

NOTA DELLA ICC CON INDICAZIONI PRATICHE PER LO SVOLGIMENTO DEI PROCEDIMENTI ARBITRALI

Il 1 gennaio 2019 è entrata in vigore la *Nota alle parti e ai tribunali arbitrali sulla conduzione dell'arbitrato secondo il Regolamento ICC*¹ (la "Nota") con cui la Corte Internazionale di Arbitrato della International Chamber of Commerce (ICC) ha introdotto delle indicazioni pratiche dettagliate per il corretto svolgimento del procedimento arbitrale ai sensi delle Regolamento ICC (nella versione del 1 marzo 2017). La Nota rappresenta la continuazione degli sforzi dell'ICC per aumentare la trasparenza e l'efficienza del procedimento arbitrale. Tra le misure previste dalla Nota, si segnalano le seguenti.

Indicazione delle situazioni di potenziale conflitto e ruolo del Segretariato

La Nota stabilisce che le *disclosures* degli arbitri (e dei potenziali arbitri) circa la loro imparzialità e indipendenza devono essere rese note tanto alle parti (e loro affiliati), quanto ai terzi "qualificati", ovvero interessati dall'esito del procedimento. Anche la Nota, non diversamente dalle linee guida dell'International Bar Association (che oramai costituiscono un punto di riferimento indiscusso per l'identificazione e valutazione dei potenziali conflitti di interesse) elenca, in modo esplicitamente non esaustivo, una serie di situazioni di conflitto potenzialmente rilevanti.

La Nota aggiunge che il Segretariato può assistere gli arbitri nella preparazione delle loro *disclosures* indicando, all'inizio dell'arbitrato, una lista – non esaustiva - di "soggetti rilevanti", i cui eventuali rapporti con gli arbitri potrebbero inficiare l'imparzialità o l'indipendenza di questi ultimi. Allo stesso modo, gli arbitri possono richiedere assistenza e supporto al Segretariato, e tale opportunità potrà certamente essere colta in tutte le situazioni dubbie, o rispetto alle quali l'arbitro abbia necessità di supporto nel predisporre una dichiarazione la più completa e trasparente possibile. In ogni caso, il ruolo di assistenza del Segretariato, precisa la Nota, non deve essere inteso come un alleggerimento del dovere degli arbitri di indicare tutte le situazioni di potenziale conflitto, che ben potrebbero non essere state individuate preventivamente dal Segretariato.

Assistenza del Segretariato nella costituzione del tribunale arbitrale

La Nota precisa il ruolo di assistenza svolto dal Segretariato in sede di costituzione del tribunale arbitrale in relazione a due profili.

Il primo riguarda la nomina dell'arbitro unico o del presidente del tribunale arbitrale. Le parti possono rivolgersi al Segretariato affinché proponga l'arbitro unico o il presidente e fornisca altresì informazioni non confidenziali sul candidato. Inoltre, il Segretariato, sempre su richiesta congiunta delle parti, può contattare i candidati per richiedere loro informazioni e verificare la loro disponibilità, raccogliere ulteriori informazioni circa la loro esperienza ovvero utili per valutare l'assenza di conflitti di interesse.

Il secondo profilo, invece, riguarda il caso in cui non vi sia un accordo delle parti (normalmente presente nella clausola arbitrale) circa la nomina dell'arbitro unico o del presidente del tribunale, con conseguente nomina da parte della Corte d'Arbitrato. In tale caso, le parti hanno la possibilità di contribuire comunque alla scelta, attraverso una procedura compartecipata tra le parti stesse e il Segretariato. Le parti, infatti, potrebbero concordare che la nomina dell'arbitro unico o del presidente avvenga con una procedura di lista: in tal caso, il Segretariato fornirà alle Parti una lista di possibili candidati, e le parti potranno eliminare alcuni nomi dalla lista (escludendo quindi i soggetti meno graditi) e disporre i nominativi rimasti in ordine di

¹ *Note to parties and arbitral tribunals on the conduct of the arbitration under the ICC rules of arbitration*, accessibile tramite il seguente link: <https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>

preferenza. Al termine di detta procedura, la nomina avverrà secondo le modalità “tradizionali”, e dunque da parte del Segretariato, che a questo punto avrà, però, a disposizione una ristretta lista di nomi che incontrano già, almeno in una certa misura, il consenso delle parti. Si tratta di una formula già largamente utilizzata anche da altre istituzioni arbitrali, e che si rivela di una certa efficacia nell’agevolare la selezione di arbitri di comune fiducia delle parti.

