loro natura economica e della qualità dei soggetti partecipanti a tali convenzioni, acquistando per converso rilievo in sede di ricerca della legge applicabile in assenza di una scelta da parte dei contraenti la natura giuridica del rapporto e la sussistenza di una pluralità o meno di prestazioni tra i paciscenti.

La nozione di prestazione caratteristica, che trae i propri sviluppi nel diritto internazionale privato svizzero ed in particolar modo nei lavori di P. Schnitzer⁵⁰³, non trova una propria definizione in termini di significato e portata all'interno della Convenzione.

La relazione Giuliano-Lagarde esplicativa della Convenzione la qualifica quale centro di gravità e funzione socio-economica del contratto, specificandone il contenuto come "la prestazione in virtù della quale è dovuto il corrispettivo"⁵⁰⁴; in tali termini l'individuazione

⁵⁰³ Cfr., SCHNITZER, *La loi applicable au contrat*, in *Rev. crit. droit int. privé.*, 1955, 459; ID., *Les contrats internationaux*, cit., 421 ss. L'Autore ha il merito di aver formulato per primo una regola generale a favore del collegamento alla legge della parte che deve eseguire la prestazione caratteristica di una data categoria di contratti. Secondo lo S. la possibilità di concretizzare un collegamento con la legge del paese con cui il contratto è più strettamente connesso rivestiva un'importanza fondamentale permettendo alle parti di prevedere il diritto applicabile. A tale fine l'A. parte dall'esaminare la funzione che il contratto in questione adempie nella vita sociale, funzione che risulta dalle attività, sempre ripetute, della parte che conclude un certo tipo di contratto nell'esercizio della sua professione o del suo mestiere. Esaminando una serie di contratti tipici, sostiene lo Schnitzerr, ci si avvede che il centro di gravità del contratto è dal lato della parte che con la propria attività o servizio adempie ad una funzione economico-sociale nella comunità: questa funzione contrassegna la prestazione caratteristica di certe categorie di contratti; da qui secondo lo S. sorge la necessità di sottoporre il contratto alla legge del luogo ove esso svolge la propria funzione economica e sociale. Specificando ulteriormente tale idea l'Autore evidenzia che ogni tipo di contratto ha una prestazione caratteristica: è quella che lo distingue dagli altri tipi contrattuali e che non manca mai in un caso concreto di quel tipo. L'utilizzo di tale criterio e dunque la sottoposizione del contratto alla legge della prestazione caratteristica comporta per l'A. il vantaggio della massima semplificazione e della possibile valutazione unitaria del rapporto, evitandone lo smembramento. L'idea del collegamento tra prestazione caratteristica e categoria contrattuale è stata successivamente ripresa da F. VISCHER (ID., *Internationales Vertragsrecht*, Bern, 1969, 108 ss.) secondo il quale, al fine dell'individuazione della legge applicabile al contratto, occorre ricercare la prestazione caratteristica del particolare tipo contrattuale; il collegamento esatto secondo l'A. deve dunque avvenire in forza di una formula di tipizzazione contrattuale la quale indichi in partenza, per ogni tipo di contratto, il diritto applicabile. La teoria della prestazione caratteristica venne accolta dalla giurisprudenza svizzera fin dalla metà degli anni '40 (sent. del *Bundesgericht* del 27 febbraio 1945 in *ASDI*, 1948, 113), per poi trovare definitiva consacrazione appunto nella disciplina della Convenzione di Roma.

⁵⁰⁴ Di conseguenza la prestazione tipica di un dato contratto è quella di carattere non monetario, non costituendo la prestazione monetaria nell'economia moderna una caratteristica peculiare di determinati contratti; cfr., Relazione Giuliano-Lagarde, cit., 20. Critico BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1992, 36 ss., in part. 67, il quale contesta l'apodittica affermazione che la prestazione pecuniaria, essendo comune alla maggioranza dei tipi contrattuali, non sia idonea a fungere da criterio distintivo tra le diverse figure, ritenendo che "si potrebbe, con pari forza argomentativa, assumere che proprio l'elemento comune ai vari tipi contrattuali, cioè la prestazione pecuniaria, debba assurgere ad elemento determinante per il collegamento internazionalprivatistico". Occorre peraltro precisare che la prestazione caratteristica di un contratto, in sé considerata, essendo una caratteristica del tipo contrattuale, non del concreto contratto da disciplinare, non fornisce un criterio di collegamento con nessun luogo; tale collegamento con un luogo, e quindi con un ordinamento, può derivare dal fatto che la prestazione caratteristica sia dovuta da una parte che ha la propria sede in un determinato paese (ed è questo il criterio scelto dalla Convenzione); in tal senso anche GIARDINA, *La convenzione comunitaria sulla legge applicabile*, cit., 802, che rileva che "la prestazione caratteristica non è un

della prestazione caratteristica non solleva problemi in relazione ai contratti sinallagmatici di più frequente utilizzo, nei quali la prestazione di una parte si limita al versamento di un corrispettivo (così nella compravendita prestazione caratteristica è quella del venditore, nella locazione quella del locatore ecc.); diversamente, in molte ipotesi contrattuali in cui l'obbligazione di una parte non si limita ad un pagamento, ma vi è uno scambio di prestazioni tale da rendere difficile l'individuazione di una caratteristica, o una collaborazione tra le parti in relazione alla quale la nozione di prestazione caratteristica risulta inadatta⁵⁰⁵, essa non può essere agevolmente individuata⁵⁰⁶.

Ed invero, da un punto di vista generale, la prestazione caratteristica di un contratto, cioè il suo "centro di gravità", la sua "funzione socio-economica", rinvia a caratteristiche intrinseche del tipo contrattuale, ad elementi interni al contratto, e quindi non idonei a fornire di per sé un collegamento diretto con un qualsiasi paese⁵⁰⁷.

La varia tipologia di convenzioni che rientrano nella categoria dei patti parasociali e la conseguente impossibilità di ricondurli all'archetipo di un contratto sinallagmatico rendono allora possibile prospettare diversi scenari⁵⁰⁸.

La prima categoria nella quale si possono distinguere i patti parasociali ai fini dell'applicazione dell'art. 4 della Convenzione è quella comprendente le ipotesi in cui il rapporto posto in essere tra le parti si risolve in un contratto unilaterale (come l'ipotesi di un patto con cui il socio si impegna a non vendere le proprie azioni fino ad una certa data); in tali circostanze il problema non si pone nemmeno in quanto, essendovi una sola prestazione, è solo ad essa che occorre fare riferimento⁵⁰⁹.

criterio di collegamento, ma piuttosto parte essenziale della fattispecie normativa da prendere in considerazione ai fini del collegamento dell'ordinamento competente".

⁵⁰⁵ Si fa l'ipotesi del contratto di franchising o del contratto di transazione, cfr., P.LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1991, 309; J.M. JACQUET, voce *Contrats*, in *Rép. int. Dalloz*, 25.

⁵⁰⁶ Per un'approfondito esame del concetto di prestazione caratteristica del contratto si rinvia a M.E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002.

⁵⁰⁷ Cfr., G.DE NOVA, *Obbligazioni*, (*dir. int. privé.*), in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 456 ss., il quale ritiene che "per la determinazione della prestazione caratteristica, non sono decisive le circostanze del contratto concreto, bensì la categoria a cui esso appartiene". La Relazione alla Convenzione precisa inoltre che la soggezione del contratto, in mancanza di una scelta delle parti, alla legge del luogo dove ha la propria "sede" il soggetto che deve fornire la prestazione caratteristica, "consente di concretizzare il collegamento del contratto dall'interno, e non dall'esterno, cioè non tramite criteri di collegamento che non presentino alcuna connessione con l'essenza dell'obbligazione".

⁵⁰⁸ E' stato correttamente osservato (M.E. ANCEL, *La prestation caractéristique*, cit., 181) che "la prestation caractéristique du contrat tire sa substance de la notion de type contractuel, de catégorie spéciale...et plus précisément, insérée dans le facteur de rattachement...elle interagit avec la catégorie du contrat". Proprio la considerazione che "la notion est liée à une figure contractuelle jugée dominante et érigée en archétype", fa sorgere difficoltà nei confronti di alcune figure quali i "contrats d'échange *lato sensu*" e i "contrats associatifs" in relazioni alle quali si riscontra "l'absence de prestation caractéristique, donc de critère de compétence...puisque l'on pourrait en isoler aucun qui puisse rendre opératoire la règle de conflit concernée" (*ibidem*, 191).

⁵⁰⁹ Cfr., GIULIANO-LAGARDE, *Relazione*, cit., per gli autori "l'individuazione della prestazione caratteristica di un contratto non pone evidentemente alcun problema in caso di contratti unilaterali".

Diverse sono le ipotesi in cui in una convenzione si oppongano una prestazione monetaria ed una cd. tipica propria del particolare tipo contrattuale, assunta quale caratteristica, come nel caso di una vendita di azioni con corrispettivo monetario, o di clausola di prelazione contenente la previsione dell'obbligo di versare una somma di denaro.

Per questo gruppo di operazioni la determinazione della legge regolatrice non presenta in linea di massima problemi particolari, apparendo possibile, se non facile, individuare la legge oggetto della presunzione del paragrafo 2, non potendosi dubitare che sia il venditore o colui che si obbliga a tenere un determinato comportamento dietro corrispettivo a fornire la prestazione che maggiormente caratterizza l'operazione.

Ciò significa dunque che, in assenza di una scelta di legge delle parti, si presume che la legge con cui i patti individuati presentano il collegamento più stretto, e le cui norme troveranno applicazione, sia quella del paese in cui il prestatore caratteristico ha la propria residenza abituale.

Trattandosi, però, di una presunzione, è necessario verificare se quella così individuata sia in effetti la legge del collegamento "più stretto" o se nella specie la legge cui ci si riferisce nel primo paragrafo dell'art. 4 non sia invece un'altra; esame che potrebbe rivelarsi problematico anche a prescindere dalle incertezze relative al significato esatto del concetto di collegamento più stretto.

Occorre dunque interrogarsi se per una determinata pattuizione sia sempre la legge del prestatore caratteristico a presentare il collegamento più stretto con essa, considerato che, a seconda dell'elemento considerato rilevante per stabilire il collegamento più significativo tra una data operazione ed un paese od un ordinamento, potrebbe risultare che il collegamento più stretto sia individuabile non con la legge del prestatore caratteristico ma con una legge diversa⁵¹⁰.

⁵¹⁰ Cfr., BONELLI, *La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, cit., 115 ss., in part. 124-5, il quale ritiene che "la sede di una delle parti del contratto, seppure della parte che fornisce la prestazione caratteristica, costituisca sì un elemento significativo, ma non particolarmente significativo, né certo decisivo, per stabilire con quale paese il contratto presenti il collegamento più stretto", concludendo pertanto che "nella misura in cui la presunzione dell'art. 4.2. appare poco decisiva, residui un ampio margine per verificare di volta in volta -sulla base del complesso delle circostanze del caso concreto- quale sia il paese con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto". *Contra*, BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti*, cit., 36 ss., secondo il quale il ruolo della clausola di eccezione risulterebbe "estremamente limitato", anche se utile in presenza di situazioni di carattere eccezionale. Le difformi interpretazioni dottrinali quanto al ruolo della presunzione di cui all'art. 4.2. della Convenzione sono efficacemente sintetizzate da M.E.ANCEL, op. cit., 321 ss.: "un fort courant doctrinal voit dans le paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention de Rome une véritable règle de conflit, applicable prima facie, en tant que rattachement de principe. Dans cette conception, le paragraphe 5 est donc une clause d'exception, qui doit faire l'objet d'une interprétation stricte. Une autre partie de la doctrine internationaliste, tout en concédant à la règle contenue dans le paragraphe 2 la priorité dans la chronologie du raisonnement judiciaire, refuse d'accorder aucun poids décisif particulier au rattachement par le siège du prestataire caractéristique".

Ed ancora, anche supponendo che per un determinato tipo di convenzione si possa stabilire che in effetti il collegamento più stretto sussiste sempre con la legge sopra menzionata, uguale soluzione potrebbe non valere ugualmente per tutte le altre pattuizioni.

Invero, i vari tipi di contratti qui in discussione differiscono tra loro in modo sensibile quanto alla loro natura giuridica ed al tipo di rapporto cui danno luogo, di modo che è ben concepibile che per ciascuno di essi il problema sia risolto in modo affatto diverso, ciò che è del resto conforme con lo spirito della stessa Convenzione che pare rifuggire da regole rigide ed astratte e lasciare che ogni contratto venga regolato dalla legge maggiormente appropriata.

Se tutto ciò può essere vero in linea generale e può discutersi in particolare sull'idoneità della presunzione dell'art. 4, par. 2 ad identificare la legge che presenta il collegamento più stretto in relazione alle convenzioni del primo e del secondo gruppo, i dubbi esposti vengono radicalmente meno quando la stessa figura del prestatore caratteristico non sia suscettibile di essere individuata.

In molti casi invero, e si sta parlando di una "terza tipologia" di patti parasociali, all'obbligo assunto da una parte di fare (o non fare), spesso non corrisponde la prestazione, cui non si riconosce la natura di caratteristica, di versare una somma di denaro, con conseguente difficoltà nell'applicazione del criterio della presunzione.

Vero è, più generalmente, che all'interno di una pattuizione parasociale sono spesso contenuti obblighi reciproci di *facere* e *non facere* tra loro strettamente connessi, o obbligazioni reciproche che realizzano una funzione di scambio, ciò che rende problematica l'individuazione della prestazione che si assuma essere caratteristica.

Trattandosi di contratti bilaterali in cui entrambi i contraenti sono tenuti ad una prestazione della stessa natura l'uno verso l'altro, il problema dell'individuazione del centro di gravità del rapporto obbligatorio si pone in tutta evidenza, conducendo ad abbandonare la presunzione della prestazione caratteristica, che se permette di preservare l'unità del contratto e di tenere conto della varietà delle tipologie contrattuali, perde tutta la propria solidità laddove da tale categorie ci si trovi a fuoriuscire⁵¹¹.

La difficoltà di determinare tale prestazione e dunque di localizzarla, rende infatti necessario ritornare alla ricerca di un collegamento e riporta all'applicazione della legge del paese con cui il contratto presenta il collegamento più stretto, richiamata dalla clausola di eccezione di cui

⁵¹¹ Cfr., BARIATTI, op. ult. cit., 49, secondo la quale in tali ipotesi, "in mancanza di scelta non sembra possibile fare riferimento alla parte che fornisce la prestazione caratteristica poiché le prestazioni delle parti sono entrambe rilevanti e simmetriche"; CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZALES, *Derecho internacional privado*, cit., 339, secondo i quali "los contratos en los que ambos contratantes asumen obligaciones de hacer, no hacer o dar, y que no responden a un intercambio simple de cosa o actividad por dinero, carecen de prestación característica".

all'art. 4 della Convenzione, che esclude tutte le presunzioni “quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese”⁵¹².

Il riferimento operato dal testo dell'articolo al “complesso delle circostanze” impone una ricerca *in casu* della connessione più stretta che conduca a localizzare il contratto⁵¹³, in tal senso, e senza poter avanzare constatazioni di carattere generale, spetterà al giudice valutare tutti gli elementi a sua disposizione per individuare il centro di gravità del patto, ovvero il paese cui esso risulta prevalentemente connesso.

7.2. Dovrebbe peraltro ritenersi che tale collegamento si presenti in modo rilevante con la società, e dunque conduca al richiamo della legge ad essa applicabile, considerando che il paese in cui la società cui il patto si riferisce è stata costituita eserciti una *vis attractiva* rispetto a tutti gli altri criteri di collegamento^{514 515}.

Tale richiamo potrebbe così ipotizzarsi laddove si ritenga maggiormente rilevante, nel caso di un patto con cui i parasoci regolano il compimento di una determinata attività in comune, il legame con il paese in cui tale attività è destinata ad esplicarsi che, nella maggior parte dei casi, dovrà ritenersi coincidere con la sede della società.

Si può ancora aggiungere che la sede della società è spesso il luogo dove il patto viene siglato, e che in tale paese spesso il patto è destinato a venir eseguito, tutti elementi che possono rivestire un certo peso ai fini dell'applicazione dell'art. 4.

Proprio il particolare funzionamento della presunzione *iuris tantum* dell'art. 4 della Convenzione potrebbe invero far sì che la clausola di eccezione di cui al quinto comma renda rilevanti i “legami più stretti” che il patto parasociale può presentare con il contratto di società,

⁵¹² Cfr., HAFTEL, *La notion de matière contractuelle*, cit., 251, il quale ritiene che in assenza di scelta delle parti, “ne se dégageant aucune prestation caractéristique, il n’y aurait guère d’autre choix que d’avoir recours à la clause d’exception de l’article 4.5”.

⁵¹³ Per un’ipotesi di applicazione della “méthode de la localisation objective” in mancanza di scelta delle parti relativamente ad una promessa di *rachat* di azioni da una società a uno dei dipendenti, cfr., Cour de Cassation, I ch., 12 janvier 1994, che riafferma che la localizzazione del contratto implica un esame, da parte del giudice, dell’insieme degli elementi costitutivi della relazione in essere tra le parti, e non solazione la selezione di alcuni indizi, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1994, 92 ss., nota H. Muir Watt.

⁵¹⁴ Cfr., DRAETTA, *Brevi note*, cit. 569.

⁵¹⁵ Si è acutamente osservato (cfr., M.E. ANCEL, op. cit., 330) che “la proximité énoncée par l’art. 4...se prete à des lectures très variées, de nature à troubler l’interprète” essa può essere concepita invero in modi tra loro affatto diversi: “comme une proximité quantitative (le juge comptabilisera de manière identique les points de rattachement vers tel ou tel pays), comme une proximité qualitative (le juge affectera une valeur de rattachement aux différents points de contact en fonction de la nature du rapport de droit), comme une proximité qui mêle le quantitatif et le qualitatif (le juge combinera l’analyse conceptuelle et l’appréciation du cas d’espèce)”.

ric conducendo ad unità la relativa disciplina sotto l'impero della legge regolatrice della società cui la convenzione parasociale attiene⁵¹⁶.

In altri termini, il legame del patto parasociale con il contratto di società fa concludere che, ai fini della legge regolatrice, il paese con cui la convenzione presenta il collegamento più stretto sia quello evidenziato dal contratto di società⁵¹⁷, e che dunque, in mancanza di *electio legis*, la legge della sede della società si ponga come naturale ed unica.

L'individuazione della legge applicabile alla società come competente a disciplinare l'accordo pare poi rafforzata anche dalla particolare norma convenzionale, inserita nel catalogo delle presunzioni, secondo cui "se il contratto è concluso nell'esercizio dell'attività economica o professionale della parte (che deve fornire la prestazione caratteristica), il paese da considerare è quello dove è situata la sede principale di detta attività" (art. 4, n.2).

Ritenendo che tale sede debba identificarsi con quella della società, "situata di regola nel paese che dà lo statuto personale di essa"⁵¹⁸, il collegamento del contratto al luogo della sede sociale richiamerebbe ancora una volta la competenza della *lex societatis*.

⁵¹⁶ Cfr., GIARDINA, *Les contrats liés en droit international privé*, cit., 97 ss., spec. 105 il quale ritiene che "sans vouloir transformer la clause d'exception de l'art. 4 n. 5 de la Convention de Rome dans une règle générale, il semble opportun d'encourager la tendance à soumettre les contrats à une même loi"; LAGARDE, Intervento alla presentazione di GIARDINA, *Les contrats liés*, cit., 111, secondo il quale "quand il s'agit de plusieurs contrats qui ont un lien entre eux, la convention fournit les moyens de l'unité...la clause d'exception de l'art. 4.5. est destinée à les réunir".

⁵¹⁷ Se da un lato infatti potrebbe affermarsi che il sistema messo in opera dalla Convenzione possa essere scardinato proprio dal funzionamento della clausola di eccezione, d'altro canto sembra che tali ostacoli non siano determinanti: la Convenzione stessa infatti fissa quale principio cardine quello del collegamento più stretto del contratto con un paese determinato, laddove il collegamento con il paese in cui il prestatore caratteristico ha la propria residenza si presenta quale presunzione semplice, tanto che anche ove la legge di cui al par. 2 sia individuabile non sarà necessariamente essa la legge regolatrice, essendovi sempre la possibilità che la fattispecie presenti il collegamento prescritto con una legge diversa, sicché ritornare al principio posto dalla disciplina convenzionale sembra non intaccare lo spirito della regolamentazione. Si richiamano qui le osservazioni svolte da quella dottrina che, nel determinare *l'iter logico* da seguire per giungere alla determinazione della legge applicabile, configura la presunzione del prestatore caratteristico quale mera *rule of the last resort*, destinata ad essere presa in considerazione solo in caso di infruttuosa ricerca del collegamento più stretto operata tramite un libero apprezzamento delle circostanze. In tal senso BOUCOBZA, op.cit., 250; GIARDINA, *Volontà delle parti*, cit., 20, secondo cui "la Convenzione ha adottato la tesi della presunzione a favore della legge della parte che effettua la prestazione caratteristica per evitare quella eccessiva discrezionalità che il solo ricorso al collegamento più significativo avrebbe potuto determinare. Tuttavia, prosegue l'Autore, deve essere tenuto presente che la prestazione caratteristica è utilizzata dalla Convenzione "quale semplice presunzione al fine di determinare l'ordinamento con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto", cosicché "il ruolo del collegamento più significativo rimane in ogni caso fondamentale". Correttamente G. ritiene dunque che "le conclusioni in tema di prestazione caratteristica abbiano valore fin tanto che la prestazione caratteristica possa essere innanzitutto determinata e, poi, fin tanto che dal complesso delle circostanze non risulti che il contratto presenti un collegamento più stretto con un altro paese"; KAYE, *The new private international law of contract of the european community*, Aldershot, 1993, 187, favorevole ad un'interpretazione estensiva della clausola di eccezione. In senso difforme, M.MAGAGNI, *Prestazione caratteristica*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., 162, per il quale l'interprete è chiamato "a determinare innanzitutto la prestazione caratteristica, e successivamente a verificare se alla luce del complesso delle circostanze la individuazione del collegamento più stretto risulti o meno definitivamente stabilita dall'operare della presunzione di cui si discute"; cfr., anche M.E. ANCEL, op.cit., 339, secondo la quale "pour que la loi normalement applicable soit écartée (dal ricorso alla clausola di eccezione), il faudra que les autres intérêts présents dans l'art. 4.2 soient sérieusement menacés...il y aura alors un motif d'appliquer une autre loi".

⁵¹⁸ Cfr., BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, cit., 164.

Ciò posto, il grado di influenza di tale collegamento sulla legge applicabile è difficilmente suscettibile di valutazione astratta, dato che varia in funzione della natura del legame stesso nonché delle altre circostanze del caso, ed è certo difficoltoso esaminare in concreto tutte le ipotesi che si possono presentare.

Potrebbe così giudicarsi rilevante l'eventuale nazionalità straniera dei soci quale possibile espressione di un collegamento più stretto della fattispecie da regolarsi ed una determinata legge regolatrice⁵¹⁹, ovvero potrebbe essere dato rilievo a caratteristiche proprie della convenzione quali la lingua di redazione od il luogo di conclusione dell'accordo, come potrebbe essere valorizzato il luogo in cui si trovano le azioni oggetto della stipulazione o in cui deve essere eseguito l'obbligo assunto dai paciscenti.

Ciascuno di questi collegamenti, se debole e di scarsa importanza laddove considerato isolatamente, potrebbe per converso se considerato globalmente convergere verso la designazione di un ordinamento giuridico diverso e concorrente rispetto a quello che regola la società.

In alcuni casi invero, la tenuità del legame tra il contratto di società ed il patto parasociale sembra sufficiente ad escludere che il collegamento tra i due rapporti obbligatori possa avere un'influenza nello stabilire, per la convenzione parasociale, il collegamento considerato rilevante dall'art. 4 ai fini della determinazione della legge applicabile.

La tenuità del contatto tra pattuizione parasociale e società che si riscontra, come si è visto, in determinate figure, non è peraltro caratteristica di tutte le convenzioni in esame: vi sono infatti numerosi altri patti in cui tale collegamento è più significativo o comunque assai meno casuale.

Le caratteristiche di tali legami costituiscono dunque senza dubbio una giustificazione più forte per la sottoposizione della pattuizione all'unica legge regolatrice costituita dalla legge della società, soluzione confermata dall'argomento secondo cui l'approccio relativamente empirico della Convenzione dovrebbe rendere possibile o favorire, in talune situazioni che presentano collegamenti di elementi di fatto e di diritto particolari, la sottoposizione ad un'unica legge.

⁵¹⁹ Cfr., in tal senso, MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano*, cit., 29 ss.; diversamente dovrebbe concludersi accogliendo le osservazioni formulate da un'attenta Autrice (cfr., M.E. ANCEL, op. cit., 327) secondo cui i criteri di collegamento indicati dall'art. 4 sono "exclusivement géographiques", mettendo l'accento la disposizione, nella designazione della legge applicabile, "sur les liens qui présente le contrat avec le territoire d'un Etat, avec un "pays"...L'interprète doit alors rechercher la loi applicable au cas par cas...sous la seule réserve de s'en remettre à un droit étatique désigné par un rattachement qui soit géographique, ce qui exclut la nationalité...qui n'est donc pas un rattachement pertinent dans cette conception".

7.3. Tali valutazioni devono peraltro essere aggiornate e verificate alla luce delle disposizioni del Regolamento Roma I di recente pubblicazione⁵²⁰, destinato a sostituire tra gli Stati Membri la Convenzione di Roma nella disciplina delle obbligazioni contrattuali che presentino elementi di estraneità.

Il Regolamento infatti al fine di rafforzare la sicurezza giuridica e la certezza del diritto, come si legge nella motivazione, ha trasformato quelle che erano semplici presunzioni in norme fisse: in ipotesi in cui le parti non abbiano provveduto alla scelta della legge applicabile al contratto, l'art. 4 infatti, seguendo il metodo dell'enumerazione analitica, individua come obbligatoria, in una serie determinata di fattispecie contrattuali tipiche, l'applicazione della legge del paese della prestazione caratteristica: del venditore in ipotesi di compravendita; del prestatore di servizi in caso di contratto di prestazione di servizi; del *franchisee* nel contratto di *franchising*, del distributore in ipotesi di contratto di distribuzione.

L'art. 4 utilizza il criterio di collegamento della residenza abituale per l'ipotesi in cui non sia stata esercitata *l'optio legis*, mantenendo ferma, per i contratti non menzionati specificamente, l'applicabilità della legge del paese in cui il prestatore caratteristico ha la propria residenza (art. 4.2)⁵²¹; mentre, quando la prestazione caratteristica non possa essere determinata, sarà applicabile la legge del paese con cui il contratto presenta il collegamento più stretto (art. 4.4)⁵²².

Passando ad esaminare i riflessi che la disciplina del Regolamento è idonea a produrre sulla disciplina della figura dei patti parasociali, preme subito evidenziare che non pare che il “nuovo” art. 4 sia in grado di influire sulle riflessioni già svolte, portando a diversi risultati quanto a determinazione della legge regolatrice degli accordi parasociali.

Sembra infatti piuttosto che la disciplina delle obbligazioni contrattuali in ipotesi di mancanza di scelta di legge ad opera delle parti sia in sostanziale continuità con quanto previsto nella Convenzione di Roma.

In primo luogo resta inalterata la centralità del criterio della scelta applicabile, con la previsione in mancanza di *optio legis* di una serie di criteri obiettivi fissi per determinate fattispecie contrattuali che lasciano il passo, in ipotesi di fattispecie contrattuali non

⁵²⁰ Regolamento 593/2008 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 17 giugno 2008, entrato in vigore il 7 luglio 2008 e destinato ad applicarsi a decorrere dal 17 dicembre 2009 (art. 29 Reg.). Per un panorama completo sullo strumento comunitario si rinvia a B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, (Giuffrè), 2008.

⁵²¹ A norma dell'art. 4.2, “se il contratto non è coperto dal paragrafo 1 o se gli elementi del contratto sono contemplati da più di una delle lettere da a) ad h) del paragrafo 1, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto ha la residenza abituale”.

⁵²² Art. 4.4: “Se la legge applicabile non può essere determinata a norma dei paragrafi 1 o 2, il contratto è disciplinato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto”.

riconducibili ad alcuno di quei tipi, al concetto di prestazione caratteristica e, qualora la legge applicabile non possa essere determinata in base ai primi due criteri, all'applicazione della legge del paese con cui il contratto presenta il collegamento più stretto.

Certo non può essere sottovalutato il fatto che il collegamento obiettivo in ipotesi dei contratti tipo di cui all'art. 4.1. non è più costruito come presunzione, e che il ricorso al criterio della prestazione caratteristica si ha “se il contratto non è coperto dal paragrafo 1 o se gli elementi del contratto sono contemplati da più di una delle lettere da *a*) a *h*) del paragrafo 1”.

L'applicazione di tali disposizioni agli accordi parasociali non varia peraltro di molto le linee conduttrici della nostra indagine: in ipotesi di convenzioni che rientrano in un contratto tipo (la vendita) il collegamento sarà sempre con la legge del luogo in cui il venditore ha la propria residenza abituale, mentre in ipotesi di accordo non ricollegabile alle ipotesi tipo o caratterizzato da obbligazioni reciproche che realizzano una funzione di scambio, il ritorno alla prestazione caratteristica, ed alla possibile difficoltà di una sua individuazione, riporterà ancora a riferirsi alla legge del paese con cui l'accordo presenta il collegamento più stretto.

Altro elemento di continuità è la previsione della clausola di eccezione, che non era stata invece inserita nel testo della Proposta di Regolamento⁵²³, chiamata a intervenire “se dal complesso delle circostanze del caso risulta *chiaramente* che il contratto presenta collegamenti *manifestamente più stretti* con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 o 2”(art. 4.3).

I collegamenti obiettivi del primo paragrafo ed il criterio della prestazione caratteristica operano dunque ancora come presunzioni, superabili attraverso un giudizio comparativo che indichi “chiaramente” all'interprete la sussistenza di un collegamento “manifestamente più stretto” con un altro ordinamento.

Ancora una volta peraltro, la nuova disciplina non può che rafforzare determinate conclusioni già esposte: si è detto infatti che la considerazione del legame tra patto parasociale e contratto di società potrebbe portare a rinvenire in tale relazione il collegamento più stretto che giustifichi l'applicazione dello stesso diritto che regola la società⁵²⁴.

Tale osservazione pare ora rafforzata da quanto si legge nel ventesimo considerando, secondo il quale “Qualora il contratto presenti manifestamente un collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato all'articolo 4, paragrafi 1 o 2, una clausola di salvaguardia dovrebbe prevedere che si debba applicare la legge di tale diverso paese. Per determinare tale

⁵²³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), doc. COM/2005/650 def. del 15 dicembre 2005.

⁵²⁴ A tale riguardo un'autrice (cfr., BARIATTI, op. ult. cit. 49-50) ha recentemente segnalato che dall'esame dell'art. 18 del Regolamento, secondo il quale “la residenza abituale di una società, associazione o persona giuridica è situata nel luogo della sua amministrazione centrale”, potrebbe sostenersi che “l'amministrazione centrale diventerebbe anche il criterio di localizzazione del collegamento più stretto, con conseguenze che dovranno essere approfondite”.

paese si dovrebbe considerare, tra l'altro, se il contratto in questione sia strettamente collegato a un altro contratto o ad altri contratti”.

Ciò potrebbe suggerire che la presenza di un legame significativo e non casuale tra il patto ed il contratto di società costituisca un elemento privilegiato nella considerazione del collegamento manifestamente più stretto, nel senso che molteplici indici dovrebbero convergere verso la designazione di un ordinamento giuridico perché questi possa seriamente concorrere con il collegamento del contratto alla legge della società.

7.4. I rilievi sin qui svolti, conducono a ritenere che il ricorso ad una delle leggi cui i criteri di collegamento indicati rinviano non possa costituire *a priori* un criterio generale di applicazione⁵²⁵.

Da un lato infatti l'impossibilità di riportare la categoria dei patti parasociali ad una unitaria nozione di contratto tipico rende impossibile determinare a priori la figura del prestatore caratteristico, e dunque la legge applicabile in mancanza di scelta in forza delle presunzioni di cui all'art. 4.2 Convenzione.

D'altro canto, il richiamo al collegamento più stretto che interviene laddove la prestazione caratteristica non sia suscettibile di essere determinata rinvia, nelle frequenti ipotesi in cui le prestazioni delle parti assumono determinati caratteri proprio per il fatto di essere inserite nel quadro dell'attività sociale, alla sede sociale e dunque all'applicazione della legge della società a titolo di *lex contractus*⁵²⁶.

Nonostante dunque l'adozione del criterio del collegamento più stretto sia nello spirito della Convenzione considerato idoneo a permettere di rendere applicabile ad ogni rapporto la legge più appropriata a reggerlo, in pratica l'individuazione della legge del collegamento più stretto in singoli casi può essere assai opinabile, con il risultato, evidenziato dalla dottrina⁵²⁷, che si finisce per attribuire al giudice un margine di discrezionalità eccessivo a tutto detrimento degli scopi della prevedibilità della legge applicabile, della certezza del diritto e della tutela dell'aspettativa delle parti propugnati dalla Convenzione⁵²⁸.

⁵²⁵ Cfr., DRAETTA, *Brevi note*, cit.

⁵²⁶ Cfr., BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, cit., 228-9.

⁵²⁷ Cfr., VITTA, *La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, 950 ss.; A.GIARDINA, *La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e il diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1981, 802.

⁵²⁸ Cfr., M.E. ANCEL, op.cit., 333 ss., la quale rileva che “la prévisibilité de la loi applicable...ne signifie pas que la loi ainsi désignée doit correspondre à “l’attente des parties”, à leur prévisions relatives à la loi applicable. Une telle attente

Né questo problema è del tutto risolto dalla presunzione del par. 2 atteso che, anche allorquando non vi siano dubbi circa l'identificazione della prestazione caratteristica, potrebbe non essere certo che la presunzione non sia vinta in un determinato caso o che il giudice non si convinca ad applicare una legge diversa da quella del prestatore caratteristico.

Per ciò che riguarda le pattuizioni in esame, la pertinenza di queste obiezioni è maggiore di quanto lo sia in relazione ad altre categorie e dunque riveste un sicuro interesse: in effetti sia non si può escludere che i criteri di collegamento individuati dalla Convenzione possano avere l'effetto di rendere rilevanti elementi che in realtà rivestono minima importanza nella localizzazione del rapporto rispetto al centro di gravità dell'operazione che potrebbe individuarsi nel luogo ove vengono assunte le deliberazioni della società, in ipotesi sede sociale.

Sia, in molti casi, il collegamento di tali convenzioni con la *lex societatis* non è talmente stretto da escludere che vi sia una legge diversa che presenti con la fattispecie legami anche solo altrettanto stretti e che quindi abbia una vocazione altrettanto forte a reggerli, con un conseguente ed inevitabile rischio di incertezza.

8. Qualunque sia la legge applicabile a tali patti in forza della scelta operata dalle parti essa non potrà in ogni caso determinare effetti incompatibili con le norme imperative dell'unico paese al quale si riferiscono tutti gli altri dati di fatto, a ciò osterebbe infatti l'art. 3, n. 3 della Convenzione di Roma che, nel derogare al principio dell'autonomia della volontà, fa salve le disposizioni inderogabili dell'unico paese cui il contratto è esclusivamente legato⁵²⁹, impedendo così alle parti di eludere, tramite una clausola di scelta di legge, le norme imperative della *domestic law*.

Tali norme, seguendo le indicazioni di un'attenta dottrina, sono quelle "dell'ordinamento che sarebbe applicabile qualora le parti non avessero designato la legge applicabile", potendo

est trop indéterminable pour être déterminante et, sans doute aussi, rarement commune. La Convention, en vertu de l'art. 4.2., entend apporter une réponse claire à la question du conflit des lois, établir une règle qui permette aux contractants de connaître facilement et ab initio la loi qui régit leur rapport".

⁵²⁹ Dispone l'art. 3.3. che "la scelta di una legge straniera ad opera delle parti...qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano ad un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto". L'art. 3, terzo paragrafo, del Regolamento Roma I dispone al riguardo che "Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente".

darsi per certo che, alla stregua dell'art. 4, la legge cui si riferiscono tutti gli elementi di fatto è quella del paese con cui il contratto presenta il collegamento più stretto⁵³⁰.

Si ritiene di prescindere dall'esame di tale deroga, la quale disponendo che la scelta di una legge straniera operata dalle parti quando la situazione presenta elementi di collegamento con un unico paese, non osta all'applicazione delle norme imperative di quel paese che non siano derogabili per contratto, "presenta gli stessi problemi che pongono numerosissimi altri tipi contrattuali",⁵³¹.

Occorre invece soffermarsi sulla rilevanza per i patti parasociali dell'art. 7 della Convenzione, giacchè l'applicazione della *lex contractus* ai patti parasociali, sia che derivi dalla scelta delle parti, sia che sia conseguenza dell'applicazione del criterio del collegamento più stretto, potrebbe portare, ai sensi di tale disposizione, alla considerazione di norme di un'ordinamento diverso.

Un limite all'applicazione della legge individuata come competente a regolare il contratto è costituito infatti, a norma dell'art. 7, dalle norme di applicazione necessaria appartenenti sia ad un paese diverso da quello la cui legge regola il contratto (par. 1), sia alla *lex fori* (par. 2)⁵³².

⁵³⁰ Cfr., TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria*, cit., 25 ss., in part. 28. Trattando del funzionamento concreto di tale disposizione, l'A. osserva che "la legge regolatrice del contratto resta quella designata dalle parti. Tuttavia, una volta che essa sia determinata...si procede a determinare la legge che disciplinerebbe il contratto in mancanza di designazione della legge regolatrice. In seguito si prendono in considerazione le norme in essa contenute e si verifica se esse (o meglio...i valori giuridici da esse tutelati) non ricevono pregiudizio dall'applicazione esclusiva della legge designata dalle parti". Qualora una tale verifica porti a concludere che i valori tutelati dalle norme imperative non sono garantiti dall'applicazione della legge scelta, il risultato voluto dalle norme imperative spesse dovrà essere garantito, è ciò potrà aversi "in vari modi e non necessariamente mediante una vera e propria applicazione delle norme stesse: si potrà per esempio in certi casi farle funzionare come principi di ordine pubblico, tali da impedire l'applicazione di certi aspetti della *lex contractus*; in altri casi si potrà utilizzarle come criteri per interpretare la *lex contractus*...in altri casi, si dovrà farne applicazione in senso stretto".

⁵³¹ Cfr., BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, cit., 164.

⁵³² Le norme di applicazione necessaria o norme autolimitate, sono quelle disposizioni che devono necessariamente applicarsi, quale che sia la legge regolatrice del contratto e quindi indipendentemente dal normale funzionamento delle norme di conflitto (norme "assolutamente" o "internazionalmente" inderogabili). Esse rappresentano un limite preventivo all'applicazione della legge individuata in base alle norme di diritto internazionale privato e prescindono dal contenuto di quest'ultima, la quale interviene solo subordinatamente all'applicazione delle norme di applicazione necessaria. Altra caratteristica di tali norme, espressione di interessi ritenuti rilevanti dal legislatore, è l'autonoma delimitazione della rispettiva sfera di efficacia, per cui la loro applicazione va mantenuta pur sempre nei limiti dalle stesse predeterminati (cfr., VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, cit., 199 ss.). Uno degli ostacoli in materia è dato dall'identificazione in concreto e dall'elaborazione di criteri che consentano o facilitino la concreta identificazione delle norme di applicazione necessaria. Espresso riferimento alle norme di applicazione necessaria è fatto dall'art. 17 della l. 218/95 la quale sancisce il primato delle norme interne che, "in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere richiamate nonostante il richiamo alla legge straniera". Il par. 1 dell'art. 7 della Convenzione individua tali norme in quelle "norme imperative...applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto", mentre il par. 2, con una formula sostanzialmente analoga, fa riferimento alle "norme...le quali disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto". La loro terminologia è peraltro ancora incerta: la versione francese del testo convenzionale utilizza il termine di "lois de police", mentre la versione tedesca parla di "zwingende Vorschriften" (norme cogenti) e quella inglese di "mandatory rules". Per un'analisi dell'art. 7 della Convenzione di Roma si rinvia a T.TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria*, cit., 25 ss.; D.JACKSON-A.PHILIP et alii, *Contract conflict (The ECC Convention on the law applicable to the contractual obligations: a comparative study)*, a cura di P.NORTH, Amsterdam-New York-Oxford, 1982. Per un approfondimento della categoria delle norme di applicazione necessaria si rinvia a FRANCESKAKIS, *Quelques précisions sur les "lois*

8.1. Secondo l'art. 7.1. infatti nell'applicazione della *lex contractus* potrà essere data efficacia alle disposizioni imperative della legge di un altro paese con cui la situazione presenti uno stretto legame, diverso sia da quello cui appartiene la *lex contractus*, sia dalla *lex fori*⁵³³.

Secondo la lettera dell'articolo deve peraltro sussistere uno stretto collegamento tra la situazione ed il paese cui appartiene la disposizione in questione, vale a dire che, nell'ipotesi in cui la *lex contractus* è designata dalle parti ai sensi dell'art. 3, verranno in considerazione anzitutto le eventuali disposizioni imperative della legge dello Stato con il quale sussiste il collegamento più stretto.

Al riguardo la dottrina ha messo in evidenza che tale "stretto legame potrebbe "senza dubbio affermarsi esistente con il paese in cui ha sede la società cui si riferisce il patto parasociale, eventualmente sottoposto ad una legge diversa, ma altri "stretti legami" potrebbero ipotizzarsi, per esempio con il luogo in cui la società ha la sua amministrazione centrale o l'oggetto principale della sua attività"⁵³⁴.

Dando allora il caso in cui le parti abbiano deciso di assoggettare il loro patto ad una legge diversa rispetto a quella del paese in cui ha la propria sede la società, dovrebbe ritenersi che le norme di applicazione necessaria previste da tale normativa trovino ingresso nella regolamentazione del patto, proprio per lo stretto legame che si potrebbe individuare tra la convenzione ed il paese in cui ha la propria sede la società cui si riferisce il patto sociale.

d'applicationj immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit de lois, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1966, 1 ss.; P.MAYER, *Les lois de police étrangères*, in *Clunet*, 1981, 277. Per un approfondito esame delle norme di applicazione necessaria l'opera di riferimento è quella di A.BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurich, 1998.

⁵³³ Attento Autore ha rilevato che le disposizioni contemplate dall'art. 7 devono essere tenute distinte da quelle, disciplinate dall'art. 3.3 della Convenzione e denominate anch'esse imperative, le quali "si risolvono in quelle, dette anche cogenti, che limitano l'autonomia negoziale" (cfr., VILLANI, op. ult. cit., 201). Le due disposizioni in commento: l'art. 3, III c., e l'art. 7, I comma, della Convenzione trattano entrambe delle norme imperative delle quali richiedono il rispetto. La prima tuttavia presenta un campo di applicazione più limitato, riguardando le sole ipotesi di designazione della legge regolatrice ad opera delle parti e le sole disposizioni imperative del paese cui si riferiscono tutti gli elementi di fatto, mentre l'art. 7 estende il proprio ambito non solo alla legge scelta dalle parti ma anche a quella applicabile in assenza di scelta ed individuata sulla base del collegamento obiettivo, e prende in considerazione sia il caso in cui tutti gli elementi del contratto convergano verso un determinato paese, sia quello in cui il contratto, pur in mancanza di tale convergenza, si presenti strettamente legato ad un paese. I redattori hanno inoltre inserito una differente intensità alle due disposizioni: mentre ai sensi dell'art. 3,3 le parti devono rispettare le disposizioni imperative della legge in questione, sarà il giudice che, ai sensi dell'art. 7 potrà prendere in considerazione le disposizioni imperative di uno stato terzo. Cfr., per un esame parallelo delle due disposizioni, TREVES, op.ult.cit., 40. Non si deve inoltre trascurare un'altra fondamentale considerazione: la rilevanza della norma di applicazione necessaria dello Stato terzo è infatti subordinata alla condizione che si tratti di una norma "internazionalmente imperativa", cioè di una norma che, dal punto di vista dell'ordinamento cui appartiene, è destinata a regolare anche fattispecie soggette ad una *lex contractus* straniera. Tale condizione può essere soddisfatta in presenza di una previsione espressa del campo di applicazione della norma oppure risultare in modo certo dagli obiettivi da essa perseguiti. In caso di dubbio su tale presupposto, alla norma stessa deve negarsi rilevanza (cfr., TREVES, op. ult. cit., 25 ss.).

⁵³⁴ Cfr., DRAETTA, *Brevi note*, cit., 569-570; BARIATTI, op. ult. cit., 50.

Discorso non diverso potrebbe essere fatto per le norme imperative di altri paesi con cui il patto si presenti strettamente collegato, come il luogo in cui la società ha l'oggetto principale della sua attività.

Il compito cui è chiamato l'interprete nella determinazione ed applicazione di tali norme appare peraltro particolarmente delicato, sia in quanto esso è chiamato a verificare se ed in quale misura, secondo il diritto dell'ordinamento straniero in questione, le norme imperative siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto, sia poiché la decisione di darvi o meno effetto deve essere presa tenendo conto della "natura, dell'oggetto e delle conseguenze della applicazione o non applicazione", sia infine perché il contratto potrebbe presentare collegamenti stretti con più Stati richiedendo l'applicazione delle disposizioni imperative di diversi paesi⁵³⁵.

Il secondo paragrafo dell'art. 7 della Convenzione, unito all'art. 16 dello stesso testo, aggiunge poi che la *lex contractus*, scelta dalle parti o individuata secondo il criterio della connessione, non può impedire l'applicazione delle norme imperative e di ordine pubblico della *lex fori*.

Queste due categorie di norme non coincidono interamente poiché, da una parte, mentre tutte le norme di ordine pubblico sono necessariamente imperative, le norme imperative del diritto interno non sono necessariamente di ordine pubblico internazionale, dall'altra parte, mentre le norme imperative richiedono il loro rispetto da parte dell'autonomia privata in diritto interno, l'ordine pubblico internazionale tutela i principi fondamentali della *lex fori*, intervenendo quando l'applicazione di una legge straniera porti alla violazione di tali principi, indipendentemente dal fatto che essa sia frutto di una scelta delle parti o dell'operare di una norma di conflitto oggettiva⁵³⁶.

Considerando allora la situazione dal punto di vista della legge italiana, presupponendo cioè che la *lex societatis* applicabile sia quella italiana essendo qui localizzata la sede della società,

⁵³⁵ Riserve all'applicazione di tale norma sono state formulate dal Regno Unito, Lussemburgo, Germania ed Irlanda, ciò potrebbe far ritenere che gli altri stati parte della Convenzione non siano tenuti a dare efficacia alle norme di applicazione necessaria dei paesi che hanno formulato la predetta riserva. Un attento Autore (cfr., VILLANI, op. ult. cit., 205) ha peraltro espresso un'opinione differente ritenendo che la considerazione del carattere universale della Convenzione, e quindi dell'applicazione delle norme di applicazione necessaria di un paese, pur estraneo alla Convenzione, con cui il contratto presenti uno stretto legame, chiarisca che allo stesso modo analoghe disposizioni dello Stato che abbia formulato la riserva, e quindi si trovi nella posizione di uno Stato estraneo, debbano ricevere efficacia negli altri stati parte. Analogamente conclude anche TREVES, op.ult.cit., 42, il quale ritiene che "l'applicazione delle norme di applicazione necessaria di uno Stato parte riservante possa essere ammessa, sia pure, evidentemente con maggiore severità di quelle degli stati parte non riservanti, ma con severità non maggiore di quella esercitata per le norme di applicazione necessaria degli Stati terzi alla convenzione".

⁵³⁶ Cfr., P.-M.PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe, Etudes suisse de droit international*, Genève, Librairie de l'Université 1985, 74ss.

e che la *lex contractus* applicabile al patto ad essa collegato sia una legge straniera, si potrebbe valutare se all'interno del nostro ordinamento siano previste norme di applicazione necessaria idonee ad applicarsi qualunque sia la legge che disciplini il patto.

8.2. Prima di addentrarsi in tale esame, pare peraltro opportuno trattare brevemente della disposizione specifica prevista dal Regolamento Roma I in tema di norme di applicazione necessaria, la quale presenta alcune interessanti novità.

In primo luogo il primo paragrafo dell'art. 9 introduce una definizione di norme di applicazione necessaria senz'altro restrittiva, indicandole quali "disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento"⁵³⁷.

Tale definizione, presupponendo che la norma miri alla salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato, sembra quindi escludere dal suo ambito le norme che tutelano interessi di carattere privatistico ovvero quelle che hanno carattere autolimitato⁵³⁸.

Conferma di ciò si ritrova peraltro nel XXXVII Considerando, secondo il quale "il concetto di "norme di applicazione necessaria" dovrebbe essere distinto dall'espressione "disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente" (di cui all'art. 3.3) e dovrebbe essere inteso in maniera più restrittiva".

Altra novità dell'art. 9 del Regolamento è l'inversione, rispetto alla disciplina convenzionale dell'ordine delle disposizioni relative rispettivamente alle norme di applicazione necessaria del foro e degli Stati terzi, ma soprattutto merita rilievo la circostanza che la norma conserva il richiamo delle norme di applicazione necessaria di un paese diverso dalla *lex fori* solo a due condizioni: che si tratti di norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi

⁵³⁷ Il Regolamento riprende così la celebre definizione data da FRANCESCAKIS, op.cit., che qualificava le *lois de police* come "lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays" e recepisce quanto stabilito nella sentenza *Arblade* della Corte di Giustizia (23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, in *Raccolta*, I-8453 e in *Riv.dir. int. priv. e proc.*, 2000, 816 ss.), secondo cui sono norme di applicazione necessaria le "norme nazionali la cui osservanza è stata reputata cruciale per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporne il rispetto a chiunque si trovi nel territorio nazionale di tale Stato membro o a qualunque rapporto giuridico localizzato nel suo territorio".

⁵³⁸ In tal senso, G. BIAGIONI, *L'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria nella Proposta di Regolamento "Roma I"*, in *La legge applicabile ai contratti nella Proposta di regolamento Roma I*, a cura di P. Franzina, cit., 101.

derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, e solo nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto.

9. Richiamando qui le uniche norme di diritto materiale che il nostro ordinamento prevede per i patti parasociali, ovvero le disposizioni del T.U.F. ed in particolare gli articoli 122 e 123 che riguardano l'esercizio del diritto di voto nelle società con azioni quotate e nelle società che le controllano e la circolazione delle azioni⁵³⁹, nonché gli artt. 2341 *bis* e *ter* c.c. introdotti dalla legge di riforma, ci si potrebbe chiedere se le relative disposizioni trovino applicazione, qualunque sia la legge scelta dalle parti per regolamentare il patto, a titolo di norme di applicazione necessaria.

Al riguardo una parte della dottrina non dubita che le norme di cui all'art. 123 T.U.F. e all'art. 2341 *bis* c.c., che stabiliscono un limite di durata dei patti parasociali (rispettivamente tre e cinque anni) ed un diritto di recesso in ipotesi di patti a durata indeterminata, "costituiscono senz'altro norme di applicazione necessaria, dato il disfavore con cui il nostro ordinamento considera impegni contrattuali di durata eccessiva"⁵⁴⁰.

