

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI LECCE

in persona del Giudice unico, dott.ssa Manuela Pellerino,

ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al numero 3479/2018

TRA

IMP S.R.L., in persona del legale rappresentante Montinari Piero, elettivamente domiciliata in Lecce, alla via Monte San Michele, n. 10, presso lo studio dell'Avv. Antonio Tommaso De Mauro del Foro di Lecce, che la rappresenta e difende, come da mandato in atti;

ATTRICE

E

NARDO' TECHNICAL CENTER S.R.L., in persona dei procuratori speciali Sander Edmund e Russo Luca, rappresentata e difesa, come da mandato in atti, dagli avv.ti Robert Rudek del Foro di Milano, Claudia Bettolini del Foro di Pavia e Carlo Mignone del Foro di Lecce, presso lo studio del quale in Lecce, alla via Michele De Pietro, n. 23, ha eletto domicilio;

CONVENUTA

CONCLUSIONI

All'udienza di precisazione delle conclusioni del 14 giugno 2019, sulla questione inerente la validità e l'applicabilità della clausola arbitrale, le parti concludevano come da verbale.



MOTIVI DI FATTO E DI DIRITTO ALLA BASE DELLA DECISIONE

Con atto di citazione depositato il 6/4/2018 IMP S.R.L. conveniva in giudizio NARDO' TECHNICAL CENTER S.R.L., deducendo di aver stipulato, quale appaltatrice, con la società convenuta, in forma scritta, con missive di proposta (del 10.10.2014 da parte dell'attrice) e di accettazione (del 3.12.2014 da parte della convenuta), un contratto d'appalto per la realizzazione di un nuovo manto di asfalto per tre piste destinate alle prove tecniche di veicoli, per un importo complessivo di € 18.283.175,78, oltre VAT (IVA).

Concludeva chiedendo: che fosse accertata e dichiarata la validità ed efficacia del suddetto contratto fino alla data del recesso della convenuta, asseritamente formulato senza giustificato motivo, previo accertamento dell'inesistenza di inadempimenti a carico dell'attrice o di vizi o difformità delle opere eseguite e previa declaratoria di utilizzo delle piste realizzate a far data dalla loro consegna; che fosse accertato e dichiarato l'inadempimento della convenuta, ed eventualmente la sua malafede nella fase esecutiva del contratto, e che per l'effetto quest'ultima fosse condannata al pagamento dell'importo di € 8.308.893,55, oltre al risarcimento da fermo cantiere per 304 giorni, pari un importo di € 42.846,21, o la maggiore o minor somma che fosse risultata di giustizia, oltre IVA ove dovuta, interessi e rivalutazione monetaria; che la convenuta fosse condannata al pagamento delle somme liquidate al Collegio di consulenti nominati nell'ambito di un procedimento per accertamento tecnico preventivo (avente RG. N. 6992/2016), promosso dall'attrice, in funzione dell'introduzione del presente giudizio; che fosse accertata e dichiarata l'illegittimità della pretesa della convenuta di escutere la garanzia assicurativa in essere con Reale Mutua assicurazioni per inesistenza dei presupposti, eventualmente accertando e dichiarando la malafede della convenuta; con vittoria di spese e competenze di lite.

NARDO' TECHNICAL CENTER S.R.L. si costituiva in giudizio eccependo, in via preliminare, il difetto di giurisdizione del Giudice adito, in favore di un collegio arbitrale internazionale, da nominare in conformità al Regolamento arbitrale della Camera di Commercio Internazionale, sulla base della clausola compromissoria, inclusa nelle condizioni FIDIC (Red Book, edizione 1999), applicabili al contratto come espressamente pattuito. In subordine, eccepeva l'inammissibilità delle domande avverse e l'improcedibilità dell'azione per l'omessa preliminare sottoposizione della controversia al DAB (Commissione per la Risoluzione delle Controversie), come previsto dall'art. 20.2 e ss. delle condizioni FIDIC; nonché il difetto di legittimazione attiva della rete d'impresa costituita con atto per notar Sergio Gloria rep. 72948 racc. 35551 in relazione a tutte le domande formulate (considerato che IMP S.R.L. aveva dichiarato di agire non solo in proprio ma, all'occorrenza, anche come capofila della rete d'impresa) e il difetto di legittimazione attiva di IMP



S.R.L. in relazione alla domanda concernente il rapporto di garanzia tra NTC S.R.L. e Reale Mutua Assicurazioni. Nel merito chiedeva il rigetto di tutte le domande attoree; con vittoria di spese e competenze di lite.