Maggiore trasparenza durante e dopo il procedimento

A partire dal 1 Luglio 2019, per gli arbitrati registrati successivamente a tale data, la Corte della ICC pubblicherà maggiori informazioni sul procedimento. Infatti, in aggiunta alle informazioni già oggi rese pubbliche (i nomi degli arbitri, la loro nazionalità, il loro ruolo all’interno del tribunale arbitrale e il metodo di nomina, nonché se il procedimento è pendente o definito) verranno indicati anche i settori industriali interessati e i nomi dei difensori delle parti.

Inoltre, tutti i lodi ICC emessi a partire dal 1 gennaio 2019 potranno essere pubblicati non prima di due anni dalla notifica alle parti, sempre che queste ultime non si oppongano (regime di *opt out*). Le parti potranno in ogni caso anche chiedere l’applicazione di un termine di pubblicazione più lungo o più breve, escludere del tutto la pubblicazione o richiedere che il lodo venga redatto, in tutto o in parte, in forma anonima. Laddove alcuni aspetti dell’arbitrato o del lodo siano coperti da accordi di confidenzialità, la pubblicazione del lodo sarà in ogni caso soggetta alla specifica approvazione delle parti. Il Segretariato potrà anche escludere la pubblicazione di un lodo, qualora questo riguardi determinati settori industriali, ovvero nei casi ritenuti più sensibili.

Protezione dei dati personali alla luce del GDPR

La Nota contiene una nuova sezione finalizzata a garantire il rispetto del Regolamento Generale dell’Unione Europea per la Protezione dei Dati personali (Regolamento 2016/679, “GDPR”). Si tratta di un ambito di particolare interesse se si considera che l’ICC, la Corte Arbitrale e il Segretariato, per poter per assolvere agli adempimenti previsti dal Regolamento ICC e adempiere al loro compito di diffondere la conoscenza dell’arbitrato, devono necessariamente raccogliere e processare i dati personali di un numero rilevante di soggetti, e lo stesso tribunale arbitrale, nello svolgimento delle sue funzioni, deve a sua volta trattare dati personali. In particolare, in tale contesto, i dati personali potranno anche essere trasferiti tra i vari uffici del Segretariato e al di fuori dell’Europa. La Nota prevede, dunque, che le parti, i loro rappresentanti, gli arbitri, la segreteria amministrativa, i testimoni, gli esperti e ogni altro soggetto coinvolto nell’arbitrato, quale che sia il ruolo ricoperto, accettando di prendere parte al procedimento arbitrale riconoscono che la raccolta, il trasferimento e l’archiviazione dei loro dati personali è necessaria agli scopi del procedimento arbitrale e accettano che detti dati possano essere pubblicati (in caso di pubblicazione del lodo o di altro provvedimento).

Le parti hanno il dovere, da un lato, di assicurare che i loro rappresentanti, i testimoni, gli esperti e gli altri soggetti coinvolti siano consapevoli e accettino che i loro dati personali possano essere raccolti, trasferiti, pubblicati o archiviati per le finalità proprie dell’arbitrato, e, dall’altro, di garantire che detto trattamento dei dati avvenga nel rispetto delle norme applicabili in materia, tra cui, in particolare, il GDPR. A questo fine, e soprattutto per garantire che i dati siano raccolti, comunicati e archiviati con strumenti sicuri, la Nota incoraggia gli arbitri e le parti a consultare il Report dedicato all’utilizzo delle tecnologie nell’ambito

dell'arbitrato internazionale, predisposto dall'apposita commissione dell'ICC dedicata all'arbitrato e alla mediazione (*Report on the Use of Information Technology in International Arbitration*²).

La Nota introduce anche il dovere del tribunale arbitrale di ricordare, nel momento ritenuto opportuno, alle parti e agli altri soggetti coinvolti nel procedimento, l'applicazione del GDPR e il fatto che essi, accettando di prendere parte all'arbitrato, rendono possibile la raccolta, il trasferimento, l'archiviazione e la pubblicazione dei loro dati personali. A tal fine, la Nota incoraggia le parti e i tribunali arbitrali ad includere nel *Terms of Reference* predisposto all'inizio del procedimento un protocollo per il trattamento dei dati personali.