Ne discende, secondo l'autore, che "esse ricadranno tra quelle norme cui il giudice italiano potrà dare efficacia, relativamente a patti parasociali sottoposti alla *lex contractus* determinata ai sensi dell'art. 7.1 della Convenzione, nei casi in cui tale legge sia per ipotesi diversa da quella italiana, e il patto presenti uno stretto legame con l'ordinamento italiano"⁵⁴¹.

Tale posizione non pare peraltro corretta: sia infatti le disposizioni in termini di durata dei patti e di recesso dai medesimi sembrano circoscritte ai soci paciscenti e non riguardano terzi soggetti estranei, mirando a tutelare un interesse privatistico tipico in materia contrattuale che è quello di assicurare alle parti di non dover sottostare a vincoli contrattuali di durata indeterminata.

Sia, inoltre, la stessa giurisprudenza che recentemente ha confermato la validità dei patti parasociali, ha affermato che l'indeterminatezza della durata o la durata non ragionevolmente contenuta del patto non ne determina l'invalidità, ma può essere temperata con il richiamo al principio generale di risolubilità *ad nutum*⁵⁴².

⁵³⁹ In particolare l'art. 123, che ha ad oggetto la durata dei patti ed il diritto di recesso dei medesimi, prevede che i patti che pongono limiti al trasferimento delle azioni abbiano una durata limitata nel tempo, cfr., *supra* cap. 1.

⁵⁴⁰ Cfr., DRAETTA, op. ult.cit., 573.

⁵⁴¹ *Ibidem*.

⁵⁴² Cfr., Cass., 14865/2001, cit.

Sia infine, le stesse disposizioni in termini di durata dei patti e re cedibilità non sono un dato inderogabile nel nostro ordinamento, prova ne sia che ne sono esclusi, a norma dell'ultimo comma dell'art. 2341 *bis* c.c. i patti “strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni e servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo”⁵⁴³.

Inoltre l'art. 124 T.U.F. attribuisce alla Consob il potere di dichiarare inapplicabili le norme in tema di recesso nei patti a tempo indeterminato nei confronti di società italiane quotate presso altri mercati mobiliari⁵⁴⁴.

Se ne deve concludere pertanto che il contenuto preciso di tali disposizioni non costituisce un dato imperativo nel nostro ordinamento; il fine di soddisfare l'interesse a evitare vincoli contrattuali di durata indeterminata potrebbe infatti essere raggiunto in termini di equivalenza sostanziale da una normativa che preveda una durata diversa del patto o, nel caso di durata indeterminata, assicuri il diritto di recesso⁵⁴⁵.

La confutazione della natura di norme di applicazione necessaria delle disposizioni in esame può peraltro essere affermata ai fini del nostro studio sulla base di un altro argomento, che verrà compiutamente sviluppato nel prossimo paragrafo ma che già si anticipa, ovvero che il carattere essenziale delle norme di applicazione necessaria, vale a dire l'effetto di deroga preventiva al funzionamento del sistema di diritto internazionale privato, non potrebbe essere attribuito alle norme citate, in quanto la loro applicazione avviene sempre nel quadro della *lex societatis*.

Analoga valutazione può essere condotta relativamente agli obblighi in tema di pubblicità e trasparenza di cui all'art. 122, I c. T.U.F. e di cui all'art. 2341 *ter* c.c., cui una parte della

⁵⁴³ Cfr., in senso conforme, MUNARI, *Patti parasociali e norme di diritto internazionale*, cit., 135.

⁵⁴⁴ Argomentando da tale articolo la dottrina (BARIATTI, op. ult. cit., 51), nel negare il valore di norme di applicazione necessaria delle citate disposizioni, ha correttamente evidenziato che “le norme di applicazione necessaria non dovrebbero subire eccezioni, altrimenti gli interessi che vogliono proteggere non avrebbero valore assoluto ma dipenderebbero dagli elementi del caso concreto”.

⁵⁴⁵ *Ibidem*. Potrebbe dunque ritenersi rispondente a tale giudizio di equivalenza, nell'ipotesi di un patto parasociale che presenti stretti legami con l'Italia sottoposto dalle parti alla legge francese, quanto affermato in termini di durata dei patti e re cedibilità da Cass.comm., 6 novembre 2007, n. 07-10.620, in *RJDA*, 2008, n. 155 ed in *D.*, 2008, 1024, nota di Dondero. La Corte, nel valutare un patto parasociale in cui si prevedeva che le disposizioni avrebbero trovato applicazione fintanto che le due società paciscenti, A e B, sarebbero rimaste entrambe socie della società C, ha precisato che in assenza di indicazione delle parti relativamente alla durata di un patto parasociale, questo si intende stipulato a tempo indeterminato.

In particolare la Corte, nel disattendere le argomentazioni della società A, per la quale il recesso esercitato dalla società B era da ritenere illegittimo, in quanto la durata del patto, pur in assenza di espressa disposizione delle parti, era da considerare determinata e corrispondente alla durata massima della società, ovvero 99 anni, ne deduce che “le pacte d'actionnaires n'étant affecté d'aucun terme...a été conclu pour une durée indéterminée...donc résiliable à tout moment par les parties, sous réserve de respecter un préavis raisonnable”. Per un approfondimento della portata di tale decisione e delle perplessità sollevate in dottrina, si rinvia a COURET, JACOMET, *Les pièges*, cit., 955.

dottrina attribuisce “senz’altro” la natura di norme di applicazione necessaria, “dato che sono volte alla tutela di interessi di natura pubblicistica”⁵⁴⁶.

Ai fini del nostro esame, occorre evidenziare che la violazione di tali disposizioni determina una serie di sanzioni che vanno dalla decadenza dal diritto di voto per le azioni cui si riferisce il patto, all’impugnabilità delle delibere assunte in violazione di tali obblighi, che sono direttamente collegate con il momento societario e con “gli obblighi inerenti alla qualità di socio” rientranti nell’art. 25 della legge 218/95; anche l’applicazione di queste norme avverrà dunque nell’ambito della *lex societatis*, conseguentemente esse saranno applicate in quanto facenti parte della disciplina dettata dalla legge regolatrice della società, e non funzioneranno quale limite preventivo al funzionamento delle regole di conflitto.

10. Si è già evidenziato nel corso del nostro esame, nel valutare le disposizioni di diritto materiale dedicate alla figura dei patti parasociali, che gli accordi che interessano “gli assetti proprietari ed il governo della società”, o meglio che ogni accordo tra soci che abbia influenza sulla vita della società -e non soltanto quelli che il nostro ordinamento considera leciti in base alle tre ipotesi dell’art. 2341 *bis* o quelli per i quali è stabilito l’obbligo della trasparenza- deve essere valutato in base alla *lex societatis*.

La circostanza che l’applicazione di tali disposizioni avvenga nel quadro della *lex societatis* ne porta a negare conseguentemente la natura di norme di applicazione necessaria: esse non operano quale limite preventivo al sistema di diritto internazionale privato, ma si applicano all’interno di tale sistema, in quanto rientranti nella disciplina della *lex societatis* chiamata a disciplinare le questioni che interessano direttamente l’organizzazione ed il funzionamento della società.

Così un patto con cui le parti si vincolino ad esempio a non vendere le proprie azioni per un periodo di cinquant’anni, soggetto ad una legge che non preveda né determinazioni di durata né conferisca un diritto di recesso ai soci, non sarà valido ai sensi della legge italiana, ma ciò non per l’effetto dell’operare delle disposizioni di cui agli artt. 123 T.U.F. e 2341 *bis* c.c. a titolo di norme di applicazione necessaria, ma per il “difetto di competenza della legge prescelta”⁵⁴⁷, trattandosi di questioni disciplinate dalla *lex societatis*⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Così, DRAETTA, op. cit., 573.

⁵⁴⁷ Cfr., chiaramente BALLARINO, op. ult. cit., 165.

⁵⁴⁸ L’osservazione critica che si può rivolgere alle teorie di chi ritiene che le disposizioni di diritto materiale italiano entrino in gioco quali norme di applicazione necessaria ai sensi dell’art. 7 della Convenzione di Roma, che ne opererebbe la salvaguardia, può coinvolgere inoltre altre riflessioni.

Ciò posto occorre precisare che l'applicazione delle norme di pubblicità e trasparenza di cui all'art. 122 T.U.F., trovano applicazione con riguardo alle sole società italiane, stabilendone l'art. 119 T.U.F. l'operatività con riguardo a società italiane quotate in Italia o in altri paesi dell'Unione Europea. La loro tassatività deriva dunque dalla loro appartenenza alla legge regolatrice dell'ente sociale, ma dal punto di vista di un terzo ordinamento tale limitazione all'autonomia dei contraenti non potrà essere valutata nell'ambito della legge regolatrice del contratto perché questa non ha competenza in proposito; "la disposizione dell'art. 7 n.1 della Convenzione di Roma non viene quindi in considerazione"⁵⁴⁹.

11. L'intervento degli artt. 122 e 123 T.U.F. quali norme di applicazione necessaria è stato sostenuto con riguardo a società straniere controllanti società italiane "in virtù della connessione con il sistema sociale italiano derivante appunto dal rapporto di controllo"⁵⁵⁰.

Uno degli argomenti portati per sostenere tale affermazione, è il Considerando 15 del Regolamento 2157/01 sullo statuto della società europea, il quale stabilisce che "in virtù delle norme e dei principi generali del diritto internazionale privato, i diritti e gli obblighi relativi alla tutela degli azionisti di minoranza e dei terzi, derivanti per un'impresa dal controllo esercitato su di un'altra impresa soggetta ad un diverso ordinamento giuridico, sono disciplinati dal diritto applicabile all'impresa controllata".

La risposta alla questione se tale disposizione possa avere incidenza sugli accordi tra soci che si prestano ad avere influenza sulla società deve peraltro essere negativa. Sembra infatti

In primo luogo non sembra che le norme del diritto delle società siano le norme cui tipicamente si riferisce tale disposizione, quali le norme sulle esportazioni, sul controllo dei cambi, sul diritto della concorrenza.

In secondo luogo l'applicazione delle norme di applicazione necessaria non potrebbe aver luogo in relazione ai Paesi che hanno posto una riserva a tale articolo.

Per ultimo, l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del diritto della società dovrebbe dipendere dalla valutazione dei criteri fissati dall'art. 7, e quindi non solo la presenza di uno stretto legame con il paese cui le norme appartengono, ma anche l'apprezzamento della loro natura, del loro oggetto, e delle conseguenze della loro applicazione o non applicazione.

Vale ribadire dunque che a nostro parere tali norme trovano applicazione perché relative a questioni che sono state qualificate come societarie cui la Convenzione di Roma dichiara di non applicarsi.

⁵⁴⁹ Così, BALLARINO, op. ult. cit., 166; BENEDETTELLI, *Corporate governance*, cit., 720, secondo cui "il fatto che queste norme operino sul presupposto che le società destinatarie siano emittenti di titoli quotati in un mercato azionario non incide sulla loro appartenenza allo "statuto sociale", e quindi sulla loro applicabilità alle sole società costituite ai sensi della legge italiana".

⁵⁵⁰ Cfr., BENEDETTELLI, op.ult.cit., 736, secondo il quale "nel caso particolare in cui i patti riguardino società straniere controllanti società italiane, gli artt. 122 e 123 opereranno..a titolo di norme di applicazione necessaria, quale che sia la disciplina data ai patti dalla *lex societatis* regolatrice dell'ente, in virtù della connessione con il sistema sociale italiano derivante appunto dal rapporto di controllo"; si veda anche MUNARI, *Patti parasociali e norme di diritto internazionale*, cit., 139, secondo il quale, con riferimento ad accordi diversi dai patti di sindacato o di blocco, "in questi casi ..pare difficile ipotizzare la non operatività della *lex societatis* della controllata quindi della società italiana"; DAMASCELLI, *I conflitti di legge*, cit., 115.

che tale disposizione, come acutamente osservato in dottrina⁵⁵¹, trovi applicazione in ordine “alle disposizioni relative al rapporto tra le due società e non in ordine ai patti parasociali, i quali hanno efficacia tra le parti e non ne hanno alcuna nei confronti dei terzi”.

Parrebbe più corretto ritenere allora che gli accordi suscettibili di avere influenza sul governo della società controllante trovino la propria disciplina nella legge regolatrice del suo statuto, e quindi nelle disposizioni sulla *governance* di tale società.

In relazione a tale disciplina le norme in commento non si ritiene possano intervenire quali norme di applicazione necessaria: non sembra infatti che sussistano nel nostro ordinamento elementi tali da far ritenere che il disfavore che il legislatore italiano mostra per gli impegni contrattuali di lunga durata assuma tale rilievo da poter rivestire i requisiti richiesti dall’art. 17 della legge di riforma affinché l’art. 123 T.U.F. possa essere considerato di applicazione necessaria; né il fatto che, come sostenuto, l’art. 122 T.U.F., sia una norma diretta a soddisfare interessi di natura pubblicistica comporta che essa sia da considerare, per ciò solo, norma di applicazione necessaria⁵⁵².

Infine, si è già ricordato che ai sensi dell’art. 119 T.U.F. le norme in questione si applicano solo alle “società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati italiani”, ne deriva che gli adempimenti pubblicitari previsti dovranno essere osservati solo per le società controllanti italiane.

Potrebbe peraltro porsi, anche relativamente alle disposizioni di cui agli artt. 2341 *bis* e *ter* c.c., la questione di una loro applicazione a titolo di norme di applicazione necessaria con riguardo a società straniere controllanti società italiane valutando che, nella parte in cui disciplinano anche accordi aventi ad oggetto l’esercizio del diritto di voto, il trasferimento di partecipazioni sociali o l’esercizio di un’influenza dominante su società controllanti, qualora queste ultime siano di diritto straniero, pone in rapporto due società di cui una costituita ai sensi del diritto italiano e l’altra soggetta alla *lex societatis* di un altro Stato.

Le citate norme si riferiscono a ad una serie di diritti ed obblighi “inerenti alla qualità di socio”, che ricadono nell’art. 25 della legge di riforma (lett. g), e quindi sotto la *lex societatis*, con la conseguenza che potranno trovare applicazione solo relativamente a società di diritto

⁵⁵¹ Cfr., BALLARINO, op. ult. cit., 168; l’Autore ritiene che tale disciplina renda ad esempio “applicabile nei confronti di una controllante straniera il divieto per la società italiana di acquistarne le azioni se non nei limiti stabiliti dall’art. 2359 bis o di sottoscrivere azioni o quote di esse (art. 2359 *quinques*) ancorché la società controllante consideri ciò possibile”; nega l’opportunità di tale richiamo anche BARIATTI, op. ult. cit., 50, ritenendo che si tratti “di questioni diverse rispetto a quella qui esaminata”.

⁵⁵² Cfr., DAMASCELLI, *Conflitti di legge*, cit., 116.

italiano e non anche a società di diritto straniero eventualmente controllanti società per azioni⁵⁵³.

Infine ci si potrebbe domandare se possano essere soggette all'applicazione dell'art. 2341 *ter* le società straniere prese in considerazione dall'art. 25, primo comma, ultima parte della legge di riforma, ovvero quelle che abbiano nel nostro territorio la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale di attività.

Una parte della dottrina ritiene al riguardo che “a prescindere dalla legge regolatrice scelta dai soci per la disciplina dei loro rapporti parasociali, è sicura l'operatività, per qualsiasi società per azioni, costituita in Italia e rientrante tra quelle di cui all'art. 2341 *ter*, delle norme in tema di pubblicità e trasparenza dei patti”, così come tale applicazione è “quanto meno probabile” relativamente a società non italiane ma aventi nel territorio la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale⁵⁵⁴.

Questa opinione lascia invero perplessi e potrebbe essere confutata richiamando quella dottrina⁵⁵⁵ che ha correttamente evidenziato che la disposizione di cui all'ultimo periodo dell'art. 25, primo comma, anziché “nazionalizzare” gli enti richiamati, sottoponendoli integralmente al diritto societario italiano, valga solo a rendere applicabili norme di applicazione necessaria relative all'amministrazione dell'ente o allo svolgimento delle sue attività sul territorio italiano.

Ora, è ben vero che l'art. 2508, primo comma, c.c., sottopone tali società “alle disposizioni della legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali”, tra i quali rientra senz'altro anche la verbalizzazione assembleare, ma tale norma sembra posta a tutela dei terzi che entrino in contatto con la sede secondaria della società. Diversamente l'art. 2341 *ter*, anche considerando le conseguenze della sua violazione, ovvero l'esercizio dell'impugnativa di cui sono titolari i soci o l'organo amministrativo o di controllo, pare avere una rilevanza esclusivamente endosocietaria⁵⁵⁶.

⁵⁵³ Di contraria opinione BARIATTI, op. ult. cit., 51, secondo la quale è preferibile “separare all'interno dei patti parasociali della società controllante straniera le disposizioni che attengono ai diritti e doveri dei soci e all'esercizio di tali diritti negli organi di questa, dalle disposizioni che disciplinano l'esercizio del diritto di voto, la nomina degli amministratori, e così via, nella società controllata”, in relazione a quest'ultima categoria, le disposizioni in parola dovrebbero applicarsi anche alla società controllante ed ai suoi soci “che hanno deciso di svolgere attività in Italia attraverso un'entità dotata di personalità giuridica, soprattutto quando la società straniera ha come unica attività la gestione della partecipazione nella società italiana”.

⁵⁵⁴ Cfr., DAMASCELLI, op. ult. cit., 131.

⁵⁵⁵ Cfr., LUZZATTO, AZZOLINI, voce *Società*, cit., 156. Nello stesso senso, CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, 35, secondo il quale “la seconda parte del comma 1 dell'art. 25 della legge n. 218/95 (è) rivolta ...a legittimare l'applicazione del diritto italiano alle attività di società straniere nell'ambito del territorio dello Stato italiano piuttosto che a nazionalizzarle”.

⁵⁵⁶ Cfr., DAMASCELLI, op. ult. cit., 116.

Inoltre occorre tener presente, che secondo un'opinione⁵⁵⁷ alla quale si ritiene di aderire, il regime di *disclosure* di cui all'art. 2341 *ter* c.c., tenendo conto di una giusta valutazione degli obblighi sottesi al previsto obbligo di trasparenza, riguarderebbe solo gli accordi che abbiano per oggetto l'esercizio del diritto di voto, e non sarebbe quindi estensibile, ad esempio, ai patti parasociali relativi alla circolazione delle azioni, o a un accordo di prelazione tra azionisti in possesso di una partecipazione non rilevante.

Sia infatti ponendo attenzione all'esigenza che l'art. 2341 *ter* si pone di soddisfare, ovvero quella di informare soci esterni al patto e terzi dell'esistenza di accordi che possono avere un'influenza indiretta sulla formazione delle delibere assembleari, sia la previsione delle sanzioni previste in caso di inosservanza: la sospensione del diritto di voto e la conseguente invalidità della deliberazione assembleare qualora essa sia adottata con il voto determinante degli azionisti che abbiano omesso la richiesta dichiarazione, convincono di ciò⁵⁵⁸.

Ciò metterebbe in dubbio la possibilità di considerare che l'art. 2341 *ter* costituisca una norma autolimitata capace di applicarsi ai patti parasociali stipulati tra soci di società estere soggette alle norme italiane in forza del richiamo fatto dall'art. 25, primo comma, ultima parte della legge 218/95.

12. La pertinenza delle valutazioni appena svolte deve peraltro essere verificata alla luce del primato e della diretta efficacia riconosciuta nel nostro ordinamento alle libertà comunitarie (in primo luogo la libertà di stabilimento di cui all'art. 48 del Trattato CE) ed alle decisioni della Corte di Giustizia⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Cfr., PAVONE LA ROSA, *La "trasparenza" dei patti parasociali nelle società per azioni "aperte"*, cit., 549 ss.

⁵⁵⁸ La dottrina qui citata rileva infatti che "è evidente che, ove l'assemblea...sia convocata per deliberare una modifica dell'atto costitutivo, l'approvazione del bilancio, la nomina dei componenti del consiglio di amministrazione od un qualsiasi altro oggetto, la comunicazione, in apertura dei lavori assembleari, dell'esistenza tra taluni soci di un accordo inteso a porre limiti alla circolazione delle azioni non ha giustificazione alcuna, non potendo l'accordo stesso in alcun modo incidere sull'andamento delle operazioni assembleari e sulle decisioni che al termine di queste saranno adottate". Inoltre, prosegue l'A., la previsione dell'articolo in esame secondo cui la dichiarazione prevista deve essere effettuata "in apertura di ogni assemblea", trova "piena giustificazione per gli accordi che hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto ovvero per oggetto od effetto l'esercizio, anche congiunto, di un'influenza sulla società..., e non anche per le convenzioni che prevedono in via esclusiva limiti alla circolazione delle azioni, la cui ripetuta comunicazione non sembra possa assolvere alcun utile funzione in ordine alla formazione delle delibere assembleari".

⁵⁵⁹ La dottrina ha evidenziato che l'art. 2507 c.c., introdotto dalla riforma, secondo il quale "l'interpretazione ed applicazione delle disposizioni contenute nel presente capo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità Europee", rivestirebbe la natura di "norma pedagogica", ovvero di una "norma la cui esclusiva funzione è ricordare agli operatori giuridici l'esistenza di altri precetti, già vigenti per forza propria rilevanti in materia (così BENEDETTELLI, *"Mercato" comunitario delle regole*, cit., 700), escludendo che a tale disposizione possa esser riconosciuto alcun valore imperativo (così BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, cit., 169). Conforme MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano*, cit., 40 e ss.

L'esame dell'ambito di applicazione delle disposizioni relative al regime ed alla pubblicità dei patti parasociali dovrà pertanto concludersi approfondendo l'ipotesi in cui si sia in presenza di una società comunitaria⁵⁶⁰.

Le regole in tema di libertà di stabilimento vigenti nel sistema comunitario, nonché i principi dettati dalla Corte di Giustizia e meglio conosciuti come "dottrina Centros"⁵⁶¹, sembrano escludere la possibilità di estendere nei confronti di società non italiane, anche se stabilite in Italia, qualunque disposizione riguardante lo statuto della società, e quindi anche le norme sui patti parasociali in quanto "espressione della *governance* della società"⁵⁶².

Al fine di spiegare tale assunto occorre procedere per gradi. In primo luogo occorre rilevare che nelle sentenze citate la Corte ha stabilito sia che, in forza del diritto comunitario, una società validamente costituita in base alla legge di uno Stato membro può creare in un altro Stato membro una sede secondaria destinata allo svolgimento esclusivo della attività (*Centros*), sia che l'esercizio di tale attività nello Stato membro di stabilimento può avvenire eludendo le norme di questo Stato che subordinano l'esercizio della libertà di stabilimento alle condizioni relative al capitale minimo e alla responsabilità degli amministratori stabilite dal diritto locale per la costituzione della società (*Inspire Art*).

In particolare nella sentenza Centros la Corte ha stabilito che le libertà comunitarie devono prevalere sulle norme nazionali che possono ostacolare o scoraggiare il loro esercizio e che non rispondono alla condizione di applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificate da motivi imperativi di interesse pubblico ed idonee a garantire il perseguimento di tali scopi, non eccedere quanto necessario per il raggiungimento di tali obiettivi⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Ovvero una "società costituita conformemente alla legislazione di uno Stato membro e avente la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro dell'attività principale all'interno della Comunità".

⁵⁶¹ Si tratta della nota "trilogia" *Centros, Überseering, Inspire Art*, (l'espressione è di H. MUIR-WATT, nota di commento a *Inspire Art*, in *Rev. crit. droit int. privé.*, 2004, 173 ss.), che ha affrontato il problema della legge applicabile alle società in ipotesi di stabilimento primario o secondario all'interno del territorio dell'Unione, o meglio il rapporto tra libertà di circolazione e disciplina conflittuale delle società commerciali. Si tratta delle cause Corte Giust., 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd.*, in *Raccolta*, 1999, I, 1459; Corte Giust., 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering*, *ivi*, 2002, I, 9919; Corte Giust., 30 settembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*, *ivi*, 2003, I, 10155. La dottrina italiana ed europea ha dedicato numerosi ed approfonditi contributi a tali sentenze. Senza presunzione di completezza si rinvia a BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, 675 ss.; ID., *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement*, in *Rev. crit. droit int. privé.*, 2003, 376 ss.; LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento dopo Überseering tra armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2003, I, 456 ss.; G.B.PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 129 ss.; LAGARDE, nota di commento a *Überseering*, in *Rev. crit. droit int. privé.*, 2004, 259 ss.

⁵⁶² In tal senso cfr., MUNARI, op. ult. cit., 140

⁵⁶³ E' questo il cd. "test tripartito" sulla legittimità di misure statali a tutela di esigenze imperative. Per un approfondimento al riguardo, cfr., *infra* nota 565.

Occorre ora verificare quale sia la ricaduta concreta che tali principi possono avere sul nostro sistema di diritto internazionale privato e se essi possano servire a ricostruire una sorta di coordinamento tra i diritti societari degli Stati membri.

La ricaduta del principio, che è possibile ricavare dalla sentenza *Centros*, della concorrenza tra diritti societari all'interno dello spazio giuridico comunitario⁵⁶⁴, sulla disciplina conflittuale degli Stati membri, conduce a verificare, secondo le indicazioni della stessa Corte, se una disposizione appartenente alla *lex societatis* di uno Stato membro possa essere invocata sulla base di una "esigenza imperativa" dello Stato in questione⁵⁶⁵.

Il nostro interesse nasce dalla necessità di analizzare il caso in cui società costituite ai sensi della legge di un altro Stato membro si stabiliscano all'interno del territorio italiano, e quindi entri in considerazione l'art. 25, primo comma, ultima parte, della legge di riforma del diritto internazionale privato.

Pare ormai che in ambito comunitario il diritto degli Stati membri, e pertanto il diritto dell'ordinamento italiano, di intervenire rispetto alla *lex societatis* di un altro Stato membro, possa essere giustificato solo in presenza di norme imperative, o meglio che l'applicazione "*qua lege societatis*" delle disposizioni del diritto societario italiano nei confronti di una

⁵⁶⁴ Cfr., in tal senso le conclusioni dell'Avvocato generale La Pergola (punto 20), secondo il quale "in assenza di armonizzazione..è la concorrenza dei sistemi normativi a dover avere libero gioco, anche in materia societaria". Cfr., anche T. MASTRULLO, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Thèse Paris I, 2007, in part. 587 e ss., secondo il quale la trilogia delle pronuncia della Corte di Giustizia, che ha "marqué l'éclosion du principe de la loi du pays d'origine dans le champ sociétaire", ha dato avvio ad un marcato orientamento del diritto intracomunitario delle società che si caratterizza "surtout par sa tendance à mettre les droits internes en concurrence".

⁵⁶⁵ Richiamando la dottrina enunciata dalla Corte nella sentenza *Cassis de Dijon*, 20 febbraio 1979, causa 120/78, in *Raccolta*, 1979, 649 ss. Le esigenze imperative sono state create in via interpretativa nell'ordinamento comunitario dalla Corte di Giustizia a partire da tale pronuncia, che ha fatto riferimento ad una categoria aperta (la Corte vi ha inserito ad esempio le disposizioni in tema di tutela dei consumatori, dei lavoratori, dell'ambiente), ma che rappresenta un interesse di uno Stato membro degno di protezione a livello generale.

In linea di principio sarebbe dunque possibile che norme di applicazione necessaria di uno Stato incarnino esigenze imperative dello Stesso, così da ricevere applicazione prevalendo su altre disposizioni. Nella sentenza *Arblade* (23 novembre 1999, cit.), la Corte di Giustizia si è posta il problema di invocare le *lois de police* come deroga ad una libertà fondamentale prevista dal Trattato, affermando che "l'appartenenza di una norma nazionale alla categoria delle leggi di polizia e di sicurezza non la sottrae all'osservanza delle disposizioni del Trattato, pena la violazione dei principi di preminenza e di applicazione uniforme del diritto comunitario. Le motivazioni che sono alla base di tali normative nazionali possono essere prese in considerazione dal diritto comunitario soltanto a titolo di eccezioni alle libertà comunitarie espressamente previste dal trattato e, se del caso, a titolo di ragioni imperative d'interesse generale". Come infatti la Corte ha precisato in numerose sentenze (cfr. ad esempio la sentenza 25 luglio 1991, causa C-76/90, *Sager*, in *Raccolta*, I-8453 e la sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*), una norma nazionale che restringa una libertà fondamentale per poter risultare giustificata deve perseguire un motivo di interesse generale riconosciuto nel diritto comunitario e rispettare il principio di proporzionalità, vale a dire essere idonea a garantire il perseguimento dell'obiettivo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento. Ammesso dunque che una norma di applicazione necessaria risponda al requisito dell'interesse generale, essa deve poi passare il test di proporzionalità, vale a dire essere adeguata e non sostituibile con altre meno restrittive che possano soddisfare la stessa esigenza. Sulla base di questa dottrina la Corte ammette, nel caso *Centros*, che gli Stati membri possano in via eccezionale adottare misure idonee a prevenire o a sanzionare frodi nei confronti della società e dei suoi creditori derivanti dalla costituzione dell'ente secondo una legge straniera. Non sembra peraltro che molte delle norme di applicazione necessaria, ritenute tali secondo il metro statale, potrebbero superare il severo test della giurisprudenza comunitaria, assurgendo al ruolo di esigenze imperative.

società costituita conformemente alla legislazione di un altro Stato membro, possa avvenire solo in via eccezionale nei limiti della dottrina delle esigenze imperative⁵⁶⁶.

Riportando tali osservazioni alle disposizioni della legge italiana sui patti parasociali, non sembra che esse possano trovare applicazione in congiunzione, o per alcuni aspetti in alternativa, alla *lex societatis* di altro Stato membro.

Convince di ciò sia il richiamo alle osservazioni sopra svolte nel dubitare della loro natura di norme imperative, sia una considerazione di carattere sistematico: l'art. 124 del T.U.F., già ricordato, attribuisce alla Consob il potere di dichiarare inapplicabili gli articoli recanti la disciplina dei patti parasociali, "alle società italiane con azioni quotate solo in mercati regolamentati di altri paesi dell'Unione Europea, in considerazione della normativa applicabile a tali società in forza della quotazione".

Tale disposizione può spiegarsi solo nella linea di una valutazione di equivalenza sostanziale delle normative cui sopra si accennava, ovvero, riportando le osservazioni di un attento autore⁵⁶⁷, "soltanto nel presupposto che le norme del t.u.f. in tema di pubblicità e di trasparenza dei patti abbiano un corrispettivo nelle norme vigenti in un altro Stato membro della comunità in cui la società è quotata".

La *ratio* di tale disposizione è dunque quella di evitare, in ipotesi di potenziale concorso tra il diritto italiano e quello di altri Stati membri, la duplicazione di adempimenti quando gli obiettivi perseguiti possano ritenersi adeguatamente soddisfatti attraverso l'applicazione di norme straniere equipollenti.

La circostanza che il destinatario delle norme sia già sottoposto a discipline simili o equipollenti nello Stato d'origine fonda quindi una presunzione in merito all'assenza di un interesse del nostro ordinamento all'applicazione della propria disciplina, dovendosi ritenere che il principio del mutuo riconoscimento tra gli Stati membri sia ormai un principio generale dell'ordinamento delle Comunità⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ Cfr., così l'Avv. Gen. La Pergola nella sue conclusioni nella causa *Centros*, il quale sottolinea che "la società straniera possa essere soggetta per l'esercizio delle attività della succursale aperta in altro Stato membro, a norme imperative di tale Stato applicabili alle società nazionali dello stesso tipo". Cfr., anche CARBONE, op. ult. cit., 35, il quale evidenzia che "in ambito comunitario...la prevalenza della disciplina della *lex fori*...rispetto alla *lex societatis* di un altro Stato membro, non potrà avere l'applicazione che sembra riservare a tali criteri di collegamento l'art. 25 comma 1 della legge n. 218/95 allorché la società ha la sede o svolge la sua attività in Italia. Tale diritto, infatti, dovrà essere limitato ai soli casi in cui ci si trovi di fronte a disposizioni rivolte alla protezione di interessi generali ed alla specifica soddisfazione di esigenze imperative non adeguatamente tutelate dalla *lex societatis*"; MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano*, cit., 39, il quale ritiene che nei confronti di società costituite in altri Stati membri la disposizione dell'ultima parte del primo comma dell'art. 25 sia "ormai diventata inapplicabile, a ciò ostando proprio i principi formulati dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Centros* e *Überseering*".

⁵⁶⁷ Cfr., BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato*, cit., 167.

⁵⁶⁸ Cfr., al riguardo, R.LUZZATTO, *Il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi nel mercato interno della C.E.E.*, in *Dir. comm. int.*, 1989, 183 ss.; L.GONZALEZ VAQUE', *Marché interieur: renforcer l'efficacité de la reconnaissance mutuelle*, in *Jour. des tri. dr. eur.*, 1999, 230; A.BERNEL, *Le principe d'équivalence ou de*

Può dunque ragionevolmente ritenersi, richiamando un'attenta dottrina⁵⁶⁹, che la *lex fori* possa essere scartata da “une exception de reconnaissance mutuelle si, dans les circonstances de l'espèce, cette application aboutirait à un résultat contraire aux disposition du droit de l'Union européenne relatives aux libertés de circulation des citoyens, des marchandises, des personnes, des services ou des capitaux...l'appréciation de ce résultat passant par l'exercice du contrôle de proportionnalité pratiqué par la CJCE pour évaluer les entraves aux libertés communautaires à l'aune des raisons impérieuses d'intérêt général ».

Si è visto che nell'ambito dell'ordinamento comunitario la distinzione tra l'ordinamento che definisce e disciplina l'identità e l'organizzazione dell'ente e l'ordinamento che ne regola l'attività tende ad affievolirsi notevolmente, o meglio che l'operatività dell'ordinamento in cui si svolge l'attività dell'ente di cui si consente l'applicazione relativamente a società straniera, è ridotta e interviene solo in presenza di effettive esigenze imperative non soddisfatte adeguatamente dalla *lex societatis*.

Nei confronti di società extracomunitarie invece l'ordinamento in cui si svolge l'attività si impone sulla corrispondente normativa, in ipotesi conflittuale, della *lex societatis*, con una possibile e significativa incidenza anche su aspetti relativi alla *corporate governance* della società.

Tra le materie in cui tale incidenza può manifestarsi in modo più significativo vi è quella dei mercati finanziari, coinvolgendo l'influenza che la relativa disciplina può esercitare sui patti parasociali.

La valutazione di se ed in quale misura le disposizioni della legge dello Stato in cui i titoli siano stati emessi o negoziati possano interferire su aspetti che attengono alla disciplina organizzativa di una società straniera sarà oggetto di esame nel capitolo che segue.

reconnaissance mutuelle en droit communautaire, Schulthess, (Berne), 1996 ; MASTRULLO, op. cit., il quale, rilevando un fenomeno di « convergence des législation nationales qui, en quête de compétitivité, s'efforcent de parvenir à l'équilibre le plus performant possible entre les intérêts des multiples protagonistes impliqué dans la vie des personnes morales », ritiene che « la concurrence à laquelle ils s'adonnent incite les droits nationaux à s'inspirer mutuellement, et à adopter des solutions sinon identiques, du moins proches ».

⁵⁶⁹ Cfr. M. FALLON, *Libertés communautaires et règles de conflit de lois*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, a cura di A. Fuchs, H. Muir Watt, E. Pataut, cit., 31 e ss.

CAPITOLO V

L'INTERFERENZA DI ALTRE DISCIPLINE: LEX MERCATUS E DIRITTO DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: **1.** La vocazione di leggi concorrenti: la *lex mercatus* **2.** Patti parasociali e controllo societario **3.** L'incidenza della *lex mercatus* sulla *lex societatis* **3.1.** Alcune osservazioni su OPA e patti parasociali **4.** Patti parasociali e diritto della concorrenza.

1. In linea di principio solo la legge individuata come competente a regolare il patto, secondo quanto esposto nei capitoli che precedono, è competente a regolare il rapporto parasociale.

Può accadere peraltro che uno Stato desideri applicare certe disposizioni della propria legge a dei rapporti attinenti alla materia societaria e relativi a delle società costituite regolarmente all'estero ma che esercitino altrove la propria attività.

Tale fenomeno è suscettibile di presentare rilevanti particolarità anche nella nostra materia: allorquando, ad esempio, una società voglia quotarsi su un mercato regolamentato, entreranno in gioco un certo numero di norme vigenti in quel mercato spesso non coincidenti con quelle proprie della *lex societatis*.

Tutti gli ordinamenti, poiché interessati a regolare il proprio mercato dei capitali, sottopongono a disciplina i soggetti operanti sui mercati azionari⁵⁷⁰. La legislazione del “mercato”, che impone margini di garanzia per gli investitori, prevede regole di condotta e pone una disciplina *ad hoc* in materia di struttura e gestione dei mercati di borsa, dovrebbe fuoriuscire dalla nostra analisi in quanto essa non disciplina direttamente la società; tuttavia è possibile rilevare un'interferenza tra le due discipline laddove, al fine di tutelare la trasparenza e assicurare ai soci di società aperte la protezione garantita da una struttura di *governance* efficiente, si rilevino obblighi di informazione per proteggere gli investitori delle società aperte e la predisposizione di una *regulatory strategy* che impone alla società di seguire regole o

⁵⁷⁰ Cfr., GARCIMARTIN, *Cross-Border Listed Companies*, cit., 79 ss, il quale evidenzia l'approccio unilaterale usualmente adottato nella redazione delle norme regolatrici del mercato, rilevando che “the “ordo-political” function of this part of legal system entails a material interest of the lawmaker in ensuring the adequate protection of its national capital market”, ciò che comporta che “each lawmaker determines unilaterally the scope of its rules (= unilateral approach)..organizes its own capital market and, as a corollary, delimits the scope of the application of its own capital market law by means of unilateral rules”.

prassi di buona *corporate governance* che superano i requisiti minimi imposti dal diritto societario⁵⁷¹.

Così, al fine di proteggere i mercati finanziari e gli investitori, si prevedono obblighi di informazione che scattano da quando il titolo è emesso sul mercato a quando continua a essere negoziato; regole che stabiliscono quali titoli possono essere negoziati in borsa e come devono essere strutturati i diritti di voto e le altre caratteristiche delle azioni, *standards* nelle forme delle norme antifrode.

In ipotesi di società quotate dunque, anche in relazione alla disciplina dei patti parasociali, la legge del mercato è suscettibile di sovrapporsi imponendo certi obblighi di comunicazione o inserendo limiti all'efficacia di tali convenzioni⁵⁷².

2. Al fine di verificare in quale misura possano venire in considerazione e ricevere applicazione nella nostra materia le regole del mercato in cui la società è quotata, appare opportuno riferirsi in particolare a quelle convenzioni tra soci in cui la finalità perseguita dai paciscenti è quella di esercitare un controllo sulla società mediante il patto stesso: in questa circostanza infatti il patto si situa nello stesso ambito in cui operano le regole concernenti la disciplina del controllo.

A tale riguardo l'aspetto da cui occorre partire è quello di valutare la possibile incidenza delle regole che disciplinano l'esercizio delle attività della società nel settore del mercato finanziario sugli aspetti che disciplinano i profili organizzativi, la *corporate governance* di una società⁵⁷³.

La legge del mercato finanziario, o meglio la legge dello Stato del mercato in cui sono emessi o commercializzati titoli rappresentativi della società o strumenti finanziari ad essa relativi, organizza, come detto, il mercato determinandone i presupposti di organizzazione e funzionamento, comprese le condizioni di accesso al mercato stesso, e le relazioni contrattuali

⁵⁷¹ Cfr., KRAAKMAN, op.cit., 244 ss.; per un esame della cd. "strategia regolatoria" si rinvia a *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory framework for Company law in Europe*, 2002, 72 ss., disponibile in www.europa.eu.int.

⁵⁷² Cfr., GARCIMARTIN, *Derecho de sociedades: problemas de ley aplicable*, cit., 85, che per quanto attiene agli obblighi di comunicazione previsti dal diritto spagnolo, fa riferimento all'art. 2.1 II RD 377/1991 e alla Legge 26/2003; ID., *Cross-border Listed Companies*, in *RCADI*, 2007, t. 328, 21; I.MACNEIL, A.LAU, *International Corporate Regulation: Listing Rules and Overseas Companies*, in *ICLQ*, 2001, 787 ss.

⁵⁷³ E' stato correttamente evidenziato (cfr., BENEDETTELLI, *Corporate governance*, cit., 713) che la disciplina della *corporate governance*, riguardando aspetti essenziali dello statuto dell'ente quali quelle relative alla sua gestione ed al sistema dei controlli, "si ricollega...strettamente a quella dei mercati finanziari", e ciò sia perché gli adempimenti imposti dall'appello al pubblico risparmio incidono sull'organizzazione societaria, sia perché la raccolta del risparmio attraverso l'emissione di titoli "crea le premesse per più facili modifiche degli assetti di controllo delle società, e quindi del management che ne è l'espressione".

attraverso le quali si realizzano le operazioni su azioni e altri valori societari, nell'ottica di rispondere al principio di trasparenza informativa, essenziale per il buon funzionamento del mercato.

Essa si presta dunque ad integrare, o meglio tende ad estendere la propria applicazione in pregiudizio di leggi concorrenti, con riguardo ad alcuni aspetti di *corporate governance* delle società emittenti^{574 575}.

Naturalmente tale sovrapposizione non presenta alcun problema in una prospettiva di diritto interno, nella quale la società sia quotata nel mercato finanziario della propria *home country*, ove sia la legge applicabile alla società che la legge regolatrice del mercato sono espressione di un unico ordinamento legislativo; in tal caso infatti si tratta di regole “contemporaneamente parte della *lex mercatus* e della *lex societatis*”⁵⁷⁶. O altrimenti detto “l’application de la loi du marché sera...la loi du siège de la société...et donc la *lex societatis*”: quale sia la risposta alla domanda se tale legge sia applicata “en tant que *lex societatis* ou en tant que loi du marché...on aboutit toujours à l’application de la même loi »⁵⁷⁷.

Il profilo problematico diversamente si presenta, ed è suscettibile di interessare l’esame che si sta conducendo, laddove la società appartenente ad uno Stato sia quotata solo, o anche, in un mercato soggetto alla legge di un diverso Stato⁵⁷⁸: in tal caso la legge applicabile alla società (*lex societatis*) non coincide con la legge regolatrice del mercato o dei mercati in cui la società è quotata.

⁵⁷⁴ Si parla qui di regole di mercato in un’accezione generica ed indefinita, con la precisazione peraltro che tale espressione ricomprende specificamente tre categorie di norme: le regole di struttura, organizzazione e funzionamento del mercato; le regole che definiscono le caratteristiche ed i requisiti dei beni che possono avere accesso ad un determinato mercato finanziario (comprese le regole sulla *corporate governance*), le regole elaborate dallo stesso mercato, ovvero raccomandate dalle autorità preposte al controllo del mercato stesso (*best practices*). Per un esame approfondito della specificazione qui esposta si rinvia a A. MAZZONI, *Patti parasociali e regole di mercato nel diritto del commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2005, 487 ss.(in part. 492 ss.).

⁵⁷⁵ Cfr., WYMEERSCH, *Some aspects of Cross-Border Co-operation Between Business Enterprises*, in *Cross-Border Mergers and Acquisitions and the Law* (a cura di Horn), The Hague, 2001, 74 ss., il quale ricorda che le regole di *corporate governance* relative alle società possono essere condizionate, nelle finalità e nei contenuti, alla disciplina del mercato; GARCIMARTIN, op. ult. cit., 119, il quale sottolinea la stretta relazione nella disciplina del “corporate governance regime” tra *corporate law* e *capital market law*: “both areas of the legal system are, to a certain extent, fungible”; CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis*, cit., 58, il quale osserva che “l’esercizio del potere normativo da parte dello Stato del mercato su materie che pur rientrano nella, e/o incidono sulla, *corporate governance* di società straniere, non può essere negato”.

⁵⁷⁶ Cfr., BARIATTI, *La delimitazione dell’ambito di applicazione materiale*, cit. 7, 51; GARCIMARTIN, op. ult. cit., 113, il quale rileva che “in purely domestic cases...there should not be serious difficulties. The legal system as a whole is internally consistent. All branches of the material law are interdependent and designed to fit together like the pieces of a puzzle”.

⁵⁷⁷ Cfr., BOUCOBZA, *L’acquisition internationale*, cit., 264 ss.

⁵⁷⁸ Si può portare il caso di EADS NV, società olandese quotata in Francia, Germania e Spagna (ma non in Olanda), di Brainpower NV, società olandese quotata solo sul mercato tedesco, di Arcelor-Mittal, società lussemburghese quotata in Lussemburgo, Francia, Belgio e Spagna.

In questa prospettiva, la constatazione che uno Stato, nel regolare il proprio mercato mobiliare, possa richiedere alle società straniere una serie di adempimenti (in materia ad esempio di *disclosure* di informazioni) intervenendo così su materie che normalmente ricadono sotto il controllo della *lex societatis*, conduce a verificare se la legge del mercato finanziario in cui i titoli di una società sono emessi o negoziati, possa interferire con la legge che regola la società e che ne fissa la disciplina organizzativa⁵⁷⁹.

Una prima osservazione da fare al riguardo è che all'interno della regolamentazione del mercato si possono certo distinguere le norme che si limitano a dettare la disciplina delle operazioni che si svolgono sul mercato in questione nell'interesse degli operatori privati, la cui applicabilità in pregiudizio della *lex societatis* deve essere messa in dubbio, dalle norme che, per la loro finalità di interesse generale di strutturazione e di trasparenza del mercato e di protezione del pubblico risparmio, abbiano titolo per essere applicate e prevalere sulla legge straniera regolatrice della società, e ciò per una loro evidente natura di norme di applicazione necessaria⁵⁸⁰.

Sotto questo secondo profilo dovrebbe ritenersi, in una prima approssimazione, che, allorché il patto parasociale sia relativo al controllo di una società emittente titoli circolanti in più mercati (o in un mercato diverso dalla *home country*), le regole di mercato della *host country* avranno titolo per assoggettare alle proprie (e potenzialmente diverse) prescrizioni i patti parasociali di controllo⁵⁸¹.

Ma tale affermazione deve essere specificata in due sensi: sia indagandone la specifica applicabilità ai patti parasociali afferenti la società quotata in un mercato diverso (*host country*)

⁵⁷⁹ Occorre in altre parole verificare se l'affermazione secondo cui ogni mercato "serait gouverné par sa propre autorité qui applique sa propre loi" sia suscettibile di uniforme applicazione o se il carattere internazionale della situazione imponga delle conclusioni differenti (cfr., in tal senso, A. TENENBAUM, *La compétence internationale des autorités de surveillance des marchés financiers en matière d'offre publique*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2006, 557 ss.); per la necessaria mitigazione del principio *auctor regit actum* si esprime anche GARCIMARTIN, op. ult. cit., 85, il quale efficacemente evidenzia che le discipline attinenti alla *corporate governance* "are mainly corporate-law related and, therefore, they should be subject to the *lex societatis*. Nevertheless, most of these rules are mainly addressed to listed companies, where the need of alignment between control and property is most accentuated. In domestic law cases, the characterization is irrelevant. In cross-border situations, however, the question that unavoidably arises is evident: what legal system must govern the corporate governance regime, the law of the company or the law of the stock exchange?" (in part. pag. 118).

⁵⁸⁰ Cfr., BUREAU, MUIR WATT, *Droit international privé*, cit., I, 441, secondo i quali, proprio in ragione della loro "impérativité internationale", si giustifica "l'application des règles de police portant sur l'émission des titres ou le régime des opérations de bourse, la transparence du marché financier...et le régime des offres publiques d'acquisition"; LUZZATTO, AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, cit., 151, secondo i quali le norme di applicazione necessaria dello Stato o degli Stati dei mercati di quotazione interferiscono necessariamente con l'integrale applicazione della *lex societatis* di un ente costituito secondo un altro ordinamento. In un recente contributo è stato messo in evidenza che la legge del mercato si presenti come un "droit d'ordre public...qui se surajoute à l'ordre public sociétaire" (cfr., J. MEADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, Paris, (LGDJ), 2007).

⁵⁸¹ Cfr., MAZZONI, op. cit., 495, motivando la prevalenza delle regole di mercato della *host country* dalla loro natura di norme di applicazione necessaria "cui non può essere opposto il richiamo della legge straniera che risulterebbe altrimenti applicabile in base alle regole di conflitto".

da quello del Paese cui la società appartiene (*home country*), sia verificando se tale assunto abbia un valore generale nei rapporti tra discipline normative di qualsiasi Stato (sia intracomunitario che extracomunitario).

3. Il contenuto e gli elementi focali del regime del mercato risultano sostanzialmente simili nei vari ordinamenti: tutti impongono obblighi di informazione uniformi alle società quotate nelle proprie borse conformi per contenuto e ambito di applicazione⁵⁸². Nonostante tali somiglianze peraltro, esistono tuttora importanti differenze tra gli Stati nella disciplina degli obblighi di informazione, soprattutto per quanto riguarda l'aggressività con cui tali strategie sono state sviluppate e vengono messe in opera: l'ordinamento statunitense, ad esempio, in ragione del ruolo centrale svolto dai mercati finanziari nell'economia e nel governo societario ha adottato una regolamentazione degli obblighi di informazione molto più penetrante degli altri ordinamenti con riguardo ai tempi e alle quantità delle stesse⁵⁸³.

Nessun ordinamento consente peraltro oggi alle società la scelta della legge applicabile in materia di obblighi di informazione: mentre infatti, in teoria, il diritto comunitario consente il mutuo riconoscimento dei regimi di *disclosure* nazionali e permette agli Stati membri di delegare alcune questioni relative alla *disclosure* delle informazioni direttamente alle borse, in pratica l'obiettivo di attribuire agli emittenti la scelta della legge applicabile non è stato raggiunto⁵⁸⁴.

Verificando dunque l'incidenza della *lex mercatus* di uno Stato diverso da quello in cui la società si è costituita sulla disciplina della *lex societatis*, e ponendo attenzione al rispettivo campo di applicazione delle due leggi in presenza, si può osservare che parte della dottrina⁵⁸⁵ ha evidenziato che alla legge regolatrice della società spetterebbe determinare gli obblighi interni di informazione e le modalità di protezione dei diritti dei soci, mentre alla legge

⁵⁸² Cfr., KRAAKMAN, op. cit., 248.

⁵⁸³ Cfr., al riguardo l'*Usa Security Act* 1933 ed il *Security Exchange Act* 1934.

⁵⁸⁴ Cfr., art. 2 direttiva sui prospetti 2003/71/CE e art. 2 direttiva sulla trasparenza 2004/109/CE. Se i mercati trascendono frequentemente le frontiere degli Stati, le autorità preposte alla loro regolazione e sorveglianza sono peraltro essenzialmente di origine nazionale, e ne valutano il funzionamento solo in funzione degli effetti che il mercato produce sul territorio. Certo è frequente sia lo scambio di informazioni tra organismi nazionali, sia la realizzazione di differenti accordi di collaborazione, i quali peraltro si propongono pur sempre di regolare nell'ambito del territorio nazionale gli effetti di un particolare mercato (per un approfondimento dello iato esistente tra il carattere nazionale delle *instances de régulation du marché* e la natura internazionale del mercato da regolare si rinvia a M. AUDIT, *Les autorités de régulation: la confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés*, in M. AUDIT, H. MUIR WATT, E. PATAUT, *Conflicts de lois et régulation économique*, Paris, (LGDJ), 2008, 3 ss.; ID., *Les Conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris, (LGDJ), 2002.