Rilevata l'opportunità di decidere in merito alla questione inerente la validità e l'applicabilità della clausola arbitrale, il Giudice rinviava la causa per la precisazione delle conclusioni e, all'udienza del 14 giugno 2019, tratteneva la causa per la decisione, previa concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

L'eccezione relativa alla validità e applicabilità al caso di specie della clausola compromissoria, sebbene non rilevi sotto il profilo del difetto di giurisdizione, è fondata e merita accoglimento, per i motivi di seguito esposti.

Preliminarmente occorre osservare che la più recente giurisprudenza della Corte di legittimità appare contrastante in merito all'individuazione della natura dell'eccezione relativa alla sussistenza di clausola compromissoria.

Negli ultimi anni, la Corte di Cassazione ha sostenuto che la questione non concerne la giurisdizione ma la competenza. In particolare, ha avuto modo di precisare che *“L'eccezione di compromesso ha carattere processuale ed integra una questione di competenza che non ha natura inderogabile, così da giustificare il rilievo d'ufficio ex art. 38, comma 3, c.p.c., atteso che essa si fonda unicamente sulla volontà delle parti, le quali sono libere di scegliere se affidare o meno la controversia agli arbitri. Ne consegue che, anche nel procedimento sommario di cognizione, tale eccezione deve essere formulata dalla parte interessata, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta e nel termine fissato dall'art. 702 bis, comma 4, c.p.c.”* (Cass., sez. VI, 5.6.2019, n. 15300). D'altronde, più recentemente ha affermato che *“L'eccezione di compromesso sollevata innanzi al giudice ordinario, adito sebbene la controversia sia stata deferita ad arbitri, attiene al merito e non alla giurisdizione o alla competenza, in quanto i rapporti tra giudici ed arbitri non si pongono sul piano della ripartizione del potere giurisdizionale tra giudici, ed il valore della clausola compromissoria consiste proprio nella rinuncia alla giurisdizione ed all'azione giudiziaria; ne deriva che, seppure formulata in termini di accoglimento o rigetto di una eccezione di incompetenza, la decisione con cui il giudice, in presenza di una eccezione di compromesso, risolvendo la questione così posta, chiude o non chiude il processo davanti a sé, deve essere considerata come decisione pronunciata su questione preliminare di merito, perché inerente alla validità o all'interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria, con la*



conseguenza che essa deve essere impugnata mediante appello, formandosi il giudicato ove questo non sia proposto” (Cass., sez. II, 8.8.2019, n. 21177). Tale ultimo orientamento accoglie evidentemente una qualificazione in termini negoziali della decisione arbitrale.

Ad ogni buon conto, occorre esaminare, la validità e applicabilità della clausola compromissoria al caso che ci occupa. A tal riguardo, deve evidenziarsi che il contratto stipulato tra le parti della presente controversia prevede espressamente l'applicazione delle condizioni FIDIC, Red Book edizione 1999, in lingua inglese, che per scelta delle parti è anche la lingua contrattuale.

Ebbene, nella stipulazione dei contratti, l'ordinamento giuridico italiano riconosce ai privati una generale libertà di lingua, che consente di scegliere e di utilizzare anche una lingua diversa da quella italiana, e di determinare così, autonomamente lo strumento di comunicazione della propria volontà. Tale libertà trova fondamento nel principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost, prima ancora che nel principio di autonomia privata.

Del pari, le parti sono libere di scegliere la legge applicabile al contratto, ben potendo decidere che il contratto sia regolato da una legge straniera, anche estranea alle parti contraenti.