Alcune novità in materia di arbitrato di investimenti (*investor-state arbitration*)

La Corte ICC ha introdotto quattro indicazioni pratiche per garantire maggiore trasparenza negli arbitrati tra Stati e investitori, considerato il crescente numero di questi procedimenti. Si tratta dei procedimenti che gli investitori stranieri possono attivare sulla base dei trattati (multilaterali o, più frequentemente, bilaterali) per la protezione degli investimenti contro trattamenti discriminatori, espropri (diretti o indiretti) e più in generale, per ottenere il ristoro dei danni causati da interventi e misure dello Stato ospitante contrarie alle garanzie e ai principi fissati nel trattato. Questo meccanismo di risoluzione delle controversie, che molto spesso riguarda casi di enorme valore economico e che coinvolgono altresì interessi di rilevanza generale, è stato contestato negli ultimi anni, per lo più al di fuori del mondo arbitrale, specialmente sotto il profilo della limitata trasparenza. La Nota ora interviene rafforzando appunto le garanzie di trasparenza, di competenza degli arbitri e di qualità del lodo, così da rendere l'arbitrato ai sensi del Regolamento ICC una valida alternativa. In particolare, la Nota:

- incoraggia i potenziali arbitri a indicare nel curriculum una lista completa degli arbitrati investitore-stato cui hanno preso parte come arbitri, esperti o difensori;
- riconosce alle parti la facoltà di applicare, in tutto o in parte, le Regole UNCITRAL sulla Trasparenza;
- prevede che la bozza di lodo sia esaminata dal Vice-Presidente della Corte di Arbitrato e dai membri della Corte muniti di specifica esperienza negli arbitrati investitore-stato;
- prevede che, salvo opposizione delle parti, i lodi siano pubblicati entro sei mesi dalla notifica;
- prevede che il tribunale arbitrale, ai sensi dell'art. 25 (3) del Regolamento ICC, abbia facoltà, previa consultazione delle parti, di autorizzare deduzioni orali o scritte da parte di *amici curiae* e soggetti estranei alla lite (a titolo di esempio, negli arbitrati promossi da investitori europei contro Stati membri dell'Unione Europea, è molto spesso stato autorizzato il deposito di memorie da parte della Commissione Europea, come testimoniano i casi avanti l'ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes³ - il principale organismo istituito per amministrare questo tipo di arbitrati, sotto l'egida della Banca Mondiale).

Maggiore chiarezza circa i compiti del segretario del tribunale arbitrale

La Nota definisce, con maggiore dettaglio, i compiti che possono essere affidati al segretario del tribunale arbitrale (in tal modo rispondendo a talune critiche alle precedenti indicazioni dell'ICC, ritenute avere un approccio eccessivamente restrittivo rispetto ai compiti attribuibili al segretario). In particolare, il segretario

² <https://iccwbo.org/publication/information-technology-international-arbitration-report-icc-commission-arbitration-adr/>

³ <https://icsid.worldbank.org/en/>

potrà, sempre secondo le istruzioni e la stretta e continua supervisione del tribunale arbitrale (che è in ogni caso responsabile dell'attività del segretario):

- trasmettere documenti e comunicazioni per conto del tribunale arbitrale;
- organizzare, conservare e gestire i documenti depositati nel procedimento e inclusi nel fascicolo del tribunale arbitrale;
- organizzare udienze e riunioni, coordinandosi con le parti;
- redigere la corrispondenza da inviare alle parti e spedirla per conto del tribunale arbitrale;
- preparare, per il tribunale arbitrale, le bozze dei provvedimenti di natura procedurale e della parte in fatto del lodo, inclusa la sintesi del procedimento, l'esposizione dei fatti e delle posizioni delle parti;
- partecipare alle udienze, alle riunioni e alle delibere, prendendo appunti, redigendo verbali e riportando la durata degli incontri;
- svolgere ricerche legali; e
- controllare e correggere citazioni, date e riferimenti incrociati presenti nei provvedimenti e nel lodo, nonché correggere errori di battitura, di grammatica o di calcolo.

Resta inteso, precisa la nota, che il tribunale arbitrale non può delegare al segretario le sue funzioni decisorie o altri doveri essenziali degli arbitri, né è sollevato, in nessun caso, dal suo dovere di rivedere personalmente le bozze e i documenti predisposti dal segretario. Le indicazioni contenute nella Nota sono certamente apprezzabili. Il segretario del procedimento spesso svolge (specie negli arbitrati più complessi) un ruolo essenziale, sollevando gli arbitri dall'onere di svolgere attività dispendiose in termini di tempo e così favorendo la riduzione dei costi del procedimento. Per altro verso, tuttavia, è stato più volte evidenziato il rischio che le attività delegate possano sconfinare nell'attribuzione al segretario di compiti riservati agli arbitri, al punto da rendere il segretario una sorta di "quarto arbitro", privo tuttavia di alcuna legittimazione a partecipare alle attività decisionali del collegio. Pertanto, la formale definizione delle attività delegabili contenuta nella Nota potrà senz'altro contribuire a evitare il ricorso a prassi poco rigorose e poco rispettose della volontà delle parti, talvolta determinate dall'eccessivo numero di incarichi accettati dagli arbitri.

Contributo dell'Avv. Fabio Cozzi

Responsabile del Dipartimento di Diritto Internazionale di Arbitrando

Gennaio 2019