⁵⁸⁵ Cfr., GARCIMARTIN, op. ult. cit., 110 ss., secondo il quale la *lex societatis* "determines the internal obligations of informations, the purpose of which is to guarantee the proper functioning of the company and to protect the rights of shareholders and organs of the company"; H. KRONKE, *Capital Markets and Conflicts of Laws*, in *RCADI*, 2000, t. 286, 245 ss.

regolatrice del mercato sarebbe riservata la disciplina degli obblighi di informazione nei confronti del pubblico.

Ciò comporterebbe, da un lato, che la società sarebbe soggetta ad un “double regime of disclosure: the internal regime, which fulfils a corporate function, and the external regime...which fulfils a market-oriented function”⁵⁸⁶, dall’altro che ogni operazione su un mercato di uno Stato diverso da quello in cui la società è costituita avrebbe una “double characterization”, essendo soggetta allo stesso tempo alla *lex societatis* ed alla *lex mercatus*⁵⁸⁷.

Il grado di interferenza della *lex mercatus* sulla *lex societatis* non appare peraltro fisso e rigido, dipendendo piuttosto dalla caratterizzazione delle disposizioni che disciplinano il mercato e le operazioni che in esso si svolgono.

In via di principio dovrebbe dunque ritenersi che l’ammissione alla quotazione in un determinato mercato e la disciplina delle operazioni che su di esso si svolgono sia dettata dalla *lex mercatus*, la quale gioca per così dire *the main role*, determinando “the level of interventionism over the *lex societatis*”⁵⁸⁸: quanto più la prima è permeabile all’ingresso ed all’attività di operatori stranieri, tanto più la seconda troverà integrale applicazione.

Viceversa, laddove la legge regolatrice del mercato si ponga come particolarmente protezionista, la sua prevalenza sulla *lex societatis* assume un carattere più ampio⁵⁸⁹.

Occorre in tale prospettiva peraltro sottolineare, e questo è il secondo piano che si intende approfondire, che la concorrenza ed il potenziale conflitto tra la legge che regola la società e la *lex mercatus*, è suscettibile di porsi con diverse modalità a seconda che ci si situi in un contesto comunitario ovvero in un contesto extracomunitario.

⁵⁸⁶ Cfr., GARCIMARTIN, *ibidem*, 111.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, 116: “it is not an “either-or” question (*lex societatis* or *lex mercatus*), but a “both-and” question (*lex societatis* and *lex mercatus*)”.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, 120.

⁵⁸⁹ Tale soluzione poteva profilarsi ad esempio, anteriormente alla Direttiva europea sulle offerte pubbliche di acquisto (Direttiva 2004/25 del 21 aprile 2004), in Francia, ove l’art. 5-I-1 del Regolamento generale del CMF prevedeva che “le Conseil peut appliquer ces règles...aux offres publiques visant les titres des sociétés de droit étranger négociés sur un marché réglementé français”; conseguentemente, una parte consistente della giurisprudenza riteneva le norme della disciplina francese del mercato applicabili a tutte le società che realizzino operazioni sul mercato regolamentato francese, e ciò indipendentemente dallo Stato di appartenenza. Cfr., in tal senso, Paris, 13 janvier 1998, in *Rev. soc.*, 1998, 572 ss., nota Le Cannu, la quale in un caso di presa di controllo indiretta da parte di una società italiana, tramite la sua filiale olandese, attraverso l’acquisto di oltre il 95% di un holding italiana che deteneva più del 63% dei titoli di una società francese quotata sul mercato francese, ha ritenuto che « les dispositions d’ordre public économique de la loi du 2 juillet 1996 et le Règlement général du conseil des marchés financiers s’imposent à tout opérateur qui intervient sur un marché réglementé français ». In realtà, come sottolineato dalla dottrina francese (cfr., D.MARTIN, F.HASS, *La compétence internationale de l’Autorité des marchés financiers en matière d’offre publique*, in *RTDF*, 2003, 37 ss., in part. 39), il CMF applicava la disciplina francese “aux seuls cas où la société visée n’était pas cotée dans son pays d’origine...et/ou sans doute aux cas dans lesquels la réglementation du pays d’origine portait véritablement atteinte aux intérêts des actionnaires et ne garantissait pas les protections élémentaires reconnues par les autorités boursières françaises ».

Nella seconda ipotesi in considerazione infatti, la competenza e la prevalenza della *lex mercatus* può difficilmente essere messa in discussione: la normativa del mercato finanziario, comprensiva della disciplina sugli organi amministrativi e di controllo della società, in quanto essenziale ai fini dell'organizzazione e della disciplina del mercato, e quindi dotata di carattere imperativo, sembra prevalere anche su aspetti che riguardano profili organizzativi interni delle società e quindi sulla disciplina applicabile alla società.

Una manifestazione di quanto detto si può ritrovare nel recente *Sarbanes-Oxley-Act* statunitense, che assoggetta alle regole di mercato statunitensi anche la struttura di *corporate governance* delle società straniere che vogliono essere ammesse a quel mercato⁵⁹⁰.

Estendendo la legge regolatrice del mercato la propria disciplina alla *governance* delle società emittenti straniere, si può ritenere che essa trovi applicazione anche relativamente ad un eventuale patto parasociale di controllo afferente ad una società europea quotata anche sul mercato statunitense⁵⁹¹.

L'assenza di una regola specifica, ad esempio nel regolamento del NYSE⁵⁹² relativamente ai patti parasociali di controllo, non sembra togliere valore a tali affermazioni, potendo l'ampio potere discrezionale riconosciuto alle Autorità di Borsa negare la quotazione ad un ente straniero controllato mediante un patto parasociale, in considerazione dell'incidenza del patto sull'apprezzamento dei titoli dell'emittente, il cui controllo è regolato e di conseguenza reso meno contendibile dal patto.

⁵⁹⁰ Il *Sarbanes-Oxley-Act*, del 2002, prevede ad esempio, alla section 302, che ogni società debba presentare dei reports periodici contenenti, tra le altre informazioni, "Any significant changes in internal controls or related factors that could have a negative impact on the internal controls". Per un approfondimento dell'impatto del *Sarbanes-Oxley Act* sulle società straniere che chiedono di essere ammesse al mercato statunitense, si rinvia a M.G.LUNT, *The Extraterritorial Effects on the Sarbanes-Oxley Act 2002*, in *JBL*, 2006, 249 ss.; e a M.A.PERINO, *American Corporate Reform Abroad: Sarbanes-Oxley and the Foreign Private Issuer*, in *EBOLR*, 2003, 213 ss.; A. PIETRANCOSTA, *La réforme américaine et ses répercussions mondiales-aperçu*, in *RD bancaire et bourse*, 2002, 326. Occorre peraltro evidenziare che l'atteggiamento statunitense quanto a competenza di principio della legge del mercato e dell'autorità americana, si sta via via modificando allo scopo di incoraggiare offerte pubbliche rivolte nei confronti di società quotate (anche) sulle borse valori statunitensi. In tal senso si sta affermando una certa forma di autolimitazione dell'applicazione delle regole del mercato in caso di offerta pubblica lanciata nei confronti di una società straniera i cui titoli siano quotati su più mercati: sia alla *lex societatis* viene attribuita una competenza "di principio", intervenendo la regolamentazione statunitense ove necessario a proteggere gli investitori americani (il regolamento della *Security Exchange Commission* (SEC) prevede al riguardo che in ipotesi di offerta pubblica lanciata nei confronti di una società straniera, sia applicabile la *lex societatis*, a meno che i porteurs americani possiedano più del 10% dei titoli quotati); sia le norme di applicazione necessaria del mercato sono applicate in funzione della regolamentazione sostanziale che risulta dall'applicazione della *lex societatis*. Per un approfondimento dei rapporti tra i due sistemi, e di quello che è stato efficacemente definito il meccanismo dell' "effet atténué des lois de police", cfr., BOUCOBZA, op.cit., 305 ss.; GARCIMARTIN, *Cross-Border Listed Companies*, cit., 82.

⁵⁹¹ Cfr., MAZZONI, *ibidem*, 496, il quale sottolinea che a suffragare la tesi contraria "non si potrebbe certo invocare una sorta di impossibilità logica di colpire patti parasociali con norme di mercato", argomento questo che "dovrebbe fondarsi sul postulato qualificatorio (discutibilissimo) della irrilevanza per il mercato od i mercati del patto parasociale".

⁵⁹² La *Rule 308.00* del NYSE attribuisce alle Autorità della Borsa il potere discrezionale di non ammettere alla quotazione un emittente qualora si sia in presenza di un voting trust che ne stabilizzi il controllo, nulla prevedendo riguardo ai patti parasociali.

La affermazione che le regole di mercato della *host country* (ovvero dello Stato nel cui mercato la società straniera è quotata) trovino applicazione relativamente al patto parasociale di controllo di un'emittente straniera devono peraltro essere specificate allorché il conflitto tra le due discipline si svolga all'interno dello spazio comunitario. Appare infatti in tale ipotesi, riprendendo alcune riflessioni svolte alla fine del capitolo precedente, che la dottrina delle esigenze imperative ed il principio del mutuo riconoscimento, impediscano di immaginare una prevalenza delle regole di mercato della *host country* rispetto a quelle della *home country*.

Certo la sostanziale equivalenza delle discipline a livello comunitario non impedisce in ipotesi di immaginare che la regola del mercato che si presenti adeguata, proporzionata, non discriminatoria e risponda ad esigenze oggettive dotate di meritevolezza in funzione della protezione degli investitori o degli azionisti di minoranza⁵⁹³, abbia titolo per prevalere anche a livello comunitario.

Si dovrebbe peraltro affermare, come linea generale, che la *lex mercatus* non possa sovrapporsi alla disciplina della società emittente che preveda e garantisca, in termini di sostanziale equivalenza, le stesse esigenze che le regole del mercato intendono soddisfare⁵⁹⁴.

Quanto detto trova del resto chiaro riscontro nella vicenda relativa alla società Arcelor, società lussemburghese quotata sul mercato belga, francese, lussemburghese e spagnolo nonché titolare di *American depositary receipts*⁵⁹⁵ negli Stati Uniti, destinataria di un'offerta pubblica di acquisto lanciata il 27 gennaio 2006 dalla società Mittal Steel, con sede a Rotterdam, quotata su Euronext e sul NYSE. La circostanza che l'offerta sia stata condotta contemporaneamente in Lussemburgo, Spagna, Francia, Belgio e Stati Uniti, ha posto delicati problemi in ordine alla determinazione dell'autorità competente a sorvegliare tale operazione e all'individuazione della legge applicabile⁵⁹⁶.

Sia infatti l'autorità di sorveglianza lussemburghese (CSSF) ha affermato la propria competenza sulla base della nazionalità lussemburghese della società Arcelor e della quotazione dei titoli sul mercato lussemburghese, sia *l'Autorité des marchés financiers* (AMF)

⁵⁹³ Ovvero che superi il test tripartito posto dalla giurisprudenza comunitaria, cfr., supra, cap. IV, par. 12, in part. note 541 e 548.

⁵⁹⁴ In tal senso, chiaramente, CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis*, cit., 41 ss.

⁵⁹⁵ Gli *American depositary receipts* (ADRs) sono dei certificati emessi dalle banche americane in contropartita del deposito di titoli emessi da società straniere. Per un approfondimento sul tema, anche in un'ottica di conflitto, si rinvia all'ampia trattazione di M. VENTORUZZO, *Gli "American Depositary Receipts": problemi in tema di emissione, cross listing e disciplina delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2001, II, 883 ss.

⁵⁹⁶ Quanto al collegamento tra competenza dell'autorità di sorveglianza e legge applicabile, si veda A. TENENBAUM, *L'application internationale du droit boursier*, Thèse Paris I, 2000, 473 ss.; SMITH, *Le champ d'application territorial de la réglementation des offres publiques*, in *Rev. du Conseil des marchés financiers*, 1998, 25 ss.

ha ritenuto la propria preminenza adducendo la circostanza che il mercato di Parigi era la principale piazza di scambio dei titoli della società⁵⁹⁷.

Si trattava dunque nel caso di specie di determinare se nella vicenda dovesse trovare applicazione la legge regolatrice della società (legge lussemburghese) oppure la disciplina dell'ordinamento ove erano quotate le azioni oggetto dell'o.p.a.

La competenza esclusiva di una delle due leggi, la *lex societatis* lussemburghese o la legge francese in quanto luogo di quotazione dei titoli, benché in teoria giustificabile dalla necessità di perseguire un trattamento unitario dell'offerta, non è apparso peraltro in grado di assicurare un'applicazione soddisfacente degli obiettivi della regolamentazione del mercato.

Come è stato correttamente messo in evidenza infatti⁵⁹⁸, «d'une part la réglementation boursière ne peut totalement ignorer la *lex societatis*...d'autre part, l'offre risque de se trouver, en pratique, morcelée si plusieurs autorités boursières, et donc plusieurs réglementations boursières, revendiquent leur compétence dans la mesure où l'application de ces dernières peut mener à des solutions inconciliables ».

La questione ha dunque trovato una propria soluzione tramite il coordinamento delle due leggi : l'applicazione della *lex societatis* «sans prejudice des dispositions d'ordre public et autres normes obligatoires relatives au bon fonctionnement du marché des États membres sur le territoire desquels les autres marchés concernés sont situés»⁵⁹⁹, garantendo in tal modo l'applicazione delle «règles d'intervention, de transparence et d'information» della *lex mercatus* francese. L'AMF ha in tal senso preso atto « que toutes les questions relevant du droit des sociétés seraient exclusivement régies par la loi luxembourgeoise »⁶⁰⁰, provvedendo ad indicare di quali specifiche regole d'intervento, di trasparenza e d'informazione intendeva richiedere il rispetto⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ L'articolo 231-1 del regolamento generale dell'AMF prevede infatti che questa possa applicare le regole francesi relative alle offerte pubbliche «aux offres publiques visant les instruments financiers de sociétés de droit étranger négociés sur un marché réglementé français». Già da tempo la dottrina, analizzando l'ipotesi dell'offerta pubblica di acquisto transnazionale (*cross-border take-over*), aveva evidenziato che «nelle offerte pubbliche di acquisto vengono in considerazione tanto la legge regolatrice dei soggetti «coinvolti»- quello che formula l'offerta e la società destinataria- quanto la legge, che naturalmente può essere differente, del mercato finanziario in cui l'offerta viene lanciata», così BALLARINO, *Le società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit., 148-149.

⁵⁹⁸ Cfr., A. TENENBAUM, *La compétence internationale des autorités de surveillance*, cit., 568.

⁵⁹⁹ Comunicato CSSF del 3 febbraio 2006.

⁶⁰⁰ Comunicato AMF del 3 febbraio 2006.

⁶⁰¹ Comunicato AMF del 6 febbraio 2006. Analoga riflessione si ritrova nel XXI° Considerando della Direttiva 2004-25, secondo il quale «Tenendo conto delle differenze esistenti nei meccanismi e nelle strutture del diritto societario negli Stati membri, agli Stati membri dovrebbe essere consentito di non esigere che le società stabilite nel loro territorio applichino le disposizioni della presente direttiva che limitano i poteri dell'organo di amministrazione della società emittente nel periodo entro il quale l'offerta deve essere accettata, e le disposizioni che rendono inefficaci le barriere previste dallo statuto o da accordi specifici. In tale caso, gli Stati membri dovrebbero perlomeno conferire alle società stabilite nel loro territorio la facoltà, che deve essere reversibile, di applicare queste disposizioni».

Questo meccanismo di coordinazione tra le due autorità e le due leggi è tale che, come correttamente sottolineato, “les lois de polices protectrices des actionnaires ainsi mises en oeuvre par les autorités de marché sont appliquées en tenant compte du contenu substantiel de la réglementation mise en oeuvre par l’autorité du siège social de la société cible. L’autorité applique bien sa propre loi mais en prenant en compte le contenu d’autres lois appliquées par d’autres autorités également compétentes, ce que la doctrine a dénommé un effet atténué des lois de police »⁶⁰².

3.1. La soluzione adottata nella vicenda Arcelor applica quanto previsto dalla Direttiva europea sulle offerte pubbliche d’acquisto n. 2004-25 del 21 aprile 2004⁶⁰³ la quale, in ipotesi di multiquotazione, opera una distinzione tra legge dell’autorità competente (ovvero la legge del mercato in cui è avvenuta la prima quotazione o, in ipotesi di più quotazioni simultanee su diversi mercati, la legge indicata dalla società al momento della quotazione⁶⁰⁴), che trova applicazione relativamente alle “questioni inerenti al corrispettivo offerto nel caso di un’offerta, in particolare il prezzo e le questioni inerenti alla procedura dell’offerta, in particolare le informazioni sulla decisione dell’offerente di procedere ad un’offerta, il contenuto dei documenti di offerta e la divulgazione dell’offerta”, e *lex societatis* chiamata a regolare tutte “le questioni relative al diritto delle società”⁶⁰⁵.

Questa suddivisione della competenza tra le due leggi sembra richiamare quanto un autore aveva a suo tempo proposto relativamente alla questione della delimitazione del campo di

⁶⁰² Cfr., TENENBAUM, op. cit., 569, con riferimento a BOUCOBZA, *L’acquisition internationale des sociétés*, cit., 279, il quale sottolinea che la messa in opera del « rattachement à la loi du marché boursier de la réglementation des offres publiques..présente de nombreuses difficultés. Afin de remédier à ces difficultés, le droit positif recourt à une nouvelle méthode de règlement des conflits : l’effet atténué des lois de police aux fins de conciliation de lois » e precisa che il vantaggio di un tale approccio è quello di « ne pas évincer la loi normalement applicable ce qui a pour résultat de ne pas multiplier le lois régissant la même relation et de ne pas évincer une loi étrangère normalement applicable ».

⁶⁰³ In *GUUE*, L142, 30 aprile 2004.

⁶⁰⁴ Prevede infatti l’art. 4.2. della Direttiva che “a) L’autorità cui compete la vigilanza sull’offerta è quella dello Stato membro in cui la società emittente ha la propria sede legale se i titoli di tale società sono ammessi alla negoziazione su un mercato regolamentato di tale Stato membro.

b) Se i titoli della società emittente non sono ammessi alla negoziazione su un mercato regolamentato dello Stato membro in cui la società ha la propria sede legale, l’autorità cui compete la vigilanza sull’offerta è quella dello Stato membro sul cui mercato regolamentato i titoli della società sono ammessi alla negoziazione. Se i titoli della società emittente sono ammessi alla negoziazione sui mercati regolamentati di più Stati membri, l’autorità cui compete la vigilanza sull’offerta è quella dello Stato membro sul cui mercato regolamentato i titoli della società sono stati ammessi alla negoziazione per la prima volta. c) Se i titoli della società emittente sono ammessi per la prima volta alla negoziazione contemporaneamente sui mercati regolamentati di più Stati membri, la società emittente determina a quale delle autorità di tali Stati membri compete la vigilanza sull’offerta informando i suddetti mercati e le loro autorità di vigilanza il primo giorno della negoziazione”.

⁶⁰⁵ Cfr., art. 4.2 lett e). Tale disposizione è stata ripresa dal d.lgs. 229 del 2007 recante l’attuazione della direttiva 2004-25 (art. 4) e dalla *loi n. 2006-387 del 31 mars 2006* che ha trasposto la direttiva in Francia.

applicazione tra la *lex societatis* e la *lex mercatus*, ovvero la necessità di prendere in considerazione la sanzione della norma violata, e dunque la sanzione irrogata: laddove la sanzione prevista in caso di violazione interessi il funzionamento della società allora sarà applicabile la *lex societatis*⁶⁰⁶; la Direttiva, ritenendo soggette alla *lex societatis* tutte le questioni relative al diritto delle società, appare riprendere tale criterio⁶⁰⁷.

Riportando tali osservazioni alla nostra materia, posta la competenza della *lex societatis* per tutte le questioni che appaiono inerire direttamente alla vita della società ed al suo funzionamento interno, si possono formulare alcune brevi osservazioni relativamente ad alcune disposizioni che prendono in considerazione i rapporti tra patti parasociali e offerte pubbliche d'acquisto, sia in diritto interno, sia a livello comunitario.

Facendo il caso dell'art. L. 233-11 del *Code de Commerce* francese, si può ricordare che esso prevede che « Toute clause d'une convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé et portant sur au moins 0,5% du capital ou des droits de vote de la société qui a émis ces actions doit être transmise dans un délai de cinq jours de bourse à compter de la signature de la convention ou de l'avenant introduisant la clause concernée à la société et à l'Autorité des marchés financiers. A défaut de transmission, les effets de cette clause sont suspendus, et les parties déliées de leurs engagements, en période d'offre publique ».

L'articolo si riferisce dunque non a tutti i patti parasociali, ma a quelli che prevedono “des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions”, e dunque alle clausole di gradimento, ai patti di preferenza, alle promesse unilaterali di vendita, ai patti di opzione⁶⁰⁸; in relazione a tali convenzioni, il mancato rispetto dell'obbligo di trasparenza determina una duplice sanzione: quella amministrativa irrogata dall'AMF, e quella legale dell'inefficacia sia tra i paciscenti, sia nei confronti dei terzi⁶⁰⁹.

Ipotizzandosi il caso di una società inglese che lanci un'offerta pubblica di acquisto su una società francese e con titoli quotati esclusivamente sul mercato di Parigi, ci si dovrà porre la questione se la norma in questione possa o meno trovare applicazione.

Più chiaramente, ricordando la dottrina sopra citata⁶¹⁰ e facendo riferimento alla sanzione irrogata in ipotesi di violazione della norma al fine di dirimere il conflitto tra *lex mercatus*

⁶⁰⁶ Cfr., H.SYNVET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, Thèse Rennes, 1979, 377.

⁶⁰⁷ Cfr., TENENBAUM, op. cit., 573.

⁶⁰⁸ A tale elenco devono aggiungersi, secondo quanto previsto dalla COB, “les pactes de non agression et les engagements de ne pas vendre en cas d'offre publique”.

⁶⁰⁹ Così la giurisprudenza, cfr., Trib. Paris, 27 avril 1993, in *Bull. Joly Bourse*, 1993, 396. In dottrina evidenzia la duplicità della sanzione MEADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, cit., 72 ss.

⁶¹⁰ Cfr., SYNVET, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, cit.

francese e *lex societatis* inglese, appare che essa interessi sia il funzionamento del mercato, essendo irrogata dall'autorità di sorveglianza del mercato stesso, sia il funzionamento della società, riguardando direttamente la vita della società.

La pertinenza di tale partizione, ripresa dalla Direttiva, che non indica in modo esaustivo nell'art. 4 le limitazioni poste alla competenza della legge del mercato, suscita qualche perplessità, e conduce ad osservare, seguendo un'attenta dottrina, che “certaines questions soient délicates à attribuer soit à l'autorité du siège social...soit à celle du lieu de cotation”⁶¹¹.

Pare peraltro che la circostanza che la violazione di tale disposizione possa comportare una sanzione pronunciata dall'autorità del mercato, ne sottolinei la natura di norma rilevante ai fini del buon funzionamento del mercato stesso ed al corretto svolgimento dell'offerta, così da imporsi all'operazione a titolo di *lex mercatus*.

Le perplessità appena sollevate in ordine alla soluzione del conflitto tra le due leggi in considerazione, si ripresentano invero, nonostante il chiaro obiettivo di armonizzazione perseguito, nell'ambito della Direttiva sulle offerte pubbliche in relazione alle cd. “difese preventive e successive”, ovvero le decisioni della società, le clausole statutarie e, appunto, i patti parasociali, che hanno l'effetto di ostacolare una futura opa sulle azioni della società o che mirano ad ostacolare la riuscita di una specifica offerta.

A tale proposito la Direttiva prevede, all'articolo 11, che siano inefficaci i limiti al trasferimento delle azioni contenuti in un patto parasociale, che siano del pari inefficaci nell'assemblea chiamata ad autorizzare le difese successive le restrizioni al diritto di voto contenute anche in accordi parasociali, ed infine che siano inefficaci le clausole parasociali che ostacolano il concreto esercizio del potere di controllo quando l'opa ha avuto successo ottenendo il 75% del capitale con diritto di voto; non prevedendo peraltro che tali norme siano vincolanti per gli Stati membri. Inoltre, la regola di neutralizzazione è soggetta alla condizione di reciprocità, e dunque non si applica in caso di offerta pubblica promossa da chi non sia soggetto a tali disposizioni⁶¹².

La conseguenza che ne discende è che in ambito comunitario, accanto a Stati che ritengono legittimi gli accordi parasociali in discussione e non introducono la regola di neutralizzazione, ve ne possono essere altri che al contrario la introducono (come ha fatto l'Italia, ed in modo

⁶¹¹ Cfr., TENENBAUM, op.cit., 573.

⁶¹² Cfr., art. 12 Direttiva. Tale disciplina si ritrova negli artt. 104 *bis* e *ter* del T.U.F., introdotto dal decreto legislativo 229/2007 di trasposizione della Direttiva, e negli artt. L. 233-35 e L. 233-36 del *Code de Commerce* francese introdotto dalla *loi 31 mars 2006* di trasposizione della Direttiva (l'art. L. 233-35 prevede infatti che “les statuts d'une société dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé peuvent prévoir que les effets de toute clause d'une convention...prévoyant des restrictions au transfert d'actions sont inopposables à l'auteur de l'offre, en période d'offre publique”).

seppur limitato come si vedrà la Francia), e ordinamenti che negano o limitano la loro liceità (rendendo peraltro ininfluyente l'adesione o meno alla regola di neutralizzazione), con l'ulteriore complicazione che l'applicazione della regola che rende inefficaci i patti durante l'offerta, è soggetta alla reciprocità, ovvero all'adozione di uno stesso meccanismo da parte dello Stato di appartenenza della società che promuove l'opa⁶¹³.

La non perfetta armonizzazione sotto questo profilo delle normative dei diversi Stati Membri, è suscettibile pertanto di riflettersi sulla disciplina degli accordi parasociali.

L'espressa previsione di una disciplina relativa agli effetti dei patti parasociali in periodo di offerta pubblica, non ha infatti definitivamente fatto venir meno i dubbi che riguardano la compatibilità di alcuni accordi parasociali con la regolamentazione delle offerte pubbliche.

Un recente contributo della dottrina francese ha evidenziato al riguardo che "malgré la généralité du principe posé, l'inopposabilité de ces accords à l'initiateur de l'offre, nous ne pensons pas que ce texte suffise à mettre fin au débat...sur la compatibilité de certains accords contractuels avec la réglementation relative aux offres publiques d'achat"⁶¹⁴.

La circostanza infatti che la disciplina francese che ha tradotto la Direttiva preveda che l'inopponibilità dell'accordo parasociale si verifichi solo laddove lo statuto delle società indichi una tale possibilità⁶¹⁵, fa dubitare di un generale ed incondizionato apprezzamento di compatibilità e liceità, in considerazione perlopiù di un marcato atteggiamento giurisprudenziale, anteriore alla norma in questione, di sfavore nei confronti di molti accordi parasociali in quanto contrastanti con l'*ordre public boursier*⁶¹⁶.

⁶¹³ Per un approfondimento delle questioni connesse al principio di reciprocità, cfr., F.M. MUCCIARELLI, *Il principio di reciprocità nella Direttiva comunitaria sull'opa*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 830 ss. E' da evidenziare che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 104 bis e ter T.U.F., non è soggetto alla condizione di reciprocità l'art. 123, III comma, T.U.F., che prevede che gli azionisti che intendano aderire a un'offerta pubblica di acquisto o di scambio promossa ai sensi degli articoli 106 o 107 possono recedere senza preavviso dai patti parasociali. Tale norma dunque sarà suscettibile di trovare applicazione, a titolo di *lex societatis*, relativamente alle società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati di altri paesi dell'Unione Europea (secondo quanto dispone l'art. 119 T.U.F.).

⁶¹⁴ Cfr., A.-C. MULLER, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, Economica, 2007, 446 ss.

⁶¹⁵ Così l'art. L. 233-35 del *Code de Commerce*, cfr., *supra* nota 596.

⁶¹⁶ Non contenendo la regolamentazione della borsa alcuna espressa previsione in ordine alla compatibilità degli accordi contenuti in patti parasociali rispetto alla regolamentazione delle offerte pubbliche, è stata la giurisprudenza a sviluppare successivamente alcune soluzioni di principio: utilizzando il criterio degli effetti che l'accordo è suscettibile di produrre sul mercato, essa ha esteso notevolmente il campo di applicazione spettante al *droit des marchés financiers* a scapito della libertà contrattuale dei soci. Sanzionando "*l'atteinte au libre jeu des offres et des surenchères*" che gli accordi tra soci sono suscettibili di produrre, la giurisprudenza francese ha quindi ritenuto inefficaci alcune promesse di vendita (cfr., *affaire OCP*, Cour d'Appel de Paris, 27 avril 1993, in *JCP*, 1993, II, 457) e dichiarato nulle alcune convenzioni (Trib. Com. Paris, 28 juillet 1986, in *Rev. soc.*, 1987, 328; Trib. Comm. Paris, 16 mars 1992, in *Bull. Joly*, 1992, 524). La COB inoltre, con Comunicazione del 4 maggio 1999, ha evidenziato, relativamente alla situazione di Paribas e di Société Générale, entrambe oggetto di un'opa, che « en ne procédant pas, comme cela était prévu par la réglementation, à la publication des pactes,...tant la Société Générale que Paribas avaient renoncé à se prévaloir du contenu des accords pendant toute la durée des offres en cours. Dans le cas contraire, la mise en oeuvre de ces pactes pourrait être qualifiée de manoeuvre portant atteinte au bon déroulement des offres publiques ». L'affermazione giurisprudenziale dell'esistenza nella disciplina del mercato di norme che "relevent de l'ordre public", "aboutit à priver d'efficacité un grand nombre de pactes d'actionnaires et, par conséquent, à une extension remarquable de la porte de la

Ancora una volta pare che la sanzione prevista dalla legge del mercato, o meglio l'individuazione giurisprudenziale di un *ordre public boursier* che decreta l'illiceità di alcuni patti parasociali tali da turbare il buon funzionamento del mercato in periodo di offerta pubblica, incidendo sull'esercizio del diritto di voto e di altri diritti strettamente connessi alla vita della società, acceda direttamente al funzionamento interno della compagine societaria.

La perplessità legata al metodo di ripartizione tra le due leggi, è qui inoltre accresciuta dalla circostanza che la Direttiva Opa non prevede che ogni autorità statale debba prendere in considerazione il contenuto delle altre leggi concorrenti nell'applicazione della propria normativa (e delle interpretazioni fatte dalla giurisprudenza)⁶¹⁷.

Purtuttavia alcune disposizioni del mercato paiono imporsi sulla *lex societatis* quando la situazione entra nel loro campo di applicazione, ovvero quando “esiste un certain lien entre la situation et la bourse locale”⁶¹⁸.

Una risposta alle perplessità rilevate nel funzionamento del metodo tradizionale di ripartizione delle competenze, può rinvenirsi richiamando le riflessioni di quella dottrina che, esaminando il fenomeno della concorrenza tra *lex societatis* e *lex mercatus* (*rectius lex autoritatis*), ha posto in evidenza che l'intervento della *lex autoritatis* avviene in via cumulativa, “ne remettant pas en cause la vocation principale de la loi étrangère, mais revendiquant sa vocation secondaire...elle n'intervient qu'afin de corriger, sur certains points, les dispositions du droit étranger”⁶¹⁹.

Ne deriva che “la loi étrangère et la loi de l'autorité boursière sont appliquées en quelque sorte cumulativement », nello scopo di perseguire, tramite un'opportuna conciliazione, gli obiettivi e le finalità che il mercato tutela, con la conseguenza che « le droit étranger est parfois adapté, corrigé dans certaines de ses dispositions ».

Tale analisi, che sembra richiamare i principi di equivalenza e quindi il test di proporzionalità di larga applicazione a livello comunitario, permette di continuare a muoversi all'interno del metodo conflittuale, senza necessità di individuare il titolo dell'applicazione delle disposizioni correttive della *lex mercatus* nella loro natura di *lois de police*⁶²⁰,

réglementation boursière”(cfr., in tal senso MULLER, op. cit., 502).Ogni qualvolta una convenzione sia giudicata suscettibile di minare il buon funzionamento del mercato, « le droit boursier se préoccupe d'en annihiler les effets »; “en conséquence, les individus ne peuvent, par des opérations conclues hors marché, tenter de se soustraire à l'application du droit spécial ou de porter atteinte à son effectivité. Toutefois, lorsque les opérations hors marché n'intéressent pas directement le fonctionnement du marché, la liberté contractuelle est préservée » (*ibidem*).

⁶¹⁷ Chiara in tal senso TENEMBAUM, op. cit., 573.

⁶¹⁸ Cfr., BOUCOBZA, *L'acquisition internationale*, cit., 305.

⁶¹⁹ *Ibidem*.

⁶²⁰ Cfr., BUREAU, MUIR-WATT, *Droit international privé*, cit., 326 ; BOUCOBZA, op. cit., 310 il quale sottolinea che « l'existence d'une harmonisation rend évidemment les lois de police inutiles ».

permettendo allo stesso tempo di risolvere le difficoltà che presenta l'appartenenza di una questione tanto alla vita ed al funzionamento della società, quanto al corretto svolgimento del mercato.

In tal senso, solo quando la soluzione data dalla legge della sede della società (anche relativamente ai patti parasociali), non sia tale da realizzare e garantire sufficientemente le finalità proprie del mercato, l'altra legge competente avrà vocazione ad applicarsi in via cumulativa e residuale al fine di affermare valori e principi che giustificano la loro incidenza ed operatività sull'organizzazione e sulla disciplina del mercato.

4. Un'altra fonte di interferenza nella disciplina applicabile ai patti parasociali può essere costituita dalle norme relative al controllo delle concentrazioni.

Infatti, sebbene il diritto della concorrenza non disciplini specificamente i patti parasociali in quanto tali, tuttavia essi sono suscettibili di interessare tale regolamentazione laddove il loro contenuto ricada nell'ambito specifico del diritto della concorrenza, ovvero nel caso in cui il contenuto di un patto sia tale da influenzare o modificare una situazione di concorrenza.

Ciò si realizza ad esempio qualora la stipulazione del patto parasociale realizzi un passaggio di controllo rilevante ai fini antitrust, da cui discende l'applicabilità delle discipline comunitarie o nazionali relativamente non solo ad obblighi di comunicazione all'autorità di controllo, ma anche in ordine alla valutazione della validità stessa dell'accordo⁶²¹.

Da un lato il Regolamento 139 del 2004, che si applica, a norma dell'art. 1, a "tutte le concentrazioni di dimensione comunitaria"⁶²², chiarisce che la situazione di controllo rilevante ai sensi dell'art. 3.1. si ha in presenza "di diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa; trattasi in particolare di: a)

⁶²¹ Cfr., BARIATTI, op. ult. cit., 52.

⁶²² Le concentrazioni hanno natura comunitaria, secondo quanto disposto dallo stesso articolo, quando a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di EUR e b) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di EUR; salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro. Una concentrazione che non supera le soglie stabilite al paragrafo 2 è tuttavia di dimensione comunitaria quando: a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di EUR; b) in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR; c) in ciascuno di almeno tre degli Stati membri di cui alla lettera b), il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di EUR e d) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di EUR; salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro.

diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa; b) diritti o contratti che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa”.

Non è certo difficile in tal senso ipotizzare il ruolo determinante che il patto parasociale può svolgere nel determinare una situazione di controllo, ed anzi spesso è la lettura di un patto parasociale che può rivelare l'esistenza di restrizioni alla concorrenza di varia intensità (dalle restrizioni accessorie all'abuso di posizione dominante)⁶²³ ⁶²⁴.

Come è stato correttamente evidenziato da un'attenta autrice⁶²⁵ infatti “le normative sul controllo delle concentrazioni possono intervenire disponendo la nullità della transazione non autorizzata o possono attribuire all'autorità di controllo il potere di imporre obblighi strutturali come la dismissione di attività o rami d'azienda, o comportamentali...tali autorità possono intervenire in operazioni di concentrazione modificando la struttura di *governance* decisa dai soci proprio con riferimento alle nomine e ai poteri degli amministratori e dei componenti degli organi societari ed eventualmente sull'identità dei paciscenti”.

Nella situazione in cui tali misure siano riconducibili all'ordinamento comunitario, la loro immediata applicabilità e preminenza rileva direttamente quando sia applicabile il diritto italiano o di un altro Stato membro.

Tali caratteristiche ne imporranno l'osservanza, in quanto norme internazionalmente imperative, quando sia invece applicabile il diritto di uno Stato terzo e contribuiranno comunque a determinare il limite generale dell'ordine pubblico internazionale italiano.

⁶²³ La stessa Commissione europea del resto, con Comunicazione del 2 marzo 1998 (in *GUCE*, n. 66 del 2 marzo 1998) riguardante la nozione di concentrazione, menziona i patti parasociali tra gli elementi chiave per stabilire se un'operazione determini una presa di controllo. Significativa in tal senso è la decisione resa dalla Commissione il 10 agosto 1992 nel caso *Rhône-Poulens/SNIA*, che individua una restrizione alla concorrenza in una clausola di non concorrenza contenuta in un patto parasociale.

⁶²⁴ In Francia il *décret n. 2002-689 del 30 avril 2002* che fissa le condizioni di applicazione del libro IV del *Code de Commerce* relativo alla libertà dei prezzi e della concorrenza, prevede all'allegato I un modello di notifica di un'operazione di concentrazione nel quale si richiede espressamente l'indicazione dei *pactes d'actionnaires*.

⁶²⁵ Cfr., BARIATTI, op. ult. cit., 52.

CAPITOLO VI

PROFILI PROCESSUALI

SOMMARIO: **1.** Problemi di giurisdizione. **2.** L'art. 22 n. 2 del Regolamento 44/01. **3.** L'art. 5.1.: il *forum solutionis*.

1. Le osservazioni svolte nei precedenti capitoli in punto delimitazione delle aree di competenza della *lex contractus* e della *lex societatis* relativamente alla disciplina dei patti parasociali, dovrebbero portare a riconoscere che la competenza giurisdizionale a conoscere delle cause relative a tali tipi di accordi sia determinata in relazione all'oggetto del procedimento⁶²⁶.

Trattandosi di accordi che si esauriscono sul piano dell'autonomia dei paciscenti e che non interessano l'organizzazione ed il funzionamento della società, verranno in rilievo esclusivamente aspetti contrattuali, risultando applicabile il regime previsto in materia contrattuale.

Se invece si sia in presenza di accordi che attengono allo statuto interno della società, si dovrebbe riconoscere una competenza esclusiva allo Stato del domicilio della società come previsto dall'art. 22 n. 2 del Regolamento 44/01 (cd. Regolamento Bruxelles I⁶²⁷).

Un esame sistematico e letterale dell'articolo in questione induce peraltro a ritenere che tale opinione non sia del tutto convincente.

La ricostruzione che si intende offrire al fine di dar conto delle nostre perplessità partirà dunque dall'esame del Regolamento Bruxelles I e dell'articolo dedicato al foro delle società.

2. L'art. 22 n. 2 del Regolamento 44/01, che riproduce pressoché alla lettera l'art. 16 n. 2 della Convenzione di Bruxelles, attribuisce in via esclusiva ai giudici dello Stato membro in cui si trova la sede dell'ente la cognizione delle domande "in materia di validità, nullità o

⁶²⁶ Cfr., GARCIMARTÍN ALFEREZ, *Derecho de sociedades: prolemas de ley applicable*, cit., 85.

⁶²⁷ Regolamento del Consiglio che dal 1° marzo 2002 ha sostituito nei rapporti tra gli Stati membri la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze straniere. Tuttora vigente è la Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale di cui sono Stati Contraenti, oltre agli Stati membri dell'Unione Europea, la Svizzera, la Norvegia, l'Islanda e la Polonia. Tale Convenzione ha esteso anche a paesi non facenti parte dell'Unione Europea le norme sulla determinazione della competenza giurisdizionale fissate dalla Convenzione di Bruxelles del 1968.

scioglimento delle società o persone giuridiche, aventi la sede nel territorio di uno Stato membro”, nonché la cognizione delle domande concernenti la “validità delle decisioni dei rispettivi organi”.

L’esame di tale disposizione, e quindi dell’applicabilità del foro delle società ai procedimenti che interessino i patti parasociali, mette in luce un primo problema che questo titolo di competenza esclusiva presenta.

La competenza di cui all’art. 22.2 infatti, come già quella di cui al precedente art. 16 della Convenzione, non è di determinazione uniforme, a causa della mancata armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di diritto applicabile alle società⁶²⁸.

Il profilo critico posto dall’art. 22 consiste nel concorso di competenze che può derivare dall’ultima parte del n. 2 secondo cui, per determinare la sede della società, “il giudice applica le regole del proprio diritto internazionale privato”, che non è superato dalla disposizione relativa alla determinazione della sede dell’ente in base al disposto dei paragrafi 1 e 2 dell’art. 60 del Regolamento, secondo il quale una società è “domiciliata nel luogo in cui si trova la sua sede statutaria, o la sua amministrazione centrale, oppure il suo centro d’attività principale”, precisando poi, con riguardo al Regno Unito ed all’Irlanda, che per sede statutaria deve intendersi il “registered office” o, in mancanza, la “place of incorporation”, e ove questa non sussistesse il luogo secondo il quale è avvenuta la costituzione.

Il combinato disposto di tali disposizioni, benché dettate dal legislatore comunitario con l’intento di evitare i conflitti di competenza che possono generarsi nel sistema convenzionale⁶²⁹, non ha infatti risolto i problemi e sopito i dibattiti sorti con riferimento alla disposizione convenzionale contenuta nell’art. 53, lasciando aperta la possibilità di diverse localizzazioni della sede sociale a seconda dello Stato in cui viene a radicarsi la controversia⁶³⁰.

⁶²⁸ Per un approfondito esame di tale profilo critico si rinvia a F.SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padova, (Cedam), 2000, in part. 69 ss.; L.MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, I, *Il sistema della competenza*, Padova, (Cedam), 1999, 226 ss.; M.BENEDETTELLI, *Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, 879 ss.

⁶²⁹ Cfr., Considerando n. 11 del Regolamento.

⁶³⁰ L’art. 53 della Convenzione stabiliva che al fine di stabilire la sede della società il giudice avrebbe dovuto applicare “le norme di diritto internazionale privato del proprio Stato”, rinviando dunque al concetto di sede proprio delle norme di conflitto della *lex fori*. Tale disciplina era stata fortemente criticata dalla dottrina prevalente la quale ne aveva evidenziato l’imprecisione e pericolosità, cfr., in particolare MARI, op. cit., 214 il quale sottolinea l’infelicità della disposizione, in quanto “la regola relativa alla determinazione della sede risulta oscura ed incapace di assicurare un accertamento uniforme della competenza nell’ambito comunitario”. Ed infatti la soluzione neutrale voluta dai redattori della Convenzione rispetto alla teoria dell’incorporazione ed a quella della sede reale creava un rischio di conflitti, sia positivi che negativi, di giurisdizione tra gli Stati e finiva per lasciare libero spazio al forum shopping a causa della diversa applicazione che il criterio della sede riceve nei vari Stati contraenti. Ed infatti la regola secondo cui ciascun giudice “si affida alle norme cui il sistema conflittuale del foro sottopone gli enti giuridici, stabilendo di conseguenza, alla stregua del concetto di sede proprio di tale sistema, dovì si trovi la loro sede”, comporta che essa porti ad ammettere “che giudici di Stati diversi possano avere competenza nei confronti di uno stesso ente” (così MARI, op. cit., 222). Le divergenti valutazioni provocate dalla diversità delle regole di conflitto relative agli enti giuridici creavano pertanto

Da un lato infatti la precisazione secondo cui per stabilire la sede dell'ente il giudice del foro deve applicare le norme di diritto internazionale privato del proprio Stato appare piuttosto...imprecisa, in quanto fa dipendere l'ambito di operatività del foro esclusivo sulle controversie societarie dalle scelte conflittuali dei singoli Stati membri, con la conseguenza che la competenza fondata sul criterio della sede può risultare attribuita a giudici di Stati diversi ove sede statutaria e sede effettiva non si localizzino in uno stesso Stato.

Inoltre la norma di cui all'art. 60 del Regolamento sembra suscettibile di produrre addirittura l'effetto di ampliare anziché diminuire il rischio di conflitti di giurisdizione, ponendo sullo stesso piano i criteri di localizzazione previsti, con un conseguente rischio di moltiplicazione dei fori in concorso⁶³¹.

Tali profili problematici devono essere tenuti presenti accingendosi a valutare se ed in quale misura la materia dei patti parasociali rientri nel foro esclusivo di cui all'art. 22 del Regolamento.

Ritornando al testo dell'art. 22 n. 2 che, come già esposto, prevede la competenza esclusiva dello Stato della sede della società per le controversie in materia di validità, nullità o scioglimento delle società ovvero la validità delle decisioni dei relativi organi sociali, una prima valutazione da svolgere è che l'articolo non sembra coprire tutte le situazioni giuridiche attinenti l'esistenza di una società.

Già con riferimento al testo dell'art. 16. 2 della Convenzione la dottrina si era posta la questione se il foro esclusivo della società comprendesse anche tutta una serie di procedimenti non testualmente coperti dalla dizione letterale della norma quali, per ciò che in questo studio maggiormente rileva, quelli relativi ai rapporti dei soci tra loro ed ai rapporti tra soci e società, dandovi risposta negativa. E ciò, sia sulla base di un'interpretazione letterale della disposizione⁶³², sia facendo riferimento alle affermazioni della Corte di Giustizia secondo cui le norme sui fori esclusivi comporterebbero una deroga generale al foro del domicilio e sarebbero pertanto di stretta interpretazione⁶³³.

incertezza e disarmonia nella determinazione della competenza. Cfr., anche SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia*, cit., 129, secondo il quale il rischio di conflitti di giurisdizione sulla sussistenza del legame societario pare oggi ridotto dalla "graduale opera di comunitarizzazione della disciplina materiale", con la conseguenza che, "nel caso del foro della società avente lo statuto europeo dovrà essere privilegiato nell'art. 22 n. 2, il legame con lo Stato in cui ha sede l'amministrazione centrale della società a norma dell'art. 7 del regolamento n. 2157/2001".

⁶³¹ Per un esame approfondito della disposizione, che esula da tale lavoro, si rinvia a BENEDETTELLI, op. ult. cit., 897 ss., e SALERNO, op.ult.cit., 73 ss., il quale ritiene che la possibile concorrenza di procedimenti dovuta alla mancata armonizzazione legislativa sia componibile applicando le regole sulla litispendenza.

⁶³² Cfr., VIRGOS SORIANO, GARCIMARTÍN ALFEREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigation internacional*, Madrid 2000, 190; MARI, op. cit., 540 ss.

⁶³³ Cfr., CG, 5 aprile 2001, causa C-518/99, Gaillard, in *Raccolta*, 2001, I, 2771.

Quanto a tale secondo aspetto, proprio l'osservazione che l'orientamento generale della Corte di Giustizia sia sempre stato, sin dall'interpretazione dell'art. 16 della Convenzione di Bruxelles, nettamente contrario al ricorso all'interpretazione estensiva, affermando numerose pronunce⁶³⁴ che la portata dei criteri di competenza esclusivi deve essere definita secondo un canone di stretta interpretazione, in modo che ad essi non venga attribuito un senso più esteso di quanto non richieda la finalità perseguita dalla norma⁶³⁵, porta a ritenere che il foro esclusivo del giudice della sede della società debba essere interpretato restrittivamente.

Il significato delle espressioni contenute nell'art. 22 n. 2 appare peraltro ad un primo esame assai vago⁶³⁶, e dunque di difficile interpretazione, né i dubbi che esso presenta sono stati risolti in via interpretativa dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia la quale non ha avuto sin qui modo di pronunciarsi sul contenuto da attribuire ai concetti espressi dalla norma.

L'unico elemento da cui si possono trarre utili spunti ai fini dell'indagine che si sta conducendo si può trarre da quanto deciso dalla Corte nella sentenza relativa al caso *Peters*, già ricordata, in cui si è ritenuto applicabile l'articolo 5 n. 1 della Convenzione di Bruxelles ad una lite concernente i rapporti tra un'associazione ed uno dei suoi membri, affermandone la natura contrattuale⁶³⁷.

Ricordando che con tale pronuncia la Corte ha ricondotto i rapporti associativi alla materia contrattuale ritenendo che essi creino tra i soci un vincolo analogo a quello contrattuale, tanto sul piano sostanziale quanto ai fini della competenza, si ritiene di aderire all'opinione di chi⁶³⁸ intravede in tale pronuncia l'affermazione, da parte della Corte, di un principio generale,

⁶³⁴ Cfr., CG, 9 giugno 1994, causa C-292/93, *N. Lieber c. W. E. S. Gobel*; CG, 26 marzo 1992, causa C-261/90, *M. Reichert e I. Kockler c. Dresdner Bank*; CG, 26 febbraio 1992, causa C-280/90, *E. Hacker c. Euro-Relais GmbH*.

⁶³⁵ Per un approfondimento al riguardo si rinvia a MARI, op. cit., 524 ss., il quale evidenzia un altro fattore che ha orientato la Corte verso un'interpretazione "scrupolosamente teleologica" delle competenze esclusive, ovvero la preoccupazione per "le conseguenze che una maggiore comprensività delle fattispecie di competenza esclusiva potrebbe avere sulla circolazione dei giudicati nell'area comunitaria. Un'interpretazione ampia di questa norma...porrebbe vincoli ancor più estesi al riconoscimento delle decisioni, capovolgendo le scelte di fondo della Convenzione"; nonché a SALERNO, op. ult. cit., 70, a giudizio del quale la circostanza che l'art. 16 della Convenzione (attuale art. 22 Reg.) costituisca una deroga molto incisiva all'art. 2 determina l'esigenza di "dare alla prima un'interpretazione restrittiva".

⁶³⁶ Significativi in tal senso i dibattiti sorti già nel vigore della Convenzione di Bruxelles sull'interpretazione dei concetti di validità e nullità delle decisioni o deliberazioni degli organi dell'ente (cfr., *infra* nota 555) e sulla problematica riconduzione di alcune situazioni giuridiche alla validità e nullità degli enti giuridici, si veda al riguardo MARI, *Il diritto processuale civile*, cit., 541 ss.

⁶³⁷ Sentenza 22 marzo 1983, causa 34/82, *Peters c. Z.N.A.V.*, in cui la Corte, affermando che la controversia tra un'associazione ed uno dei suoi membri relativamente all'adempimento delle obbligazioni nascenti da una delibera sociale ha natura contrattuale e ricade nella competenza fissata dall'art. 5.1., esprime il principio secondo cui l'attuazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal rapporto sociale soggiace alle regole ordinarie di competenza (in tal senso cfr., MARI, op. cit., 546, il quale sottolinea che, posta la distinzione tra fase genetica e fase attuativa del vincolo sociale, quest'ultima non sembra richiedere, secondo il ragionamento della Corte, esigenze di esclusività della competenza dello Stato della sede della società).

⁶³⁸ Cfr., MARI, op. cit., 545.

secondo cui l'attuazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal rapporto sociale soggiace alle regole ordinarie in tema di competenza.