La clausola FIDIC 20.6 prevede, secondo la traduzione italiana, non contestata dall'attrice, che *“Se non composta amichevolmente, ogni controversia rispetto alla quale la decisione del DAB (ove ve ne sia una) non è divenuta definitiva e vincolante sarà decisa da un arbitrato internazionale. Se non concordato diversamente da entrambe le Parti:*

- a) La controversia sarà definitivamente decisa in base al Regolamento arbitrale della Camera di Commercio Internazionale;*
- b) La controversia sarà decisa da tre arbitri nominati conformemente a tale Regolamento; e*
- c) Il procedimento arbitrale sarà condotto nella lingua della comunicazione come individuato nella sub-clausola 1,4; (...).”*

Tale clausola compromissoria deve ritenersi pienamente valida, in quanto contenuta nelle condizioni FIDIC, la cui applicabilità al contratto in esame è stata espressamente convenuta dalle parti.

Il contratto che ci occupa non può, come sostenuto dalla difesa dell'attrice, essere considerato un contratto di adesione. Quest'ultimo, infatti, si caratterizza per il fatto che le condizioni sono stabilite a priori da una delle parti (in genere imprenditore o società), e vengono proposte ad una generalità di possibili contraenti. La parte che aderisce si limita a manifestare il proprio consenso, in genere



attraverso la sottoscrizione di un modulo o formulario già predisposto. Frequenti sono i contratti per adesione nei servizi bancari, assicurativi, telefonici o di fornitura in generale (luce, acqua, gas).

Come recentemente sottolineato dalla Suprema Corte *“Possono qualificarsi come contratti "per adesione", rispetto ai quali sussiste l'esigenza della specifica approvazione scritta delle clausole vessatorie, soltanto quelle strutture negoziali destinate a regolare una serie indefinita di rapporti, tanto dal punto di vista sostanziale (se, cioè, predisposte da un contraente che espliciti attività contrattuale all'indirizzo di una pluralità indifferenziata di soggetti), quanto dal punto di vista formale (ove, cioè, predeterminate nel contenuto a mezzo di moduli o formulari utilizzabili in serie), mentre esulano da tale categoria i contratti predisposti da uno dei due contraenti in previsione e con riferimento ad una singola, specifica vicenda negoziale, rispetto ai quali l'altro contraente può, del tutto legittimamente, richiedere ed apportare le necessarie modifiche dopo averne liberamente apprezzato il contenuto, nonché, a maggior ragione, quelli in cui il negozio sia stato concluso a seguito e per effetto di trattative tra le parti”* (Cass., sez. II, 19.3.2018, n. 6753).

Nel caso in esame, diversamente da quanto accade nei contratti per adesione disciplinati dall'art. 1341 c.c., si osserva un unico contratto di appalto, (non preceduto né seguito da altri contratti analoghi tra le parti o tra la committente e altri soggetti), di notevole valore, stipulato tra due imprese, che, per ammissione della stessa parte attrice, è stato concluso a seguito di proposta di IMP S.R.L., la quale aveva previsto che le condizioni generali del contratto fossero desumibili dalle condizioni FIDIC, cui era seguita l'accettazione di NTC S.R.L.

IMP S.R.L., società proponente, era, dunque, perfettamente in grado di valutare la convenienza delle condizioni contenute nel Red Book, edizione 1999, e d'altronde, la circostanza che vi siano state delle trattative tra le parti emerge dalla ricostruzione dei fatti effettuata dalla stessa attrice nell'atto di citazione.

Il contratto FIDIC, peraltro, quale contratto tipo internazionalmente uniforme, non è unilateralmente predisposto da una delle parti, bensì da un terzo, l'organizzazione internazionale denominata Federazione Internazionale di Consulting Engineers, in vista di un impiego uniforme su scala planetaria da parte di imprenditori che agiscono nell'esercizio della loro attività professionale.

Né, nel caso che ci occupa, può ritenersi che sia configurabile un abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 192/1998, dal momento che nella fase delle trattative ben avrebbe potuto la IMP S.R.L. richiedere una modifica della clausola compromissoria, qualora ritenuta onerosa, mentre non emerge dagli atti che tale modifica sia mai stata richiesta. Inoltre, per definizione, l'abuso di posizione dominante presuppone una dipendenza economica, con riferimento