Il valore di tale principio appare peraltro confermato da quanto la Corte di Giustizia ha affermato in un successivo caso⁶³⁹ in cui, ritenendo quali valide proroghe di giurisdizione ai sensi dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles le clausole di uno statuto sociale che designino il giudice di uno Stato contraente come competente a conoscere delle liti insorte tra società ed i suoi soci, ammette l'operatività della clausola nei rapporti sociali senza avvertire il bisogno di precisarne i limiti di efficacia rispetto alla competenza esclusiva prevista in tema di società.

Si dovrebbe dunque desumere da quanto affermato dalla Corte che il foro esclusivo sia circoscritto alle azioni suscettibili di travolgere l'esistenza della società o una delibera degli organi societari, rimanendone esclusa l'attuazione dei diritti ed obblighi nascenti dal rapporto sociale.

Di contrario avviso è una parte della dottrina⁶⁴⁰ la quale, concentrando l'attenzione alla funzione svolta dall'art. 22 n. 2 nel sistema regolamentare, che sarebbe quella di concentrare “i procedimenti presso il giudice dello Stato della *lex societatis* così da assicurare la coincidenza tra *forum* e *ius* e garantire gli interessi pubblicistici sottesi a tale corpo di norme materiali”, ritiene che “il criterio di giurisdizione in esame debba operare con riguardo a tutti i procedimenti che abbiano per oggetto lo statuto sociale, vale a dire quella disciplina speciale in cui si sostanzia l'identità dell'ente secondo le valutazioni dell'ordinamento che ha proceduto alla sua creazione”⁶⁴¹.

La correttezza a nostro avviso dell'opinione secondo cui la regola del *forum societatis* riguarda *prima facie* le domande giudiziali relative al regime interno dell'ente e al funzionamento dei suoi organi⁶⁴², ovvero le questioni che attengano allo statuto sociale, vale a dire quella disciplina in cui si compendia l'identità della società commerciale come persona giuridica, porta peraltro a negare, come sostenuto, che le controversie insorte tra soci siano “comunque di competenza esclusiva del giudice dello Stato della *lex societatis* ogni qualvolta (e solo dove) pongano questioni di *lex societatis*”⁶⁴³.

⁶³⁹ Cfr., CG, 10 marzo 1992, causa C-214/89, *Powell Duffryn*, in *Raccolta*, 1992, I, 1745.

⁶⁴⁰ Cfr., BENEDETTELLI, *Criteri di giurisdizione in materia societaria*, cit., 917 ss., il quale nega valore di precedente alle due citate pronunce della Corte di Giustizia ritenendo che “la contrattualizzazione del contenzioso societario che ne emerge finirebbe per minare alla radice il criterio (imperativo) di giurisdizione di cui all'art. 22 n. 2 svuotandolo di contenuto” (in part., 920).

⁶⁴¹ E ciò, aggiunge l'Autore, “anche quando la fattispecie controversa non sia direttamente e precisamente riconducibile alle due categorie di fattispecie espressamente menzionate dall'art. 22 n. 2”, *ibidem*.

⁶⁴² In tal senso cfr. anche FRANZINA, op. cit., 204.

⁶⁴³ Così BENEDETTELLI, op. ult. cit., 920.

La dottrina qui in esame⁶⁴⁴ suggerisce infatti al riguardo di ricorrere alla *lex societatis* al fine di determinare l'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'art. 22 n. 2: la legge regolatrice della società offrirebbe in tal senso “un criterio per stabilire se siano ad esso riconducibili controversie al confine tra autonomia negoziale e diritto societario”, quali appunto quelle che possono opporre i soci tra loro in relazione a patti parasociali.

Una tale ricostruzione peraltro presenta il rischio di vedere variata la portata del *forum societatis* a seconda del giudice adito, rischio ancor più rilevante se si pensi che si tratta di una competenza esclusiva; cui non sembra possa porre rimedio la riflessione dell'autore secondo cui la *lex societatis* non dovrebbe essere determinata secondo le valutazioni di conflitto del foro, ma secondo i principi di diritto internazionale privato, propri della Comunità e quindi uniformi, ricavabili dal diritto primario e dalle libertà di circolazione in esso sancite.

Non sembra infatti che l'art. 22 n. 2, in virtù della natura di strumento di diritto uniforme del Regolamento Bruxelles I vada interpretato valorizzando la *lex societatis* di volta in volta in rilievo, quanto piuttosto, conformemente alle considerazioni ermeneutiche svolte dalla Corte di Giustizia, tenendo presenti i percorsi argomentativi seguiti al fine di garantire per quanto possibile la parità ed uniformità dei diritti e degli obblighi derivanti dallo strumento comunitario ed evitando un rinvio al diritto sostanziale degli Stati membri applicabile in forza del diritto internazionale privato.

Al fine di chiarire e tentare di risolvere le perplessità sollevate da una tale ricostruzione, e verificare l'opinione secondo cui per tutte le altre questioni che interessano l'ente, quali i rapporti tra soci, valgano le ordinarie regole di competenza⁶⁴⁵, pare opportuno ritornare ad un'analisi testuale dell'art. 22 n. 2, che rinvia al foro esclusivo delle società in materia di validità delle decisioni degli organi societari.

Si è già ricordato che i patti parasociali, quali accordi attraverso cui due o più soci disciplinano i loro rapporti in seno ad una società, si limitano a far nascere diritti ed obblighi tra i loro autori, la cui violazione comporta mere conseguenze risarcitorie, non essendo opponibili alla società, ai soci estranei al patto ed in genere ai terzi; laddove le pattuizioni contenute nell'atto costitutivo e nello statuto sono rilevanti anche nei confronti dei terzi, e la relativa violazione può essere causa di invalidità delle deliberazioni dell'ente.

Vi sono peraltro delle ipotesi, e si tratta delle disposizioni materiali di cui all'art. 2341 *ter* e dell'art 122 T.U.F., in cui il dato su cui occorre riflettere è quello del regime di invalidità non

⁶⁴⁴ Cfr., BENEDETTELLI, op. ult. cit.

⁶⁴⁵ In tal senso, MARI, op. cit., 540.

del patto in sé ma delle deliberazioni assembleari adottate con il voto determinante esercitato dei soci che non hanno rispettato l'obbligo di pubblicità.

Ponendo l'attenzione all'art. 2341 *ter*, esso dispone che, in caso di mancata dichiarazione del patto di sindacato, i possessori delle azioni cui si riferisce il sindacato non possono esercitare il diritto di voto in assemblea e le deliberazioni adottate in violazione del divieto sono impugnabili ai sensi dell'art. 2377 c.c.

La questione che la norma pone è se la violazione dell'obbligo di informazione sia di per sé motivo di invalidità della deliberazione, per cui il richiamo all'art. 2377 c.c. sarebbe solo di tipo procedimentale; oppure se è necessario che lo stesso contenuto della deliberazione sia in violazione della legge o dello statuto. La risposta a tale questione, e dunque l'accoglimento dell'una o dell'altra lettura, comporta conseguenze assai diverse: nel primo caso l'inosservanza della norma determinerebbe un'invalidità della delibera rilevante ex art. 22 n. 2, nel secondo caso invece la decisione dell'organo sociale non sarebbe di per sé invalida.

Per orientare la soluzione appare opportuno argomentare dalla *ratio* della norma in esame, che è quella di garantire la trasparenza dei patti parasociali quando questi incidono sull'esercizio del diritto di voto e quindi sulle determinazioni assembleari.

Se dunque la funzione specifica dell'obbligo di dichiarazione del patto è quella di assicurare tale trasparenza, addirittura anche rispetto ai terzi, atteso che il relativo verbale deve essere depositato presso il registro delle imprese, e se la sanzione che ne consegue non è la invalidità del patto in sé, ma il divieto dell'esercizio del diritto di voto, se ne deduce che la conseguenza non può che essere la invalidità della deliberazione.

La violazione del divieto di voto è pertanto apprezzabile già di per sé come vizio che attiene alla formazione della volontà assembleare a prescindere dalla considerazione in merito al contenuto della stessa rispetto all'interesse sociale.

Tali ipotesi sembrano pertanto pacificamente riconducibili alla categoria di fattispecie prevista all'art. 22 n. 2, laddove tratta della validità delle decisioni degli organi societari.

Ciò posto, è da ritenere che l'art. 22 n. 2 che, lo si ripete, tratta di domande aventi ad oggetto la validità delle decisioni degli organi delle società, non possa trovare applicazione laddove si tratti di azioni concernenti la mancata osservanza di un patto parasociale, e dunque la responsabilità del paciscente inadempiente^{646 647}.

⁶⁴⁶ In tal senso cfr., FRANZINA, op. cit., 204 ss. In senso difforme si è espressa la *Court of Appeal*, 12 novembre 2004, *Speed Investments*, in *Int. lit. proc.*, 2005, 53 ss., che ha ritenuto soggetta al *forum societatis* la domanda giudiziale proposta da alcuni soci per far valere l'invalidità della delibera con cui la società aveva proceduto alla nomina dei suoi amministratori, benché i diritti di nomina invocati dai soci rinvenissero il loro titolo in un autonomo accordo e non nello statuto.

Rispetto a tali azioni non dovrebbe dunque poter essere invocata la competenza dello Stato della sede, non discutendosi dell'esistenza della società o della validità ed efficacia delle relative deliberazioni.

L'inquadramento di tali ipotesi al di fuori dell'art. 22 pare peraltro giustificato non solo riflettendo all'impossibilità di ammettere in relazione a tale competenza esclusiva un'interpretazione estensiva⁶⁴⁸, ma anche procedendo ad una valutazione sistematica dell'articolo in questione, il quale pare ispirato, come si legge nella relazione che accompagnava la Convenzione⁶⁴⁹, al desiderio di evitare la pronuncia di "sentenze contraddittorie quanto all'esistenza della società ed alla validità delle deliberazioni di loro organi".

Se questo è lo scopo della previsione di un *forum societatis* esclusivo⁶⁵⁰, deve ritenersi che tale preoccupazione non coinvolga le domande relative a rapporti tra soci i cui effetti sono limitati alla sfera dei paciscenti e che non coinvolgono il patto costitutivo della società o atti da essa compiuti tramite i suoi organi rappresentativi.

Una recente ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶⁵¹, secondo la quale "non rientra nella competenza giurisdizionale esclusiva dei giudici dello Stato della sede della società, ai sensi dell'art. 16 n. 2 della Convenzione di Bruxelles, un'azione relativa a una controversia tra soci", sembra del resto confermare tale soluzione.

La Suprema Corte ha escluso infatti l'applicabilità del foro esclusivo delle società in relazione ad una domanda proposta da un socio nei confronti di un altro per ottenere il risarcimento del danno derivante dalle irregolarità commesse da quest'ultimo nella veste di amministratore sulla base della considerazione che essa "non coinvolge il patto costitutivo della società o atti da essa compiuti tramite i suoi organi rappresentativi,...ma attiene soltanto ai rapporti fra i due soci, e fa valere una responsabilità del convenuto di natura personale".

⁶⁴⁷ A conclusioni forse difformi si sarebbe potuto giungere vigente la Convenzione di Bruxelles, il cui articolo 16 n. 2, risultava meno chiaro, aprendo la via a differenti interpretazioni: in particolare la versione inglese parlava di procedimenti aventi ad oggetto la costituzione e lo scioglimento della società e "*the decisions of their organs*", facendo ritenere applicabile il *forum societatis* rispetto a tutte le liti concernenti le delibere degli organi sociali e non solo quelle relative alla loro validità. Tale teoria era stata sostenuta in dottrina anche da KAYE (*Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Oxford, 1987, 936 ss.), il quale, ritenendo possibile disgiungere il termine "decisioni" degli organi dell'ente, da quelli di validità e nullità, sosteneva che qualsiasi questione coinvolgente una decisione degli organi dell'ente ricade nella competenza esclusiva dei giudici della sede. Per la restrizione della competenza esclusiva alle questioni di validità e nullità anche nel caso delle decisioni degli organi dell'ente, cfr., MARI, *Il diritto processuale civile*, cit.; GAUDEMET-TALLON, op. cit., 67.

⁶⁴⁸ Cfr., *supra* note 638, 639.

⁶⁴⁹ Cfr., JENARD, *Relazione sulla Convenzione di Bruxelles*, in *Gazz. Uff. Com. Eur.*, n. C 59, 5 marzo 1979, 35.

⁶⁵⁰ Cfr., CARO GANDARA, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999, 112 ss.

⁶⁵¹ Cfr., Cass (S.U.), ord., 12 gennaio 2005, n. 385, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2005, 801 ss.

Tale conclusione, secondo la Corte, deve essere desunta non solo dalla lettera dell'art. 16.2, ma anche dalla *ratio* stessa della norma, “la quale risponde all'esigenza che le cause incidenti sull'esistenza o sugli atti della società...siano riservate al giudice dell'ordinamento nazionale in cui la società stessa si trovi ed operi, e dunque, persegue un obiettivo non compromesso da decisioni che altri giudici adottino nei rapporti fra i soci, senza riflessi (se non meramente indiretti) sulla vita dell'ente, e quindi senza il pericolo di un foro europeo *shopping* in materia societaria”.

Il chiaro ragionamento della Corte convince dunque della non riconducibilità all'art. 22.2 delle controversie tra soci e dunque, segnatamente di quelle relative all'inadempimento di una convenzione parasociale; relativamente a tali procedimenti varranno pertanto le norme ordinarie in materia di competenza giurisdizionale, ed in particolare il foro speciale alternativo del contratto di cui all'art. 5.1. della Convenzione e del Regolamento, secondo cui il convenuto domiciliato in uno Stato membro può essere citato innanzi al giudice del luogo “in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita”.

3. Anche tale soluzione non è scevra peraltro da alcuni aspetti problematici: l'art. 5.1. attribuisce infatti rilievo al luogo in cui si realizza o si sarebbe dovuta realizzare la vicenda attuativa del rapporto dedotto, ovvero l'adempimento dell'obbligazione.

La sentenza *Peters* già menzionata, nell'assimilare il rapporto associativo a quello contrattuale, non affronta direttamente la questione, che meritava di essere chiarita, dell'individuazione del *forum solutionis* relativamente ad un rapporto obbligatorio tra soci.

In primo luogo occorre premettere che appare corretto ritenere che nella prassi la parte maggiormente significativa delle controversie relative a patti parasociali tragga origine dall'asserito inadempimento o inesatto inadempimento di uno dei paciscenti, assumendo per converso rilievo trascurabile altre domande che prescindono del tutto da tale profilo, quali quelle dirette a far dichiarare la nullità del patto o le azioni di accertamento negativo dell'esistenza dell'accordo⁶⁵²; in tal senso la nostra attenzione deve concentrarsi sul momento

⁶⁵² Per ragioni di economia del presente lavoro ci si soffermerà pertanto sul primo aspetto, rinviando quanto alla riconduzione delle domande di impugnativa e dell'insieme dei rimedi solutori all'art. 5.1. all'ampia dottrina sul punto: M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, t. I, 472 ss.; MARI, op. cit., 299, (che ritiene comprese nella portata applicativa dell'art. 5.1. le azioni dirette a far dichiarare la nullità del contratto o a farne pronunciare l'annullamento); M.DE CRISTOFARO, *Giurisdizione sulle domande di accertamento negativo in materia di responsabilità da illecito ed in materia contrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 756 ss.; KOFLER, *Il forum destinatae solutionis nelle azioni di accertamento negativo del credito e di nullità del contratto*, in *Corr. Giur.*, 2004, 216;

attuativo del rapporto obbligatorio, che è precisamente l'aspetto preso in considerazione dall'art. 5.1.

Le perplessità sollevate al riguardo nascono dalla circostanza che, come già ampiamente esposto, all'interno di un accordo parasociale molto spesso non è dato rinvenire una struttura contrattuale semplice in cui alla prestazione di un bene o di un servizio da parte di un paciscente corrisponde il pagamento, da parte dell'altro (o degli altri) di una somma di denaro, trovandosi spesso piuttosto innanzi a convenzioni di contenuto vario, che prevedono ad esempio reciproche prestazioni delle parti di *facere* o *non facere*.

Se si eccettuano le previsioni contenute nella lett. b) dell'art. 5.1. del Regolamento relative ai contratti di compravendita di beni e di prestazione di servizi, la disciplina comunitaria della competenza giurisdizionale in materia di contratti non sembra presentare elementi che possano aiutare a superare queste difficoltà^{653 654}.

L'esame del possibile funzionamento del criterio del *forum solutionis* relativamente a convenzioni parasociali deve dunque in primo luogo evidenziare l'impossibilità di fornire un'univoca risposta di carattere generale, giacché è proprio lo specifico contenuto del patto a dover essere tenuto presente nell'individuazione di un'ipotesi ricostruttiva.

La possibilità di riportare gli obblighi di *facere* o *non facere* spesso assunti dai paciscenti all'interno della disciplina dell'art. 5.1. potrebbe essere forse superata ponendo attenzione al dato rilevante contenuto nella disposizione regolamentare: l'attuazione o l'aspettativa di attuazione del comportamento o risultato voluto, il momento esecutivo del rapporto controverso.

Ritenendo che all'interno dell'art. 5.1 rientri ogni pretesa che si fonda sulla mancata soddisfazione di un interesse tutelato nell'ambito della specifica relazione stabilita con la

SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia*, cit., 78 ss. Per le pronunce del giudice comunitario relativamente all'applicazione del foro del contratto alle domande relative all'accertamento dell'esistenza del titolo, cfr., CGCE, 14 marzo 1982, causa 38/81, *Effer*, in *Raccolta*, 1982, 834 ss.

⁶⁵³ Ed anzi sotto un certo aspetto le accresce, basti pensare alla stessa difficoltà di delimitare l'ampia nozione di servizi, che può essere intesa in senso lato in contrapposizione alla nozione di beni materiali, ovvero, secondo un'interpretazione restrittiva, in un significato assimilabile a quello di prestazione d'opera. Per un'approfondita valutazione di tale aspetto critico si rinvia a B. CORTESE, *Il trasferimento di tecnologia nel diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 2002, 125 ss.

⁶⁵⁴ Si è correttamente osservato (SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia*, cit., 76), che la regola generale del foro del contratto di cui alla lettera a) dell'art. 5.1. ha una portata che, secondo i casi, è doppiamente residuale. In primo luogo, perché essa si applica in via esclusiva ad ogni fattispecie contrattuale che non rientri nella lettera b). In secondo luogo perché la regola generale può essere applicata in via sussidiaria anche alle fattispecie che rientrano nella lettera b), se è impossibile l'applicazione del criterio autonomo oppure se questo individua quale foro competente uno Stato extracomunitario (o comunque non destinatario del Regolamento). La combinazione complementare dei due criteri per i contratti della lettera b) ha il risultato di estendere notevolmente le possibilità di impiego dell'art. 5.1 rispetto alla corrispondente norma convenzionale fondata unicamente sulla regola generale ora riportata alla lettera a)''.

controparte⁶⁵⁵, potrebbero ritenersi comprese nella sfera applicativa del *forum solutionis* non solo le controversie riguardanti il mancato adempimento di un obbligo di prestazione, ma in genere le controversie in cui il socio, allegando l'esistenza di una regola di condotta connessa ad una previa relazione tra sé ed il convenuto, ne lamenti la violazione⁶⁵⁶.

Il limite che questa ipotesi ricostruttiva incontra è peraltro la difficoltà di individuazione di un luogo di adempimento dell'obbligazione dedotta: in un patto con cui un socio si impegna a non vendere le proprie azioni quale potrà essere considerato luogo dell'adempimento?

Trattandosi di un'obbligazione negativa si può ben immaginare che l'esecuzione sia suscettibile di avvenire o avvenga in qualsiasi luogo, e si concretizza nel dato positivo della vendita che realizza non tanto l'esecuzione, ma l'inadempimento dell'obbligazione dedotta⁶⁵⁷.

Nel caso in cui un paciscente agisca per ottenere la condanna al risarcimento del danno per il mancato rispetto da parte dell'altro paciscente di un impegno di inalienabilità, o di un patto di prelazione, o di un obbligo di non concorrenza non sembra possibile determinare un luogo di esecuzione di tali obblighi, o meglio, è possibile immaginare una moltiplicazione dei fori contrattuali, con un conseguente spezzettamento delle competenze⁶⁵⁸.

Tale rischio è stato tenuto ben presente dalla Corte di Giustizia⁶⁵⁹ nel valutare se si possa ricorrere alla regola del *locus solutionis* relativamente ad un'azione basata sull'inadempimento di un'obbligazione negativa derivante da una clausola di non concorrenza che vietava al debitore una determinata attività in qualsiasi parte del mondo⁶⁶⁰.

La Corte, nel decidere il caso *Besix*, ha affermato che l'art. 5.1. della Convenzione di Bruxelles "deve essere interpretato nel senso che, quando l'obbligazione contrattuale pertinente

⁶⁵⁵ Cfr., MARI, op. cit., 313; FRANZINA, op. cit., 274.

⁶⁵⁶ Cfr., FRANZINA, op.cit., 228, il quale sottolinea che "l'art. 5.1. del regolamento 44/01 contempla un foro dell'adempimento (ossia un foro del comportamento "atteso")" che può operare "in linea di principio, tutte le volte in cui si faccia questione di una condotta "programmata", cioè di un *facere* o di un risultato che una parte abbia diritto di conseguire dall'altra in virtù di una loro previa relazione".

⁶⁵⁷ Cfr., Cass., 13533/2001.

⁶⁵⁸ Così nell'ipotesi dell'asserito inadempimento di un patto di non concorrenza potranno essere individuati vari ambiti in cui la concorrenza è suscettibile di prodursi o si è prodotta, potenzialmente in concorso tra loro.

⁶⁵⁹ Cfr., CGCE, 19 febbraio 2002, causa C- 256/00, *Besix*, in *Gazz. Uff. Com. Eur.*, n. C 27, 26 gennaio 1998, 1 ss. Per un approfondito esame della vicenda, in cui la società belga *Besix* lamentava la violazione di una clausola di esclusiva domandando il risarcimento del pregiudizio patito si rinvia all'approfondito esame svolto da P.FRANZINA, *Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel Regolamento (CE) n. 44/01*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, 391 ss.; SALERNO, op. ult. cit., 80, il quale correttamente sottolinea che tale orientamento, assunto con riferimento alla disposizione della Convenzione di Bruxelles, "per ragioni di continuità perdura...anche in relazione alla nuova versione dell'art. 5, n.1, posta dal regolamento n. 44".

⁶⁶⁰ Il quesito posto alla Corte di Giustizia dalla *Cour d'Appel de Bruxelles* riguardava la necessità di chiarire se rispetto ad una controversia avente ad oggetto un'obbligazione di non fare eseguibile in ogni parte del mondo, la competenza del giudice adito possa essere determinata sulla base dell'art. 5. n. 1 della Convenzione di Bruxelles.

è stata o deve essere eseguita in più luoghi differenti, la competenza a conoscere della controversia non può essere riconosciuta al giudice sotto la cui giurisdizione si trova uno qualunque di questi luoghi di esecuzione”.

Secondo la Corte infatti, stante l'esigenza di prevedibilità che è sottesa all'interpretazione delle competenze speciali e la necessità di evitare per quanto possibile la moltiplicazione dei fori competenti, è importante “determinare un solo luogo di esecuzione dell'obbligazione di cui trattasi”⁶⁶¹.

Il giudice comunitario ha dunque concluso che “risulta che l'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles non si può applicare in una causa come quella principale, nella quale non è possibile determinare il giudice che presenta il nesso più stretto con la controversia, facendo coincidere la competenza giudiziaria con il luogo effettivo di esecuzione dell'obbligazione considerata come pertinente da parte del giudice nazionale”.

La circostanza dunque che un'obbligazione di non fare che, secondo la volontà delle parti, vale senza alcuna limitazione geografica e deve dunque essere rispettata in ogni parte del mondo - e, in particolare, in ciascuno degli Stati contraenti -, non possa essere localizzata in un luogo preciso, fa sì che essa non si presti ad essere collegata ad un giudice particolarmente idoneo a conoscere della controversia relativa a questa obbligazione e quindi a rientrare nella competenza di un determinato giudice piuttosto che di un altro.

In tale situazione pertanto, conclude la Corte, l'applicazione dell'art. 5.1. della Convenzione di Bruxelles deve reputarsi esclusa, e “la competenza non può...che essere determinata in conformità all'art. 2 della Convenzione di Bruxelles, il quale assicura un criterio sicuro e affidabile”.

⁶⁶¹ *Ibidem*, punti 27 e 29. La Corte inoltre fa espresso riferimento alla propria giurisprudenza tradizionale, secondo l'interpretazione della quale, il funzionamento del *forum solutionis* si basa sull'applicazione di due tecniche: da un lato l'attenzione alla specifica obbligazione dedotta in giudizio (sentenza *De Bloos*, CGCE, 6 ottobre 1976, causa 14/76, in *Raccolta*, 1497), dall'altro l'utilizzo del metodo conflittuale secondo cui il giudice, al fine di affermare la propria competenza deve individuare, secondo le norme di conflitto del foro, la legge regolatrice del rapporto e definire, sulla base di tale legge, il luogo di adempimento dell'obbligazione controversa (sentenza *Tessili*, CGCE, 6 ottobre 1976, causa 12/76, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1977, 171 ss.), evidenziando che “l'applicazione della giurisprudenza tradizionale della Corte, secondo la quale il luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita, ai sensi dell'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles, dev'essere determinato in conformità alla legge che disciplina l'obbligazione controversa secondo il diritto internazionale privato del giudice adito, non permette di giungere a questo risultato. Infatti, trattandosi di un'obbligazione contrattuale di non fare applicabile senza alcuna limitazione geografica, questo metodo non evita la pluralità dei giudici competenti, perché porta al risultato che i luoghi di esecuzione dell'obbligazione in oggetto sono situati in tutti gli Stati contraenti. Esso comporta inoltre il rischio che l'attore possa scegliere il luogo di esecuzione che ritiene più favorevole ai suoi interessi. Di conseguenza, questa interpretazione non permette di designare il giudice territorialmente più qualificato per conoscere della controversia e, per di più, rischia di compromettere la prevedibilità del tribunale competente, sicché è incompatibile con il principio della certezza del diritto”.

Sebbene in dottrina siano state avanzate tesi contrarie ad una generalizzazione di questa netta soluzione della Corte a tutte le controversie riguardanti obbligazioni di *non facere*⁶⁶², pare che proprio l'ipotesi specifica valutata dal giudice comunitario, ovvero la presenza di un'obbligazione negativa priva di qualsivoglia limitazione geografica, sia suscettibile nella prassi di porsi frequentemente relativamente alle pattuizioni parasociali.

Richiamando l'esempio di un patto avente ad oggetto l'obbligo di non vendere le azioni, non sembra possibile desumere una significativa proiezione geografica dell'obbligazione dal patto, dalle circostanze, o dagli interessi assunti dalle parti alla base dell'accordo: l'obbligazione dedotta in giudizio risulta suscettibile di ricevere esecuzione, o di essere violata, in un'area non definibile.

In altre ipotesi invece potrebbe valutarsi che il *forum solutionis* possa ugualmente essere localizzato in un determinato Stato indipendentemente dalla circostanza che il contenuto dell'obbligazione sia eseguibile in più Paesi.

Così, nell'esempio di un patto di non concorrenza, il luogo in cui la società esercita la propria attività, o l'interesse avuto di mira da un paciscente di escludere la concorrenza relativamente ad un determinato ambito spaziale, potrebbero costituire degli elementi per l'individuazione di un *forum solutionis*.

Nell'uno e nell'altro caso peraltro, l'individuazione di un *locus solutionis* potrebbe essere assicurata facendo riferimento ai criteri che stabiliscono il luogo di adempimento dell'obbligazione secondo la *lex contractus*. Tale tecnica peraltro rischia di portare all'accertamento di un luogo dell'esecuzione che non presenta legami particolarmente significativi con l'obbligazione, ed in ogni caso che non presenta un sufficiente grado di prevedibilità.

La stessa Corte di Giustizia, individuando tali rischi ha evidenziato l'inopportunità di far ricorso al tradizionale impiego del metodo conflittuale⁶⁶³, il quale, in ipotesi di obbligazioni come quelle qui in esame, non consente l'individuazione di un unico luogo di esecuzione.

⁶⁶² Cfr., FRANZINA, op. ult. cit., 395; SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia*, cit., 90 ss., secondo il quale "il carattere estremamente indeterminato del locus destinatae solutionis nel caso Besix spiega l'atteggiamento restrittivo seguito dalla Corte, ma non può escludere l'impiego dell'art. 5, n. 1 in ogni controversia che abbia ad oggetto obblighi contrattuali a contenuto negativo".

⁶⁶³ CGCE, *Besix*, cit. La Corte infatti, ricordando che "la Corte ha più volte affermato che il principio della certezza del diritto costituisce uno degli obiettivi della Convenzione di Bruxelles (v., sentenze 4 marzo 1982, causa 38/81, *Effer*, Racc. pag. 825, punto 6; 17 giugno 1992, causa C-26/91, *Handte*, Racc. pag. I-3967, punti 11, 12, 18 e 19; 20 gennaio 1994, causa C-129/92, *Owens Bank*, pag. I-117, punto 32; 29 giugno 1994, causa C-288/92, *Custom Made Commercial*, Racc. pag. I-2913, punto 18, e 28 settembre 1999, causa C-440/97, *GIE Groupe Concorde e a.*, Racc. pag. I-6307, punto 23), ha evidenziato che "detto principio della certezza del diritto richiede in particolare che le norme di competenza che derogano al principio generale della Convenzione di Bruxelles enunciato nel suo art. 2, come quella che figura nell'art. 5, punto 1, della medesima, siano interpretate in modo da consentire ad un convenuto normalmente

Analogo problema si pone se si porta il caso di una lite, insorta relativamente ad un patto parasociale contenente reciproche prestazioni di *facere* dei paciscenti, che verta su entrambe le obbligazioni derivanti dal contratto, che devono essere eseguite in due o più Stati.

Secondo la Corte comunitaria, l'obbligazione dedotta in giudizio cui fa riferimento l'art. 5.1. è quella che "serve di base all'azione giudiziaria"⁶⁶⁴, difficilmente individuabile nel caso in esame, il quale dovrebbe condurre, seguendo un'interpretazione restrittiva fornita dalla Corte stessa⁶⁶⁵ all'individuazione di tanti fori alternativi quante sono le obbligazioni poste a fondamento della domanda, con il criticabile risultato di moltiplicare i giudizi⁶⁶⁶.

La problematica individuazione di un *locum solutionis* sembra dunque ostacolare la possibilità, per un rilevante numero di patti parasociali, di far riferimento al foro speciale alternativo di cui all'art. 5.1., rendendo più opportuno il riferimento al foro generale del domicilio del convenuto di cui all'art. 2 del Regolamento^{667 668}.

accorto di prevedere ragionevolmente dinanzi a quale giudice, diverso da quello dello Stato del proprio domicilio, potrà essere citato (sentenze citate *Handte*, punto 18, e *GIE Groupe Concorde*, punto 24)".

D'altra parte, secondo la costante giurisprudenza della Corte, è indispensabile evitare, nella misura del possibile, il moltiplicarsi dei fori competenti relativamente al medesimo contratto per prevenire il rischio di pronunce contrastanti e per facilitare così il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali al di fuori dello Stato nel quale sono state pronunciate

L'applicazione della giurisprudenza tradizionale non consente in tale caso, secondo la Corte, di raggiungere il risultato di "determinare un luogo unico di esecuzione, il quale è, in linea di principio, quello che presenta il nesso più stretto tra la controversia e il giudice competente".

⁶⁶⁴ CGCE, 6 ottobre 1976, causa 14/76, *de Bloos/Bouyer*, in *Raccolta*, 1497, secondo la quale "ai fini della determinazione del luogo di esecuzione ai sensi dell'art. 5...l'obbligazione da prendere in considerazione è quella corrispondente al diritto su cui si impernia l'azione".

⁶⁶⁵ CGCE, 5 ottobre 1999, causa C-420/97, *Leathertex Divisione Sintetici Spa*, in *Raccolta*, 1999, I-6793.

⁶⁶⁶ Per un esame di tale aspetto si rinvia a SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia*, cit., 82 ss., il quale, nell'ottica di non compromettere l'armonia della regolamentazione giuridica rispetto a fattispecie contrattuali dalla struttura complessa, suggerisce che sia il giudice adito a valutare "in base alla *lex causae* se l'obbligazione dedotta in giudizio sia quella principale in relazione a fattispecie contrattuali complesse".

⁶⁶⁷ A norma del quale "le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro". E ciò a meno che le parti non abbiano esercitato la facoltà concessa dall'art. 23 del Regolamento di prevedere che le controversie nascenti dal patto parasociale siano sottoposte alla giurisdizione esclusiva del giudice di uno Stato membro. La scelta delle parti avrebbe l'effetto infatti da un lato di individuare un foro fornito di giurisdizione esclusiva sulla controversia, dall'altro di precludere ai giudici degli altri Stati membri la conoscenza della controversia, salva l'ipotesi di acquiescenza del convenuto costituito ai sensi dell'art. 24 del Regolamento.

⁶⁶⁸ L'ampiezza e ricchezza del soggetto non permette che un accenno, che meriterebbe ben altri sviluppi, al rapporto tra patti parasociali e arbitrato. Si deve infatti dare atto che il ricorso all'arbitrato sia molto frequente nell'ambito dei patti parasociali; in tal senso esso pare prestarsi a esaudire non solo un'esigenza di qualificazione del giudice e di rapidità di giudizio, ma soprattutto un interesse specifico alla riservatezza della controversia e della stessa pattuizione parasociale. Proprio le caratteristiche di confidenzialità e di snellezza nella gestione dei rapporti tra soci che caratterizzano la figura ne rendono del resto quasi inevitabile l'accostamento ad un mezzo di risoluzione delle controversie altrettanto riservato ed efficace in termini di rapidità. Una delle problematiche più interessanti che tale questione pone all'interprete è quella della competenza degli arbitri a pronunciarsi, potendo l'arbitrato in materia di patti parasociali investire anche in via incidentale questioni di diritto societario, e ciò a seconda che la questione sia ritenuta o meno compromettibile. Allo stato attuale l'arbitrabilità delle controversie in materia di società, ovvero le liti tra la società ed i suoi organi o tra i soci e la società o tra i soci stessi, è largamente ammessa nella maggior parte dei sistemi giuridici. Così ad esempio in Belgio (cfr., al riguardo O.CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruxelles, (Bruylant) e LGDJ, 2002, in part. 142), in Francia (in tal senso, D. COHEN, *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993) in Germania ed in Inghilterra (P.J. TURNER, *The Status of Arbitration Clauses in a Company's Articles of Association or Agreements Relating to the Company*, colloquio al seminario IBA, 15 marzo 2002, 1 ss.). In Italia, prima della disciplina introdotta dal D. lgs. 5/03, l'arbitrabilità delle

CONCLUSIONI

I patti parasociali in una prospettiva internazionale si presentano come una figura contrattuale affatto originale. L'originalità del soggetto risulta dall'interazione e penetrazione reciproca di più discipline: da un lato, molte delle questioni da essi poste possono trovare una soluzione nell'applicazione delle regole relative ai contratti, dall'altro il collegamento alla *lex contractus* sembra subire una forte interferenza da parte della legge regolatrice della società.

Sebbene infatti sia fuori discussione la loro indipendenza rispetto alla società alla quale si riferiscono, il legame tra la convenzione parasociale e la società appare sovente molto stretto, ed anzi spesso evidente dopo la riforma del diritto societario, che ne ha introdotto una pur sintetica disciplina.

La necessità di una ricerca in tema di patti parasociali, e dell'elaborazione di una soluzione conflittuale applicabile alla materia, appare dunque rafforzata dall'attualità del soggetto.

Le maggiori difficoltà riscontrate dal nostro studio nascono dal fatto che spesso nel medesimo strumento contrattuale sono inserite disposizioni di vario contenuto, alcune delle quali ineriscono strettamente alla vita delle società, altre che presentano un collegamento più flebile, altre ancora che ne sono del tutto indipendenti.

La complessità del problema dipende invero in massima parte dal fatto che il fenomeno dei patti parasociali non ha natura omogenea, ma è il risultato di diversi elementi che rinviano al diritto dei contratti, al diritto societario, al diritto dei mercati finanziari. Caratteristica questa che li ha fatti includere dalla migliore dottrina, tra le figure "cavalières".

controversie in materia societaria era ammessa in termini ristretti. La ragione è da rinvenirsi nel l'art. 806 c.p.c. che considera arbitrabili le controversie che possono fare oggetto di transazione. Non essendo la transazione ammessa su diritti indisponibili, si riteneva che non fossero compromettibili le controversie riguardanti le regole di organizzazione e funzionamento delle società, che come tali coinvolgerebbero interessi di terzi.

All'affermazione diffusa in giurisprudenza, che esclude l'arbitrato in materia societaria quando si tratti di diritti non disponibili, non sembrano comunque corrispondere esiti applicativi costanti. La nuova disciplina dell'arbitrato in materia societaria introdotta dagli artt. 34 e ss. del D.lgs. 5/03, non sembra peraltro aver spostato di molto i termini della questione. La nuova disciplina, che non si applica per espressa riserva alle società per azioni quotate o con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante, prevede la possibilità di inserire negli atti costitutivi delle società delle clausole compromissorie per la devoluzione ad arbitri di alcune o tutte le controversie insorgenti tra soci che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale. Resta dunque aperto il problema della validità delle clausole compromissorie contenute nelle convenzioni parasociali. Ciò posto, un breve sguardo ad altri sistemi, chiarisce che non sembra messa in discussione dell'arbitrabilità delle controversie in materia di funzionamento della società (con l'eccezione della Germania, che le esclude se la società è quotata in borsa), e delle controversie relative alla qualità di socio. In tal senso non solo sono considerati compromettibili i litigi relativi alla cessione delle azioni e alle clausole di opzione sulle azioni, ma anche quelli riguardanti la validità e l'esecuzione delle convenzioni di voto e la partecipazione di un socio agli utili ed alle perdite della società, trattandosi di diritti disponibili (cfr., B.HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, in *RCADI*, 2002, t. 296, 25-254, in part. 166). La dottrina francese (D. COHEN, cit., n. 266), non dubita al riguardo della competenza degli arbitri a pronunciarsi sull'inadempimento di una convenzione di voto, o sulla sua nullità, pur ammettendo che, trattandosi di materia che tocca differenti aspetti di ordine pubblico, gli arbitri siano tenuti al rispetto di tali disposizioni "à peine de voir leur sentence frappée de nullité".

Ciò rende insicuro un loro inquadramento in una categoria giuridica ed incerta, sul piano del diritto internazionale privato, una qualificazione della fattispecie.

Tuttavia, l'assenza di dati certi per una soluzione conflittuale, non solamente nei diritti interni considerati, ma anche nelle poche pronunce giurisprudenziali sul punto, invita a riflettere sulla soluzione della questione che la problematica dei patti parasociali pone.

Nell'insoddisfazione offerta dai diritti interni privi, in ciascuno degli ordinamenti di riferimento, di elementi certi in grado di definire i contorni precisi della figura, la dottrina si è riferita alle categorie normative generali, per tentare di individuare i legami che permettano di scegliere la sede entro cui i patti parasociali possano trovare accoglimento.

La riconduzione nell'alveo dei contratti atipici, il cui fondamento giuridico riposa sugli articoli che in entrambi gli ordinamenti considerati disciplinano la libertà contrattuale delle parti (*art. 1134 code civil francese*, art. 1322 cod. civ. italiano), richiama la sottoposizione alla disciplina contrattuale ed alle relative disposizioni in tema di condizioni di validità ed efficacia.

Se ciò vale quanto alla regolamentazione degli elementi formali delle pattuizioni, della capacità delle parti e della conseguente valutazione di vizi del volere invalidanti la manifestazione di volontà, discorso diverso deve essere fatto per il loro contenuto.

L'analisi tradizionale dei patti parasociali in chiave prevalentemente negoziale, che ha consentito di annoverarli tra le più tipiche ipotesi di collegamento tra contratti, appare infatti insufficiente, sembrando necessario piuttosto capire fino a che punto la connessione tra società e patto incida sulla disciplina di quest'ultimo.

Un approccio critico a tale tradizionale impostazione richiede dunque di operare una distinzione tra le varie fattispecie normalmente ricondotte alla categoria dei patti parasociali, valutandone l'autonomia funzionale e la capacità di incidere sul contratto di società o, *rectius*, sulla sua disciplina.

Nel caso in cui il patto abbia come finalità quella di modificare l'assetto societario e non sia dotato di autonomia causale, esso dovrà ritenersi incidente sull'assetto organizzativo della società. Così è, ad esempio, per i patti di sindacato, i quali esercitano la loro influenza sul funzionamento stesso della società e, conseguentemente acquistano rilevanza ai sensi del diritto societario.

Diversamente, si possono individuare numerose ipotesi in cui vengono stipulati dei patti che si presentano per la società come *res inter alios acta*: ciò può dirsi per quelle pattuizioni attraverso cui un socio garantisce un altro, le quali non influenzano le condizioni del funzionamento della società; o per i patti di prelazione, muniti di un requisito funzionale a se stante.

Bisogna dunque riconoscere che la stessa ambiguità della figura dei patti parasociali, nonché la varietà e l'indeterminatezza che ne caratterizzano il contenuto, rendono impossibile all'interprete la determinazione *a priori* della disciplina essi applicabile; ed anzi impongono la difficile operazione di individuare di volta in volta la linea di confine che separa il diritto dei contratti dal diritto delle società.

Se questi sono sinteticamente gli elementi acquisiti nella prima parte dell'indagine, la seconda, che introduce al discorso di diritto internazionale privato, presenta delle criticità non inferiori.

E' interessante sottolineare che la stessa incertezza nell'inquadramento della figura si riflette sulla soluzione conflittuale, dove è destinata a permanere. I dati appresi dall'esame della legge italiana di riforma, del sistema della Convenzione di Roma e della dottrina, confermano che due qualificazioni rivali restano possibili e che nessun collegamento sembra efficace al punto da risolvere ogni esitazione.

La rassegna delle analisi e delle soluzioni al problema oggetto di tesi conferma che delle qualificazioni che si possono prospettare, l'una richiede di mettere l'accento sul carattere contrattuale del patto, l'altra sul collegamento con la società e sulla conseguente influenza su di essa.

La qualificazione sembra dunque variare in funzione dell'angolo visuale ove si pone l'interprete al momento della determinazione della legge applicabile: se l'esame parte dalla considerazione che i patti parasociali sono dei contratti tramite i quali i soci dispongono dei propri diritti e doveri nella società, allora la legge applicabile al contratto si impone. Se invece si presta attenzione alla circostanza che i diritti di cui le parti dispongono discendono dall'appartenenza alla società e che, mediante la convenzione, essi dispongono anche della qualità di socio, la legge applicabile alla società sembra offrire la migliore regolamentazione della fattispecie.

Alla volubilità della qualificazione corrisponde allora una volubilità della disciplina di diritto internazionale privato. Tuttavia, pare che le due qualificazioni siano possibili e vere allo stesso tempo.

E' apparso quindi che un criterio che voglia procedere ad una sussunzione dei patti parasociali in una ed una sola delle categorie conosciute sia destinato al fallimento, come testimoniano le soluzioni divergenti di chi ha inteso intraprendere questa via.

Il carattere complesso ed intermedio della figura, ha suggerito quindi l'adozione di un'ottica che, anziché sforzarsi di delimitare orizzontalmente il campo di applicazione delle leggi in considerazione, faccia attenzione al funzionamento ed al modo d'essere in concreto delle

diverse manifestazioni, così da individuare verticalmente il complesso delle questioni cui la disciplina vuole e può applicarsi.

La ricerca di una soluzione conflittuale soddisfacente dal punto di vista del diritto internazionale privato, è stata condotta sulla via indicata dalla dottrina francese e spagnola; si è proceduto dunque tenendo ben presenti le diverse tipologie di patti, analizzandone il grado di influenza sull'organizzazione e sul funzionamento della società.

Ciò ha permesso di ritenere che *lex societatis* debba trovare applicazione ogni qualvolta l'accordo penetra nel campo del diritto delle società, ovvero quando incide sulla vita della società in quanto regola la condotta sociale dei paciscenti con effetti sul funzionamento e sull'organizzazione interna della società.

Gli effetti del patto nei confronti della società o la sua incidenza sul funzionamento della società sfuggono quindi al campo contrattuale, per rientrare nell'alveo della legge regolatrice della società.

Pur iscrivendosi necessariamente l'accordo nel quadro del contratto, spetterà alla legge della società decidere se le modifiche al funzionamento dell'organizzazione societaria siano ammissibili, decidendo della sua liceità, mentre troverà applicazione la *lex contractus* per la disciplina dell'efficacia e degli effetti obbligatori dell'accordo, per i profili negoziali attinenti alla capacità a contrarre ed ai vizi del volere dei paciscenti, e per le conseguenze della violazione dell'accordo e della sua eventuale illiceità.

Questa stessa legge, al contrario, troverà integrale applicazione in relazione a patti che si esauriscano sul piano di autonomia dei paciscenti.

La praticabilità di tale soluzione, e dunque di tale definizione dell'ambito rispettivo della legge regolatrice della società e della legge applicabile al contratto, è passato necessariamente attraverso le maglie dell'esclusione operata dalla Convenzione di Roma (e dal Regolamento Roma I) delle "questioni inerenti il diritto delle società".

L'interpretazione restrittiva che si è offerta della citata esclusione, sorretta da elementi testuali, logici e sistematici, convince che non tutti i rapporti contrattuali inerenti alla materia delle società siano esclusi dal campo di applicazione della Convenzione.

Di conseguenza, un rapporto obbligatorio posto in essere tra i soci di una società che non coinvolga l'interesse sociale e non influenzi la struttura interna della società ma si esaurisca nella sfera di autonomia dei paciscenti o in cui questi risultino portatori di interessi individuali distinti da quello sociale dovrebbe ritenersi non rientrante nell'esclusione di cui alla lettera e), e dunque soggetto all'applicazione della disciplina convenzionale.

La questione della legge applicabile ai patti parasociali è stata affrontata e risolta in una prospettiva tendenzialmente analitica, ossia con riferimento ai vari frammenti di disciplina che compongono la figura ed alle diverse situazioni che possono interferire con la regolamentazione applicabile.

In tal senso una parte della nostra analisi ha valutato l'incidenza sulla disciplina dei patti parasociali della disciplina della legge regolatrice del mercato in cui la società è quotata, la quale è suscettibile di presentarsi quale ulteriore fattore di disturbo nella regolamentazione della fattispecie.

Conseguenza di quanto detto è il carattere composito della proposta regolamentazione di diritto internazionale privato, che conduce all'adozione di due criteri alternativi e variabili in funzione del contenuto del patto e della sua influenza sul funzionamento della società.

Ciò conduce, ad esempio, per gli accordi relativi all'esercizio del diritto di voto, a valutarne la validità temperando la libera autonomia delle parti, espressa in termini contrattuali e quindi sottoposta alla *lex contractus*, con le disposizioni previste in proposito dalla legge societaria, cui il nostro art. 25 l. 218/95 rinvia espressamente per la disciplina dei diritti e degli obblighi inerenti alla posizione di socio.

Sempre seguendo questa elaborazione, un clausola di preferenza, un patto di garanzia degli utili, un patto di consultazione, saranno da ricondurre alla disciplina di conflitto dei contratti.

Il frazionamento della regola di conflitto richiederà pertanto al giudice, per una stessa controversia relativa ad un patto parasociale, di operare differenti qualificazioni e individuare per ciascuna il criterio di collegamento.

A una tale soluzione sarebbe possibile obiettare che la frammentazione della disciplina della fattispecie non rispetta lo spirito di un'elaborazione conflittuale, che imporrebbe al contrario la salvaguardia dell'integrità della regolamentazione. Una critica di tal fatta, piuttosto classica nella dialettica conflittuale, rende peraltro possibile lo sviluppo di una serie di repliche, speriamo, convincenti.

In primo luogo, la flessibilità nella designazione della legge applicabile, anziché generare un'incertezza del collegamento, è in grado di tradurre perfettamente la *souplesse* della disciplina di diritto civile dei paesi considerati.

Secondariamente, la sostanziale adeguatezza del risultato descritto pare testimoniata dal carattere composito della figura, che proprio per ciò si presta ad una destrutturazione in singole regole giuridiche, e dalla innegabile specificità che caratterizza ciascun tipo di patto parasociale, permettendo quindi di superare l'eccessiva rigidità che caratterizza incontestabilmente la scelta dell'unico criterio della *lex societatis*.

L'analisi relativa all'individuazione della giurisdizione competente per i patti parasociali conferma del resto la nostra convinzione. Anche qui l'attribuzione di competenza al giudice dello Stato della sede della società ex art. 22 n. 2 del Regolamento CE n. 44/01, lungi dall'essere univoca, convive con il foro del contratto e con il foro generale del domicilio del convenuto.

La proposta del Comitato tedesco di diritto internazionale privato reca d'altronde una soluzione equivalente a quella da noi elaborata: valutando la portata della legge regolatrice della società e gli eventuali criteri di collegamento particolari applicabili a degli aspetti attinenti al diritto delle società, il dibattito in seno al Comitato è giunto alla conclusione che la problematica relativa alla validità delle convenzioni di voto, e degli accordi che incidono sul funzionamento della società, attenga alla struttura organizzativa della società, e sia dunque soggetta alla *lex societatis*.

Al contrario, gli accordi conclusi tra soci che si mantengano su un piano di indifferenza rispetto alla società, obbediscono alle regole di collegamento applicabili alle obbligazioni contrattuali.

Appare dunque, alla fine della nostra ricerca, che lo sforzo che i patti parasociali richiedono all'interprete internazionalista sia quello di cogliere ed interpretare le interferenze e le reciproche interazioni che il diritto dei contratti ed il diritto delle società sviluppano in questo campo.

Se ciò è apparso complesso, si è rivelato tuttavia non meno affascinante: è precisamente questo reciproco incontro che ha costituito l'interesse particolare di questo studio.

SERIE FRANCAISE

LES PACTES D'ACTIONNAIRES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

AVERTISSEMENT

Le texte qui suit traduit en français, sous la forme d'un résumé substantiel, le contenu de la thèse dans sa version italienne.

Les deux versions ne diffèrent que dans la forme : en effet, on a préféré organiser la présente version selon une structure plus familière au lecteur français.

On a toutefois conservé la subdivision de la recherche autour de trois parties.

La première partie présente les problématiques inhérentes à la nature des pactes d'actionnaires et à la difficulté d'une qualification en droit interne, pour aborder ensuite le problème du conflit de lois en la matière.

La deuxième partie cherche à répondre aux difficultés signalées dans la première partie et esquisse les lignes d'une possible solution au conflit de lois. Cette partie comporte des cas pratiques et une évaluation de la possible concurrence de lois différentes.

La troisième partie concerne le conflit de juridictions.

Les références les plus importantes à la version italienne sont signalées au lecteur, par des notes de bas de page.

INTRODUCTION

Pendant longtemps, les pactes d'actionnaires ont été laissés dans l'ombre par les débats doctrinaux en matière de droit international privé et, plus particulièrement, en matière de loi applicable aux obligations contractuelles et aux sociétés commerciales.

La réticence à traiter un tel sujet est probablement due aux critiques faites par la doctrine d'une part, à l'institution des pactes d'actionnaires elle-même et, d'autre part, à sa qualification juridique en droit interne.

Les ouvrages sur les sociétés ignorent souvent ces rapports où leur consacrent parfois des développements qui se limitent à quelques lignes qu'il faut savourer avec recueillement.

D'ailleurs, les élaborations doctrinales et prétoriennes au sujet de cette institution dans les deux pays qui font l'objet principal de cette étude, l'Italie et la France, font d'un côté preuve de la « vitalité » de cette institution, et attestent par ailleurs du besoin urgent de la résolution de la question de la loi applicable dans ce domaine.

Les pactes d'actionnaires, de nature contractuelle, peuvent avoir un contenu et une forme variées de sorte que, dans la pratique, l'on constate l'existence de plusieurs types de pactes, résultant eux-mêmes de la combinaison de deux ou plusieurs institutions juridiques. Par conséquent, les questions qui se posent et les solutions à ces questions varient de façon notable d'un cas à un autre, notamment sur le plan du droit international privé.

La nécessité de trouver une solution au conflit de lois en matière de pactes d'actionnaires requiert donc une étude qui sera menée selon trois axes.

Le premier se concentre sur l'origine et la nature de l'institution, étant donné que même les règles en matière de compétence législative révèlent leur véritable signification à la lumière du droit matériel. Francescakis a ainsi pu affirmer qu'il est « impossible de concevoir le jeu de la règle de conflit sans l'existence de principes de caractère matériel ».

Cette analyse se concentre donc en premier lieu sur les droits internes français et italien, notamment après l'introduction dans la législation italienne d'une réglementation spécifique réservée à l'institution des pactes d'actionnaires, contenue aussi bien dans le T.U.F., que dans le décret législatif 6/03 qui a introduit les articles 2341 *bis* et *ter* du code civil.

Afin de trouver la meilleure solution en droit international privé, la pleine compréhension de la nature des institutions prises en considération demande, en outre, de faire attention à comment cette situation juridique est qualifiée et traitée dans d'autres ordres juridiques.

L'analyse des droits étrangers révèle des divergences, qui témoignent de la difficulté de la doctrine civiliste à systématiser juridiquement cette institution.

Les raisons d'une telle incertitude peuvent se retracer, d'une part dans l'absence d'une réglementation complète de cette institution et, d'autre part, dans sa diffusion massive dans la pratique, sans avoir pour autant des bases et des fondements théoriques solides. Pour cette raison, la tentative de justification de l'existence et du fonctionnement de l'institution par la doctrine, italienne comme étrangère, est intervenue seulement *a posteriori*, en essayant de la classer dans les catégories juridiques déjà existantes.

Cette analyse minutieuse montre immédiatement le problème central, c'est-à-dire la nécessité d'expliquer et de justifier le rapport entre le pacte d'actionnaires et la société elle-même. M. Giorgio Oppo a, de façon très efficace, identifié dans ce point le sens même du pacte d'actionnaires : « une sensation de séparation du règlement légal et statutaire du rapport social, mais en même temps, une sensation de coexistence, de support, de connexion avec ce rapport ».

Les pactes d'actionnaires et la société entretiennent des rapports à la fois riches et complexes : s'ils sont riches par leur diversité, ils ne sont pas moins complexes. Il s'agit de rapports où se mêlent symbiose et difficile coexistence, attirance et réserve.

Cette problématique constitue un élément caractéristique de la recherche et de l'identification de la réglementation de ces pactes, à mi-chemin entre le droit des contrats et le droit des sociétés.

La poursuite de notre recherche sur le plan du droit international privé, qui constitue le deuxième axe de notre étude, se heurte immédiatement aux difficultés liées à la détermination de la loi applicable : l'internationaliste, devant le constat de l'absence d'une réglementation consacrée expressément à cette institution, ne peut que reconnaître l'absence corrélative d'une catégorie de rattachement spécifique pour les pactes d'actionnaires.

Les inévitables anomalies dans la reconstitution du fondement et de la nature de ces pactes, qui en rendent difficile la classification dans l'une des catégories juridiques existantes, entraînent en droit international privé, la difficulté de la qualification de la question de droit.

Un bref aperçu des manuels de droit français et des contributions consacrées aux pactes d'actionnaires par la doctrine espagnole, anglaise et américaine dans une perspective de droit comparé, confirme cet embarras dans la résolution du problème. D'un côté, une grande partie des auteurs préfère privilégier l'identité de la catégorie juridique : ils prônent donc la soumission des pactes d'actionnaires à la loi applicable à la société dont ils relèvent.

Cependant, la force d'attraction de la *lex societatis* révèle des fragilités, mises en avant par une partie de la doctrine. Elle semble inadaptée à représenter la nature et le régime de chaque type de pacte d'actionnaires : la compétence unique de la *lex societatis* semble étouffer la

diversité en matière de pactes d'actionnaires et la spécificité incontestable de certains d'entre eux. En outre, elle risque de figer cette institution par le biais d'un rattachement unique qui ne peut pas exprimer et mettre en valeur les différents intérêts des parties.

De l'autre côté, une partie de la doctrine classe les pactes d'actionnaires dans le domaine des obligations contractuelles, avec la difficulté corrélative d'expliquer et de justifier le rapport entretenu par ceux-ci avec la société dont les associés qui ont signé le pacte font partie.

Comme point de départ de l'analyse de l'opportunité de la qualification de cette institution dans l'une ou l'autre des catégories en question, il y a lieu de vérifier la possibilité d'application concrète des critères de rattachement propres à chaque catégorie.

Comme il a été observé, la loi de réforme italienne ne contient aucune norme de droit international privé réglementant cette institution. Ainsi, la recherche d'une catégorie dans laquelle qualifier cette institution, qui puisse offrir un critère de rattachement efficace et satisfaisant, renvoie, d'une part, à l'article 25 de la loi 215/98, qui identifie la loi applicable à la société, et d'autre part, à l'art. 57, concernant les obligations contractuelles. Intuitivement, l'on pourrait penser en suivant les indications d'une partie de la doctrine, que les pactes d'actionnaires rentrent dans le domaine de l'art. 25, qui inclut dans les matières qui relèvent de la *lex societatis* même les questions relatives aux « modalités d'acquisition et de perte de la qualité d'associé et les droits et obligations inhérents à cette qualité ».

L'examen de cette hypothèse met en lumière une série d'incertitudes et elle se prête à nombreuses contestations fondées principalement sur la nature de ces conventions. Il s'agirait en effet d'obligations contractuelles contractées pour régler les rapports individuels entre associés. Cette précision justifierait ainsi un traitement différent de celui réservé aux sociétés et une considération autonome par rapport à l'application de la *lex societatis*.

La nature contractuelle et logiquement séparée de la structure de la société qui caractérise ces pactes semble mettre un frein à la *vis attractiva* de la *lex societatis* et justifier une qualification indépendante et une réglementation sur la base de la loi indiquée par la règle de conflit en matière contractuelle.

Le choix d'une loi unique, la *lex societatis*, oblige, semble-t-il, à appliquer un critère de rattachement qui, bien souvent, ne reflète pas les spécificités de chaque pacte.

La *lex contractus* pourrait donc constituer une alternative valable à la *lex societatis* dans la réglementation de cette institution, de son admissibilité, de son contenu et de ses conditions.

L'étude de la viabilité de ce critère révèle cependant une sérieuse cause de complication. En effet, la Convention de Rome, dans son art. 1, paragraphe 2, lettre e), énonce qu'elle ne se veut pas applicable « aux questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales,

telles que la constitution, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés ou des organes pour les dettes de la société, association ou personne morale ».

Toutefois, il est possible, à notre avis, en considération de plusieurs éléments dans ce sens, d'offrir une interprétation restrictive de cette exclusion. Par conséquent, il ne s'agirait pas d'une exclusion du champ d'application de la Convention portant sur tous les rapports contractuels inhérents au droit des sociétés. Notamment, il est possible de considérer que les contrats conclus entre associés et portant sur des intérêts individuels distincts de l'intérêt collectif ou de l'intérêt social ne sont pas exclus de son champ d'application.

Le malaise dû à l'identification d'un critère de rattachement unique est amplifié par la susdite institutionnalisation de la catégorie des pactes d'actionnaires dans le droit interne italien qui impose de vérifier la solidité ou, dans le cas contraire, les défaillances des critères de rattachement examinés. A ce propos, il est impossible de se dispenser de mettre en évidence que le législateur italien, lequel, avec la réforme du droit des sociétés a inséré dans le code civil des dispositions expressément dédiées aux pactes d'actionnaires, a complètement ignoré le problème du conflit de lois. Il a ainsi omis ou oublié de modifier la liste de l'art. 25 de loi de réforme afin de clarifier si cette institution doit être incluse dans cette réglementation ou, au contraire, exclue de celle-ci.

La vérification des résultats de cette analyse semble ainsi convaincre que l'application univoque et définitive de l'un des deux critères de rattachement en question (la *lex societatis* ou la *lex contractus*) ne peut pas régler toutes les hypothèses normalement reconductibles à l'institution des pactes d'actionnaires.

Il semble que les difficultés en matière de loi applicable aux pactes d'actionnaires concernent tous les stades de la méthode déductive classique et se manifestent aussi bien au moment de la vérification de l'existence d'une catégorie de rattachement, que lorsqu'on s'apprête à sélectionner le critère de rattachement applicable.

L'examen de cas intermédiaires, ou mieux institutions « cavalières » selon la définition de M. Ancel, comme celle qui fait l'objet de cette étude, constitue un facteur de crise car ces cas peuvent être classifiés dans des catégories juridiques différentes suivant la perspective choisie. La volonté de faire prévaloir l'une par rapport à l'autre conduit à des solutions de droit international privé différentes : la protection de l'intérêt social et du bon fonctionnement de la société conduit à chercher la solution au problème d'espèce dans la loi applicable à la société, alors que le respect de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle conduit vers la loi applicable au contrat.

Le développement de notre étude se propose donc de rechercher une solution adaptée à l'institution en question sur le plan du conflit de lois. Étant donné que la classification dans des catégories abstraites, et donc l'application d'une seule règle de conflit, ne semble pas conduire à une solution définitive et satisfaisante de ce problème, il est possible de donner une interprétation qui, plutôt que de figer l'institution dans une catégorie existante, prend en compte son contenu et ses effets.

En poursuivant le travail d'une partie de la doctrine française et espagnole, il est donc nécessaire de procéder à une identification des effets du pacte d'actionnaires, tout en prenant en considération l'impact de chaque loi appelée à régir une partie de cette institution.

L'abstraction de ces développements, ajoutée à l'absence de jurisprudence sur ce point, appelle une analyse concrète du rattachement des pactes d'actionnaires. Il sera ainsi nécessaire de sélectionner et de prendre en considération l'ensemble des circonstances et des situations dans lesquelles on peut relever l'existence d'un pacte entre associés.

Le premier axe de reconstitution de cette question est, donc, celui d'une analyse concrète du critère de rattachement.

À ce stade du raisonnement, un examen tourné sur les effets des pactes d'actionnaires, aussi bien *inter partes* qu'envers la société, constitue le point de départ vers l'admission du dépeçage dans le régime de l'institution.

La solution proposée consiste dans l'acceptation d'un régime hétérogène, qui peut conduire à l'adoption de deux critères de rattachement alternatifs et variables en fonction du contenu du pacte et de son impact sur le fonctionnement du rapport social.

Une deuxième phase de réflexion, concernant l'analyse concrète du critère de rattachement, vise à évaluer l'impact des lois du marché (ou des marchés), où la société est cotée, et notamment des rapports entre les conventions entre associés et le déroulement d'une offre publique d'achat.

Enfin, le troisième plan de cette recherche vise à identifier et analyser les problèmes de compétence posés par les pactes d'actionnaires, à travers l'examen des critères de compétence établis par le Règlement 44/01 (Bruxelles I).

PREMIERE PARTIE

Les systèmes de droit à l'épreuve des pactes d'actionnaires

I. Délimitation du champ de la recherche

Un aperçu de la réglementation substantielle des pactes d'actionnaires s'avère nécessaire pour en saisir l'esprit et pour traiter les questions qui se posent au juriste en matière internationale.

En effet, d'une part, une réflexion sur les origines de l'institution et sur sa qualification dans un système de droit positif permet de comprendre la nature de l'objet de notre recherche en droit international privé⁶⁶⁹.

D'autre part, une telle recherche, associée à l'étude du droit étranger, permet de comprendre quels sont les intérêts des parties qui méritent protection et ainsi de limiter les problématiques qui se posent en ce domaine⁶⁷⁰.

Un bref panorama de droit comparé peut donc être utile à l'interprète car il permet de visualiser et d'évaluer des solutions déjà adoptées dans d'autres systèmes juridiques et donc de mieux comprendre les fondements juridiques du système auquel il appartient⁶⁷¹.

Cette analyse sera donc utilisée pour vérifier d'un côté, s'il est possible d'identifier une catégorie de rattachement unanimement reconnue et viable pour les pactes d'actionnaires et, de l'autre côté, si les intérêts des parties sont les mêmes dans les différents systèmes juridiques envisagés dans notre étude.

En même temps, une brève recherche sur le fondement substantiel et sur la nature de l'institution est nécessaire pour comprendre et s'assurer de la possibilité et de l'opportunité d'une réglementation de droit international privé en la matière.

Toutes ces raisons nous conduisent à traiter brièvement le contexte dans lequel l'institution des pactes d'actionnaires naît et se développe. Le phénomène des conventions entre associés ou

⁶⁶⁹ H.BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, (Dalloz), 1956, 19 et suiv., qui met en évidence que "le développement moderne du droit international privé suggère l'idée qu'il tend vers un ordre de systèmes, en sens qu'il travaille à la coordination de systèmes distincts coexistants, afin de soumettre à un régime défini les relations privées qui, par leur caractère international, se présentent comme s'insérant simultanément dans plusieurs systèmes différents...cette idée implique que chaque droit privé interne constitue un système. Le droit international privé permet précisément de constater l'organisation en systèmes des droits privés internes".

⁶⁷⁰ BATIFFOL, *Ibidem*, 28 et ss. L'auteur souligne le caractère nécessaire et imprescindible, afin de conduire une recherche de droit international privé, d'un étude de droit comparé, car celui-ci "procure une vue manifestement plus réaliste de la matière qui aboutit à des solutions plus satisfaisantes".

⁶⁷¹ E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, R.C.A.D.I., 1995, I, 9.

entre groupes d'associés, visant à régler les modalités de participation à la vie sociale et à l'exercice des droits y relatifs, trouve une application très pratique dans le monde des affaires.

L'institution anglo-saxonne des « Shareholder's agreements », où les investisseurs insèrent leur propres prérogatives, née au cours du XIX siècle, constitue le modèle et le point de repère pour le développement des pactes d'actionnaires dans les systèmes juridiques continentaux⁶⁷².

La nécessité d'organiser la gestion en commun de la société, de répartir le contrôle de la composition du capital de la société et de sa gestion, de rendre possible un équilibre interne à la personne morale en présence d'intérêts divergents a constitué l'impulsion à la réalisation d'accords entre associés d'une même société ou entre groupes d'associés.

Ces accords ont trouvé un terrain propice à leur développement dans l'essor des phénomènes des filiales communes, de la concentration d'entreprises, des opérations de coopération d'entreprise.

Pour conclure, l'accélération de la cession des entreprises et la constitution de « noyaux durs » dans les grandes sociétés cotées, ont contribué, dans le temps, à la création d'une série de conventions, au contenu varié, permettant l'acquisition, l'accroissement ou la conservation du pouvoir dans la société. Ces conventions permettaient en outre de maintenir certains équilibres dans la répartition du capital, de réglementer l'exercice du droit de vote dans les organes de gestion ou de représentation de la société et d'organiser les modalités de la collaboration entre deux sociétés destinées à la gestion d'une filiale commune.

Toutes ces opérations ont rendu nécessaire la conclusion d'accords complémentaires entre les associés au-delà des clauses statutaires habituelles, aussi bien en raison de la complexité et de la diversité des rapports juridiques et financiers à régler, qu'en raison de la rigidité, parfois excessive, des paradigmes offerts par les systèmes juridiques en question. Cette rigidité contrastait, en effet, avec le besoin de flexibilité de ces accords.

Ainsi, parallèlement au développement des nouveaux besoins des marchés et de nouvelles opérations financières, on assiste à la création de nouvelles formes et de nouveaux types de figures pratiques, répondant aux besoins et aux objectifs les plus variés de la vie et de l'activité sociale. Ces nouvelles institutions concernaient donc l'administration et le contrôle de la gestion de la société, la responsabilité des associés et leur participation aux bénéfices, le maintien ou l'exclusion de certains associés de la société.

⁶⁷² G.STEDMAN, J.JONES, *Shareholders' Agreements*, London, (Sweet & Maxwell), 1998, 62 ss.; en jurisprudence, voir, *Houldsworth v City of Glasgow Bank*, (1880), 5 App Cas 317; *Malleon v National Insurance Corporation*, (1894), 1 Ch 200.

Par conséquent, la fonction de ces accords, comme leur contenu, sont très diversifiés. Ils se veulent un instrument d'organisation par les associés du fonctionnement de la société ou de la primauté d'un groupe d'associés ou d'un individu ou, encore, comme moyen de favoriser ou de pénaliser les associés au niveau de la participation aux bénéfices.

L'institution des pactes d'actionnaires est donc purement issue de la pratique. Aussi n'a-t-elle pas de frontières définies. Cependant, elle couvre un ensemble varié et diversifié d'accords et de clauses qui sont souvent liés à d'autres techniques contractuelles classiques comme la promesse unilatérale de vente ou d'achat, la clause pénale ou le mandat irrévocable.

Certains types de pactes, les plus répandus en pratique, ont reçu une dénomination précise, résultat d'une traduction des pratiques anglo-saxonnes, par exemple les pactes de préférence, la clause d'agrément, la *paramount clause*, la clause anti-dilution. D'autres ne constituent que l'adaptation et le développement de ces modèles.

Ainsi, outre une catégorie de clauses ayant pour objectif de contrôler le changement de contrôle de la société, généralement prévues à l'initiative des associés majoritaires - clauses d'agrément, promesse de vente ou d'inaliénabilité, clauses de cession, on trouve d'autres prévisions contractuelles. Ces dernières, introduites à l'initiative des associés minoritaires, subordonnent la participation de ces derniers à la présence d'accords de protection, comme les promesses d'achat, les clauses anti-dilution, les clauses d'offre alternative.

La variété de ces pactes, nés des circonstances et des intérêts qu'ils veulent chaque fois protéger, rend difficile, voire impossible, une énumération et une analyse exhaustive.

Cela n'empêche toutefois d'appréhender ces institutions dans une catégorie unique, aussi bien du point de vue de leur fonction économique, c'est-à-dire d'intégrer la réglementation et le but de la société, que du point de vue juridique. Le rapport *uti singulus* de l'associé contenu dans le pacte d'actionnaires se pose parallèlement à celui *uti socius* contenu dans le contrat de société⁶⁷³.

Cette notion, d'origine doctrinale, comprend les accords par lesquels les associés d'une société, ou une partie d'eux, se proposent de régler une ou plusieurs situations concernant l'évolution du rapport social. Il est évident que ces conventions semblent aptes à poursuivre plusieurs finalités, suivant des formes et des contenus des plus variés.

L'originalité et la caractéristique de ces accords semblent donc se résumer, non seulement à leur forme, c'est-à-dire au type d'acte dans lequel ils sont contenus, mais aussi à leur contenu et

⁶⁷³ G.OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, (Vallardi), 1942, 4 ss., qui retient la possibilité d'une considération commune des pactes du point de vue juridique dans le sens de la contraposition du lien de l'associé envers la société au lien personnel de l'associé ayant son origine dans un accord différent.

à leur finalité. Ils sont en fait destinés à compléter les clauses statutaires et à contribuer à la réalisation des opérations juridiques et économique de la société dans laquelle ils sont insérés.

Par conséquent, leur étude doit être menée sur la base du droit des sociétés, car, comme souligné par la doctrine⁶⁷⁴, “le droit des sociétés est assoupli, infléchi et enrichi par des contrats conclus par la société ou par les associés, entre eux ou avec les tiers. Mais réciproquement, ces contrats en relation avec les sociétés cessent d’être entièrement régis par le droit commun des obligations. On constate une interaction ou une influence des contrats sur la société, mais aussi de la société sur les contrats”.

Ces brèves considérations constituent le point de départ pour analyser d’une part les opinions doctrinales développées autour de cette institution (A), d’autre part, les observations qui découlent de l’introduction des pactes d’actionnaires dans le droit italien (B), pour en déduire quelques appréciations conclusives (C).

A. L’analyse du droit interne : aperçu des problématiques posées par le pacte d’actionnaires à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, une étude comparative

En droit interne, les débats sur la nature et le fondement juridique des pactes d’actionnaires n’aident pas à clarifier les aspects essentiels de la question.

Les réflexions de la doctrine font une description des pactes d’actionnaires qui se fonde essentiellement sur l’idée que les associés veulent régler les rapports internes entre eux par le biais de ces pactes. Ainsi, sur le plan purement juridique, ces conventions sont autonomes par rapport au rapport social, mais elles y sont en même temps rattachées en tant qu’élément accessoire.

Une telle élaboration ne permet pas d’évaluer correctement les conséquences juridiques de ces accords. Elle se limite à mettre en relief le caractère obligatoire de ces pactes et leur limite, c'est-à-dire le respect des dispositions impératives en matière de protection de sociétés et d’intérêt social.

Une autre cause d’incertitude est constituée par le risque de concours et de conflit de normes, à partir du moment où les associés sont soumis aussi bien au contrat de société qu’au

⁶⁷⁴ Y.GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et convention entre associés*, Paris, (LGDJ), II ed., 1995, 8.

pacte d'actionnaires. La doctrine parle à ce propos de « risque de dégénération », lorsque le contrat dénature la société ou la société dénature le contrat⁶⁷⁵.

Dans l'examen de la doctrine, tant italienne que française, sur ce point, le problème central de toutes les propositions consiste dans le besoin de justifier les rapports entre les pactes d'actionnaires et le contrat de société⁶⁷⁶.

Giorgio Oppo, le premier à utiliser l'expression *contratti parasociali* dans son ouvrage de 1942⁶⁷⁷, identifie deux éléments caractéristiques : « la distinction du contrat de société, et le caractère donc individuel et personnel du lien créé par l'acte » et le « rattachement avec le contrat de société ». En effet, il s'agit d'accords qui, bien qu'ils accèdent à l'organisation du rapport et de l'action de la société, ne perdent pas l'autonomie d'acte distincts⁶⁷⁸.

La recherche d'Oppo s'intéresse donc, en premier lieu, à la distinction entre pacte d'actionnaires et contrat de société. L'interférence des deux plans et leur contact nécessaire, sans lesquels la fonction de ces accords et leur considération *a latere* du contrat de société ne peuvent pas être comprises, « fait naître le problème de leur autonomie et individualité devant ce dernier »⁶⁷⁹.

En deuxième lieu, il explore leur rattachement avec le contrat de société, étant donné que le pacte en question vise « à agir sur le déroulement du rapport social qu'il présuppose comme existant et auquel il est fonctionnellement subordonné »⁶⁸⁰. Oppo donc, lorsqu'il traite de la question de la nature du rapport existant entre le pacte d'actionnaires et le contrat de société et de l'importance de ce rapport, conclut en faveur de l'existence d'un lien de caractère fonctionnel entre les deux conventions. Ce lien fonctionnel est dû au déroulement du rapport qui lie les deux conventions et à l'existence d'une « dépendance-accessorieté » du pacte d'actionnaires par rapport au contrat de société.

Le contenu de ce remarquable travail a constitué une référence essentielle pour la doctrine plus récente. Cette dernière, sur la base de ces affirmations, a ultérieurement spécifié les limites de la nature de ces accords, dans le dessein de classifier les différentes formes de pacte d'actionnaires par le biais de critères uniformes et partagés.

⁶⁷⁵ SAINTOURENS, *La flexibilité du droit des sociétés*, *Rev. trim. dr. comm.*, 1987, 457.

⁶⁷⁶ D'une façon très efficace Giorgio Oppo souligne que le sens du pacte d'actionnaires est précisément « une sensation de séparation du règlement légale et statutaire du rapport social, mais en même temps, une sensation de coexistence, de support, de connexion avec ce rapport ».

⁶⁷⁷ G.OPPO, *I contratti parasociali*, préc.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, 2 ss.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, 20.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, 70.

Il nous semble cependant que les tentatives de déterminer une classification unitaire des pactes d'actionnaires⁶⁸¹ trouvent leur limite dans la grande hétérogénéité de structure, de fonction et de contenu de ceux-ci.

Un premier examen de ces élaborations paraît mettre en évidence un même défaut. Elles se posent sur un plan purement descriptif. Elles n'offrent, en outre, aucune certitude lorsque l'on se pose sur le plan de l'impact du pacte d'actionnaires sur le rapport social et des effets qu'il peut produire sur le contrat social. Ces résultats ne sont ainsi pas en mesure d'identifier une catégorie juridique unique, capable de justifier un raisonnement unitaire en ce qui concerne la réglementation applicable.

Toutes les tentatives de distinction des clauses sociales (soumises au droit des sociétés) des clauses extra-statutaires (soumises au droit commun des contrats) ne permettent pas de trouver une homogénéité telle pour la détermination du régime applicable.

Ces incertitudes produisent leurs fâcheux effets sur l'identification des conditions de validité de cette institution. Une approche intéressante est fournie par Oppo, selon lequel la validité du pacte d'actionnaires doit faire les comptes avec les exigences causales du type de société, « qui lui sont transmis en raison du rattachement fonctionnel avec le pacte social », avec les limites générales de l'autonomie privée et avec l'exigence de justesse.

Si l'on observe ensuite les perspectives de recherche suivies par la doctrine française, on s'aperçoit que les tentatives de justification théorique de notre sujet ont suivi les mêmes étapes. D'une part, l'attention des auteurs s'est concentrée principalement sur le plan descriptif, dans la tentative de faire une classification des différents types de pactes⁶⁸². D'autre part, la doctrine s'est attachée à distinguer les plans du social et de l'extra-statutaire, afin d'identifier les conditions et les limites de validité des conventions entre associés.

Les auteurs français rencontrent la même difficulté pour qualifier l'institution avec précision, difficulté due à la variété du contenu. En outre, étant des classifications purement descriptives, celles-ci *“s'avèrent bien vite insusceptibles de traduire la diversité et l'enchevêtrement des problèmes”*⁶⁸³.

Les élaborations systématiques réalisées permettent, d'ailleurs, de vérifier que même dans ce contexte la question centrale est celle des rapports entre le pacte et le contrat de société et des effets que le premier est apte à produire sur le deuxième.

⁶⁸¹ G. SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, (Jovene), 1985, 144 ss.; L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, (Giuffrè), 1987, 45 ss.

⁶⁸² Pour un aperçu des distinctions proposées par la doctrine, voir Capitolo I, Sezione II, par. 4 de la version italienne.

⁶⁸³ G. PARLEANI, *Les pactes d'actionnaires*, *Rev. Soc.*, 1991, 3.

Il est donc possible de reconnaître le fondement de la validité des pactes d'associés dans le principe de la liberté contractuelle, contenu dans l'art. 1134 c.civ. et applicable également en matière de droit des sociétés⁶⁸⁴. Toutefois, l'absence de critères pour déterminer la validité de ces conventions est à l'origine de discussions théoriques incertaines et discutables.

Une première théorie⁶⁸⁵ reconnaît que la validité « des accords extra-statutaires entre associés devrait s'apprécier au regard de la seule théorie générale des obligations et en faisant abstraction de toutes les contraintes spécifiques du droit des sociétés car le droit des sociétés ne régit que les relations de la société avec les associés, mais les associés sont entre eux des tiers, qui peuvent organiser leurs relations particulières en concluant des conventions soumises au droit commun des obligations, sous la seule réserve que ces accords particuliers ne perturbent pas la vie sociale...si un associé a imprudemment conclu une convention déséquilibrée, tant pis pour lui. Le droit des sociétés ne doit pas lui fournir l'échappatoire que lui refuse le droit commun ».

Un deuxième courant retient, en revanche, que les pactes d'actionnaires « bien que formellement distincts des statuts, viennent les compléter et sont rarement séparables, car ils sont en général conclus *societatis causa*. Ils sont donc le plus souvent indivisibles, car les uns et les autres tendent à la réalisation d'un même objectif »⁶⁸⁶.

Les dérives de la première approche et la nécessité d'interpréter les relations entre les accords des associés et la société conduisent à soutenir que « les pactes extra-statutaires sont soumis aux mêmes limites et interdictions que les clauses statutaires dans la mesure où elles ont une incidence sur l'organisation ou le fonctionnement de la société et sur les droits des associés ».

Par nature propre donc, les pactes extra-statutaires rentrent dans le domaine du droit commun des contrats et ils doivent respecter les conditions de validité de tout contrat prévues à l'art. 1108 c.civ. Cependant, ils ne sont considérés comme valables que s'ils respectent également les règles impératives du droit des sociétés, des statuts et de l'intérêt social⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ J.BONNARD, *L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés*, *Dialogues avec Michel Jeantin*, 1999, 139.

⁶⁸⁵ PARLEANI, préc.

⁶⁸⁶ GUYON, préc., 310 ss.; STORCK, *La validité des conventions extra-statutaires*, D., 1989, chron. 267, selon lequel « statut et pacte para-statutaire forment un tout contractuel indissociable ».

⁶⁸⁷ D.VELARDOCCIO-FLORES, *Les accords extra-statutaires entre associés*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1993, 203. L'auteur souligne que « ainsi la nature contractuelle de l'accord entre associés justifie la mise en oeuvre de toutes les règles applicables au contrat, ce n'est que lorsque cette application doit se faire au détriment des statuts que le droit commun des contrats cède le pas devant le droit spécial du contrat de société »; C. DUCOULOUX-FAVARD, *Société anonyme*, Vuibert, 22 ss.; BONNARD, *L'influence des principes généraux*, préc., 139 ss., selon lequel « la validité des pactes d'associés trouve son fondement dans le principe de la liberté contractuelle...avec pour seule limite l'ordre public »; D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, 149, qui relève que « la validité de ces clauses est subordonnée au respect du droit des obligations, du droit des sociétés et de réglementations particulières (droit boursier ou droit de la

La jurisprudence des deux pays s'insère dans ce même courant. Initialement l'approche des tribunaux a été uniforme dans le sens de l'illégitimité de ces conventions. Elles étaient jugées comme des conventions conclues en violation des droits essentiels rattachés à la qualité d'associé et du fonctionnement correct de l'assemblée, perçue comme forum exclusif de la formation de la volonté sociale⁶⁸⁸.

L'utilisation croissante de cette institution et la faveur de la doctrine ont cependant porté la jurisprudence à prendre une position d'ouverture. La jurisprudence a donc jugé que les pactes d'actionnaires n'étaient pas par nature contraires au droit des sociétés. Au contraire, les pactes étaient en principe valables car ils visaient à réaliser des intérêts dignes de protection, comme la stabilité de la gestion sociale et de l'administration de l'entreprise.

Exemple de cette faveur envers les pactes d'actionnaires est, en particulier, un récent arrêt de la Corte di Cassazione italienne. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu, de manière complète et définitive, la validité des pactes d'actionnaires (plus particulièrement des conventions de vote) et elle les a défini « conventions atypiques dignes de protection »⁶⁸⁹.

Avec l'arrêt du 20 septembre 1995, n. 9975, la Cour reconnaît que « la plus récente législation fait tellement allusion à l'hypothèse de conventions de vote, ayant comme objet celui de l'exercice du droit de vote en assemblée, qu'il n'est plus soutenable la thèse d'une incompatibilité de principe entre le droit des sociétés et les accords extra-statutaires visant à régler le droit de vote dans l'assemblée ».

De même, la jurisprudence française a légitimé progressivement cette institution en faisant référence à deux types de principe : d'une part, au principe de liberté contractuelle contenu dans l'art. 1134 c.civ.; d'autre part, aux principes généraux du droit des sociétés, parmi lesquels la supériorité de l'intérêt social, l'inaliénabilité du droit de vote et celui de la révocabilité *ad nutum* des dirigeants sociaux.

concurrence) » ; F.-D. POITRINAL, *Les pactes d'actionnaires*, in *Mélanges en l'honneur de P.Bézar*, *Petites affiches*, Paris, (Montchrestien), 2002, 129.

⁶⁸⁸ Pour la jurisprudence italienne, Cass., 3 marzo 1938, n. 706; Cass., 19 febbraio 1954, n. 442; Cass., 25 gennaio 1965, n. 136; Cass., 22 dicembre 1969, n. 4023; Cass., 23 aprile 1969, n. 1290; Cass., 23 aprile 1975, n. 1581, App. Roma, 24 gennaio 1991, *Giur. it.*, 1991, I, 262, et *amplius*, voir Capitolo I, par. 2 de la version italienne.

⁶⁸⁹ Il s'agit du *leading case* Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, *Giur. comm.*, 1997, II, 50 ss.; dans le même sens : Cass., 22 ottobre 1996, n. 9191, *Giur. Comm.*, 1997, II, 240ss.; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, *Giur. comm.*, 1997, II, 485 ss.; Trib. Roma, ord. 20 dicembre 1996, Trib. Torino, 28 aprile 1998, *Società*, 1999, 326 ss.; Trib. Lodi, 12 giugno 2002, *Giur. it.*, 2002, 1888, et Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, *Giur. comm.*, 2002, II, 666 ss., note de R.COSTI, et *Giur. it.*, 2002, 547, note de COTTINO.

Les tribunaux se sont donc prononcés en faveur de la validité des pactes d'actionnaires "dès lors qu'ils ne sont pas contraires à une règle d'ordre public, à une stipulation impérative des statuts ou à l'intérêt social"⁶⁹⁰.

Ainsi, d'un côté, en présence d'un vice du consentement ou d'un prix indéterminé et non déterminable, les pactes d'actionnaires sont annulés. D'un autre côté, la validité de ces conventions est ancrée à la présence de trois conditions. L'associé ne doit pas être privé définitivement du droit d'intervenir dans les affaires sociales (en d'autres paroles, la convention doit être temporaire), les conventions ne doivent pas être contraires à l'intérêt social et on ne doit pas se réaliser une fraude^{691 692}.

L'effort de la doctrine et de la jurisprudence a été rendu nécessaire par le besoin d'élaborer une justification normative d'une institution existante seulement dans la pratique. Les pactes d'actionnaires ont en effet souffert du manque d'une reconnaissance au niveau normatif⁶⁹³.

Les rares interventions du législateur qui concernent cette institution, n'ont jamais fixé les conditions et le régime de celle-ci, ni clarifié son rapport avec le contrat de société⁶⁹⁴.

Dans ce contexte, il est donc nécessaire de comprendre si les éléments de la réglementation des pactes d'actionnaires, introduits dans le droit italien avec le *Testo Unico della Finanza* et le décret législatif 6/03 (réforme du droit des sociétés) permettent de mettre un terme à notre recherche ou, au contraire, nous invitent à un ultérieur développement.

⁶⁹⁰ Voir, Cass., 7 janvier 2004, *RJDA* 2004, n.840; Cass., 27 septembre 2005, *ibid.*, 2005, n. 1359; Cour d'Appel Paris, 18 octobre 2005, *ibid.*, 2006, n. 791; Cass. Comm., 13 février 1996, *Rev. soc.*, 781, note J.J. Daigre; Tribunal de Paris, 30 juin 1995, *JCP*, 1996, II, 795.

⁶⁹¹ B.DONDERO, *Le pacte d'actionnaires, le contrat dans la société*, *Journ. Soc.*, 2008, 42 ; M. JEANTIN, *Les conventions de vote*, *Rev. jur. com.*, 1990, 124 ss; M. STORCK, *La réglementation des conventions de vote*, *Rev. jur. com.*, 1991, 97 ss; GUYON, préc., 309; v. Aussi Cass. Comm., 7 janvier 2004, *RJDA*, 2004 préc. ; Cass., 31 octobre 2007, n. 05-14.238, *Bull. Joly*, 2008, 121 ss., qui a reconnu la validité d'une clause d'inaliénabilité « dès lors qu'elle est limitée dans le temps et qu'elle est justifiée par un intérêt sérieux et légitime ».

⁶⁹² Il est intéressant de souligner que la doctrine et la jurisprudence anglaises adoptent les mêmes positions, voir: THOMAS-RYAN, *The Law and Practice of shareholders' agreements*, Butterworths, 2000; G. STEDMAN-JONES, *Shareholder's agreements*, Sweet & Maxwell, 1998. Voir *amplius*, Capitolo II, par. 5 de la version italienne.

⁶⁹³ Dans le système juridique française on peut relever une hostilité initiale envers cette institution : l'art. 4, al.2 du D.L. 31 août 1937 disposait que "Sont nulles et de nul effet dans leurs dispositions principales et accessoires, les clauses ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte au libre exercice du droit de vote dans les assemblées générales des sociétés commerciales", ainsi en prohibant les conventions de vote. La loi n. 66-537 del 24 luglio 1966, qui a abrogé la loi du 1937, a introduit l'article L. 242-9 du Code de Commerce qui reprime les marchandages de titres, ou bien "le fait de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces avantages".

⁶⁹⁴ On fait référence, pour le droit français, à la loi du 3 janvier 1985 sur la consolidation des comptes, à la loi du 12 juillet 1985 sur le contrôle des sociétés anonymes et des groupes des sociétés parmi conventions entre associés et à la loi 2 août 1989, qui a prévu une discipline des pactes d'actionnaires relatifs aux sociétés cotées concernant les aspects de publicité: voir l'art. L. 233-11 Code de Commerce, ex art. 356-1-4 de la loi 24 juillet 1966, modifié par la loi n. 2001-420 du 15 mai 2001 et par la loi 2003-706 du 1 août 2003. Pour la réglementation italienne, voir *amplius*, Capitolo I, par. 2 de la version italienne.

B. Le droit positif : les articles 122 et 123 du T.U.F. et les articles 2341 *bis* et *ter* du code civil italien

Le décret législatif du 24 février 1998 n. 58, qui contient le *Testo Unico della Finanza*, a donné, pour premier, une réglementation complète des pactes d'actionnaires en ce qui concerne la publicité et la durée des conventions extra-statutaires. Ces dispositions se limitent cependant aux pactes concernant les sociétés cotées et les sociétés qui les contrôlent.⁶⁹⁵

Avec le décret législatif n. 6 de 2003 portant réforme des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives, le législateur italien a introduit les arts. 2341 *bis* et 2341 *ter* dans le code civil. Cette institution trouve donc une réglementation relative aux sociétés par actions fermées et à celles ouvertes non cotées⁶⁹⁶.

Il faut tout d'abord souligner que les dispositions introduites par la réforme ne résolvent pas les incertitudes « classiques » en matière de pactes d'actionnaires. De plus elles ne donnent pas

⁶⁹⁵ L'art. 122 dispose que « les pactes, quelle que soit leur forme, ayant pour objet l'exercice du droit de vote dans les sociétés avec des actions cotées et dans les sociétés qui les contrôlent, sont : a) communiqués à la Consob dans un délai de cinq jours à compter de leur conclusion ; b) publiés par extrait dans la presse quotidienne dans un délai de dix jours à compter de leur conclusion ; c) déposés auprès du registre du commerce et des sociétés du lieu du siège social de la société dans un délai de quinze jours à compter de leur conclusion ». On prévoit aussi que la non-observation des obligations susvisées entraîne la nullité des pactes (al. 3) et que le droit de vote attaché aux actions cotées, pour lesquelles n'ont pas été exécutées les obligations prévues, ne peut être exercé. L'alinéa 5 dispose aussi que ces obligations s'appliquent aussi aux pactes « a) qui établissent des obligations de consultation préalable pour l'exercice du droit de vote...b) qui fixent des limites aux transferts des actions ou des instruments financiers qui attribuent des droits d'acquisition ou de souscription d'actions c) qui prévoient l'acquisition des actions ou des instruments financiers visés sub b) ; aux pactes d) qui ont pour objet ou pour effet l'exercice, même conjoint, d'une influence dominante sur telles sociétés, et d)*bis* qui ont le but de favoriser ou contraster les objectifs d'une offre publique d'achat ou d'échange, y compris les engagements à ne pas adhérer à l'offre ». L'art. 123, en thème de durée des pactes et de droit de retrait, dispose que « les pactes mentionnés à l'article 122, s'ils sont conclus pour une durée déterminée, ne peuvent pas excéder une période de trois ans, et sont réputés conclus pour cette durée même si les parties sont convenues d'une durée supérieure ; les pactes arrivés à échéance sont renouvelables. 2. Les pactes peuvent aussi être conclus pour une durée indéterminée ; dans ce cas, chaque cocontractant dispose du droit de se retirer moyennant un préavis de six mois ».

⁶⁹⁶ L'article 2341 *bis* concerne « Les pactes, quelle que soit leur forme, qui, conclus aux fins de stabiliser la répartition du capital ou le gouvernement de la société : a) ont pour objet l'exercice du droit de vote dans les sociétés par actions ou dans les sociétés qui les contrôlent ; b) limitent la cession des actions des sociétés par actions ou des participations dans les sociétés qui les contrôlent ; c) ont pour objet ou pour effet l'exercice, même conjoint, d'une influence dominante sur ces sociétés » et il ne concerne pas les « pactes accessoires à des accords de collaboration dans la production ou l'échange de biens ou de services, relatifs à des sociétés entièrement détenues par les parties au pacte » (al. 2). La discipline normative prévoit que les pactes « ne peuvent avoir une durée supérieure à cinq années et sont réputés conclus pour cette durée, même si les parties ont prévu une durée supérieure. Les pactes sont renouvelables à leur échéance. Si les parties n'ont pas donné au pacte une durée déterminée, chacune d'entre elles a le droit de le résilier à tout moment, sous réserve de respecter un préavis de cent-quatre-vingt jours ». Pour ce qui concerne la publicité, l'art. 2341 *ter* dispose que « Dans les sociétés qui recourent au marché du capital-risque, les pactes d'actionnaires doivent être communiqués à la société et déclarés lors de l'ouverture de chaque assemblée. Cette déclaration doit être transcrite dans le procès-verbal qui sera ensuite déposé au greffe du registre des entreprises.

Si la déclaration prévue à l'alinéa précédent n'est pas faite, les détenteurs des actions visées par le pacte d'actionnaires ne peuvent exercer leur droit de vote et les délibérations des assemblées dont l'adoption a été déterminée par ce droit de vote peuvent faire l'objet de recours conformément aux dispositions de l'article 2377 ».

de nouveaux éléments pour clarifier les rapports entre les pactes en question, le droit des sociétés et le droit des contrats. L'incertitude de la distinction, donc, persiste⁶⁹⁷.

Il convient alors de s'interroger sur la portée de cette (partielle) réglementation et comprendre si le critère de distinction, entre ce qui relève du domaine du rapport social et de ce qui n'y relève pas, n'a pas été modifiée. Ainsi, on pourrait comprendre si la « frontière mobile » de cette institution a été, d'une façon ou d'une autre, déplacée⁶⁹⁸.

Il est donc clair que cette reconnaissance du moment extra-statutaire, si d'un côté elle a augmenté les possibilités d'y recourir, de l'autre côté elle semble avoir absorbé les éléments extra-statutaires dans une réglementation qui reconnaît et favorise les pactes d'actionnaires. Ce changement marque donc le passage d'un système, où les pactes d'actionnaires étaient considérés comme ayant des finalités contraires à celles caractéristiques des sociétés de capitaux, à un système où ces conventions sont attirés par la réglementation du rapport social, avec une affaiblissement de la distinction entre ce qui relève de la société et ce qui n'y relève pas⁶⁹⁹.

Il est évident qu'aussi bien dans le *Testo Unico* que dans la réforme du droit des sociétés, les plans du social et de l'extra-statutaire sont étroitement liés. En ce qui concerne le premier texte, les sanctions prévues en cas de violation des dispositions légales peuvent aller jusqu'à avoir un impact sur le droit de vote en assemblée des membres au pacte et, éventuellement, sur la validité de la décision. En ce qui concerne la réforme, la rencontre des deux plans (social et extra-statutaire) se réalise dans le moment de la violation de l'obligation de déclaration de l'existence du pacte, sanctionnée par la suspension du droit de votes des membres du pacte.

Dans ce sens, « l'extra-statutaire », considéré par le législateur comme instrument de contrôle de la société, « manifeste un ultérieur et différent impact sur le social, différent de celui des autres pactes »⁷⁰⁰.

Le fait que le législateur prenne en considération ces pactes, aptes à avoir une influence sur les décisions sociales (notamment lorsque ces pactes consentent le contrôle de la société) constitue un point de contact entre le social et l'extra-statutaire très important d'un point de vue factuel et normatif. Un pacte d'actionnaires peut avoir un impact, même potentiellement,

⁶⁹⁷ B. MEOLI, S.SICA, *I patti parasociali nella riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2003, 590 ss.; A.GRIECO, *Patti parasociali e riforma societaria*, *Giust. civ.*, 2003, 525.

⁶⁹⁸ G.LOMBARDI, *I patti parasociali nelle società non quotate e la riforma del diritto societario*, *Giur. comm.*, 2003, 267 ss. (en part. 270).

⁶⁹⁹ R.RORDORF, *I sindacati di voto*, *Soc.*, 2003, 19 ss.; LOMBARDI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, préc., 267 ss.; MAZZAMUTO, *I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa*, *Contr. e impr.* 2004, 1086 ss.

⁷⁰⁰ RIOLFO, préc., 290.

sur le contrôle et la direction de la société et il sera donc soumis aux prévisions législatives prévues à cet effet.

Cela étant, il est important considérer quelle est la réglementation applicable aux autres accords qui ne rentrent pas dans ces catégories ou à ceux qui, même si rentrant dans les dites catégories, concernent des sociétés différentes que celles qui sont objet de la réglementation.

Dans ce sens, la relation du gouvernement relative au décret législatif 6/2003 est très significative. Elle précise que la discipline législative des pactes d'actionnaires a été dictée avec une référence aux sociétés par actions, car pour ce type de société, « l'exigence de garantir des règles précises et définies est plus importante en raison de la diffusion dans le public et dans le marché financier ». En outre, elle souligne que cela ne va pas forcément jusqu'à « exclure la possibilité de prévoir de tels pactes pour des autres sociétés - notamment les s.r.l. (*SARL*) – pour lesquelles il faudra appliquer le droit commun des contrat ».

Cela explicite donc l'inapplicabilité des arts. 2341 *bis* et *ter* aux pactes d'actionnaires conclus en matière de sociétés à responsabilité limitée⁷⁰¹. Toutefois, il ouvre la porte à d'autres incertitudes en ce qui concerne la nature des accords d'actionnaires dans d'autres sociétés par actions (notamment sociétés par actions fermée et société à responsabilité limitée).

La solution proposée par une partie de la doctrine d'admettre, pour les pactes en question, l'exclusive soumission aux règles du droit commun de contrat ne paraît pas convaincante.

Le législateur dans la détermination de la réglementation des pactes d'actionnaires a effectué une sélection des possibilités qui, au delà de viser exclusivement la susdite fin de stabilisation, rentrent dans les catégories expressement prévues. Cela equivaut donc à délimiter le champ d'application de l'art. 2341 *bis* c.civ. et ne paraît pas avoir comme conséquence directe la vérification d'une volonté législative d'établir, seulement pour les cas prévus, un contact avec la société.

La différenciation de plusieurs plans juridiques, social et extra-social a constitué la justification traditionnelle de l'efficace purement conventionnelle des pactes d'actionnaires⁷⁰². Ainsi, il ne faut pas oublier que, si le pacte d'actionnaires a une genèse autonome par rapport au contrat social, il interagit souvent avec celui-ci et produit ses effets sur le terrain social⁷⁰³.

⁷⁰¹ SANTONI, *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 96; *contra* SALAFIA, *I patti parasociali nelle società non quotate*, in *Le Società*, 2005, 945.

⁷⁰² Voir, Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, préc.

⁷⁰³ AVAGLIANO, *Dei patti parasociali, Il nuovo diritto societario*, a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2003, 42; MEO, *Le società di capitali, Le società con azioni quotate in borsa, Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XVII, Torino, 2002, 89.

L'autonomie entre social et extra-statutaire, et l'interconnexion entre ces deux sphères juridiques, constituent les deux aspects fondamentaux et souvent contradictoires, qui doivent être tenus présents dans l'identification du régime général de cette institution.

Dans ce cadre, l'attention du juriste doit nécessairement considérer le contenu matériel du pacte et la nature des relations de celui-ci avec la structure de la société. Pour mieux dire, en faisant référence aux indications de la doctrine⁷⁰⁴, il faudra considérer l'importance de l'impact que l'accord a sur le rapport social et sur la société elle-même, et, par conséquent, sur les associés et les tiers intéressés au rapport social.

Dans ce sens, il ne peut pas être automatiquement conclu que tous les pactes exclus des prévisions du code civil et du *Testo Unico* ont un effet purement contractuel et sont soumis exclusivement aux règles du droit commun des contrats⁷⁰⁵.

Parmi les conventions qui ne sont pas objet de la réglementation légale (du T.U.F. et du code civil) des pactes d'actionnaires, outre à des conventions qui n'ont aucun impact sur l'organisation et sur le fonctionnement de la société, il est possible d'en constater d'autres qui ont un impact sur l'organisation de la société elle-même.

Parmi les pactes du premier type, on retrouve les pactes d'exclusion, visant à garder le lien originaire entre les associés, les pactes avec faculté de consultation et ceux qui concernent la propriété des actions.

Les pactes qui concernent la répartition et la sécurité des bénéficiaires, qui peuvent avoir un impact sur la circulation des actions et sur l'activité sociale, doivent être traités de façon différente.

Lorsque les pactes n'ont pas comme objet direct l'organisation et le fonctionnement des sociétés, le choix d'un critère purement matériel, s'attachant donc au contenu des clauses amène à considérer que ces pactes restent soumis exclusivement au régime contractuel.

⁷⁰⁴ OPPO, *I contratti parasociali*, préc.

⁷⁰⁵ A. MACRI, *Patti parasociali e attività sociale*, Torino, (Giappichelli), 2007, 56.

C. Points de convergence dans les systèmes nationaux

Le phénomène d'interdépendance contractuelle qui caractérise les pactes d'actionnaires⁷⁰⁶ est tel que, dans les deux ordres juridiques en question, "les accords extra-statutaires ne sont pas toujours prohibés; il ne sont pas non plus toujours valables"⁷⁰⁷.

Ces institutions, au croisement de l'évolution du droit des sociétés et du droit de contrats, participent de la complexité du rôle de la liberté contractuelle dans le droit des sociétés.

La nature double de ces pactes a comme conséquence primaire le respect des conditions de tous les contrats. En outre, cette nature d'accord visant à organiser les relations entre associés en détermine la soumission aux dispositions impératives du droit des sociétés qui protègent l'intérêt social.

Cette nature double se manifeste en particulier en raison du conflit entre la liberté contractuelle, en vertu de laquelle les associés peuvent conclure tout accord entre eux, et l'ordre public en matière de droit de société, qui impose la protection des intérêts de la minorité et des tiers.

Les limites de cet ordre public ne sont pas toutefois très définies. D'une part, les objectifs de protection de la minorité et des créanciers sociaux et l'objectifs de garantir l'égalité entre associés obligent à recourir à des notions imprécises, comme l'intérêt social ou la sécurité des accords de la société. En effet, le législateur mentionne toujours plus souvent l'existence des pactes d'actionnaires, sans en préciser les conditions de validité.

La jurisprudence est donc l'une des sources privilégiées pour retrouver les éléments de base de l'appréciation. Par conséquent, la validité de plusieurs accords d'actionnaires est remise entre les mains des tribunaux⁷⁰⁸. Seulement un examen minutieux des clauses peut faire comprendre s'il n'y a pas un contraste avec les normes impératives en matière de droit des sociétés ou avec l'intérêt social.