alla quale assume rilievo particolare la concreta possibilità dell'impresa debole di reperire sul mercato alternative soddisfacenti rispetto all'impresa reputata dominante. Non risulta in alcun modo dimostrato che la IMP S.R.L. fosse, al tempo della conclusione del contratto, in difficoltà economiche tali da non avere alternative sul mercato al di fuori dell'appalto stipulato con la NTC S.R.L. Deve aggiungersi che non vi erano precedenti consolidati rapporti commerciali tra le parti, come può accadere più frequentemente nei contratti di durata, che, qualora venuti meno, avrebbero potuto comportare una marginalizzazione dell'impresa attrice sul mercato. Inoltre, non sono state pattuite, nel caso in esame, clausole difformi rispetto ad analoghi contratti nel settore, considerato che le condizioni FIDIC richiamate dal contratto sono di fatto applicate in analoghi negozi in ambito internazionale. Né è ravvisabile, dall'esame del contratto, alcun elemento sintomatico di squilibrio (considerato ad esempio anche il corrispettivo considerevole previsto per l'appalto, non certo svantaggioso per la società attrice).

Riconosciuta la validità della clausola compromissoria, occorre esaminarne il contenuto.

La clausola 20.2 del FIDIC prevede, come pacificamente riconosciuto da entrambe le parti, la preventiva devoluzione di ogni controversia al DAB (dispute adjudication board). La clausola FIDIC 20.6 prevede, tuttavia, che la controversia sia decisa da un arbitrato internazionale, salvo che un'eventuale decisione del DAB non sia divenuta definitiva e vincolante. D'altronde, la clausola FIDIC 20.8 stabilisce che, ove non venga costituito il DAB, le parti possono rimettere la vicenda direttamente all'arbitrato internazionale. Tale previsione è coerente con l'utilizzo dell'espressione "*ove ve ne sia una*", utilizzata nella clausola 20.6, con riferimento appunto alla decisione del DAB, che, dunque, deve ritenersi non necessaria ai fini del ricorso all'arbitrato internazionale.

Il ricorso all'arbitrato internazionale, pertanto, al di fuori della summenzionata ipotesi (esistenza di un'eventuale decisione definitiva e vincolante del DAB) deve ritenersi obbligatorio e non facoltativo, come si evince dall'utilizzo, nella clausola 20.6, dell'espressione "*sarà decisa*", con riferimento alla decisione di ogni controversia, anziché "*potrà essere decisa*".

L'uso del verbo "potere" nell'ambito della clausola 20.8 sottolinea, viceversa, la facoltà di adire in via diretta il collegio arbitrale, a prescindere da una decisione del DAB.

D'altra parte, IMP S.R.L. non può imputare a NTC S.R.L. la mancata nomina del DAB, avendo ella medesima introdotto la presente controversia, senza previamente osservare quanto disposto dalle clausole 20.2 e 20.6 del FIDIC, e non essendosi mai attivata per sollecitarne la nomina a controparte.



Secondo la previsione contrattuale, se non concordato diversamente da entrambe le parti, la controversia deve essere decisa da tre arbitri nominati in conformità a quanto previsto dal Regolamento arbitrale della Camera di Commercio Internazionale. Il richiamo di tale regolamento, sebbene scritto in lingua differente da quella del contratto, è, senza dubbio, legittimo trovando pieno fondamento nell'autonomia negoziale.

Deve, pertanto, dichiararsi la competenza del collegio arbitrale, nominato ai sensi della clausola Fidic 20.6.

Si ritiene che le spese di lite debbano seguire il criterio della soccombenza e pertanto essere poste a carico di parte attrice, nell'importo liquidato in dispositivo.

P.Q.M.

il Giudice, definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe, disattesa ogni diversa istanza ed eccezione, così provvede:

1) dichiara la validità e l'applicabilità della clausola compromissoria 20.6 delle condizioni FIDIC (Red Book 1999), richiamate nel contratto stipulato tra IMP S.R.L. e NARDO' TECHNICAL CENTER S.R.L., e, per l'effetto, dichiara la propria incompetenza, in favore del collegio arbitrale nominato così come disciplinato da tale disposizione pattizia;

2) condanna IMP S.R.L. al pagamento in favore di NARDO' TECHNICAL CENTER S.R.L. delle spese di lite che si liquidano in € 21.300,00 per compenso di avvocato, oltre IVA e CPA, come per legge.

Lecce, 14/4/2020

IL GIUDICE

Dott.ssa Manuela Pellerino