Dans ce sens, la doctrine, confortée par quelques arrêts⁷⁰⁹, admet la validité de la nature et finalité des pactes d'actionnaires, premièrement sur le plan contractuel.

Le droit positif se révèle donc insatisfaisant, car il n'offre pas d'éléments certains qui puissent définir les contours de cette institution. Il faudra donc se référer aux catégories normatives générales, pour essayer de trouver le siège le plus adapté.

⁷⁰⁶ GUYON, préc.

⁷⁰⁷ *Ibidem*.

⁷⁰⁸ *Ibidem*.

⁷⁰⁹ Cass., 9975/95, préc.; Cass. 14865/01, préc.; Cass., 15963/07, préc.

Les pactes d'actionnaires sont donc des contrats, dont le fondement juridique repose sur les articles qui concernent la liberté contractuelle des parties dans les deux systèmes juridiques (art. 1134 c.civ. français at art. 1322 c.civ. italien). Dès lors, ils seront soumis aux dispositions relatives en matière de validité et efficacité.

Ainsi, ces dispositions concernent l'aspect formel des pactes, la capacité des parties et les vices du consentement. Toutefois, l'appréciation de leur contenu mérite une attention particulière.

L'analyse classique des pactes d'actionnaires a été généralement conduite selon le schéma de la liaison entre contrats. Toutefois, il est nécessaire de comprendre jusqu'où le lien entre la société et le pacte a un impact sur les règles applicables au pacte lui-même.

Une approche critique à cette argumentation classique conduit à la distinction des différentes espèces généralement reconduites à la catégorie des pactes d'actionnaires. Il en faudra évaluer l'autonomie fonctionnelle et la capacité d'avoir une influence sur le contrat de société ou, *rectius*, sur la réglementation de celle-ci.

Dans le cas où le pacte ait comme finalité, celle de modifier l'organisation de la société, sans pour autant avoir une cause autonome, il faudra le considérer comme ayant l'effet de changer l'organisation de la société. C'est le cas des pactes de syndicat, qui exercent une influence sur le fonctionnement de la société et ainsi, par conséquent, ont une importance vis-à-vis du droit des sociétés.

En revanche, plusieurs pactes ne constituent pour la société, rien d'autre que de *res inter alios acta*. C'est le cas d'un pacte par lequel un associé se porte garant d'un autre, ce qui n'a pas d'effet sur le fonctionnement de la société ; ou des pactes de préemption⁷¹⁰.

Il faut donc reconnaître que l'ambiguïté des pactes d'actionnaires, leur variété et l'indétermination du contenu, rendent impossible la détermination *a priori* de la réglementation applicable. En outre, ils imposent de trouver la limite entre droit des contrats et droit des sociétés.

⁷¹⁰ P.LE CANNU, *Droit des sociétés*, Paris, (Monchrestien-Précis Domat), 2003, par. 886.

II. Les lacunes du droit international privé en matière de pactes d'actionnaires

Les systèmes de droit international privé italien et français ne disposent pas d'une réglementation spécifique pour trancher les conflits des lois en matière de pactes d'actionnaires.

Il semble opportun alors de vérifier tout d'abord l'état du droit positif, c'est-à-dire la possibilité de faire rentrer les pactes d'actionnaires dans le champ d'application d'une règle de conflit existante. Par la suite, et seulement après avoir constaté que toute tentative de régler le conflit de lois des pactes d'actionnaires semble vouée à l'échec en l'absence de dispositions spécifiques, il sera permis de partir à la recherche d'une solution conflictuelle.

Un regard sur la réglementation substantielle des pactes d'actionnaires au niveau européen s'avère nécessaire pour saisir l'esprit de cette recherche. La méthode utilisée, visant à interpréter les différents cas problématiques dans le cadre d'une analyse de droit comparé, est conduite dans le but de comprendre la matière de façon unitaire et surmonter la difficulté du conflit de qualification.

Par conséquent, la recherche de la qualification correcte, en vue de désigner la règle de conflit applicable, est menée dans les développements qui suivent et prend l'appui sur le droit international privé positif : la loi italienne de réforme et le droit communautaire (A), la doctrine et la jurisprudence françaises et la doctrine espagnole (B).

En revanche, la recherche de la qualification la plus adéquate, en vue de désigner le facteur de rattachement souhaitable pour les pactes d'actionnaires, est menée dans la deuxième partie, consacrée à une résolution du conflit de lois.

A. L'état du droit positif en Italie ; catégories capables d'accueillir les pactes d'actionnaires

SOMMAIRE. 1. L'application de l'art. 25 de la loi italienne de droit international privé. Critique. 2. La réforme italienne du droit de société et l'art. 25. 3. Le rattachement fourni par l'article 57 de la loi 218/95 et la Convention de Rome.

1. Comme on a déjà souligné, la loi italienne de réforme du système de droit international privé, L. 218 du 31 mai 1995, ne contient pas une règle spécifique pour trancher le conflit de lois dans cette matière.

La recherche d'une règle capable de subsumer l'institution et de fournir un critère de rattachement efficace a commencé avec la possibilité d'extraire une solution satisfaisante moyennant des critères interprétatifs du texte de loi.

D'emblée, les pactes d'actionnaires se placeraient dans le champ de l'article 25, lequel désigne comme loi applicable aux sociétés celle de "l'Etat dans le territoire duquel la constitution de la société a été perfectionnée"⁷¹¹.

Le deuxième alinéa de cet article énumère les matières soumises à la *lex societatis*, parmi lesquelles les questions relatives aux « modalité d'acquisition et de pertes de la qualité d'associé et les droits et les obligations rattachées à cette qualité ». Cette disposition devrait conduire à retenir, à un examen superficiel, que les pactes d'actionnaires, étant des accords stipulés entre associés pour régler un intérêt ou un comportement social propre, doivent être soumis à l'application de la *lex societatis*.

Soumettre les pactes d'actionnaires à l'article 25 implique, cependant, de nier l'importance de certains éléments : tout d'abord la considération que la nature de ces conventions est celle d'obligations contractuelles visant à discipliner les rapports entre associés. En considération de cela, on peut observer qu'il ne peut y avoir de doutes sérieux que les pactes d'actionnaires gardent une indépendance certaine de la structure de la société. Ils pourraient être ainsi soustraits à l'application de la *lex societatis* pour être soumis à une règle de conflit plus adaptée.

De plus, la doctrine qui a examiné cet article⁷¹² a mis en exergue que les rapports qui concernent le statut personnel de la personne morale ne sont pas toujours de compréhension et qualification facile et univoque. Ainsi, il ne semble pas possible d'exclure, en manière radicale, l'intervention de lois différentes de la *lex societatis* pour la réglementation de questions différentes et concernant la vie des sociétés.

Le caractère contractuel et logiquement différent de la structure de la société qui caractérise les pactes d'actionnaires semble donc mettre un frein à la *vis attractiva* de la *lex societatis*. Cela justifierait, en outre, une qualification différente et une réglementation soumise à la loi applicable en matière d'obligations contractuelles⁷¹³.

⁷¹¹ L'article 25, inserito dans le "Capo III" portant sur les "Persone giuridiche", dispose que les sociétés sont régies par le droit de l'Etat dans le territoire duquel la constitution de la société a été perfectionnée. On applique toutefois la loi italienne si le siège administratif est situé en Italie, ou si en Italie se trouve l'objet principal de la société. Le deuxième alinéa contient un catalogue de points qui relèvent de la compétence de la *lex societatis*, parmi lesquels, la constitution (lettre c) ; la capacité (lettre d) ; la formation, les pouvoirs et les modalités de fonctionnement des organes (lettre e).

⁷¹² Voir, BENEDETTELLI, *Commento all'art. 25 l. 218/95, Nuove Leggi civ. comm.*, 1996, 1113. Voir aussi PICONE, *Diritto internazionale privato delle società*, 102.

⁷¹³ En ces termes ANGELICI, *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*, préc., 114 ss. L'auteur, dans l'examen des différents critères adoptés par le législateur pour la désignation respectivement de la *lex contractus* et de la *lex*

La *lex contractus* pourrait donc constituer une alternative valable à la *lex societatis* dans la réglementation de cette institution, de son admissibilité de son contenu et de ses conditions.

Ces observations nous paraissent déterminantes et elle nous font douter de l'application univoque de l'art. 25 L. 218/95.

2. L'introduction dans le code civil d'articles consacrés aux pactes d'actionnaires, n'a pas été coordonnée, par le législateur, par une modification sur le plan du droit international privé.

Cette modification du code pour accueillir les pactes d'actionnaires aurait signifié un élargissement du catalogue susdit pour indiquer si, et dans quelle mesure, les pactes d'actionnaires en question concernent le rapport social et nécessitent une réglementation sur la base de la *lex societatis* désignée par l'art. 25. Dans le cas contraire, ils auraient dû être qualifiés différemment et soumis par conséquence à une loi désignée par une règle de conflit différente.

Cette coordination manquée rend nécessaire la recherche de l'impact des innovations législatives sur le plan du droit international privé.

En portant l'attention sur l'art. 2341 *bis* qui concerne les pactes d'actionnaires, "conclus aux fins de stabiliser la répartition du capital ou le gouvernement de la société", on s'aperçoit que cette disposition énonce une finalité spécifique du pacte d'actionnaires⁷¹⁴ qui identifie une hypothèse qui relève du rapport social et, donc, des statuts de la société.

Dans ce sens, la doctrine a correctement souligné que la liaison entre les prévisions de l'art. 2341 *bis* c.civ. et l'art. 25.s de la réforme du droit international privé, est indiscutable, étant donné que cette disposition soumet à la loi applicable à la personne morale les modalités d'acquisition et de perte de la qualité d'associé et les droits et obligations attachés à cette qualité⁷¹⁵.

Suivant une partie de la doctrine, le lien entre la réglementation des pactes d'actionnaires et le rapport social, et la relative application auxdits pactes présentant un élément d'extranéité de la *lex societatis*, serait impossible pour les sociétés par actions fermées et pour les sociétés à

societatis, souligne que ces critères ont été adoptés en considération de leurs fonctions dans les cas soumis. Dans le premier cas des simple rapports entre associés, dans le deuxième, des rapports qui concernent l'organisation et qui ont une "signification meta-individuel". Selon cet Auteur, donc, "les rapports entre associés ... ne posent pas de difficultés à être soumis à la *lex contractus* et ils ne demandent... aucun traitement spécifique comme celui de l'art. 25".

⁷¹⁴ En ces termes, GALGANO, GENGHINI, *Il nuovo diritto societario, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXIX, I, 3° ed., Padova, (Cedam), 2006, 87 ss.

⁷¹⁵ BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 2006, 149 ss., en part. 162; MUNARI, *Patti parasociali e norme di diritto internazionale privato e comunitario, Dir. comm. int.*, 2003, 127 ss.

responsabilité limitée, auxquelles ladite disposition ne s'applique pas et dans lesquelles releverait seulement le moment contractuel⁷¹⁶.

Cette conclusion ne peut pas être partagée. Elle semble, en effet, à partir d'une interprétation des normes matérielles, tirer une solution de droit international privé incohérent avec les finalités et les besoins de cette branche du droit.

La non-applicabilité d'une réglementation en raison de la nécessité de garantir une plus grande transparence et connaissance des pactes d'actionnaires, ne peut pas, semble-t-il, arriver à nier l'inexistence définitive et certaine de tout lien avec le rapport social.

La *ratio* de cette réglementation spécifique des pactes d'actionnaires est celle de garantir leur transparence, de façon à mieux protéger les associés qui ne sont pas partie au pacte et de rendre l'organisation des intérêts contenu dans celui-ci. De même, l'art. 2341 *bis* c.civ. contient une définition fonctionnelle de la notion de pacte d'actionnaires (la stabilisation de la répartition du capital et du gouvernement de l'entreprise). A ce propos, il est nécessaire de rappeler les observations de Ballarino en ce qui concerne la portée du susmentionné article.

L'Auteur précise que c'est la fonction de « stabiliser la répartition du capital ou le gouvernement de la société » prévue à l'art. 2341 *bis* c.civ. et non le type de société à laquelle se rattachent ces pactes à déterminer la compétence de la *lex societatis*⁷¹⁷.

Les finalités indiquées par la disposition sont donc considérées par l'Auteur comme le « bon critère » sur la base duquel sera possible de sélectionner les pactes d'actionnaires qui, compte tenu de leur lien avec le rapport social et la société elle-même, rentrent dans le domaine de la *lex societatis* sur le plan du droit international privé.

Toutefois, en dehors de la délimitation faite, la compétence à apprécier les pactes d'actionnaires ne doit pas être restituée à la *lex contractus* de façon automatique. L'Auteur continue, « tout accord entre associés qui ait une influence sur la vie de la société – et non seulement ceux que notre ordre juridique considère licites sur la base des trois hypothèses de l'art. 2341 *bis* ou ceux pour lesquels a été prévu l'obligation de transparence – doit être évalué sur la base de la *lex societatis* ». Celle-ci aura « une *vis attractiva* sur des accords qui ne répondent pas aux finalités de stabilisation à l'art. 2341 *bis* c.civ. mais qui ont des effets sur des éléments étroitement liés avec le statut personnel de la société, tels que les apports ou la constitution du capital social »⁷¹⁸.

⁷¹⁶ MUNARI, préc., 129.

⁷¹⁷ BALLARINO, préc., 163.

⁷¹⁸ *Ibidem*, 162-163.

Dans le cas où le pacte d'actionnaires ne présente pas ces caractères, observe l'Auteur, il devra être soumis « aux fins du rattachement de droit international privé, à la Convention de Rome ». En effet, relève de cette dernière, « l'appréciation du contrat comme espèce typique (distincte des effets qu'elle produit) ou sur la formation du consentement, sur la détermination de l'objet, sur le régime de la nullité ou de l'inefficacité, etc. »⁷¹⁹.

Bien que la prévision de l'art. 2341 *bis* offre des arguments pour se référer à la *lex societatis*, il n'est pas possible d'en déduire plus, ni en terme de systématisation de celle-ci, ni en ce qui concerne l'opportunité d'une nouvelle et différente réglementation en matière de droit international privé.

En tout moment, la coexistence à l'intérieur de ces conceptions d'aspects contractuels et sociétaires induit à utiliser les deux respectifs critères de rattachement et impose d'en estimer le fonctionnement en concret à la lumière des dispositions normatives consacrées aux pactes d'actionnaires.

3. L'autre article qui pourrait concerner les pactes d'actionnaires, semble alors être l'art. 57, organisant les obligations contractuelles, qui renvoie pour leur discipline dans tous les cas (« *in ogni caso* »)⁷²⁰ à la Convention de Rome.

L'examen de la Convention, n'offrant aucune solution au problème de la réglementation de conflit des pactes d'actionnaires, soulève en réalité plusieurs difficultés.

Aux termes de la lettre e) de l'article 1, paragraphe 2, de la Convention, en effet, la discipline conventionnelle ne s'applique pas « aux questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales, telles que la constitution, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des organes pour les dettes de la société, association ou personne morale ».

Il est nécessaire de procéder à un examen minutieux de cette disposition afin de comprendre si l'exclusion contenue dans la disposition vise tout le droit des sociétés ou si, comme paraît plus probable, la Convention présente des aspects qui la rendent adaptée à résoudre et à régler certains des rapports juridiques inhérents au droit des sociétés.

⁷¹⁹ *Ibidem*, 163.

⁷²⁰ Voir Capitolo III, sez. II, par. 8 de la version italienne pour un examen du renvoi « *in ogni caso* » à la Convention de Rome, et en particulier des interprétations qui veulent y voir une expansion du champ d'application de la Convention.

Tout d'abord il y a lieu d'observer qu'une lecture littérale de l'art. 1, paragraphe 2, lettre e), conduit à soutenir une interprétation restrictive de cette liste⁷²¹. Ainsi il ne s'agirait pas d'une exclusion de toutes les questions concernant le droit de sociétés. En effet, outre aux rapports juridiques exclus, contenus dans la liste indicative de l'article, il y en aurait des autres, d'une nature différente, qui seraient en revanche soumis à cette exclusion.

Cette imprécision terminologique de l'expression « questions relevant du droit des sociétés » ne peut pas facilement faire l'objet d'une définition univoque et elle est telle que plusieurs interprétations sont possibles⁷²².

En deuxième lieu, un examen des travaux préparatoires et du Rapport relatif à la Convention permet d'identifier plusieurs éléments au soutien de cette interprétation.

Une lecture des différentes propositions pour la rédaction de cet article permet d'observer que, dans le texte du projet préliminaire de 1972, une norme portant exclusion du droit des sociétés du champ d'application de la Convention était déjà présente. Toutefois, cette exclusion, moins articulée que dans sa version définitive, concernait exclusivement « la constitution, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés »⁷²³. Cette formulation, donc, laissait présumer que la Convention était exclue seulement pour les actes étroitement liées aux sociétés en raison de leur inhérence à la structure interne de la société elle-même.

Le Rapport Giuliano-Lagarde sur la Convention de Rome⁷²⁴ souligne, en outre, que l'exclusion « vise tous les actes de nature complexe (contractuels, administratifs, enregistrements) nécessaires à la création d'une société, ou réglant sa vie interne ou sa dissolution, c'est-à-dire des actes qui relèvent du droit des sociétés ». Il précise qu'avec l'expression « fonctionnement interne », on envisage par exemple « la convocation d'assemblées, le droit de vote, le *quorum* nécessaire, la nomination des cadres organiques de la société » et clarifie que « tous les actes ou contrats préliminaires dont le seul but est de créer des engagements entre les parties intéressées (promoteurs) en vue de constituer une société » ne sont pas couverts par l'exclusion. À la seule lecture du Rapport, il est possible de trouver

⁷²¹ L'utilisation d'une interprétation de caractère logique induit à considérer cette disposition comme plus spécifique par rapport aux autres dispositions de la Convention et, notamment, par rapport à la disposition générale du premier alinéa du même article "de telle façon que le champ d'application de la disposition de dérogation ou d'exception ... doit être considéré de manière restrictive", S. ZONCA, *La legge regolatrice delle società e la Convenzione di Roma, La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, Limiti di applicazione*, Lectio notariorum (sous la direction de Ballarino), Milano, 1994.

⁷²² Dans ce sens, voir, BENEDETTELLI, *Commentario alla legge 218 del 1995, art. 57, Nuove Leggi civ. comm.*, 1996, 1370; ZONCA, *La legge regolatrice delle società e la Convenzione di Roma*, préc.

⁷²³ Voir, il testo del progetto pubblicato in Consiglio Nazionale del Notariato (a cura di), *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983, 479 ss.

⁷²⁴ *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, *Journal officiel*, n° C 282 du 31/10/1980.

des remarques au soutien de l'interprétation restrictive de l'exclusion de la lettre e) ; en effet, les explications des rédacteurs du texte ne semblent avoir d'autre effet que celui de réduire la portée de l'exclusion aux aspects purement internes à la vie de la société.⁷²⁵

L'interprétation proposée conduit donc à affirmer que l'exclusion du champ d'application de la Convention n'affecte pas tous rapports contractuels inhérents au droit des sociétés⁷²⁶. Le stade successif de ce raisonnement porte à s'interroger sur le critère qui puisse distinguer les situations juridiques comprises dans cette disposition et celle qui en sont exclues, et donc soumises à la Convention elle-même.

Les propositions doctrinales développées à ce propos confortent l'idée que les situations juridiques concernant la société *stricto sensu* ou, pour mieux dire, la réglementation interne de celle-ci, y comprise la création et la dissolution, soient exclues du champ d'application de la Convention⁷²⁷.

Le fondement de cette affirmation peut être trouvé dans la locution même « droit des sociétés » contenue dans la lettre e). Il s'agirait d'un « indicateur de l'ensemble des dispositions spécifiques dont les sociétés sont constituées », lesquelles sont différentes suivant la forme et le type de société et visent à la sauvegarde de l'intérêt public pour la protection des tiers et de l'intérêt social⁷²⁸.

De manière parallèle, « les situations juridiques qui ne peuvent pas être réduites à ce caractère spécifique des sociétés, comme les accords entre associés où ceux-ci ont un intérêt personnel distinct de l'intérêt collectif et de l'intérêt social » ne seraient pas comprises dans l'exclusion.

D'autant plus que l'inclusion ou l'exclusion d'une situation juridique telle qu'indiquée à la lettre e) est subordonnée à la considération de l'objet et des effets que cette situation est apte à produire. En fait, il faudra considérer si elle implique des éléments relatifs à l'intérêt social, ou propres à l'intérêt personnel de chaque associé.

De cette façon, un contrat conclu entre les associés d'une société qui ne touche pas à l'intérêt social et ne concerne pas le fonctionnement interne de la société, mais relève

⁷²⁵ Dans ce sens, v., ZONCA, préc., selon l'auteur, « la spécification que l'exclusion concerne les “actes de nature complexe” et celle sur l'importance des termes “fonctionnement interne”, “dissolution”, “capacité juridique” n'aurait d'autre but que celui de vouloir préciser et réduire la portée de l'exclusion”.

⁷²⁶ Dans le même sens, BENEDETTELLI, préc., 1371, lequel reconnaît que “les contrats concernant ou liés à la création, à l'organisation ou à la dissolution d'une personne morale peuvent être soumis à une *lex contractus* différente de la *lex societatis* applicable à la personne morale elle-même”.

⁷²⁷ V., ZONCA, *ibidem*; GAUDEMET-TALLON, *Le nouveau droit international privé de contrats*, RTD eur., 1981, 239, qui inclut dans l'exclusion “tous les actes...réglant la vie interne de la société ou sa dissolution...quelle que soit leur nature”.

⁷²⁸ Voir, ZONCA, *ibidem*.

exclusivement d'un intérêt personnel et individuel des associés, devrait être exclu du dispositif de la lettre e) et il sera donc soumis à la Convention⁷²⁹.

Une élément au soutien de cette lecture peut être retrouvé dans les travaux du Conseil allemand pour le droit international privé (*Deutscher Rat für Internationales Privatrecht*) qui visait à la rédaction d'une proposition en vue de l'adoption d'une réglementation du droit international des sociétés⁷³⁰.

L'article 2 de la proposition, concernant la loi applicable aux sociétés, dispose qu'elles soient soumises à la loi du pays dans lequel elles sont inscrites sur un registre public. Elle prévoit par la suite une série de critères de rattachement à cascade : l'application de la loi de l'Etat où les sociétés sont installées, lorsque celles-ci ne résultent pas inscrites sur un registre public, et pour les sociétés sans organisation propre, l'application des règles de conflit en matière d'obligations contractuelles (art. 2, al. 2, deuxième phrase).

Pour justifier une telle solution, le Conseil a souligné que le renvoi à la Convention de Rome met un terme au débat relatif à la possibilité d'appliquer les dispositions de la Convention aux rapports relevant *lato sensu* du droit des sociétés en présence de l'exclusion de l'art. 1⁷³¹. Ce renvoi serait légitime en raison de la nature contractuelle du rapport juridique en question.

B. La réglementation conflictuelle au sein du droit français

SOMMAIRE 1. Les propositions de la doctrine française, les éléments offerts par la jurisprudence et les récents développements. 2. Les solutions conflictuelles selon la doctrine espagnole.

1. Les propositions de la doctrine française relatives à l'individuation d'une règle de conflit appropriée pour les pactes d'actionnaires exige un examen de la portée du domaine de la loi applicable à la société.

⁷²⁹ Dans ce sens voir, BALLARINO, BONOMI, *Sulla disciplina delle materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Roma*, Riv. dir. int., 1993, 969; ZONCA, préc.

⁷³⁰ Voir, Conseil allemand pour le droit international privé, *Proposition en vue de l'adoption d'une réglementation du droit international des sociétés au niveau européen*, Rev. crit. dr. int. privé, 2006, 712 ss.; P.KINDLER, *Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*, Riv. dir. int. priv. e proc., 2006, 657 ss.

⁷³¹ Voir, Conseil allemand pour le droit international privé, préc., 719. Dans la motivation, il est clairement affirmé que "cette disposition de la proposition de règlement met fin au débat autour de la question de savoir si les renvois de la Convention de Rome pouvaient être appliqués alors que l'article 1, paragraphe 2, de ladite Convention exclut les sociétés".

Pour ce faire, il convient de faire référence à l'article L. 210-3 du Code de Commerce lequel dispose que "les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française", et à l'article 1837 du Code civil qui prévoit, avec une formulation presque complètement identique, que "toute société dont le siège social est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française"⁷³².

Ces articles ne prévoient pas expressément la portée du domaine de la *lex societatis*, mais une analyse de la doctrine et de la jurisprudence sur ce point révèle une certaine concordance.

Hervé Synvet, dans le cadre d'une conception unitaire du statut de la société, avait déjà reconnu que la « vie sociale » doit nécessairement être soumise à une seule loi, aussi bien qu'elle soit considérée "sous l'angle des droits et des obligations des associés", que "sous celui de l'organisation de la société personne morale"⁷³³.

Il faudrait donc considérer comme soumises à la loi applicable à la société les questions concernant les conditions d'acquisition ou de perte de la qualité d'associé et la détermination des droits attachés à cette qualité, parmi lesquels le droit de vote assume une significative importance⁷³⁴.

Cette constatation a été reprise, par la suite, par un groupe d'autres auteurs, qui reconnaissent à la *lex societatis* un champ d'application très étendu. Cette loi serait donc susceptible de s'appliquer à l'organisation interne de la société et à ses rapports avec les tiers, y compris les questions relatives à la constitution, le fonctionnement et la dissolution de la société⁷³⁵.

Le domaine extrêmement étendu de la *lex societatis* a été affirmé également par Jacquet, Delebecque et Corneloup, dans le but d'assurer la cohérence du fonctionnement de la société, ainsi que les droits des associés et des tiers. Ces auteurs proposent alors de comprendre dans le domaine de la loi applicable à la société le statut juridique de l'associé, les conditions d'acquisition ou de perte de la qualité d'associé, la détermination des droits attachés à la qualité

⁷³² Pour un bref aperçu des problématiques liées à l'identification du critère de rattachement pour la désignation de la loi applicable à la société, voir Capitolo II, par. 2 de la version italienne.

⁷³³ H.SYNVET, *Société, Rép. Int. Dalloz*, 16.

⁷³⁴ *Ibidem*. L'Auteur souligne que, en ce qui concerne le droit de vote, "la compétence de la *lex societatis* ne fait aucun doute". Il s'agit d'une situation à la croisée entre "les prérogatives des associés" et le "fonctionnement des organes sociaux".

⁷³⁵ BATIFFOL, LAGARDE, *Traité de droit international privé*, I, 8^e ed., Paris, (LGDJ), 1993; LOUSSOUARN, BOUREL, *Droit international privé*, 8^e ed., Paris, (Dalloz), 2004, 927; MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris, (Monchrestien), 2001, 97; MAYER-HEUZE', *Droit international privé*, Paris, (Montchrestien), 2004, 663. En jurisprudence, voir Cass., 8 déc. 1998, *Rev.crit. droit int. privé*, 1999, 284, note Menjucq; CRONE, *La loi applicable aux pouvoirs des dirigeantes de sociétés étrangères*, in *Trav. Com. fr.*, 1998-2000, 243 ss., suivant lequel "la *lex societatis* a une vocation extrêmement large...elle régit, en premier lieu, la constitution de la société elle-même, en ce compris les formalités de publicité ainsi que, en second lieu, son organisation interne, son fonctionnement, l'aptitude à contracter de ses dirigeants, les pouvoirs de ses différents organes".

d'associé (droit de vote, droit d'information) ou des obligations et responsabilités liées à cette qualité.

L'idée que les droits de ses associés relèvent de la *lex societatis*, reprise dernièrement par Menjucq, se fonde sur une décision de la jurisprudence française. Dans un arrêt de principe⁷³⁶, la Cour de cassation a affirmé que les obligations de la société envers ses actionnaires sont régies par la loi nationale de cette société. Elle en déduit par la suite que seulement cette loi détermine les conditions dans lesquelles s'acquiert, se conserve et se perd la qualité d'actionnaires.

L'adhésion généralisée à la reconnaissance d'un caractère très étendu au champ d'application de la *lex societatis*, n'empêche pas, d'ailleurs, d'envisager l'intervention des lois différentes. À ce propos, M. Bureau et Mme Muir Watt⁷³⁷ observent que la loi applicable à la société devra partager parfois son empire avec des lois relevant de qualifications, et donc de règles de conflit différentes.

La question des effets de l'application de lois autres que la *lex societatis* a été envisagée en ce qui concerne la détermination des pouvoirs des organes sociaux. Tant la doctrine que la jurisprudence⁷³⁸ ont recommandé l'application de la *lex societatis* pour déterminer les pouvoirs des dirigeants sociaux. Cette solution est fondée sur une application de la théorie des qualifications du droit international privé qui conduit à distinguer la question de la nature du régime de l'engagement souscrit, de la question de l'existence du pouvoir du représentant social.

Ces deux questions reçoivent une qualification propre et sont régies par des lois distinctes désignés par des règles de conflit différentes : la nature et le régime de l'engagement dépendent de la loi applicable à l'acte. En revanche, l'étendue des pouvoirs des organes est une question tout à fait indépendante du régime de l'acte et ne saurait ressortir que de la loi qui régit le fonctionnement de la société, la *lex societatis*.

De cette façon, le rattachement proposé semble descendre logiquement de la qualification. Le "bon usage de la théorie des qualifications" préconisé par M. Synvet conduit à admettre que le rattachement proposé descend logiquement de la qualification.

⁷³⁶ Cass. Civ., 17 octobre 1972, soc. *Royal Dutch*, dans *Rev. crit. droit int. privé*, 1973, 520, note Batiffol. L'auteur, en cas de cession de parts sociales, retient que "les obligations de la société envers ses actionnaires sont régies par la loi nationale de cette société, d'où il suit que cette loi seule détermine...les conditions dans lesquelles s'acquiert, se conserve et se perd la qualité d'actionnaire".

⁷³⁷ D.BUREAU, H.MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, 2007, 464.

⁷³⁸ Cass. com., 21 décembre 1987, *Rev. Soc.*, 1988, 398; Cass. com., 9 avril 1991, *Rev. Soc.*; Cass.civ., 8 décembre 1998, préc.

Dans la même ligne, récemment, certains auteurs semblent percevoir l'importance de cette proposition concernant la recherche du rattachement des pactes d'actionnaires.

Confrontée à la question de savoir si les pactes d'actionnaires sont régis par la loi qui gouverne la société ou, au contraire, régis par le seul principe d'autonomie, la doctrine traditionnelle retient que les pactes d'actionnaires sont soumis *de principe* à la loi qui régit la société, en raison de leur impact sur l'organisation sociale et les droits des associés⁷³⁹. Ce raisonnement se fonde sur la considération qu'en matière de fonctionnement et organisation de la société, la compétence de la *lex societatis* est indiscutable⁷⁴⁰.

Ainsi, toutes les conventions stipulées « dans le but de préserver l'intuitus personae (clauses d'exclusion, fonctionnelles à la sortie des associés et à résoudre les situations de paralysie ; clauses concernant les droits des associés et les pouvoirs des organes sociaux qui modifient les règles de quorum et de majorité ; convention de vote) seraient soumises à la compétence de la *lex societatis*, car elle règle "les conditions dans lesquelles s'acquiert, se conserve et se perd la qualité d'actionnaire".

Cette réflexion a été reprise récemment par Beguin et Menjucq⁷⁴¹. Ces auteurs envisagent pour le pacte qui vise à modifier le jeu normal de l'organisation sociale, la compétence de la *lex societatis*, puisque le pacte en cause touche à l'organisation de la société.

La doctrine cependant n'oublie pas la nécessité de distinguer logiquement entre plusieurs types de pactes et de considérer le cas d'un concours de lois différentes.

Les auteurs sont plus explicites lorsque le pacte en cause est une simple promesse de vente ou d'achat portant sur des titres de la société : la loi d'autonomie doit s'appliquer.

La distinction proposée par cette doctrine est fondée, donc, sur une analyse du contenu du pacte.

Ce critère, en réalité, avait été déjà développé dans une étude⁷⁴², menée sur certaines opérations contractuelles liées au fonctionnement des sociétés commerciales, qui avait, d'ailleurs, mis en lumière certains aspects très intéressants pour ce qui est de la loi applicable à notre institution.

Boucobza, dans l'analyse de l'acquisition internationale de société et de la cession de contrôle, identifie la particularité de ces pactes. Ils sont conclus de manière *sui generis*, en

⁷³⁹ DAIGRE et SENTILLES-DUPONT, *Dictionnaire Joly, Pactes d'actionnaires*, n. 3, selon lesquels "en effet, bien que formellement distincts de statuts, les pactes extrastatutaires viennent les compléter et en sont rarement séparables, car ils sont en général conclus *societatis causa*..d'ailleurs, les pactes extrastatutaires sont soumis, en droit international privé, à la loi qui régit la société".

⁷⁴⁰ SYNVEY, *Société*, préc., 16.

⁷⁴¹ J.BEGUIN, M.MENJUCQ, *Droit du commerce international*, Paris, (Litec), 2005, 188.

⁷⁴² X. BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, Paris, (LGDJ), 1998.

raison des fortes interférences « entre le domaine contractuel et le domaine de droit des sociétés ». Dans ce sens, il admet une vocation naturelle de la *lex contractus* pour la réglementation de ces opérations, bien qu'il admette une concurrence de la part de la *lex societatis*.

L'auteur observe, en ce qui concerne le premier aspect, que l'exclusion de la Convention de Rome des questions relevant du droit des sociétés ne vise pas à éliminer de son champ d'application les conventions en question. Cela car "si ces contrats ne peuvent être compris qu'au regard des mécanismes fondamentaux du droit des sociétés, ils lui demeurent extérieurs" ; nonobstant ils concernent le fonctionnement de la société, "ils n'ont pas pour objectif d'en déterminer les règles"⁷⁴³.

Boucobza propose alors de retenir comme critère de rattachement applicable à ces conventions la *lex contractus*.

L'auteur reconnaît en outre que, si ces opérations "relèvent normalement de la compétence de la *lex contractus*", le fait qu'elles s'approchent de mécanismes propres au droit des sociétés, amène à admettre une concurrence de la *lex societatis* pour ce qui est de la cession des titres de la société cédée et des obligations inhérents au fonctionnement de la société.

En ce qui concerne la première exception, Boucobza part du constat que la *lex contractus* doit être compétent pour les "rapports entre les parties liés à la cession de titres". En revanche, "dès lors que l'on s'interroge non plus sur la loi applicable aux relations *inter partes*, mais sur les effets de la cession de droits sociaux à l'égard de la société cédée et des tiers, la compétence de la loi du contrat doit être contestée...la loi applicable est alors la *lex societatis*".

Par conséquent, l'auteur retient que les rapports entre associés ne relèvent pas directement de la *lex societatis*, mais les effets que l'on veut en tirer quant aux relations avec la société seraient soumis à cette loi⁷⁴⁴.

Ce raisonnement amène à affirmer que « le partage entre la *lex contractus* et la *lex societatis* dans le cadre du contrat international d'acquisition de société s'opère ainsi : les effets de la cession entre les parties relèvent de la première loi; en revanche, les effets de la cession à l'égard de la société relèvent de la *lex societatis*".

La jurisprudence semble aller dans ce sens. Dans la célèbre *affaire Lustucru c. Rivoire et Carret*⁷⁴⁵, la Cour de cassation avait appliqué la loi française à une cession internationale de

⁷⁴³ *Ibidem*, 219.

⁷⁴⁴ *Ibidem*, 236.

⁷⁴⁵ Cass. com., 27 juin 1989, *Bull. Joly*, 1989, 815 ss.

société pour déterminer les effets d'une clause d'agrément contenue dans les statuts d'une société française.

En s'appuyant sur cette jurisprudence, Boucobza souligne que la loi applicable pour reconnaître la validité d'une clause statutaire d'agrément est la *lex societatis* de la société concernée par cette clause. Ainsi, les conditions de l'agrément ne pouvaient pas échapper à la loi française alors que les rapports entre les parties à la cession de titres relevaient de la *lex contractus* et pouvaient, donc, être soumis à une autre loi.

La solution envisagée par l'auteur au regard des conventions entre associés, est fondée donc sur une analyse du contrat et de son impact sur l'organisation de la société.

2. L'importance des interférences entre le domaine contractuel et le droit des sociétés en notre matière est également l'objet de certains développements de la doctrine espagnole.

Garcimartín, notamment, reprend une analyse des différents types de pactes entre associés et opère une distinction entre la validité des pactes d'actionnaires et effets obligatoires d'un côté, et les « effets envers la société » de l'autre côté. Le premier aspect serait soumis à la *lex contractus*, déterminée selon la Convention de Rome, le second à la *lex societatis*⁷⁴⁶.

Pour synthétiser, on peut relever qu'à une analyse superficielle, les pactes d'actionnaires semblent être rattachés tant au droit des sociétés, car ils concernent le fonctionnement de la société, quant au domaine contractuel, s'agissant de conventions organisant les rapports entre les parties. Ainsi la double nature de ces pactes renvoie tant à la *lex contractus* quant à la *lex societatis*.

Face à cette constatation, il nous semble opportun d'utiliser et d'explorer les arguments offerts par la doctrine pour analyser les effets que l'on veut attribuer au pacte, ce que fera l'objet de la deuxième partie de ce travail.

Conclusions de la première partie

Cet aperçu de la notion de pacte d'actionnaires en droit interne nous a permis de poser le cadre de notre étude, ainsi que de mettre en relief les interdépendances existant entre le droit

⁷⁴⁶ F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, *Derecho des sociedades: problemas de Ley aplicable, Institutiones de derecho privado*, sous la direction de J.F. DELGADO DE MIGUEL, Tomo VI, *Mercantil*, vol. I, 2003, 36 ss. Dans cette ouvrage l'auteur relève que "la validez de estos pactos y su eficacia obligacional se sujetan a la *lex contractus* determinata según la Convención de Roma 1980...su régimen de oponibilidad a la sociedad y, en general su eficacia societaria, queda sujeta a la *lex societatis*"; ID. *Cross-Border Listed Companies, RCADI*, 2007, t. 328, 70, où il soutient que "the *lex societatis* governs...the efficacy vis-à-vis the company of the shareholder's agreements".

matériel et le droit international privé. A ce propos, il convient de souligner que cette indétermination dans la qualification de l'institution se reflète sur la solution du conflit de lois.

Les éléments issus de l'examen du droit italien, du système de la Convention de Rome et de la doctrine et de la jurisprudence françaises confirment que des qualifications différentes demeurent possibles et aucun rattachement ne semble efficace pour résoudre toute hésitation.

D'une part, en l'absence d'une réglementation spécifique de ces pactes, l'analyse de la loi italienne de réforme du système de droit international privé nous a permis de constater la pluralité des solutions possibles et l'incapacité, pour chacune de ces solutions de s'imposer pour fournir un critère de rattachement définitivement viable.

D'autre part, l'examen des solutions proposées par la doctrine française (confortées par la jurisprudence), conduit à observer que, face à une forte courante qui affirme sa préférence pour l'application intégrale de la loi applicable à la société, tant que loi qui doit régir tout son fonctionnement, on a l'occasion de cueillir des approfondissements plus pertinents.

A la volonté d'appliquer une loi unique, la loi de la société, on peut, semble-t-il, porter la critique que l'unicité du critère prédéterminé oblige à appliquer un critère de rattachement qui souvent n'exprime pas les caractères particuliers du pacte. Un rattachement peut être considéré significatif quand il prend en compte la spécificité de la situation.

L'attitude du principe de la compétence de la *lex societatis* à offrir une solution adaptée aux circonstances s'exprime au contraire uniquement sous la forme d'une interdépendance presumée entre la société et le pacte.

L'hésitation entre la loi applicable à la société et la loi applicable aux obligations contractuelles demeure.

Deux qualifications semblent, donc, envisageables : l'une commande de mettre l'accent sur le caractère contractuel du pacte, l'autre sur son lien avec la société. Cette qualification semble donc varier en fonction de l'angle visuel où l'on se pose au moment de la détermination de la loi applicable. Ainsi si l'on considère que les pactes d'actionnaires sont des contrats parmi lesquels les associés règlent leurs propres droits, alors s'impose comme loi applicable la *lex contractus*. Si, en revanche, l'on considère que les droits dont les parties disposent, leur appartient en tant que associés, la loi applicable à la société semble offrir la meilleure réglementation de l'espèce. À la volubilité de la qualification correspondrait alors une volubilité de la réglementation conflictuelle. Cela étant, il nous semble que les deux qualifications sont possibles et justes dans le même temps.

Cette affirmation constitue la justification et le point de départ de la deuxième partie.

DEUXIÈME PARTIE

Les difficultés d'une solution du conflit de lois

I. Les résultats acquis de l'analyse doctrinale

Le critère de distinction entre la société et le contrat assume en droit international privé un caractère matériel. Ce critère doit alors être examiné sur le plan de la pratique pour en donner les contours de façon plus précise. L'exemple des pactes d'actionnaires est exemplaire. Le juge doit rechercher pour chaque pacte considéré s'il présente un caractère plutôt contractuel ou plutôt s'il rentre dans la *vis attractiva* de la société, afin de lui appliquer les dispositions les plus appropriées. La qualification aura donc des conséquences sur le droit régissant la convention.

Deux enseignements peuvent se tirer d'une étude de la doctrine. En premier lieu, on peut constater une conception assez large du champ d'application de la *lex societatis*, qui semble s'imposer. Dans ce sens, le droit applicable à la société régit les pactes d'actionnaires en tant que conventions avec lesquelles on dispose des prérogatives des associés et du fonctionnement des organes sociaux.

En second lieu, on a la sensation que certains rapports échappent à la *lex societatis*, car ils s'agit de simples conventions organisant les rapports entre parties, nonobstant ils aient un lien avec la société.

Pour vérifier le fondement de ces observations, il est opportun de se livrer à une étude des deux solutions possibles au problème du conflit de lois. La première hypothèse considère que les pactes d'actionnaires sont régis par la loi compétente en matière contractuelle. La seconde les fait tomber sous l'autorité de la loi qui régit la société.

Ces deux solutions reposent, en réalité, sur deux qualifications différentes.

Nous nous traiterons donc d'abord la question de la qualification (A), pour ensuite étudier l'impact des éléments dégagés par la doctrine en matière du conflit de lois (B). Enfin, nous attarderons sur la solution conflictuelle à la lumière de la Convention de Rome (C).

A. La qualification entre interprétation et application de la règle de conflit

Le problème de la détermination de la loi applicable aux pactes d'actionnaires renvoie à la question du choix de la catégorie juridique qui peut les accueillir.

Cette question est calquée sur le problème de la qualification en droit interne : dans l'un, comme dans l'autre cas, il s'agit de comprendre si cette institution doit être rangée parmi les questions relevant du domaine contractuel ou parmi celles du droit des sociétés.

Toute tentative de qualification des pactes d'actionnaires par la doctrine s'est inclinée devant l'impossibilité d'identifier le noyau dur et ses éléments caractéristiques. D'une part, les juges s'interrogent sur « l'énigme » de la qualification des pactes d'actionnaires ; d'autre part, la doctrine élabore différentes formes de « bricolage juridique », peu satisfaisantes pour arriver à une qualification dans le domaine contractuel ou dans le domaine sociétaire.

La qualification de l'institution dans l'une des catégories de droit international privé n'est pas une fin en soi. Elle comporte deux conséquences principales : une fois identifiée la règle de conflit, il sera possible d'identifier la loi applicable grâce au critère de rattachement de cette règle.

Dans la mise en œuvre du droit international privé, comme en matière de droit civil, le juge est appelé à effectuer des opérations intellectuelles pour interpréter la norme juridique. Ces techniques se résument à l'argumentation orientée sur les conséquences, mieux connue sous l'expression d'interprétation téléologique ou bien pragmatique, qui se fonde sur le caractère ultime ou immédiat des objectifs poursuivis. Au lieu de procéder à la subsumption ou qualification, c'est-à-dire à la confrontation d'une espèce avec une hypothèse normative, cette technique demande à l'interprète un examen de la règle en profondeur à fin d'y trouver le principe de droit qu'elle recèle. Cette argumentation pragmatique est particulièrement utile pour empêcher les dérives de la dogmatique qui se constatent lorsqu'il faut classer la question de droit dans l'une des catégories existantes, sans pour autant y être expressément prévu⁷⁴⁷.

Ces considérations sont très importantes pour l'analyse du problème de qualification des pactes d'actionnaires. En effet, il est opportun de se référer à la méthode qui opère sur la base d'une qualification fonctionnelle, grâce à une étude de droit comparé qui pourrait permettre de parvenir à une discipline unitaire dans la matière⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷ B. ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, (Dalloz), 1977, 133. L'auteur observe que « pour garantir la régularité de la mise en oeuvre du procédé (de qualification) au regard de la mission à lui dévolue, cette opération ne peut avoir pour but que de vérifier si la disposition substantielle en cause entre dans la catégorie et non de faire en sorte qu'elle y rentre ».

⁷⁴⁸ RABEL, *Le problème de la qualification*, *Rev. crit. droit int. privé*, 1933, 1 ss.; ID., *The Conflict of laws. A Comparative Study*, Ann Arbor-Chicago, III, 1950, 521. L'Auteur affirme l'indépendance des concepts utilisés par la

Il convient de souligner, à l'aide d'une doctrine très scrupuleuse, que l'objectif de la qualification en droit international privé est de "décrire la catégorie à la quelle s'applique un rattachement", ou mieux que "le contenu des catégories est nécessairement tributaire de la raison d'être du rattachement qui lui est associé". Dans ce sens, la notion en droit international privé trouve sa raison d'être dans le critère de rattachement, et non dans le régime de la notion en droit interne⁷⁴⁹.

M. Ancel, très opportunément, a souligné⁷⁵⁰ que "les catégories utilisées par le droit international privé sont les catégories générales ordinaires de l'ordre juridique". Ces dernières, d'une part, n'ont pas de contours limités. D'autre part, "définissent...un appareil de droit interne, articulé sur la considération des intérêts de justice matérielle, sans égard particulier pour les intérêts de la justice de droit international privé. En s'appropriant de ces catégories, les règles de conflit se sont dotées d'un instrument imparfait que l'expérience qui l'avait forgée n'a pas ajusté à leurs besoins".

Cette incertitude se manifeste de manière très évidente lorsqu'on est en présence de ces situations qu'on peut définir « questions cavalières »⁷⁵¹, c'est-à-dire les institutions à la croisée de plusieurs catégories juridiques. En présence de ces situations, en raison d'une multitude de qualifications possibles, il faudra procéder à une "qualification stricto sensu qui...conduira vers la règle de conflit à la fois la plus appropriée à rendre compte des singularités de celle-ci et offrant le rattachement le plus pratique et le plus aisé à mettre en oeuvre"⁷⁵².

Dans ce sens, il convient de partir du critère de rattachement et des raisons qui ont amené à son adoption. Il faudrait, pour une espèce donnée, considérer non tant si elle reconnue comme

règle de conflit des catégories de droit interne. Par la suite cette théorie a été réélaborée par J. MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, RCADI, 1936, 329 e ss.. La position de ce dernier va vers l'établissement d'une présomption de conformité de la catégorie de droit international privé par rapport à la notion correlative en droit interne. Il admet en outre que le noyau dur des catégories de rattachement en droit international privé peut être différent de celui retenu pour les qualifications en droit interne en raison de la spécificité du conflit de lois. Dans le même sens, BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1949, 310 ss., qui retient, en outre, que « les catégories du droit interne valent, sauf indication contraire, pour l'application des règles de conflit » (spec. 485).

⁷⁴⁹ HEUZE', *ibidem*. Il est possible de souligner que la plus grande partie de la littérature juridique sur les contrats se concentre sur le critère de rattachement et non pas sur la catégorie juridique. Voir J.-C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Thèse Paris II, Paris, (Economica), 1992; HEUZE', *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, Thèse Paris II, Paris, (GLNJ), 1988.

⁷⁵⁰ ANCEL, *Qualification*, *Rép. Int. Dalloz*, 1998, 1-19, en part. 9 e ss.

⁷⁵¹ *Ibidem*, 10, et *Conflits de qualifications*, préc., 121. L'auteur, à propos de la « donation entre époux » [un autre cas d'institution intermédiaire] souligne la difficulté de ces institutions. Il observe que "au regard du droit français...ne se classe pas immédiatement dans la catégorie successorale plutôt que dans celle du statut personnel. Il suffit de rappeler que l'ambiguïté de la qualification ouvre la voie à l'une comme à l'autre qualification ». Ces situations intermédiaires sont définies par BARTIN, op. préc., comme "ambiguës".

⁷⁵² ANCEL, préc., 10.

contractuelle par les ordres juridiques en question, mais si la *ration legis* à la base du choix du critère de rattachement en matière contractuelle est la même⁷⁵³.

Cette interprétation se fonde sur une lecture fonctionnelle de la règle de droit international privé⁷⁵⁴. En effet, “la règle de conflit, une fois élaborée s’exprime dans un enchaînement “catégorie-rattachement”, toutefois, “dans la phase d’élaboration, c’est parfois le rattachement qui..aura contribué à la délimitation de la catégorie”. Par conséquent il existe “une interaction, ou dialectique, entre le choix des rattachements et la compréhension des catégories”⁷⁵⁵.

Si on suit un tel raisonnement, il ne s’agira pas de délimiter de manière horizontale le domaine de la *lex societatis*, en relation au domaine de la *lex contractus*, eu égard à la situation en examen. Il s’agit plutôt d’identifier de manière verticale les questions auxquelles cette loi se veut applicable.

Cette question sera étudiée dans nos développements successifs à travers l’examen de différents types de pactes d’actionnaires. Au fur et à mesure, il conviendra d’analyser les résultats auxquels on parviendra avec cette méthode.

Ces conventions ne peuvent être analysées qu’à partir d’un examen casuistique des différents types et formes de ceux-ci. Seulement après cette analyse, il sera possible généraliser les solutions trouvées pour comprendre s’il est possible d’en tirer des principes généraux.

Dans un souci de clarté, il est possible d’anticiper que le but de notre démonstration est celui de montrer qu’il est impossible, dans le cadre de cette étude, de tracer une frontière claire et nette entre le domaine contractuel et celui du droit des sociétés.

B. L’élaboration d’une solution conflictuelle

SOMMAIRE **1.**La résolution du conflit de lois par l’examen du contenu et des effets du pacte **2.** Proposition d’un rattachement alternatif en fonction des effets du pacte **3.** un cas particulier : les conventions de vote. Les justifications proposées pour l’application de la *lex societatis*.

1. L’aperçu de doctrine en matière de pactes d’actionnaires en Europe nous a permis de constater l’existence de deux modèles en ce qui concerne l’individuation d’une règle de conflit applicable.

⁷⁵³ HEUZE’, *Ib.*, 320; ANCEL, *Qualification*, préc., 9. Selon cet auteur, “le problème de qualification se résout normalement par référence au sens de la règle de conflit”.

⁷⁵⁴ B.AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la “crise” des conflits de lois)*, RCADI, 1984-III, 271.

⁷⁵⁵ *Ibidem*.

Suivant une démarche plutôt « traditionnelle », les pactes d'actionnaires ont une coloration sociétaire. Selon les réflexions les plus récentes, elle constitue une institution dont le caractère purement contractuel est rarement mis en cause par l'étroite relation avec l'organisation sociétaire.

Cette analyse révèle que plusieurs critères de rattachement peuvent être déduits moyennant la mise en œuvre d'un critère fondé sur l'attention au contenu du pacte, à ses effets et à ses relations avec la société.

Il est donc nécessaire de comprendre si ces éléments nous conduisent vers une solution du conflit de lois plutôt qu'une autre.

Au cours de notre étude, il sera toujours préféré le choix d'une règle de conflit apte à restituer les particularités de cette institution et à offrir le critère de rattachement le plus prévisible et le plus aisé à mettre en œuvre.

Le concours des deux critères de rattachement susmentionnés amène à considérer deux aspects de cette institution qui méritent d'être toujours distingués : d'un côté, les rapports entre les parties du pacte et les effets de cette convention ; d'un autre côté, les effets de cette convention vis-à-vis de la société.

2. En effet, une partie importante du problème posé par les pactes d'actionnaires est dû à la relation, ou bien aux effets de la convention entre associés vis à vis de la société et de son fonctionnement. Lorsque les effets concernent la société l'on pourrait envisager que la *lex societatis* soit compétente ; en revanche, dans les rapports entre cocontractants, l'application de la *lex contractus* devrait demeurer le principe.

Notre démarche s'insère parfaitement dans le sillage des propos avancés par Boucobza et Garcimartin. Un exemple pourra clarifier cette nécessité de maintenir distincts les deux plans.

Un pacte d'actionnaires est conclu entre des associés d'une société italienne et il est soumis à la loi française. Dans ce pacte, l'une des parties s'engage à céder aux autres cocontractants toutes les parts qu'il détient de la société et à les racheter pour un montant au moins égale au prix de cession.

À quelle loi sera soumis ce pacte qui pourrait être qualifié de pacte léonin ?

Seulement la loi italienne semble pouvoir se prononcer sur la validité de l'opération en droit des sociétés et la désignation du droit français comme *lex contractus* ne peut avoir aucun impact. Pour mieux dire, étant donné que la question de droit va au-delà des simples relations contractuelles entre les parties mais touche au rapport social, la loi française ne pourra que

s'appliquer aux relations contractuelles entre les parties. Puisqu'il s'agit d'une question de droit des sociétés, la loi italienne sera appliquée au titre *de lex societatis*.

Il est possible de faire un autre exemple. M. Dupont s'engage, pour une période plus ou moins longue, à devenir membre du conseil d'administration d'une *società per azioni* (société anonyme de droit italien). Il s'engage en outre à suivre les directives de la majorité. Le pacte concerne donc une société italienne mais soumis à une autre loi par une clause de choix de loi y contenue.

Il s'agit d'une convention qui peut toucher au principe de la responsabilité exclusive des administrateurs pour la gestion de la société. Il s'agit d'une question relevant directement du fonctionnement et du droit des sociétés.

Cette question relève donc de la *lex societatis*, laquelle se devra prononcer sur la validité du pacte d'actionnaires. De la même manière, dans cet exemple, le domaine de la *lex contractus* et celui de la *lex societatis* sont déterminés sur la base des effets du pacte. En ce qui concerne les rapports entre les cocontractants, la loi compétente sera la loi applicable au contrat. En revanche, pour ce qui est des effets vis-à-vis de la société, la loi compétente sera la *lex societatis*.

Par conséquent, le champ d'application de la loi d'autonomie sera limité toutes les fois où la convention touche au fonctionnement de la société elle-même, domaine propre de la loi applicable aux sociétés.

Cet accord s'inscrit alors nécessairement dans le domaine contractuel, mais la loi applicable à la société décidera si les modifications au fonctionnement de l'organisation sociale peuvent être admises.

En d'autres mots, c'est à la *lex societatis* de déterminer le domaine du contrat dans le cadre du fonctionnement de la société. Les rapports entre les parts relèvent de la loi applicable au contrat, alors que les effets de ces accords sur la société et, notamment, la validité des décisions sociales prises conformément à ces accords doivent être appréciées à la lumière de la *lex societatis*⁷⁵⁶.

Si la convention ne vise pas à modifier l'organisation de la société, alors la loi du contrat règle la validité et les conséquences de la violation de ce contrat : la société n'est pas

⁷⁵⁶ La *lex societatis* décidera de la licéité ou moins de l'accord, mais la relative sanction sera établie par la *lex contractus* avec la conséquence d'une possible asymétrie. De façon plus évidente, puisque la sanction légale peut être plus ou moins grave en fonction de la loi appliquée, il est possible que la proportionnalité entre violation et sanction ne soit pas respectée.

directement en cause et il n'est pas question de régler les rapports entre associés et personne morale, mais exclusivement les rapports entre associés eux-mêmes.

En revanche, chaque fois que les parties veulent conclure une convention dont la cause n'est pas autonome par rapport au contrat de société, puisqu'il s'agit de mettre en place une organisation parallèle modifiant le rapport social, cette convention sera soumise à la *lex societatis*, mais les rapports entre les associés cocontractants relèvent de la loi du contrat, qui gouverne aussi l'éventuelle sanction.

Cette solution a été suivie par le Tribunal de Grande Instance de Paris lors d'un jugement en matière d'exequatur en France d'une décision de la Cour du Delaware⁷⁵⁷. Il s'agissait d'une litige qui opposait le Crédit Lyonnais et la société M.G.M. à la société P.C.C. et à des associés italiens en ce qui concerne l'acquisition du contrôle de la M.G.M.

Afin de mieux comprendre le raisonnement du Tribunal, il est nécessaire de préciser qu'il existait une série d'accords entre la société P.C.C., la société M.G.M., le Crédit Lyonnais et quelques associés de la P.C.C. Il s'agissait d'accords relatifs à la gestion et d'accords concernant le droit de vote, soumis à la loi de l'Etat de New York.

La Cour du Delaware, pour statuer sur la validité des décisions de la société P.C.C., adoptées en application des susdits accords, a appliqué la loi du Delaware au titre de la loi applicable à la société P.C.C.

Le Tribunal de Grande Instance était appelé à se prononcer sur une question relative à la loi applicable. Les parties soutenaient que la Cour du Delaware aurait dû appliquer la loi choisie par les parties et non pas la loi applicable à la société. Le Tribunal français a jugé que le litige tranché par la Cour américaine ne concernait pas "*l'interprétation ou l'exécution des accords..., litige qui aurait rendu nécessaire l'examen de ceux-ci au regard des lois auxquelles ils faisaient référence*". Le litige concernait, suivant le raisonnement du Tribunal, l'examen de la validité des décisions adoptées par le Crédit Lyonnais en application de la loi du Delaware, loi applicable à la société.

Il apparaît par conséquent évident l'idée sous-entendue que les effets entre cocontractants de l'accord doivent être appréciés en application de la loi applicable au contrat ; en revanche, la validité des décisions des organes sociaux adoptées sur la base de ces accords dépend de la *lex societatis*.

⁷⁵⁷ affaire Perretti; TGI Paris, 10 février 1993, *Clunet*, 1993, 599 ss., et *Rev. crit. droit int. privé*, 1993, 664 ss., note Gaudemet-Tallon

3. La détermination du domaine de la compétence d'une part de la loi applicable au contrat et, d'autre part, de la loi applicable à la société, pour déterminer la validité de l'opposabilité à la société de ces conventions, doit être approfondie notamment en ce qui concerne un pacte très répandu en pratique : les conventions de vote.

Également en ce cas, l'idée que la convention, de nature contractuelle, doit être assujettie à la règle de conflit en matière de contrat se heurte avec l'objet spécifique de la convention, c'est-à-dire l'exercice concret du droit de vote. Cet objet se place parfaitement entre les prérogatives des associés et le fonctionnement des organes sociaux. Il renvoie donc nécessairement à la compétence de la *lex societatis*.

Le conflit entre les deux lois en question évoque les développements de la doctrine en matière de contrat international d'acquisition de société⁷⁵⁸. Ce contrat "relève bien de la *lex contractus*", toutefois cette compétence doit être écartée toutes les fois qu'il vise à modifier le fonctionnement de la société, par une incidence sur l'organisation interne de la société, comme pour le cas du droit de vote.

Pour continuer dans notre réflexion, il semble donc que la loi applicable aux conventions de vote dépende de l'identification de la question de droit qui se pose en l'espèce⁷⁵⁹. Si la question qui se pose concerne la validité de la convention, en égard aux conditions de validité des contrats en général, la qualification contractuelle de la question et l'application de la *lex contractus* s'impose.

Au contraire, lorsque la question qui se pose est la validité du pacte en égard à la société dans laquelle il est adopté, et donc sa validité par rapport au droit des sociétés, l'application de la loi applicable à la société elle-même s'impose.

La *lex societatis* devra déterminer la disponibilité du droit de vote, c'est-à-dire si et dans quelle mesure les associés peuvent renoncer à ce droit, et l'éventuelle illicéité de la convention.

Après cela, il est nécessaire de s'interroger sur les limites de cette compétence, c'est-à-dire sur la possibilité de valider une convention sur le fondement de la *lex contractus* alors que la *lex societatis* l'invalide ou de considérer opposable aux organes sociaux une décision prise sur la base d'une convention de vote contrairement aux prévisions à la *lex societatis*.

En effet, souvent, les parties introduisent dans les pactes d'actionnaires des dispositions, théoriquement nulles au vu de la loi applicable à la société, dans le but de les faire échapper à son application.

⁷⁵⁸ BOUCOBZA, *L'acquisition internationale de société*, préc.

⁷⁵⁹ Dans ce sens également, LOUSSOUARN, *Règles de conflit et règles matérielles dans le droit international des sociétés*, in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Goldman, Litec*, 1982, 181.

Une partie de la doctrine, dans cette hypothèse, retient que “en faisant glisser ces aménagements dans une convention séparée, on en modifie la qualification”⁷⁶⁰. La prévision de cette disposition d’un acte séparé aurait comme conséquence l’exclusive application de la loi du contrat.

En réalité, il semble que le choix d’une loi par les cocontractants du pacte en question qui validerait la convention, peut être analysé sur trois plans différents. En premier lieu, on pourrait faire référence à une possible fraude à la *lex societatis* ; en deuxième lieu, on pourrait l’analyser sous l’angle du caractère impératif de la disposition violée de la *lex societatis* ; enfin, on pourrait utiliser la contrariété à l’ordre public de l’Etat d’accueil d’une décision qui reconnaît cette convention de vote.

En ce qui concerne le premier plan, il convient de rappeler que le mécanisme de la fraude à la loi en droit international privé peut être décrit comme suit : face à une situation juridique qui ne lui plaît pas, un sujet cherche une solution qui lui serait plus favorable dans un autre ordre juridique, ou mieux, il va aménager les faits pour justifier l’application de ce droit.

Le modèle classique de la fraude à la loi est celui dans lequel “les parties ont volontairement modifié un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente”⁷⁶¹. La modification volontaire du critère de rattachement provoque la désignation du droit que les parties souhaitent applicable à leur situation.

Un mode plus subtil de fraude à la loi réside dans la manipulation de la catégorie de rattachement, autrement dit de la qualification du rapport juridique⁷⁶².

Cela car, le critère de rattachement est le dernier facteur dont dépend la désignation par la règle de conflit, tant que la doctrine a pu affirmer que “avant de choisir la règle de conflit, il faut la choisir, c’est-à-dire la qualifier”⁷⁶³.

Ainsi les parties, à la place de modifier le critère de rattachement d’un rapport donné ou d’une situation de droit, peuvent choisir de le modifier dans les éléments qui relèvent de sa

⁷⁶⁰ V. PIRONON, *Les joint ventures. Contribution à l’étude juridique d’un instrument de coopération internationale*, Paris, (Dalloz), 2004, 404.

⁷⁶¹ Cfr., Cass. Civ., 17 mai 1983, *Rev. crit. droit int. privé*, 1985, 346, note Ancel. La particularité de la fraude à la loi en droit international privé réside dans la confrontation de deux ordres juridiques différents. Deux droits sont en concours : le droit évincé dont le fraudeur veut éviter l’application et le droit invoqué dont l’application résulte de la manoeuvre frauduleuse. La relation entre ces deux droits est caractérisée par le fait que leur application respective conduit à un résultat fondamentalement opposé dans le cas considéré. L’exemple classique de manipulation du critère de rattachement est celui d’un changement de nationalité en vue d’échapper à la loi personnelle prohibant le divorce. La jurisprudence de la fin du XIX siècle et du début du XX siècle est abondante dans ce domaine. En France la notion de fraude à la loi a été élaborée à partir du célèbre arrêt *Princesse de Bauffremont* (Req., 18 mars 1878), suivant lequel la fraude “aurait exclusivement sa source dans une manipulation de rattachement”.

⁷⁶² Un exemple de la manipulation de la qualification est fourni par l’affaire Caron, *Rev. crit. droit int. privé*, 1986, 60 ss.. Dans cette affaire, Caron a réussi le tour de force d’ameubler un immeuble qu’il possédait en France, afin de le faire échapper aux règles françaises sur la réserve héréditaire.

⁷⁶³ LEQUETTE, note sous Cass., 20 mars 1985, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1986, 73.

qualification. La fraude à la loi consisterait ici en l'altération des éléments qui, commandant la qualification, conditionnent à leur tour la désignation du droit applicable⁷⁶⁴.

Donc, si pour "glisser la situation juridique de l'empire d'une loi à l'autre", il faut modifier le rapport juridique, sa qualification, la prévision d'un accord de privation totale du droit de vote ou de prédétermination de vote par les autres associés, ne peut pas changer la qualification de rapport juridique "qui relève de la *lex societatis*" à rapport soumis à *lex contractus*. Seules les règles de conflit se référant à un facteur de rattachement sur le quel les parties peuvent avoir une influence sont susceptibles de se prêter à fraude. Si le critère de rattachement est purement objectif, la question de la fraude à la loi ne peut pas être envisagée⁷⁶⁵. Le rattachement des conventions de vote à la *lex societatis*, en tant qu'accords portant sur un droit attaché à la qualité d'associé, est un rattachement objectif, sur lequel la volonté des parties ne devrait avoir aucune influence.

Une convention de vote soumise par la volonté des membres du pacte à une loi différente de celle qui règle la société dont ils relèvent, ne pourra pas avoir l'effet d'exclure l'application de la loi de ladite société. Cette dernière est, en effet, compétent sur la base de la qualification de la question de droit qui n'est pas modifié par l'existence d'un accord séparé.

Il faut d'ailleurs constater que cette solution n'est pas toujours adoptée dans les décisions en matière de conventions de vote, notamment dans les sentences arbitrales.

Dans une affaire très récente⁷⁶⁶, le Tribunal était appelé à statuer sur la demande d'annulation d'une convention de vote conclue en violation des règles applicables à la société. Le Tribunal arbitral, à la place de statuer sur la validité de la convention de vote et des accords pour la répartition des bénéfices et des pertes au vu du droit applicable à la société, a pris en considération la nature contractuelle des accords. Il a donc appliquée la loi applicable au contrat : ainsi il a retenu valable le contrat, étant donné qu'il avait un objet et une durée déterminée. Il a donc retenu l'aspect purement contractuel de l'institution et il a déqualifié la question en cause, tel à favoriser une fraude à la loi.

Il n'est pas nécessaire de s'attarder excessivement sur l'intervention des dispositions de la *lex societatis* en matière de pactes d'actionnaires au titre de loi de police, pour éviter une redondance avec nos développements précédents. On a vu que les accord qui touchent de manière importante au fonctionnement de la société méritent d'être soumis à la *lex societatis*.

⁷⁶⁴ *Ibidem*.

⁷⁶⁵ Cfr., LOUSSOUARN, BOUREL, préc., 321 ss. ; LEQUETTE, préc., 73, qui souligne que « plus le rattachement serait dans la dépendance de la volonté des parties, plus son changement, et donc la fraude, seraient aisés à réaliser ».

⁷⁶⁶ Sentence finale CCI, n. 9029/98, pas publiée.

Ainsi un pacte entre associés, qui prévoit l'exclusion du droit de vote pour l'un d'entre eux, soumis à une loi qui le considère valable, ne le sera pas en ce qui concerne une société italienne. Et cela non pas en raison de la présence d'une disposition impérative, mais pour le « défaut de compétence »⁷⁶⁷ de la loi, s'agissant en ce cas d'opérations soumises à la *lex societatis*.

Il est important, enfin, de traiter la question de la contrariété à l'ordre public international de l'application d'une loi étrangère en tant que *lex contractus*.

Une réponse négative dans ce sens peut être constatée dans l'arrêt, déjà mentionné, du Tribunal de Grande Instance de Paris⁷⁶⁸ qui a accordé l'exequatur à une décision américaine concernant un *voting trust* à travers lequel l'un des associés avait cédé à un autre associé le droit de vote rattachés à ses titres.

Les parties demandaient la reconnaissance de « la violation des principes d'ordre public prohibant la cession par les associés d'une société de leurs droit de vote ou le mandat irrévocable portant sur lesdits droits ».

Toutefois, le Tribunal a statué que « les décisions étrangères critiquées ne heurtent pas la conception française de l'ordre public international - qui n'intervient en la cause que par son effet atténué - dès lors que le droit français des sociétés admet lui-même la validité des conventions de vote dans certains cas...et que les décisions américaines litigieuses n'entérinent pas une convention qui serait prohibée de manière absolue dans le droit français comme constitutive d'une infraction pénale ».

C. Le fonctionnement *in concreto* du critère de rattachement : la Convention de Rome.

SOMMAIRE **1.** Méthode suivie pour résoudre le conflit de lois **2.** Le rattachement objectif. Aspects problématiques. **3.** La prestation caractéristique dans les pactes d'actionnaires

1. Dans cette hypothèse de recherche, la réglementation des pactes varierait en fonction du contenu et des effets, c'est-à-dire de leur attitude à modifier le fonctionnement de la société.

⁷⁶⁷ BALLARINO, préc., 165.

⁷⁶⁸ TGI Paris, 10 février 1993, *Clunet*, 1993, 599 ss.

L'opposabilité à la société et les effets de l'accords vis-à-vis de la société sont soumis à la *lex societatis*. A cette même loi, revient la délimitation négative du champ d'action des dispositions en matière contractuelle.

L'appréciation de la réglementation des institutions qui touchent au fonctionnement même de la personne morale, pour rester dans le domaine de la gestion de la société, aux apports et à la constitution du capital social, à l'exercice du droit de vote, et qui modifient la structure de la société, conduisent vers l'application de la loi applicable à la société.

L'application du critère de rattachement prévu par les obligations contractuelles à toutes les questions de caractère général, relatives au contrat lui-même (vices du consentement, inexécution et sanction y rattachée) s'arrête devant l'appréciation des effets de ces conventions peuvent vis-à-vis de la société.

Ainsi, l'admissibilité du pacte, sa liceité, ses effets (vis-à-vis de la société) seront soumis à la *lex societatis* ; « seront en revanche soumis à la *lex contractus* l'efficacité et les effets obligatoires du pactes et les conséquences de sa violation »⁷⁶⁹.

Pour faire un exemple concret de ce « régime composé » applicable à des telles situations, il est possible de se référer au pacte avec lequel un associé s'engage à ne pas exprimer un vote favorable lors des délibérations concernant la mise en cause de la responsabilité d'un ou plusieurs administrateurs.

Pour comprendre si le pacte touche au fonctionnement interne de la société, il sera nécessaire de s'appuyer sur la *lex societatis*, qui se prononcera sur sa validité. Cependant lorsque l'un des cocontractant viole le contrat et exerce son droit de vote en contraste avec les prévisions contractuelles, les conséquences de cette inexécution seront soumises à la loi du contrat.

Donc, dans l'hypothèse où la *lex societatis* soit la loi italienne, qui, comme on a vu, rattache à la loi de la société, aux termes de l'art. 2341 *bis*, les pactes d'actionnaires ayant à objet le droit de vote et pour but de stabiliser la répartition du capital ou la direction de la société, la nullité de ces pactes ne pourra pas être évité par le choix d'une loi différente. Le droit italien considère un tel accord nul en raison du conflit d'intérêts entre la société et l'associé membre du pacte, qui assume une obligation contraire à l'intérêt social. Une telle nullité ne pourra pas donc être écarté par le choix d'une loi différente, mais cette dernière sera appelée à décider des conséquences de la nullité.

⁷⁶⁹ BARIATTI, *La delimitazione dell'ambito di applicazione materiale della disciplina comunitaria di conflitto sulle obbligazioni contrattuali: in particolare, i patti parasociali e i contratti relativi alla cessione o al trasferimento di quote di partecipazione azionaria, Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al Regolamento "Roma I"*, Quaderni della Fondazione italiana per il notariato, 2007, 49.

Ainsi par exemple, lorsque le pacte d'actionnaires contient seulement certaines dispositions qui sont nulles en vertu de la *lex societatis*, il sera possible d'admettre une nullité partielle, si la clause est séparable de l'accord en cause, selon que la loi du contrat l'admette ou pas.

Lorsque les pactes ne touchent pas à l'organisation interne de la société, il sera nécessaire de se référer, aux fins du rattachement de droit international privé, à la Convention de Rome. Cette dernière devra décider non seulement de la validité « contractuelle » du pacte – formation du contrat, existence d'un objet déterminé ou déterminable, nullité et conséquences y rattachées – mais également les effets *inter partes* du pacte et les conséquences de son inexécution⁷⁷⁰.

2. Les critères de rattachement prévues par la Convention sont deux : la volonté expresse des parties et, à défaut, le rattachement objectif résultant des liens les plus étroits avec la loi d'un pays donné.

Le critère de rattachement subjectif est relativement facile à mettre en œuvre. Dans notre domaine, en revanche, le critère objectif ne l'est pas autant. L'art. 4.2. établit une présomption en faveur de l'Etat « de la résidence habituelle, ou s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, de l'administration centrale où se trouve la partie qui doit fournir la prestation caractéristique ».

Il a été souligné correctement que l'identification de la prestation caractéristique en ce qui concerne les pactes d'actionnaires présente plusieurs difficultés. En effet, plusieurs pactes d'actionnaires se présentent en pratique comme des accords à travers lesquels les parties poursuivent les même finalité, en vue d'un objectif commun .

Les pactes d'actionnaires, en réalité, pourraient être classés dans une seule catégorie, sous plusieurs aspects, ce qui en justifierait un examen unitaire. Toutefois, il n'y a aucun doute sur l'existence de plusieurs différences, qui ont plus ou moins importance suivant le contexte.

La notion de prestation caractéristique, qui trouve son origine dans le droit international privé et, en particulier, dans les travaux de P. Schnitzer, ne trouve pas une véritable définition à l'intérieur de la Convention elle-même.

Le rapport Giuliano-Lagarde relative à la Convention la qualifie comme centre de gravité et fonction socio-économique du contrat et il en spécifie le contenu comme « la prestation en

⁷⁷⁰ L'examen est conduit voir sur la Convention de Rome, voir sur le Règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Roma I, Reg. 593/2008, du 17 Juin 2008, publié JOCE du 4 juillet 2008) qui va remplacer la Convention dans les rapports entre États membres. Le Règlement s'applique aux contrats conclus après le 17 décembre 2009.

vertu de laquelle est dûe la contrepartie »⁷⁷¹. Ainsi, l'identification de la prestation caractéristique ne soulève pas de problèmes particuliers en relation aux contrats synallagmatiques les plus utilisés, dans lesquels la prestation d'une partie n'est que le versement d'une somme d'argent (ainsi dans la vente la prestation caractéristique est celle du vendeur, dans le bail celle du bailleur, etc.). En revanche, dans les contrats où l'une des obligations ne consiste pas dans le versement d'une somme d'argent, mais on assiste à un échange de prestations ou à une collaboration entre les parties, la prestation caractéristique ne peut pas être facilement déterminée⁷⁷².

En réalité, dans la plupart des types de pactes d'actionnaires, on trouve souvent des obligations de faire et non faire étroitement liés, ou des obligations réciproques qui réalisent une fonction d'échange, avec toutes les difficultés liées à l'incertitude de la détermination de la prestation caractéristique du contrat.

S'agissant de contrats bilatéraux où les deux cocontractants sont tenus à une prestation de la même nature l'un vers l'autre, le problème de l'identification du centre de gravité du rapport obligatoire se pose de manière très évidente. Cela nous conduit à abandonner la présomption de la prestation caractéristique. En effet, cette notion, bien qu'elle permette de conserver l'unité du contrat et de prendre en considération la variété des types contractuels, révèle toute son instabilité lorsqu'on sort de ces catégories⁷⁷³.

3. La difficulté de déterminer cette prestation et ainsi de la localiser, rend nécessaire de revenir à la recherche d'un rattachement et à l'application de la loi de l'Etat avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Cette possibilité est prévue par la clause d'exception de l'art. 4 de la Convention, qui exclut toutes les présomptions « lorsque à partir de l'ensemble des circonstances il résulte que le contrat présente un rattachement plus étroit avec un autre pays »⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ Pour un examen approfondi du concept de prestation caractéristique, M.E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002, et voir Capitolo IV, par.7.1. de la version italienne.

⁷⁷² P.LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, *Rev. crit. droit int. privé.*, 1991, 309; J.M. JACQUET, *Contrats, Rép. Int.* Dalloz, 25.

⁷⁷³ BARIATTI, préc., 49; CALVO CARAVACA- CARRASCOA GONZALES, *Derecho internacional privado*, préc., 339, selon lesquels "los contratos en los que ambos contratantes asumen obligaciones de hacer, no hacer o dar, y que no responden a un intercambio simple de cosa o actividad por dinero, carecen de prestación característica".

⁷⁷⁴ HAFTEL, *La notion de matière contractuelle*, préc., 251, qui rétient qu'en absence de choix des parties "ne se dégageant aucune prestation caractéristique, il n'y aurait guère d'autre choix que d'avoir recours à la clause d'exception de l'article 4.5".

La référence de l'article à « l'ensemble des circonstances » impose une recherche casuistique du rattachement le plus étroit, qui permette de localiser le contrat⁷⁷⁵. Dans ce sens, est sans vouloir faire des généralisations, le juge devra apprécier tous les éléments à sa disposition pour identifier le centre de gravité du contrat ou le pays avec lequel il entretient les liens les plus étroits.

On peut retenir, en premier lieu, que cette appréciation, conduit à l'application de la loi applicable à la société, car le pays où la société a été constituée et dans laquelle le pacte s'insère, exerce une *vis attractiva* par rapport à tous les autres critères de rattachement^{776 777}.

Cette attraction pourrait se réaliser, par exemple lorsque avec un pacte les associés stipulent la réalisation d'une activité en commun, si on retient le lien avec le pays de l'exécution de cette activité, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, avec le pays du siège de la société.

Le siège de la société, en outre, est souvent le lieu où le pacte est conclu et il est destiné à être exécuté dans ce même pays. Il s'agit d'un ensemble d'éléments qui ont une importance significative dans l'application de l'art. 4.

Le fonctionnement de la présomption *iuris tantum* de l'art. 4 de la Convention pourrait conduire à ce que la clause d'exception contenue à l'alinéa cinq, prend en considération les « liens les plus étroits » que le pacte d'actionnaires entretient avec le contrat de société. De cette façon, la réglementation serait plus unitaire sous l'emprise de la loi applicable à la société dont relève le pacte d'actionnaires⁷⁷⁸.

En d'autres termes, les liens du pacte d'actionnaires avec le contrat de société fait rétenir que, aux fins de la loi applicable, le pays avec lequel la convention présente les liens les plus étroits soit celui considéré par le contrat de société, et que, par conséquent la *lex societatis* soit la seule naturellement applicable, en absence d'une clause *d'electio iuris*⁷⁷⁹.

L'identification de la loi applicable à la société comme loi applicable à l'accord est confortée par la disposition conventionnelle, insérée parmi les présomptions, suivant laquelle « si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité économique ou professionnelle de la partie

⁷⁷⁵ Pour une hypothèse de la « méthode de la localisation objective » en l'absence de choix des parties relativement à une promesse de *rachat* d'actions, voir Cour de Cassation, I ch., 12 janvier 1994, *Rév. crit. droit int. privé.*, 1994, 92 ss., note H. Muir Watt.

⁷⁷⁶ DRAETTA, *Brevi note*, préc. 569.

⁷⁷⁷ On a observé (M.E. ANCEL, préc., 330) que « la proximité énoncée par l'art. 4...se prête à des lectures très variées, de nature à troubler l'interprète ». Elle peut être conçue « comme une proximité quantitative (le juge comptabilisera de manière identique les points de rattachement vers tel ou tel pays), comme une proximité qualitative (le juge affectera une valeur de rattachement aux différents points de contact en fonction de la nature du rapport de droit), comme une proximité qui mêle le quantitatif et le qualitatif (le juge combinera l'analyse conceptuelle et l'appréciation du cas d'espèce) ».

⁷⁷⁸ Sur le fonctionnement de la clause d'exception, voir Capitolo IV, par. 7.1. de la version italienne.

⁷⁷⁹ BALLARINO, *Le società per azioni nella disciplina internazionale privatistica*, préc., 189.

(qui doit fournir la prestation caractéristique), le pays à prendre en considération est celui où est sis le siège principale de cette entreprise » (art. 4, n. 2).

Étant donné que ce siège doit être identifié avec celui de la société, sise dans le pays qui lui confère le personnalité juridique⁷⁸⁰, le rattachement du contrat au lieu du siège confirme la compétence de la *lex societatis*.

Cela étant, l'influence de ce rattachement sur la loi applicable est difficilement susceptible d'appréciation abstraite, car il peut varier en fonction de la nature du lien lui-même et des autres circonstances de l'espèce. En outre, il est très compliqué de vérifier de manière concrète toutes les hypothèses qui peuvent se présenter.

Ainsi, la nationalité étrangère des associés pourrait constituer un indice important, expression d'un rattachement plus étroit et donc en résulter l'application d'une loi différente⁷⁸¹. Autrement, on pourrait prendre en considération des caractéristiques propres à la conventions, comme la langue de rédaction ou le lieu de conclusion de l'accord, le lieu où se situent les titres objet de l'accord ou le lieu d'exécution des obligations.

Tous ces rattachements, si faibles et peu importants si considérés individuellement, pourraient conduire vers la désignation d'un ordre juridique différent et concurrent à celui de la société.

Un examen du récent Règlement Rome I nous semble cependant prendre une position claire. Dans le Règlement, la centralité du critère du choix reste central. Ensuite on prévoit, à défaut de choix, une série de critères objectifs pour des cas spécifiques. Seulement dans les hypothèses résiduelles, qui ne rentrent pas dans celles expressement prévues, le Règlement revient à la notion de prestation caractéristique. Lorsque la loi applicable ne pourra pas être déterminée sur la base de ces deux critères, on appliquera la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits.

La prévision de la clause d'exception, qui n'avait pas été insérée dans le texte de la proposition de Règlement⁷⁸², reste inchangée. Elle jouera « si dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, il résulte clairement que le contrat présente de lien manifestement plus étroits avec un pays différent de celui indiqué aux paragraphe 1 ou 2 » (art. 4.3).

Les rattachement objectifs du premier paragraphe et le critère de la prestation caractéristique interviennent donc comme des présomptions, qui pourront être renversées par une appréciation

⁷⁸⁰ BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, préc., 164.

⁷⁸¹ MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, préc., 29 ss.

⁷⁸² Proposition de Règlement du Parlement et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Roma I), doc. COM/2005/650 def. du 15 décembre 2005.

comparative qui indique « clairement » l'existence d'un rattachement « manifestement plus étroit » avec un autre ordre juridique.

D'ailleurs, la nouvelle réglementation ne peut que renforcer les conclusions déjà exposées.

Ainsi, la considération du lien entre le pacte d'actionnaires et le contrat de société pourrait conduire à y saisir le rattachement plus étroit qui justifie l'application de la loi de la société.

Cette observation paraît renforcée par la lecture du vingtième considérant. Ce texte dispose que “Lorsque le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui indiqué à l'article 4, paragraphe 1 ou 2, une clause d'exception devrait prévoir que c'est la loi de cet autre pays qui doit s'appliquer. Afin de déterminer ce pays, il convient de prendre en compte, notamment, l'existence de liens étroits du contrat avec un ou plusieurs autres contrats”.

Ce texte suggère que la présence d'un lien significatif et non-casuel entre le pacte en question et le contrat de société constitue un élément significatif dans la considération du rattachement le plus étroit. Ainsi, plusieurs indices devraient converger vers la désignation d'un même ordre juridique pour que celui-ci puisse sérieusement contester le rattachement du contrat à la loi applicable à la société.

Conclusion de la deuxième partie

Le rattachement proposé a pu être formulé au terme d'une analyse *in concreto* du problème du conflit de lois en matière de pactes d'actionnaires.

Pour synthétiser les étapes de l'analyse qui précède, on peut tout d'abord souligner que le problème de la détermination de la loi applicable aux pactes d'actionnaires revient, premièrement, à la question du choix de la catégorie juridique qui peut les accueillir.

La première partie s'est efforcée d'en fournir la raison et d'envisager les solutions.

D'un côté, la particularité des pactes d'actionnaires, institutions à la croisée de plusieurs catégories juridiques, est caractérisée par une difficulté au moment de la qualification de cette opération dans l'une des catégories connues. Deux rattachement peuvent être envisagé sans que l'un arrive à s'imposer définitivement sur l'autre.

D'un autre côté, il nous semble que le problème du droit applicable aux accords entre associés ne puisse pas être résolu par une méthode classique de classification par subsumption.

On a choisi alors une étude qui, au lieu de définir la portée des lois en cause en manière horizontale, s'efforce d'évaluer *in concreto* le contenu et les effets des pactes et d'identifier ainsi les questions qui relèvent de cette discipline.

Cet examen nous a permis de constater que lorsque les effets concernent la société, la *lex societatis* sera en principe compétente; en revanche, dans les rapports entre cocontractants, l'application de la *lex contractus* devrait demeurer le principe.

Ainsi la ligne de démarcation entre *lex contractus* et *lex societatis* s'opère en fonction de l'appréciation des effets du contrat. En ce qui concerne les effets vis-à-vis de cocontractants, il faudra affirmer la compétence de la loi du contrat ; en revanche, en ce qui concerne les effets vis-à-vis de la société, il faudra reconnaître la compétence de la *lex societatis*.

En d'autres termes, la *lex societatis* déterminera la liberté de manœuvre du contrat dans le cadre de l'organisation et du fonctionnement de la société. Les rapports entre les parties sont soumis à la loi du contrat, alors que les effets de ces accords sur la société, notamment la validité des décisions sociales adoptées conformément à ces accords, doivent être soumis à la *lex societatis*.

Une telle solution soumet donc cette institution à une réglementation composée, résultat de l'application de plusieurs lois.

La prise en considération d'institutions qui ont un effet direct sur la personne morale, en ce qui concerne la gestion de la société, les apports et la constitution du capital social, l'exercice du droit de vote, qui modifient la structure et l'organisation sociales, conduit à l'application de la loi qui régit la vie de la société.

En revanche, lorsqu'on se trouvera à considérer des espèces qui ne touchent pas le statut interne de la société, pour trouver le rattachement de droit international privé, il faudra se référer à la Convention de Rome.

Si l'on focalise l'attention sur la détermination de la loi applicable en absence d'*electio legis* des parties, il faut toutefois accepter l'impossibilité d'appliquer, dans des cas très nombreux, les présomptions prévues par la Convention elle-même.

On devra admettre alors que la loi applicable en absence de choix soit la loi de la société, en raison de la proximité naturelle entre la société et l'accord des associés.

De plus, la caractéristique de notre matière permet d'envisager l'influence d'autres lois concurrentes. Il s'agit en particulier de la loi du marché où la société est cotée, qui pourrait intervenir en imposant l'application de certaines règles. En raison de l'attitude de la *lex mercatus* à éteindre sa compétence à certains aspects de *corporate governance* des sociétés cotées, elle pourrait par exemple trouver application relativement à un pacte d'actionnaires qui a pour objet le contrôle d'une société dont les titres sont cotés sur plusieurs marchés⁷⁸³.

⁷⁸³ Pour l'examen des rapports entre *lex societatis* et *lex mercatus* et des respectifs champs d'application par rapport aux pactes d'actionnaires, voir Capitolo V de la version italienne.

TROISIÈME PARTIE

La résolution du conflit de juridictions

I. Problèmes de juridiction

En Europe, le conflit de juridiction engendré par les pactes d'actionnaires est soumis au système de droit processuel civil créé par la Convention de Bruxelles, devenue Règlement communautaire 44/01 (Règlement Bruxelles I⁷⁸⁴).

En absence de critères de compétence spécifiques tenant à la matière, une partie de la doctrine retient que la démarcation de la portée de la *lex contractus* et de la *lex societatis*, en ce qui concerne la discipline des pactes d'actionnaires devrait conduire à reconnaître que la compétence juridictionnelle soit déterminée en relation avec l'objet de la procédure⁷⁸⁵.

S'agissant d'accords qui se limitent au champ de la liberté contractuelle des membres et qui ne touchent pas l'organisation et le fonctionnement de la société, aspects purement contractuels, ils seront soumis au régime prévu en matière contractuelle.

Si en revanche les accords concernent aussi l'organisation interne de la société, il faudra reconnaître une compétence exclusive à l'Etat où est situé le domicile de la société, comme prévu par l'art. 22 n. 2 du Règlement 44/01.

Un examen systématique et littéral de cet article amène cependant à croire que cette position n'est pas convaincante.

L'analyse qu'on entend présenter pour rendre compte des nos perplexités part donc de l'examen de l'art. 22 n. 2 du Règlement 44/01 (A), pour, successivement, analyser les autres chefs de compétences possibles (B).

⁷⁸⁴ Règlement du Conseil qui a remplacé à partir du 1^o mars 2002 la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence juridictionnelle et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dans les rapports entre États Membres. Est toujours en vigueur la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 sur la compétence juridictionnelle et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dont font partie les États Membres de l'Union européenne, la Suisse, la Norvège, l'Islande et la Pologne. Cette dernière a rendu applicables même à des États qui ne font pas partie de l'Union européenne, les règles sur la compétence et l'exécution des décisions de la Convention de Bruxelles (maintenant Règlement).

⁷⁸⁵ GARCIMARTIN ALFEREZ, *Derecho de sociedades: prolemas de ley aplicable*, préc., 85.

A. La possibilité d'appliquer le chef de compétence de l'art. 22 n. 2 du Règlement 44/01. Critique.

L'art. 22 n. 2 du Règlement 44/01, qui reprend à la lettre l'art. 16 n. 2 de la Convention de Bruxelles, attribue une compétence exclusive aux juges de l'Etat membre où se trouve le siège de la personne morale en ce qui concerne les demandes « en matière de validité, nullité ou dissolution des personnes morales, ayant leur siège sur le territoire de l'un des États membres », et aussi les demandes concernant la « validité des décisions des respectifs organes ».

Il est possible d'abord souligner que cet article ne semble pas couvrir toutes les hypothèses relevant de l'existence d'une société.

La doctrine s'était déjà interrogée, en ce qui concerne le texte de l'art. 16 n. 2 de la Convention. La question était de savoir si le for exclusif de la société comprendrait également une série de questions qui n'étaient pas textuellement prévues par la disposition en question, notamment, pour ce qui nous intéresse, celles relatives aux rapports entre associés et aux rapports entre associés et la société. La grande partie de la doctrine y a apporté une réponse négative aussi bien sur la base d'une interprétation littérale de cet article⁷⁸⁶, que sur la base des affirmations de la Cour de Justice. Cette dernière a affirmé que les dispositions qui fondent une compétence exclusive constituent une exception au principe de la compétence du juge dans le ressort duquel se trouve le domicile du défendeur, et seraient par conséquent d'interprétation stricte⁷⁸⁷.

Le seul point d'appui qu'on peut trouver dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes est l'affaire *Peters*. Dans cette affaire, la Cour retient que l'article 5.1. de la Convention de Bruxelles est applicable à un litige concernant les rapports entre une association et un de ses membres, en raison de la nature contractuelle du rapport en question⁷⁸⁸.

Avec cet arrêt, la Cour qualifie donc de contractuels les rapports entre associés d'une association, aussi bien sur le plan substantiel que sur celui de la compétence juridictionnelle. Il est possible, conséquemment, de s'accorder avec cette partie de la doctrine⁷⁸⁹ qui voit, dans

⁷⁸⁶ VIRGOS SORIANO-GARCIMARTIN ALFEREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigation internacional*, Madrid 2000, 190; L.MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, I, *Il sistema della competenza*, Padova, (Cedam), 1999, 540 ss.

⁷⁸⁷ CJCE, 5 aprile 2001, causa C-518/99, *Gaillard*, *Raccolta*, 2001, I, 2771; CJCE, 9 giugno 1994, causa C-292/93, *N. Lieber c. W. E S. Gobel*; CJCE, 26 marzo 1992, causa C-261/90, *M. Reichert e I. Kockler c. Dresdner Bank*; CJCE, 26 febbraio 1992, causa C-280/90, *E. Hacker c. Euro-Relais GmbH*

⁷⁸⁸ Arrêt du 22 mars 1983, 34/82, *Peters c. Z.N.A.V.*

⁷⁸⁹ MARI, préc., 545.

cet arrêt, la consécration par la Cour de justice d'un principe général selon lequel la discipline relative aux droits et obligations nées d'un rapport social est soumise aux règles ordinaires en matière de compétence.

Il faudrait donc déduire que le for exclusif soit limité aux actions relatives à l'existence de la société ou à une décision des organes sociaux, en excluant ainsi l'application des droits et obligations nés du rapport social.

Une autre partie de la doctrine n'est pas du même avis⁷⁹⁰. Elle se focalise sur la fonction de l'art. 22 n. 2 dans le système mis en place par le Règlement, c'est-à-dire celle de « concentrer les procédures devant le juge de l'Etat de la *lex societatis* de façon à assurer la cohérence entre *forum* et *ius* et à garantir les intérêts publics, protégés par ce corps de règles matérielles ». Par conséquent, cette doctrine retient que « le critère de rattachement juridictionnel en question doit être mis en œuvre en relation à tous les litiges ayant à objet le statut social, c'est-à-dire la discipline spéciale où s'explique l'identité de la personne morale compte tenu de la vision de l'ordre juridique qui lui a conféré une telle personnalité ».

Même si on s'accorde avec l'opinion qui retient que la règle du *forum societatis* concerne *prima facie* les demande en matière de régime interne de la personne morale et au fonctionnement de ses organes⁷⁹¹, il faut, semble-t-il, rejeter la position qui considère que les litiges entre associés soient « en toute hypothèse de compétence exclusive du juge de l'Etat de la *lex societatis* toutes les fois où (et seulement dans le cas où) ils posent des questions de *lex societatis* »⁷⁹².

On a déjà rappelé que les pactes d'actionnaires, en tant que convention à travers lesquelles deux ou plus associés règlent leurs rapports au sein d'une société, se limitent à faire naître des droits et obligations parmi les auteurs. En effet, étant inopposable à la société elle-même, aux associés et aux tiers, leur violation ne peut qu'entraîner une conséquence sur la plan de l'indemnisation. Dans le cas où ces dispositions, contenues dans l'acte constitutif de la société et dans les statuts, produisent des effets vis-à-vis des tiers, leur violation peut être cause de nullité des délibérations de la personne morale.

Il est cependant possible de trouver dans le droit italien des hypothèses qui pourraient conduire à la nullité d'une décision sociale.

⁷⁹⁰ BENEDETTELLI, *Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario*, Riv. dir. int. priv. e proc., 2002, 917 ss.

⁷⁹¹ Dans ce sens FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale- L'art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Padova, 2006, 204.

⁷⁹² BENEDETTELLI, préc., 920.

On se réfère à l'art. 2341 *ter* c.civ. qui dispose que, dans le cas d'un défaut de déclaration du pacte de syndicat, les titulaires des actions, auxquelles le syndicat se réfère, ne peuvent pas exercer le droit de vote en assemblée et les décisions prises en violation de cette interdiction peuvent être attaquées sur la base de l'art. 2377 c.civ.

La question qui pose cette disposition est donc si la violation de l'obligation d'information soit *per se* cause de nullité de la décision ou s'il est nécessaire que le même contenu de la décision soit en violation de la loi ou du statut. La réponse à cette question, et donc d'une prise de position dans l'un ou dans l'autre sens, a des conséquences très différentes. Dans le premier cas, la violation de la norme aurait comme conséquence la nullité de la décision ex art. 22 n. 2 ; dans le deuxième cas, la décision de l'organe ne serait pas par nature nulle.

Pour orienter cette solution il convient de s'appuyer sur la *ratio* de la norme en question, qui est celle de garantir la transparence des pactes d'actionnaires quand ceux-ci touchent à l'exercice du droit de vote et donc sur les prises de position en assemblée.

On peut supposer que la fonction spécifique de l'obligation de déclaration du pacte est, donc, celle de garantir une telle transparence, même vis-à-vis des tiers, compte tenu du fait que le procès-verbal doit être déposé au registre du commerce et des sociétés. La sanction qui s'en suit n'est pas la nullité du pacte mais l'interdiction dans l'exercice du droit de vote. Donc, la conséquence sera la nullité de la décision.

Ces hypothèses semblent donc parfaitement incluses dans la catégorie de cas expressément prévue à l'art. 22 n. 2, qui concerne donc la validité des décisions des organes sociaux.

Cela étant, il convient de retenir que l'art. 22 n. 2 ne peut pas s'appliquer lorsqu'il s'agit d'actions concernant l'inexécution d'un pacte d'actionnaires et donc la responsabilité contractuelle du membre de ce pacte⁷⁹³.

En ce qui concerne cette action, il ne serait pas possible donc de s'appuyer sur la compétence de l'Etat du siège, car il n'est pas question d'existence de la société ou de la validité et efficacité des décisions de celle-ci.

Une récente ordonnance des Sezioni Unite de la Cour de cassation italienne semble conforter cette position⁷⁹⁴, lorsqu'elle affirme que « un litige entre associés ne rentre pas dans la compétence juridictionnelle exclusive des juges de l'Etat du siège de la société, aux termes de l'art. 16 n.2 de la Convention de la Bruxelles ».

⁷⁹³ FRANZINA, préc., 204 ss. Un arrêt de la *Court of Appeal*, 12 novembre 2004, *Speed Investments, Int. lit. proc.*, 2005, 53 ss., ne va pas dans le même sens. La Court a retenu la compétence du juge du siège de la société relativement à une demande concernant la validité d'une délibération de nominations des administrateurs, même si les droits de nominations avaient leur origine dans un accord séparé et pas dans les statuts.

⁷⁹⁴ Cass (S.U.), ord., 12 janvier 2005, n. 385, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2005, 801 ss.

La Haute Cour a exclu l'applicabilité du for exclusif en matière de société en relation à une demande d'un associé contre un autre pour obtenir réparation du dommage causé par les fautes de celui-ci en qualité d'administrateur. Elle considère, en effet, qu'elle « ne concerne pas le pacte constitutif de la société ou des actes accomplis par elle-même par le biais de ses organes, ...mais elle concerne exclusivement les rapports entre deux associés, et elle est relative à une responsabilité personnelle du défendeur ».

Cette conclusion, suivant l'opinion de la Cour, doit être déduite non seulement de la lecture de l'art. 16.2, mais aussi de la *ratio* de la norme, « laquelle répond donc à l'exigence que les litiges relatifs à l'existence ou aux actes de la société... sont réservées au juge de l'Etat où la société se localise et agit, et poursuit, donc un objectif qui n'est pas remis en cause par les décisions que d'autres juges pourraient adopter dans les rapports entre associés, sans aucun impact (sauf de nature purement indirecte) sur la vie de la personne morale, et donc sans danger d'un *forum shopping* en matière de sociétés ».

Ce raisonnement très clair de la Cour semble donc convaincre que les litiges entre associés, et particulièrement les litiges nés de l'inexécution d'un pacte d'actionnaires, ne peuvent pas être soumis à l'art. 22.2. En ce qui concerne ces litiges, il faudra appliquer les normes en matière de compétence juridictionnelle, notamment le for alternatif de l'art. 5.1 de la Convention et du Règlement, suivant lequel le défendeur domicilié d'un Etat membre peut être attiré devant le juge du lieu « où l'obligation litigieuse a été ou aurait dû être exécutée ».

B. L'art. 5.1. : il *forum solutionis* et les difficultés liées à l'exécution d'une obligation negative

Toutefois, même cette solution n'est pas exempte de certains aspects problématiques : l'art. 5.1 prend en considération le lieu où se réalise ou aurait dû se réaliser l'exécution du rapport en question, c'est-à-dire l'exécution de l'obligation.

Le susdit arrêt Peters, dans l'assimilation du rapport entre associés à celui contractuel, ne répond pas directement à la question de l'identification du *forum solutionis* en ce qui concerne le rapport entre associés.

Les incertitudes sont dues au fait que, comme déjà dit, dans le cadre d'un pacte d'actionnaires, il n'est pas possible de constater une simple structure contractuelle où à la prestation ou au service de l'un des membres du pacte correspond le paiement d'une somme

d'argent de l'autre partie. On se retrouve souvent des conventions à contenu variable, qui prévoient, par exemple, des prestations réciproques de faire ou de ne pas faire.

A exception des cas prévus à la lettre b) de l'art. 5.1. du Règlement, relative aux contrat de vente et de prestation de service, le droit communautaire de la compétence juridictionnelle en matière de contrat ne paraît pas donner des éléments qui aident à résoudre une telle difficulté.

Si on retient que dans l'art. 5.1 rentre toute prétention qui se fonde sur la non satisfaction d'un intérêt protégé par la relation instaurée avec la contrepartie⁷⁹⁵, on pourrait inclure dans le domaine du *forum solutionis* non seulement les litiges relatifs à l'inexécution d'une obligation, mais tous les litiges où un associé invoque la violation d'une règle de conduite liée à une relation préexistante avec l'associé⁷⁹⁶.

La limite de cette hypothèse est la difficulté d'identification du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse : dans un pacte où un associé s'engage à ne pas vendre ses actions, quel sera le lieu d'exécution de cette obligation ?

S'agissant d'une obligation de ne pas faire, on peut soutenir que l'exécution soit susceptible d'avoir lieu n'importe où. Elle se concrétise dans l'acte positif de la vente, qui ne constitue pas l'exécution, mais l'inexécution de l'obligation en question⁷⁹⁷.

Dans le cas où un membre du pacte agit pour obtenir la condamnation à la réparation du dommage causé par l'inexécution de l'autre partie de l'obligation d'inaliénabilité, ou d'un pacte de préemption, ou d'une obligation de non-concurrence, ne paraît pas possible déterminer un lieu d'exécution de ces obligations. Pour mieux dire, il est possible d'imaginer une multiplication des fors contractuels et, par conséquent, l'éparpillement des fors compétents.

Ce risque a été pris en compte par la Cour de justice⁷⁹⁸ dans un de ses arrêts. Elle était appelée à se prononcer sur la possibilité de recourir à la règle du *locus solutionis* pour une action fondée sur l'inexécution d'une obligation négative née d'une clause de non concurrence qui interdisait au débiteur d'exercer une activité spécifique sans limites géographiques dans le monde.

La cour, dans l'affaire Besix, a affirmé que l'art. 5.1 de la Convention de Bruxelles « doit être interprété dans le sens que, lorsque l'obligation contractuelle pertinente a été ou doit être

⁷⁹⁵ MARI, préc., 313; FRANZINA, préc., 274.

⁷⁹⁶ FRANZINA, préc., 228.

⁷⁹⁷ Voir Cass., 13533/2001.

⁷⁹⁸ CJCE, 19 février 2002, C- 256/00, *Besix*, *Gazz. Uff. com. eur.*, n. C 27, 26 janvier 1998, 1 ss. Pour un examen approfondi de l'arrêt, voir FRANZINA, *Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel Regolamento (CE) n. 44/01*, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, 391 ss.; SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006, 80, et cap. VI, par. 3 de la version italienne.

exécutée en plusieurs lieux, la compétence à connaître du litige ne peut pas être reconnue au juge dans le ressort duquel se trouve l'un de ces lieux d'exécution ».

Suivant le raisonnement de la Cour, compte tenu de l'exigence de prévisibilité relative aux compétences spéciales et de la nécessité d'éviter, dans la limite du possible, la multiplication des fors compétents, il est important de « déterminer un seul lieu d'exécution de cette obligation litigieuse ».

Par conséquent, dans ce cas, la Cour conclut que l'application de l'art. 5.1 de la Convention de Bruxelles doit être exclue et « la compétence ne peut...qu'être déterminée en conformité à l'art. 2 de la Convention de Bruxelles, qui assure un critère sur et certain ».

Il semble donc que l'hypothèse spécifique, évaluée par le juge communautaire, c'est-à-dire la présence d'une obligation négative, sans limitation géographique, soit susceptible dans la pratique de se poser très fréquemment en matière de pactes d'actionnaires.

On peut, à ce propos, renvoyer à l'exemple d'un pacte ayant à objet de ne pas vendre ses actions. Il ne semble pas possible déduire une limitation géographique de l'obligation à partir du pacte, des circonstances ou des intérêts des parties à la base de l'accord en question. L'obligation litigieuse est susceptible d'être exécutée, ou d'être inexécutée, dans une zone géographique non identifiable.

Dans d'autres hypothèses, on pourrait retenir que le *forum solutionis* puisse également être localisé dans un Etat donné, indépendamment de la possible exécution de l'obligation dans plusieurs pays.

Ainsi, dans le cas d'un pacte de non concurrence, le lieu où la société exerce son activité ou l'intérêt d'une des parties au pacte d'exclure toute compétition dans une zone géographique donnée, pourraient constituer un élément pour l'identification d'un *forum solutionis*.

Dans l'un comme dans l'autre cas, l'identification d'un *locus solutionis* pourrait être assurée en faisant référence aux critères qui identifient le lieu d'exécution de l'obligation en matière contractuelle.

Toutefois, cette méthode risque de conduire à l'identification d'un lieu d'exécution qui n'a pas de liens particulièrement importants avec l'obligation en cause et qui, en toute hypothèse, ne présente pas un degré suffisant de prévisibilité.

La Cour de Justice elle-même, compte tenu de ces risques, a mis en exergue le caractère inopportun du recours à la méthode conflictuelle classique⁷⁹⁹, laquelle, dans des hypothèses d'obligations comme celles en examen, ne permet pas d'identifier un lieu d'exécution unique.

⁷⁹⁹ CJCE, *Besix*, préc.

Le même problème se pose dans le cas d'un litige concernant les deux obligations contenues dans un pacte d'actionnaires contenant de prestations réciproques de faire, qui doivent être exécutées dans deux ou plusieurs États.

Selon la Cour l'obligation litigieuse de l'art. 5.1 est celle qui « est à la base à l'action judiciaire »⁸⁰⁰. Or, elle sera difficilement identifiable dans le cas en question. Cela comporte, suivant une interprétation restrictive adoptée par la Cour elle-même⁸⁰¹, à l'identification d'autant fors alternatifs quant les obligations qui sont à la base de la demande, avec le résultat fâcheux de multiplier les fors compétents⁸⁰².

L'identification problématique d'un *locum solutionis* semble donc faire obstacle à la possibilité, pour un nombre important de pactes d'actionnaires, de se référer au for spécial alternatif à l'art. 5.1. Il serait donc plus opportun de se référer au for général du domicile du défendeur de l'art. 2 du Règlement⁸⁰³.

⁸⁰⁰ CJCE, 6 octobre 1976, causa 14/76, de *Bloos/Bouyer*, *Raccolta*, 1497.

⁸⁰¹ CJCE, 5 octobre 1999, C-420/97, *Leathertex Divisione Sintetici Spa*, *Raccolta*, 1999, I-6793.

⁸⁰² Pour un examen de cet aspect, voir SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia*, préc., 82 ss.

⁸⁰³ La richesse du sujet ne permet que un aperçu de la question du rapport entre pactes d'actionnaires et arbitrage. Le recours à l'arbitrage est très fréquent dans notre matière, car il rend possible de satisfaire non seulement une exigence de qualification du juge et de rapidité procédurale, mais il protège aussi un intérêt spécifique à la confidentialité du litige et du pacte d'actionnaires. D'ailleurs les caractéristiques de confidentialité et de souplesse de cette institution rendent presque inévitable la liaison avec un moyen de résolution des différends aussi confidentiel et efficace en termes de rapidité. L'une des problématiques les plus intéressantes que la question pose à l'interprète est celle de la compétence des arbitres, en considérant que l'arbitrage en matière de pactes d'actionnaires touche, même d'une façon incidente, des questions qui relèvent du droit des sociétés. Le point central est alors l'arbitrabilité de cette matière. Aujourd'hui, l'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés est largement admise dans la plupart des systèmes juridiques. Ainsi, par exemple, en Belgique (voir O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruylant e LGDJ, 2002, en part. 142), en France (voir, D. COHEN, *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993) en Allemagne et en Angleterre (P.J. TURNER, *The Status of Arbitration Clauses in a Company's Articles of Association or Agreements Relating to the Company*, communication au séminaire IBA, 15 marzo 2002, 1 ss.). En Italie, avant l'entrée en vigueur de la discipline introduite par le Décret législatif 5/03, l'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés était plutôt restreinte. La raison en est l'existence de l'article 806 c.p.c. qui déclare inarbitrables les litiges qui ne peuvent pas faire l'objet d'une transaction. Or, dès que la transaction est admise uniquement sur des droits disponibles, on considérerait que les litiges concernant les règles d'organisation et de fonctionnement de la société n'étaient pas arbitrables, étant des dispositions protectrices de l'intérêt collectif des actionnaires. La nouvelle discipline de l'arbitrage en matière de société introduite par les articles 34 et suivants du D.lgs. 5/03, ne change pas beaucoup, semble-t-il, les termes de la question. Les nouvelles règles, qui ne trouvent pas application au regard des sociétés cotées, prévoient la possibilité d'insérer dans les statuts de la société des clauses compromissoires pour la dévolution aux arbitres des litiges entre associés relatifs aux droits disponibles concernant le rapport social. La question de la validité des clauses compromissoires contenues dans les pactes d'actionnaires reste donc toujours ouverte. Cela dit, un bref aperçu des autres pays révèle que l'arbitrabilité des litiges relatifs au fonctionnement de la société et à la qualité d'actionnaire, n'est pas en discussion. Ainsi, sont considérés comme arbitrables les litiges portant sur des cessions d'action et des clauses d'option sur les actions. En outre peuvent donner lieu à l'arbitrage les litiges relatifs à la validité et à l'exécution des conventions de vote, ainsi que les litiges touchant à la validité d'une clause ayant pour objet ou pour effet d'affranchir un associé de toute participation aux pertes (voir, B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, in *RCADI*, 2002, t. 296, 25-254, in part. 166). La doctrine française (D. COHEN, préc., n. 266), ne doute pas, à cet égard, de la compétence des arbitres à se prononcer sur l'inexécution d'une convention de vote ou sur sa nullité, prétendument illicite. Elle souligne toutefois que, la matière touchant sous différents aspects à l'ordre public, il appartient aux arbitres de le respecter, "à peine de voir leur sentence frappée de nullité".

Conclusion générale

Les pactes d'actionnaires constituent une institution contractuelle originale sur le plan international. L'originalité du sujet résulte de l'interaction et de l'interpénétration de deux disciplines. D'une part, plusieurs problèmes qu'ils posent peuvent trouver une solution dans l'application des règles applicables aux contrats. De l'autre côté, le rattachement à la loi applicable aux contrats semble être l'objet d'une grande interférence de la part de la loi applicable à la société.

Bien que leur indépendance par rapport à la société soit incontestable, la relation entre le pacte et la société est souvent très étroite. Elle est encore plus évidente après la réforme italienne du droit des sociétés, qui en a introduit une réglementation très synthétique.

La nécessité d'une recherche sur les conflits de lois en cette matière se trouve donc renforcée par l'actualité du sujet.

La complexité de ce problème est due, en grande partie, à l'hétérogénéité de la nature des pactes, caractérisés par des éléments différents qui renvoient au droit des contrats, au droit des sociétés, au droit des marchés financiers. Certaines clauses, en effet, relèvent de la vie de la société, des autres en ont un lien plus faible, d'autres en sont complètement indépendantes.

Le sujet se situe à la frontière de deux concepts, à l'interférence de deux droits, raison pour laquelle la doctrine a compté ces pactes parmi les institutions « cavalières ».

L'institution s'avère alors réfractaire au jeu de ses qualifications : le conflit d'intérêts en cause (liberté à contracter, protection de l'intérêt social, transparence des marchés) semble entraîner un conflit irréductible.

Cependant, l'absence de repères pour la solution du conflit de lois, non seulement dans le droit italien et européen, mais aussi dans la jurisprudence française, invite à réfléchir sur la solution de la question des pactes d'actionnaires.

Les pactes d'actionnaires sont des contrats, ils relèvent donc normalement du principe d'autonomie. Cependant, en raison des liens avec la société, on constate une forte interférence de la loi qui régit l'organisation sociétaire.

Le problème du domaine de la *lex societatis* et de celui de la loi applicable au contrat doit d'une part, relever de l'exception de la Convention de Rome (désormais Règlement Rome I) des « questions relevant du droit des sociétés », d'autre part, faire l'objet d'une analyse des effets produits par l'accord.

Il y a lieu de remarquer, quant au premier aspect, que l'interprétation qu'on a proposée de l'exclusion susdite, conduit à considérer que les rapports contractuels relevant de la matière du droit de société ne soit pas complètement exclus du domaine de la Convention.

Par conséquent, le rapport obligatoire entre les associés d'une société, qui n'implique pas l'intérêt social ni le fonctionnement interne de la société, ne rentre pas dans l'exclusion de la lettre e). Ainsi, le pacte qui se limite à la sphère d'autonomie des membres du pacte et qui est porteur d'intérêts individuels, distincts de l'intérêt social, reste soumis à l'application de la Convention.

De plus, la volonté de classer directement les pactes d'actionnaires dans une seule des catégories connues semble vouée à l'échec. On a pu observer que la plupart des auteurs qui ont suivi cette démarche, arrive à des solutions divergentes.

L'adoption d'une optique qui ne délimite pas horizontalement le champ d'application des lois en présence semble recommandable. Il convient en effet de prêter attention au fonctionnement et à la raison d'être concrète des différents pactes, telle à pouvoir identifier verticalement l'ensemble des questions auxquelles la dite réglementation se veut applicable.

Dans ce sens, la *lex societatis* doit s'appliquer chaque fois où l'accord rentre dans le domaine du droit des sociétés, c'est-à-dire lorsqu'il a une influence sur la vie de la société au titre de règle de conduite sociale des parties au pacte, avec des effets sur le fonctionnement et l'organisation interne de la société.

Les effets du pacte vis-à-vis de la société, ou son influence sur le fonctionnement de la société, échappent donc au domaine contractuel ; la loi applicable à la société retrouve alors son vigueur.

L'accord s'inscrit nécessairement dans le cadre du contrat, mais la loi applicable à la société décidera de la validité des modifications à l'organisation de la société.

La *lex societatis* sera donc applicable à la licéité de l'accord ; alors que la *lex contractus* déterminera l'efficacité et les effets obligatoires de l'accord, avec toutes les questions relatives à la capacité, aux vices du consentement et à la sanction de l'inexécution du pacte.

La même loi, en revanche, sera applicable aux pactes qui limitent leurs effets sur le plan de l'autonomie des cocontractants.

Dans ce sens, la question de la loi applicable aux pactes d'actionnaires a été résolue dans une perspective purement analytique, c'est-à-dire en faisant attention aux différents fragments de réglementation qui composent l'institution et aux différentes situations qui peuvent avoir un impact sur la loi applicable.

La conséquence inévitable est un morcellement de la réglementation de droit international privé qui conduit à l'adoption de deux critères alternatifs et variables en fonction du contenu du pacte et de sa influence sur la vie de la société.

Ainsi, dans le cas des accords concernant l'exercice du droit de vote, l'autonomie des parties et les clauses du contrat seront soumises à la *lex contractus* et, au même temps, aux dispositions du droit des sociétés concernant le droit des associés, prévues expressément par l'art. 25 de la loi 218/95.

On pourrait opposer à cette solution qu'un morcellement de l'institution ne semble pas respecter l'esprit du conflit de lois, lequel imposerait au contraire la sauvegarde de l'intégrité de la réglementation. Il s'agit d'une critique classique de droit international privé, à laquelle il est possible de faire plusieurs répliques.

Tout d'abord, la flexibilité de la désignation de la loi applicable, loin d'engendrer un problème d'incertitude du rattachement, peut traduire sur le plan du droit international privé, la souplesse de la réglementation du droit civil des pays pris en compte.

En deuxième lieu, l'opportunité du résultat semble être dû au caractère composite de cette institution, qui se prête particulièrement à la répartition en règles juridiques plus simples.

L'analyse du conflit de juridictions en notre matière confirme par ailleurs cette conviction. Le système de droit processuel civil créé par la Convention de Bruxelles et confirmé par le Règlement 44/01, en l'absence de compétences spécifiques tenant au sujet, ne donne pas la possibilité de saisir une solution univoque.

L'alternative se joue entre le *forum societatis*, le *forum solutionis* et le for général du domicile du défendeur.

D'ailleurs, la proposition du Conseil allemand pour le droit international privé contient une solution équivalente à celle qu'on a proposé.

En vue de l'élaboration d'une proposition pour l'adoption d'une réglementation européenne de droit international des sociétés, le Conseil a évalué la portée des statuts de sociétés et les éventuels critères de rattachement particuliers applicables à des aspects relevant du droit des sociétés.

Le développement du débat au sein du Conseil a abouti à la solution que la problématique relative à la légalité des conventions qui affectent le fonctionnement de l'assemblée des associés, relève de la structure organisationnelle de la société et elle est donc soumise à la *lex societatis*.

Au contraire, les conventions elles-mêmes, ainsi que les accords relevant du droit des obligations, conclues entre associés, obéissent aux règles de rattachement applicables aux obligations contractuelles.

On peut, en dernier examen, confronter la solution proposée au droit positif. Au regard du droit français on ne voit pas de difficultés, pour la doctrine et pour la jurisprudence, à adopter une telle solution. Il suffit de rappeler les encouragements de la doctrine à distinguer logiquement entre plusieurs hypothèses de pactes pour déterminer leur réglementation et les efforts de la jurisprudence dans ce sens. Cette dernière a déjà pris position et elle a invité à distinguer dans un rapport concernant le droit des sociétés de manière générique, les questions qui sont susceptibles d'une qualification propre et qui seraient donc régies par des lois distinctes, désignées par des règles de conflit différentes.

Il est probablement plus aisé de confronter la solution proposée au droit italien. Le rapprochement entre les pactes d'actionnaires et le rapport social causé par les récentes modifications législatives permet de justifier et comprendre une différenciation de traitement entre d'une part, les aspects qui incident directement sur le fonctionnement de la société et, d'autre part, ceux qui restent externes à celui-ci. Cette observation permettrait d'appliquer la *lex societatis* ou la *lex contractus* moyennant une qualification de l'institution aux termes de l'art. 25.

Il est évident à la fin de cette recherche que le droit de société et celui des contrats ne peuvent pas être analysés séparément. C'est l'interaction entre les deux matières qu'il faut saisir. De plus c'est uniquement leur rencontre qui a constitué l'intérêt particulier de notre étude.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAPHIE

Diritto internazionale privato e diritto processuale civile internazionale ***Droit international privé et procédure civile internationale***

- ANCEL B., *Destinées de l'article 3 du code civil*, in *Mélanges en l'honneur de P.Lagarde*, (Daloz), 2005.
ID., *Qualification*, in *Rép. int. Dalloz*, 1998, 1-19.
ID., *L'objet de la qualification*, in *Clunet*, 1980, 234 e ss.
ID., *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, (Daloz), 1977.
ANCEL B., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, (Daloz), 2001.
- ANCEL M.E., *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, (Economica), 2002.
- ANGELICI C., *Le società nel nuovo diritto internazionale privato*, in AA.VV., *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, (Giuffrè), 1996, 111 ss.
- AUDIT B., *Droit internationala privé*, Paris, (Economica), 2000.
ID., *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, in *Clunet*, 2004, 789 ss.
ID., *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la "crise" des conflits de lois)*, in *RCADI*, 1984.
ID., *La fraude à la loi*, Paris, 1974.
- AUDIT M., *Les autorités de régulation: la confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marché*, in M.AUDIT, H.MUIR WATT, E.PATAUT, *Conflits de lois et régulation économique*, Paris, (LGDJ), 2008.
ID., *Les Conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris, (LGDJ), 2002.
- AZZOLINI C., *Problemi relativi alle persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, 893 ss.
- BALLADORE PALLIERI G., *Diritto internazionale privato*, Milano 1950.
- BALLARINO T., *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, (Utet), 2006, 149-174.
ID., *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, 669-698.
ID., *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2003, 374-402.
ID., *Norme vaghe e diritto internazionale privato*, in *Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*, in *Jus*, 1999.
ID., *Diritto internazionale privato*, III ed., Padova, (Cedam), 1999.
ID., *Personnes, famille, régimes matrimoniaux et succession dans la loi de réforme du droit international privé italien*, in *Rév. crit. droit int. privé*, 1996, 21 ss.
ID., *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale*, IX, Torino, 1994, 3-208.
ID., *Sul progetto di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Studi Vitta*, 1994, 35 ss.
ID., *Le società costituite all'estero*, in *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, 17, Torino, 1985.
- BALLARINO T., BONOMI A., *Sulla disciplina delle materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Roma*, in *Riv. dir. int.*, 1993, 939-970.
- BALLARINO T., BONOMI A., *Materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, II, *Limiti di applicazione*, *Lectio notariorum* (a cura di T. Ballarino), Milano, 1994.

- BALLARINO T., MILAN D., *Corso di diritto internazionale privato*, Padova, 2006.
- BAREL B., *Commento all'art. 57 l. 218/95*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Cian e Trabucchi, VII ed., Padova, 2004.
- BARIATTI S., *Legge 31 maggio 1995. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1343.
- BARTIN E., *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, I, Paris, (Domat-Montchrestien), 1930.
 ID., *La doctrine de la qualification et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois*, in *RCADI*, 1930, I, 561.
 ID., *De l'impossibilité d'arriver à une solution définitive des conflits de lois*, in *Clunet*, 1897.
- BATIFFOL H., *La loi appropriée au contrat*, in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*, Litec, 1982
 ID., *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, in *RCADI*, t. 139, 1973.
 ID., nota a Cass. Civ., 17 octobre 1972, soc. *Royal Dutch*, in *Rév. crit. droit int. privé*, 1973, 520.
 ID., *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*, in *Mélanges Maury*, t. 1, Paris, (Dalloz & Sirey), 1960, 39 ss.
 ID., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, (Dalloz), 1956.
 ID., *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1949.
- BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, I, 8° ed., Paris, (LGDJ), 1993.
- BEGUIN J., MENJUCQ M., *Droit du commerce international*, Paris, (Litec), 2005.
- BENEDETTELLI M., *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario* (a cura di P. Picone), Padova, (Cedam), 2004.
 ID., *Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, 879 ss.
 ID., *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, 569-620.
 ID., *Corporate governance, mercati finanziari e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1998, 713-744.
 ID., *Commento all'art. 25 legge 218 del 1995, Riforma del sistema di diritto internazionale privato* (a cura di Bariatti), in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1996, 1108 ss.
 ID., *Commento all'art. 57 legge 218 del 1995, Riforma del sistema di diritto internazionale privato* (a cura di Bariatti), in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1996, 1362 ss.
- BERNEL A., *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Berne, (Schulthess), 1996.
- BIAGIONI G., *L'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria nella Proposta di Regolamento "Roma I"*, in *La legge applicabile ai contratti nella Proposta di regolamento Roma I*, (a cura di P. Franzina).
- BONOMI A., *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1992, 36-104.
 ID., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurich, 1998.
- BOSCHIERO N., *Obbligazioni contrattuali (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, 2001, 801 ss.
 ID., *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, (Giappichelli), 1996.
- BOUCOBZA X., *La loi applicable à l'offre publique d'acquisition*, in *Bull. Joly Bourse*, jan-fev 1999.
 ID., *L'acquisition internationale de société*, Paris, (LGDJ), 1998.
- BROGGINI G., *La riforma del diritto internazionale privato – Società ed altri enti –*, in *La riforma del diritto internazionale privato*, atti del Convegno tenutosi a Milano il 28 ottobre 1995.
 ID., *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1992, 30 ss.

- BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit international privé*, Paris, (P.U.F.), 2007.
- CAFLISCH S., *La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé*, in *ASDI*, 1967, 142.
- CALVO CARAVACA A.-L., CARRASCOSA GONZALES J., *Derecho internacional privado*, 2006.
- CAMPIGLIO C., *Abrogazione dell'art. 16 delle preleggi per nuova disciplina?*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, 45 ss.
- CANSACCHI G., *Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans les conflits de lois*, in *RCADI*, 1953, II, 135 ss.
- CAPOTORTI F., *Caratteri generali della riforma e regime delle società in diritto internazionale privato*, in *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull'attività notarile*, Atti del convegno di studi in onore di M. Romano, Milano, 1991.
- ID., *Considerazioni sui conflitti di legge in materia di società*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1965, 623 ss.
- ID., CAPOTORTI F., CONFORTI B., FERRARI BRAVO L., STARACE V., *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale*, Repertorio 1942-1966, Bari, 1967.
- ID., *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953.
- CAPRASSE O., *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruxelles, (Bruylant), 2002.
- CARBONE S.M., *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, 35.
- ID., *Corporate governance, internazionalizzazione dei rapporti economici e accountability dell'impresa*, in *Dir. comm. int.*, 2005, 311-318.
- ID., *La corporate governance della "società europea" nel reg. n. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. int.*, 2002, 133-144.
- ID., *Patti parasociali, autonomia privata e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991, 885 ss.
- CARO GANDARA R., *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999.
- CARUSO F., *Le Anstalten nell'ordinamento italiano*, Napoli, (ESI), 1979, 21 ss.
- ID., *Le società nella Comunità Economica Europea- Contributo alla teoria della nazionalità delle società*, Napoli, (Jovene), 1969.
- CASSONI G., *La nazionalizzazione delle società e il diritto internazionale privato*, Padova, 1953.
- CAVERS D.F., *A critique of the choice of law problem*, in *Harvard Law Review*, 1933, 173.
- CONFORTI B., *La volontà delle parti come criterio di collegamento*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, a cura della Scuola di Notariato di Roma, (Giuffrè), 1983, 147 ss.
- COHEN D., *Arbitrage et société*, Paris, (LGDJ), 1993.
- CORTESE B., *Il trasferimento di tecnologia nel diritto internazionale privato*, Padova, (Cedam), 2002.
- COSCIA G., *Le materie escluse dalla Convenzione di Roma. Il diritto delle società*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, Limiti di applicazione*, *Lectio notariorum* (a cura di T. Ballarino), Milano, 1994.
- ID., *Il riconoscimento delle società straniere*, Milano, (Giuffrè), 1984.
- CRONE, *La loi applicable aux pouvoirs des dirigeantes de sociétés étrangères*, in *Trav. Com. fr.*, 1998-2000, 243 ss.
- CURTI-GIALDINO A., *L'autonomie de la volonté des parties en droit international privé*, in *RCADI*, 1972, t. 3.

- DAMASCELLI D., *Conflitti di legge in materia di società*, Bari, (Cacucci), 2004.
ID., *Il rinvio "in ogni caso" a convenzioni internazionali nella nuova legge sul diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1997, 78-103.
- DAVI' A., *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta* (a cura di Gaja), Milano, 1994.
De ANGULO RODRIGUEZ M., *Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1972, 369 ss.
- DEBY-GERARD F., *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, (Dalloz), 1973.
- DE CRISTOFARO M., *Giurisdizione sulle domande di accertamento negativo in materia di responsabilità da illecito ed in materia contrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 756 ss.
- DE NOVA G., *Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, I, Milano, 1957.
- DIAMOND A.-L., *Harmonization of private international law relating to contractual obligations*, in *RCADI*, t. 199, 1986.
- DICEY A.V., *Dicey Morris on The Conflicts of Laws*, 14 ed., London, (Sweet & Maxwell).
- DRAETTA U., *Brevi note sulla legge applicabile ai patti parasociali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, 565-574.
- DUTOIT B., *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, XII ed., Helbing & Lichtenhahn, 1997, 445.
- EKELMANS M., *Le depeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, 1986, 25 ss.
- FALLON M., *Libertés communautaires et règles de conflit de lois*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* (a cura di A. Fuchs, H. Muir Watt, E. Pataut), Paris, (Dalloz), 2004.
- FERNANDEZ ROZAS J.C., SANCHEZ LORENZO S., *Derecho internacional privado*, Madrid, (Thomson Civitas), 2007.
- FIMMANO' F., *Riconoscimento e stabilimento delle società nel nuovo sistema di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. impresa*, 1998, 303 ss.
- FLOUR Y., *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris II, 1977
- FRANCESCAKIS P., *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, (Sirey), 1958.
ID., *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1966, 1 ss.
- FRANZINA P., *La giurisdizione in materia contrattuale- L'art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Padova, 2006.
ID., *Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel Regolamento (CE) n. 44/01*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, 391 ss.
- FUCHS A., MUIR WATT H., PATAUT E. (a cura di), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, (Dalloz), 2004.
- GARCIMARTIN ALFEREZ F.J., *Cross-border Listed Companies*, in *RCADI*, 2007, t. 328, 19 ss.

ID., *Derecho des sociedades: problemas de Ley aplicable*, in *Institutiones de derecho privado* a cura di Delgado De Miguel, Tomo VI, *Mercantil*, 2003.

GAUDEMET-TALLON H., *Le nouveau droit international privé européen des contrats*, in *RTD eur.*, 1981, 215 ss.

GIARDINA A., *Les contrats liés en droit international privé*, in *Trav. Com. fr.*, 1995-1998.

ID., *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti* (a cura di T. Treves), Padova, (Cedam), 1983.

ID., *La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e il diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1981, 802.

ID., *Artt. 16-21, Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, 1978, 1 ss.

GIULIANO M., *La loi applicable aux contrats: problèmes choisis*, in *RCADI*, t. 158, 1977.

GIULIANO M. e LAGARDE P., *Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *GUCE*, n. C 282 del 31 ottobre 1980.

GIULIANO M., LAGARDE P., VAN SASSE VAN YSSELT T., *Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1973, 198 ss.

GOLDMANN B., *Cours de droit du commerce international*, 1970-71.

ID., nota a *Cour d'Appel de Paris, affaire Société l'Aliment Sain*, 26 mars 1966, in *Clunet*, 1966, 845 ss.

GOTHOT P., *La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats*, in *Trav. Com. fr.*, 1975-1977, 201ss.

ID., *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé*, in *Rév. crit. droit int. privé*, 1971, 1 ss.

HAFTEL B., *La notion de matière contractuelle*, Thèse Paris II, 2008.

HANOTIAU B., *L'arbitrabilité*, in *RCADI*, 2002, t. 296, 25-254.

HEUZE' V., *La notion de contrat en droit international privé*, in *Trav. Com. fr.*, 1995-1998, 320 ss.

ID., *Loi de l'action directe et groupe de contrats*, in *Rev. crit. droit int. privé.*, 1996, 242 ss.

ID., *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, Thèse Paris II, Paris, (GLNJ), 1988.

JACQUET J.M., *L'incorporation de la loi dans le contrat*, in *Trav. Com. fr.*, 1993-1995, 23 ss.

ID., voce *Contrats*, in *Rép. int. Dalloz*.

JACQUET J.M., DELEBECQUE P., CORNELOUP S., *Droit du commerce international*, Paris, (Dalloz), 2007.

JACKSON D., PHILIP A. et alii, *Contract conflict (The ECC Convention on the law applicable to the contractual obligations: a comparative study)* (a cura di North), Amsterdam-New York-Oxford, 1982.

JAFFEY, *The english proper law doctrine and the CEE Convention*, in *Int. Comp. Law Q.*, 1984, 351 ss.

JAYME E., *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in *RCADI*, 1995, I, 1 ss.

JENARD P., *Relazione sulla Convenzione di Bruxelles*, in *Gazz. Uff. Com. Eur.*, n. C 59, 5 marzo 1979, 35.

KAYE, *The new private international law of contract of the european community*, Aldershot, 1993.

ID., *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, Oxford, 1987.

KINDLER P., *Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, 657 ss.

KOFLER, *Il forum destinatae solutionis nelle azioni di accertamento negativo del credito e di nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2004, 216.

KRONKE H., *Capital Markets and Conflict of Laws*, in *RCADI*, 2000, t. 286, 245 ss.

LAGARDE P., *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2006, 331 ss.

ID., *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1991, 287 ss.

ID., *Le principe de proximité en droit international privé*, in *RCADI*, t. 196, 1986.

ID., *Le depeçage dans le droit international privé des contrats*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1975, 649 ss.

ID., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, (LGDJ), 1959.

LECLERC F., *Les chaînes de contrats en droit international privé*, in *Clunet*, 1995, 267.

LEQUETTE Y., *Le renvoi de qualification*, in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Paris, (Litec), 1990.

ID., *Note concernant l'affaire Caron*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1986, 71 ss.

LEVY L., *La nationalité des sociétés*, Paris, (LGDJ), 1984.

LOMBARDO A., *La libertà comunitaria di stabilimento dopo Uberseering tra armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2003, I, 456 ss.

LOUSSOUARN Y., BOUREL P., *Droit international privé*, 8° ed., Paris, (Daloz), 2004.

LOUSSOUARN Y., *Nationalité des sociétés*, in *J-Cl. dr. int.*, fasc. 564-10.

ID., *Conflits de loi en matière de sociétés*, in *Clunet*, fasc. 564-30.

ID., *Règles de conflit et règles matérielles dans le droit international des sociétés*, in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Goldman*, Paris, (Litec), 1982.

ID., *Cours général de droit international privé*, in *RCADI*, 1973.

LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002.

LUZZATTO R., *Il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi nel mercato interno della C.E.E.*, in *Dir. comm. int.*, 1989, 183 ss.

ID., *Persona giuridica (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983.

LUZZATTO R., AZZOLINI C., *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Dig. Disc. Priv.*, XIV, 1997.

MACNEIL I., LAU A., *International Corporate Regulation: Listing Rules and Overseas Companies*, in *Int. Comp. Law Q.*, 2001, 787 ss.

MAYER P., HEUZE' V., *Droit international privé*, Paris, (Montchrestien), 2004.

MAYER P., *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Mélanges P.Lagarde*, Paris 2005.

ID., *Les lois de police étrangères*, in *Clunet*, 1981, 277.

MANN F.-A., *The proper law of contracts concluded by international persons*, in *British yearbook of international law*, 1959, 34 ss.

MARI L., *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles, I, Il sistema della competenza*, Padova, (Cedam), 1999.

MARONGIU BUONAIUTI F., *Conseguenze della trasformazione della Convenzione di Roma in Regolamento comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento "Roma I"* (a cura di Franzina), Padova, 2006.

MARTIN D., HASS F., *La compétence internationale de l'Autorité des marchés financiers en matière d'offre publique*, in *RTDF*, 2003, 37 ss.

MASTRULLO T., *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Thèse Paris I, 2007.

- MAZEAUD H., *De la nationalité des sociétés*, in *Clunet*, 1928, 30 ss.
- MAZZONI A., *Patti parasociali e regole di mercato nel diritto del commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2005, 487-499.
- MAURY J., *Règles générales des conflits de lois*, in *RCADI*, 1936.
- MENGOZZI P., *La riforma del diritto internazionale privato italiano: la legge 31 maggio 1995, n. 218*, Napoli, 1997.
- MENJUCQ M., *Droit international et européen des sociétés*, Paris, (Monchrestien), 2001.
ID., nota a Cour de Cassation, 8 décembre 1998, *Société General Accident*, in *Rév. crit. droit. int. privé*, 1999, 291.
- MORELLI G., *Elementi di diritto internazionale privato*, 6° ed., Napoli, (Jovene), 1986.
- MORRIS J.H.C., *The proper law of the contract*, (1940), 56, *L.Q.R.*, 320.
- MORRIS J.H.C.- CHESHIRE G.C., *The proper law of a contract in the conflict of laws*, in *L.Q.R.*, 1940, 320 ss.
- MOSCONI F.-CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale-Parte speciale*, Torino, (Utet), 2006, 51.
- MUNARI F., *Patti parasociali e norme di diritto internazionale privato e comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 127-141.
ID., *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2003, 29-54.
- MUNDAY R.J.C., *The uniform interpretation of international conventions*, in *Int. Comp. Law Q.*, 1978, 450.
- NEUMAYER K., *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1957, 579.
- NIBOYET J.P., *Traité de droit international privé*, Paris, (Sirey), 1947-51.
ID., *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1927, 401.
- PAPAUX A., *Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsumption à l'abduction, l'exemple du droit international privé*, Bruylant/L.G.D.J., Schulthess, Ginevra, 2003.
- PARROT K., *L'interprétation des conventions en droit international privé*, Thèse Paris I, 2005.
- PATOCCHI P.-M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe. Etudes suisse de droit international*, Genève, Librairie de l'Université, 1985.
- PICCHIO FORLATI L. , *Le obbligazioni contrattuali*, in *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato* (a cura di Salerno), Padova, 1997, 113 ss.
- PICONE P., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, in *RCADI*, 1999, t. 276.
ID., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, (Cedam), 1998.
ID., *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *Rivista*, 1996, 289 ss.
ID., *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1990, 639 ss.
ID., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986.

ID., *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento delle "Anstalten" e "Treuunternehmen" nell'ordinamento italiano*, in *Comunicazioni e Studi*, XV, Milano, 1978.

PIRONON V., *Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Paris, (Dalloz), 2004.

POMMIER J.-C., *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Thèse Paris II, 1992.

PORTALE G.B., *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 129 ss.

QUADRI R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5° ed., Napoli, 1969.

RABEL E., *The Conflict of laws. A Comparative Study*, The University of Michigan-Callaghan & Company, III, 1950.

ID., *Le problème de la qualification*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1933, 1 ss.

REYMOND P., *Les personnes morales et les sociétés dans le nouveau droit international privé suisse*, in *Le nouveau droit international privé suisse*, Cedidac, n. 9, Lausanne.

RIGAUX F., *La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codifications de la dernière décennie*, in *Rév. crit. droit int. privé*, 1985, 1ss.

SALERNO F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006.

ID., *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padova, (Cedam), 2000.

ID., *Il coordinamento dei criteri di giurisdizione nella legge di riforma*, in *Riv. dir. int.*, 1996, 882 ss.

SANTA MARIA A., *Spunti di riflessione sulla nuova norma di diritto internazionale privato in materia di società ed altri enti*, in *Riv. soc.*, 1996, 1093 ss.

ID., *Società, Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur.*, XXIX, 1993.

ID., *Società in generale (Diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990.

ID., *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1973.

SCHNITZER P., *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, in *RCADI*, 1968, t. 123.

ID., *La loi applicable au contrat*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1955, 459 ss.

SEATZU F., *Sulla nuova disciplina delle società nel diritto internazionale privato*, in *Giur. comm.*, 1997, 830 ss.

SYNVET H., *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, Thèse de doctorat Rennes, 1979.

ID., *Société*, in *Rép. Int. Dalloz*, 1 ss.

STARACE V., *Il richiamo dei criteri di giurisdizione stabiliti dalla Convenzione giudiziaria di Bruxelles nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1999.

TENENBAUM A., *La compétence internationale des autorités de surveillance des marchés financiers en matière d'offre publique*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2006, 557-575.

ID., *L'application internationale du droit boursier*, Thèse Paris 1, 2000.

TONOLO S., *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di leggi*, Milano, (Giuffrè), 2003.

TREVES T., *Art. 57*, in *Comm. L. 218/95*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997.

UBERTAZZI B., *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, (Giuffrè), 2008.

VIRGOS SORIANO, GARCIMARTIN ALFEREZ F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigation internacional*, Madrid, 2000.

VITTA E., *La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, 950 ss.

ID., *Diritto internazionale privato*, Torino, (Utet), 1972-1975.

WATTE' N., NUYTS A., *Les arrêts de la Cour de justice sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles*, Bruxelles, (Bruylant), 1998.

WESTLAKE J., *Private international law*, 7° ed., 1925.

WILDERSPIN M., *Les perspectives d'une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* (a cura di Fuchs- Muir Watt-Pataut), Paris, (Dalloz), 2004.

WYMEERSCH E., *Some aspects of Cross-Border Co-operation Between Business Enterprises*, in *Cross-Border Mergers and Acquisitions and the Law* (a cura di Horn), The Hague, 2001.

ZONCA S., *La legge regolatrice delle società e la Convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, Limiti di applicazione*, *Lectio notariorum* (a cura di Ballarino), Milano, 1994.

Diritto civile, diritto societario e diritto dei mercati finanziari

Droit civil, droit des sociétés et droit de marchés financiers

AGO R., *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, (Cedam), 1934.

ANGELICI C., *La costituzione delle società per azioni*, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di P.Rescigno, XVI, Torino, 1985.

APELLI, *Recesso ed inadempimento nelle convenzioni di voto*, in *Contr. e impr.*, 1997, 67 ss.

AVAGLIANO M., *Dei patti parasociali*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, 2003.

BERNARDINI M., *Clausole sul'organizzazione dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco* (a cura di Bonelli e Jaeger), Milano, (Giuffrè), 1993.

ID., *Rivisitare la giurisprudenza sui sindacati di voto*, in *Contr. e impr.*, 1988, 716 ss.

BEROLATTI G., *Le régime juridique des conventions sur le droit de vote dans les sociétés*, Thèse Paris II, 1975.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, (Utet), 1955.

BISSARA P., *L'inadaptation du droit français aux besoins des entreprises*, in *Rév. Soc.*, 1990, 553 ss.

BONELLI G., *Ancora a proposito di nuove forme contrattuali*, in *Riv. dir.comm.*, 1905, I, 142.

BONNARD J., *L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés*, in *Dialogues avec Michel Jeantin*, 1999.

BRUNWICK P., *SAS et capital investissement: vers la fin des pactes d'actionnaires extra-statutaires?*, Paris, (Dalloz), 2000.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 1999.

ID., *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, (Utet), 2004.

CARBONETTI F., *I patti parasociali nelle società non quotate alla luce del Testo unico della Finanza*, in *Riv. soc.*, 1998, 909 ss.

CARIELLO V., *Tutela delle minoranze e accordi parasociali nelle società quotate*, in *Riv. soc.*, 1999, 718 ss.

CARY W.L., EISENBERG M.A., *Cases and materials on corporations*, Westbury, The Foundation Press Inc., New York, 1988.

CHAPUT Y., *Droit des sociétés*, Paris, (P.U.F.), 1993.

ID., *La liberté et les statuts*, in *Rev. Soc.*, 1989.

CHIAPPETTA F., *I patti parasociali nel testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Riv. soc.*, 1998, 988 ss.

CONSTANTIN A., *Droit des sociétés*, Paris, (Dalloz), 2007.

ID., *Réflexions sur la validité des conventions de vote*, in *Etudes offerts à J. Ghestin*, Paris, (LGDJ), 2001, 253 ss.

CORAPI D., *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971.

COSTI R., *I patti parasociali ed il collegamento negoziale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 200 ss.

ID., *La Cassazione ed i sindacati di voto: tra dogmi e "natura delle cose"*, commento a Cass., 14865/2001, in *Giur. comm.*, 2002, 2, 671 ss.

ID., *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 25 ss.

COTTEBRUNE A., *L'efficacité des conventions de vote en question*, in *La revue pratique du droit de l'entreprise*, 1998, 29 ss.

COTTINO G., *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1958.

COURET A., JACOMET T., *Les pièges des pactes d'actionnaires : questions récurrents et interrogations à partir de la jurisprudence récente*, in *RJDA*, 2008, 951 ss.

COURET A., *Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire*, in *Rév. Soc.*, 2000, 89 ss.

DAIGRE J.J., SENTILLES-DUPONT M., *Pacte d'actionnaires*, Paris, (GLNJ), 1995.

DAIGRE J.J. (sous la direction de), *La modernisation di droit des sociétés- Premières réflexions sur le Rapport Marini*, Joly, 1996.

ID., *Pacte d'actionnaires et capital-risque. Typologie et appréciation*, in *Bull. Joly*, 1993, 157 ss.

DELEBECQUE P., *Société par actions simplifiée et pactes d'actionnaires*, in *SAS*, Paris, (GLNJ), 1994.

DE NOVA G., *Obbligazioni (dir. int. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979.

DI NANNI C., *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, 279 ss.

DONDERO B., *Statuts de SAS et pactes extra-statutaires, questions et confrontations*, in *Bull. Joly*, 2008, 245.

ID., *Le pacte d'actionnaires, le contrat dans la société*, in *Journ. Soc.*, 2008, 42 ss.

DUCOULOUX-FAVARD C., *Société anonyme*, Vuibert, 1992.

DURAND G., LEPINE, *L'exclusion des actionnaire dans les sociétés non cotées*, in *Petites affiches*, 1995, n° 88.

EASTERBROOK F.H., FISCHER D.R., *L'economia delle società per azioni*, Milano, 1996.

FARENGA L., *I contratti parasociali*, Milano, (Giuffrè), 1987.

FREYRIA C., *Etude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté de vote dans les sociétés*, in *Rev. tr. dr. comm.*, 1951, 419 ss.

FERNANDEZ M., *Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseur de crédit dans les droit français et anglais*, Thèse Paris II, 2007.

FERRANDO G., *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 432 ss.

FERRI G.B., *Le Società*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, 1987.

FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, Giuffrè, 1971.

FRISON-ROCHE M.-A., *Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers- réflexions générales*, in *Aspects juridiques de la mondialisation des marchés financiers, Banque & droit*, mai-juin 1995.

GALGANO F., *Il paradosso dei sindacati di voto*, in *Contr. e impr.*, 1995, 65 ss.

ID., *Diritto commerciale*, vol. II, *Le società*, 1992.

GALGANO F., GENGHINI R., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXIX, I, 3° ed., Padova, (Cedam), 2006.

GODON L., *Les obligations des associés*, Paris, (Economica), 1999.

GOWER, DAVIES, *Principles of Modern Company Law*, London, (Sweet & Maxwell), 2003.

GRANDE STEVENS F., *Ancora sui "patti di voto"*, in *Contr. e impr.*, 1990, 961 ss.

GRASSANI S., *I contratti parasociali*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* (a cura di Galgano), I, Torino, 1998.

ID., *I sindacati di voto e la legislazione speciale: ubi lex dixit..voluit?*, in *Contr. e impr.*, 1995.

GRIECO A., *Patti parasociali e riforma societaria*, in *Giust. civ.*, 2003, 525.

GRIFFIN S., *Company Law: Fundamental Principles*, Longman, 2000.

GRIFFITHS D., *Institutional shareholders and corporate governance*, Oxford Univ. Press, 1996.

GUYON Y., *Droit commercial et des sociétés*, Paris, (Economica), XI ed., 2001.

ID., *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et convention entre associés*, Paris, (LGDJ), II ed., 1995.

HOVASSE H., *Les aspects juridiques et fiscaux de la globalisation des marchés financiers*, in *Droit des sociétés*, juillet 2000, 7 ss.

IUDICA G., *Elzeviro in tema di patti parasociali tra "gruppi" di soci nelle società di capitali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 70 ss.

JAEGER P.G., *Il problema delle convenzioni di voto*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 201 ss.

JEANTIN M., *Le droit financier des biens*, in *Perspectives du droit économique- dialogues avec M. Jeantin*, Paris, (Dalloz), 1999.

ID., *Les convention de vote*, in *Rev. Jur. Com.*, 1990.

JOYCE, *Shareholder's agreements: a US Perspective*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco* (a cura di Bonelli-Jaeger), Milano, (Giuffr ), 1993.

KRAAKMAN R., DAVIES P., HANSMANN H., HERTIG G., HOPT K., KANDA H., ROCK E., *Diritto societario comparato* (a cura di Enriques), Bologna, 2006.

KULMS R., *A Shareholder's Freedom of Contract in Close Corporations*, in *Liber Amicorum E.-J. Mestmacker*, The Hague, 2003, 257 ss.

LE CANNU P., *Droit des sociétés*, Paris, (Monchrestien-Précis Domat), 2003.

LETELLIER, *Le droit de vote de l'actionnaire*, Thèse Paris, 1942, 85 ss.

LIBONATI B., *Il problema della validit  dei sindacati di voto: situazione attuale e prospettive*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco* (a cura di Bonelli e Jaeger), Milano, (Giuffr ), 1993.

ID., *Sindacati di voto e gestione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I 101 ss.

LOMBARDI G., *I patti parasociali nelle societ  non quotate e la riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, 267 ss.

MACRI' E., *Patti parasociali e attivit  sociale*, Torino, (Giappichelli), 2007.

MAGNIER V., *Droit des sociétés*, Paris, (Daloz), 2002.

MARINI P., *La modernisation du droit des sociétés*, la *Doc. fr.*, 1996, 64 ss.

MARTIN D., FAUGEROLAS L., *Les pactes d'actionnaires*, in *JCP G*, 1989, I, 3412.

MAZZAMUTO S., *I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa*, in *Contr. e impr.* 2004, 1086 ss.

MEADEL J., *Les marchés financiers et l'ordre public*, Paris, (LGDJ), 2007.

MEO G., *Le societ  di capitali, Le societ  con azioni quotate in borsa*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, XVII, Torino, 2002.

MEOLI B., SICA S., *I patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, 590 ss

MERCADAL B., JANIN P., *M mento Lefebvre sociétés commerciales*, 1995.

MERLE P., *Droit commercial- Soci t  commerciales*, Paris, (Daloz), 2007.

MESTRE J., PANCRAZI M.E., *Droit commercial*, Paris, (LGDJ), 2007.

MUCCIARELLI F.M., *Il principio di reciprocit  nella Direttiva comunitaria sull'opa*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 830 ss.

MULLER A.-C., *Droit des marchés financiers et contrats*, Thèse Paris 2, 2001.

O'NEAL H., *Restrictions on transfer of stock in closely held corporations : planning and drafting*, in *Harvard Law Review*, 1952, 773.

OPPO G., *Patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 215-228.

ID., *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle societ *, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 517 ss.

ID., *Contratti parasociali*, Milano, (Vallardi), 1942.

PAILLUSEAU J., *La contractualisation de la societ  anonyme fermée*, in *Gaz. Pal.*, 1998, 1257.

PARLEANI G., *Les pactes d'actionnaires*, in *Rev. Soc.*, 1991.

PAVONE LA ROSA A., *La "trasparenza" dei patti parasociali nelle società per azioni "aperte"*, in *Riv. soc.*, 2007, 549.

ID., *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 5 ss.

PERNAZZA F., *Brevi riflessioni in tema di contratti parasociali*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, 163 ss.

PEZARD A., *L'offre publique sur le marché boursier, les conflits d'intérêt en présence*, Acte du colloque des 4 et 5 avril 1995, *Petites Affiches*, n. 143, 29 novembre 1995.

POITRINAL D., *Les pactes d'actionnaires*, in *Mélanges Bézard*, 2002.

PRAT S., *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec, 1992.

PRIEUR J., *Droit des obligations et droit des sociétés*, in *Mélanges A.Sayag*, Paris, (Litec), 1997, 371 ss.

RAGUSA MAGGIORE G., *Trattato delle società*, II, Padova, 2003.

RESCIO G.A., *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 2006, 447 ss.

ID., *Dei patti parasociali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1458-1462.

ID., *La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2002, 853 ss.

ID., *Convenzioni di voto: note a margine di recenti provvedimenti*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, 111-129.

ID., *I sindacati di voto*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol.3, Torino, (Utet), 1994.

ID., *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle cd. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. soc.*, 1991, 596 ss.

RIOLFO G., *I contratti parasociali*, Padova, 2003.

RORDORF R., *I sindacati di voto*, in *Società*, 2003, 19 ss.

SAINT-AMAND P.J., SOREAU P.A., *Pactes d'actionnaires et engagements fiscaux*, Dossiers pratiques Lefebvre, 2006.

SAINTOURENS B., *La flexibilité du droit des sociétés*, in *RTD comm.*, 1987.

SALAFIA V., *I patti parasociali nelle società non quotate*, in *Società*, 2005, 945.

SALANITRO N., *Il regime dei sindacati azionari*, in *Riv. soc.*, 1988, 743 ss.

SANTONI G., *Dei patti parasociali*, in *La riforma delle società* (a cura di Sandulli e Santoro), Torino, 2003.

ID., *Patti parasociali*, Napoli, (Jovene), 1985.

SBISA'G., *Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione*, in *Contr. e impr.*, 1995, 69 ss.

SCHLESINGER P., *Sindacati di voto: oggetto delle clausole*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 419 ss.

SCHIZZEROTTO G., *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983.

SCIALOJA A., nota ad App. Milano, 12 dicembre 1911, in *Foro it.*, 1912, I, 181.

SCOGNAMIGLIO R., voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, 375 ss.

SEALY, *Shareholder's agreements- an endorsement and a warning from the House of Lords*, in *Cambridge Law Journal*, 1992, 437 ss.

- SEMINO G., *I patti parasociali hanno assunto efficacia reale*, in *Società*, 2004, 1267 ss.
- SIMONETTI L., *Gli "Shareholder's agreements" in Inghilterra*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Bonelli-Jaeger, Milano, 1993, 435 ss.
- SMITH, *Le champ d'application territorial de la réglementation des offres publiques*, in *Rev. du Conseil des marchés financiers*, 1998, 25 ss.
- STEDMAN G., JONES J., *Shareholder's Agreements*, London, (Sweet & Maxwell), 1998.
- STORCK J.P., *La validité des conventions extra-statutaires*, in *D.*, 1989, 267.
- STORCK M., *La réglementation des conventions de vote*, in *Rév. jur. com.*, 1991, 97 ss.
- THOMAS-RYAN, *The Law and Practice of shareholders' agreements*, Butterworths, 2000.
- TOFFOLETTO A., *Patti parasociali e società quotate*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, 284 ss.
- TORINO R., *I contratti parasociali*, Milano, (Giuffrè), 2000.
- ID., *Note in tema di efficacia dei patti parasociali di blocco e di contendibilità del controllo societario nell'ordinamento giuridico italiano e francese*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 717 ss.
- TUNC A., *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Paris, 1987.
- ID., *Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes*, in *Rév. gén. dr. com.*, 1942, 97.
- VIDIRI G., *I sindacati di voto: un antico contrasto tra approdi dottrinali e giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 1995, 1323 ss.
- VELARDOCCHIO-FLORES D., *Les accords extra-statutaires entre associés*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1991.
- VENTORUZZO M., *Gli "American Depositary Receipts": problemi in tema di emissione, cross listing e disciplina delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2001, II, 883 ss.
- VIDAL D., *Droit des sociétés*, Paris, (LGDJ), 2006.
- VIVANTE C., *Gli azionisti non possono alienare ovincolare il loro diritto di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, 173.
- XUEREB P.G., *The Rights of Shareholders*, Oxford- London- Edinburgh, 1989.