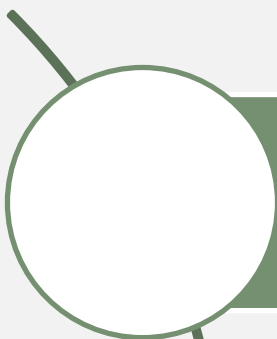


***THIRD-PARTY FUNDING* NELL'ARBITRATO
TRA TUTELA DELL'INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ DEGLI ARBITRI E CONFIDENZIALITÀ**

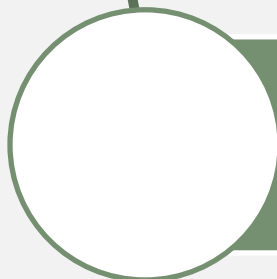
15 dicembre 2020

Fabio Cozzi, Delfino Willkie Farr & Gallagher LLP

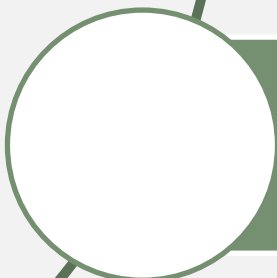
INDICE



Il *third-party funding* nell'arbitrato



Conflitto di interessi e obblighi di *disclosure*



Confidenzialità

TPF E ARBITRATO INTERNAZIONALE E NAZIONALE: POTENZIALITÀ DI DIFFUSIONE

- ✓ Fattori di attrattività nell'arbitrato internazionale:
 - Valore delle controversie generalmente molto alto
 - Ragionevole prevedibilità dell'esito della lite
 - Definitività del lodo
 - Eseguitività del lodo ai sensi della Convenzione di New York del 1958
- ✓ In generale ne è ammesso l'utilizzo, anche se sono rari i casi di regolamentazione espressa (es. Singapore, *Civil Law Third-Party Funding Regulations 2017*)
- ✓ Anche in Italia l'opinione largamente prevalente è favorevole all'ammissibilità dello strumento, come contratto atipico
- ✓ Arbitrato domestico presenta spiccati elementi di attrattività rispetto al contenzioso ordinario

THIRD-PARTY FUNDING: DEFINIZIONI

*...i termini "finanziatore di terze parti" e "assicuratore" si riferiscono a qualsiasi persona o entità che contribuisce con fondi, o altro supporto materiale, all'azione o alla difesa in giudizio e che ha un interesse economico **diretto** o il dovere di indennizzare una parte per il lodo emesso nell'arbitrato (**IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 2014**)*

Il termine "finanziamento di terze parti" si riferisce a un accordo stipulato da un'entità che non è parte della controversia e la parte della controversia, mediante cui il primo fornisce alla seconda, una sua affiliata o uno studio legale che la rappresenta,

a) fondi o altro sostegno materiale al fine di finanziare parzialmente o interamente i costi del procedimento, individualmente o come parte di una serie specifica di casi, e

*b) tale sostegno o finanziamento è fornito in cambio di una remunerazione o di un rimborso che dipende in tutto o in parte dall'esito della controversia, o in cambio del pagamento di un premio (**Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, 2018**)*

TPF: ELEMENTI ESSENZIALI

Il finanziatore **non è parte** formale della controversia

Supporto finanziario/materiale ad una parte per sostenere il contenzioso arbitrale

La remunerazione del finanziatore **dipende** dall'esito della controversia – interesse economico del finanziatore

INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ DELL'ARBITRO

L'arbitro deve essere
imparziale e
indipendente per tutta la
durata della procedura
arbitrale

Indipendenza
rispetto alle parti e
imparzialità rispetto
all'esito della
controversia

L'arbitro non solo
deve essere *ab initio*
ma deve rimanere
tale e apparire
indipendente e
imparziale per tutto il
corso del
procedimento

INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ DELL'ARBITRO: NORMATIVA NAZIONALE

- L'art. **815 c.p.c.** sulla ricusazione elenca le circostanze da cui possa derivare pregiudizio all'imparzialità e indipendenza dell'arbitro
- **Codice Deontologico Forense, art. 61:** *In ogni caso l'avvocato deve comunicare per iscritto alle parti ogni ulteriore circostanza di fatto e ogni rapporto con i difensori che possano incidere sulla sua indipendenza, al fine di ottenere il consenso delle parti stesse all'espletamento dell'incarico*

INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ DELL'ARBITRO: NORMATIVA ARBITRALE

- **Regolamento CAM, art. 20:** *Nella dichiarazione di indipendenza l'arbitro deve indicare, precisandone periodo e durata:*
 - a. *qualunque relazione con le parti, i loro difensori e **ogni altro soggetto coinvolto nell'arbitrato, anche in virtù di rapporti finanziari**, rilevante in rapporto alla propria imparzialità e indipendenza;*
 - b. ***qualunque** interesse personale o economico, **diretto o indiretto**, relativo alla controversia;*
 - c. *qualunque pregiudizio o riserva nei confronti della materia del contendere*
- **Codice Deontologico CAM, art. 6:** *L'arbitro, quando accetta, deve oggettivamente essere in una situazione di **assoluta** indipendenza. Egli deve **rimanere** indipendente in ogni fase del procedimento ed anche dopo il deposito del lodo, per il periodo di eventuale impugnazione dello stesso*
- Il requisito dell'indipendenza è universalmente previsto in tutti i regolamenti delle principali istituzioni arbitrali internazionali

CONSEGUENZE DEL CONFLITTO DI INTERESSI

- La carenza del requisito di indipendenza dell'arbitro può comportare rilevanti conseguenze, a seconda del momento in cui il conflitto di interessi viene rilevato.
 - ✓ Nel corso del procedimento arbitrale, l'esistenza del conflitto di interessi può condurre, su istanza della parte, alla **ricusazione dell'arbitro** (art. 815 c.p.c. e art. 21 Regolamento CAM) e alla sua **sostituzione** nel corso del procedimento arbitrale (es. art. 7 Codice Deontologico dell'Arbitro CAM)
 - ✓ Se l'esistenza del conflitto di interessi viene scoperta successivamente all'emissione del lodo, il **lodo** potrebbe essere impugnato davanti al giudice nazionale per ottenerne l'**annullamento**

INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ: *DISCLOSURE* DELL'ARBITRO

- Il c.p.c. non stabilisce espressamente obbligo di *disclosure*, previsto invece nei regolamenti arbitrali delle varie istituzioni
- Le istituzioni arbitrali richiedono che l'arbitro rappresenti, attraverso un'apposita dichiarazione di indipendenza e imparzialità, l'assenza di conflitti di interesse e che escluda la sussistenza di circostanze di cui all'art. 815 c.p.c. (e di altri eventuali casi previsti nel regolamento arbitrale)
- Anche negli arbitrati *ad hoc* è d'uso che gli arbitri rendano tale dichiarazione
- Si ritiene che l'arbitro debba attivarsi per effettuare una completa *disclosure* e compiere uno sforzo per scoprire eventuali motivi di dipendenza e parzialità non immediatamente noti: *Per soddisfare il proprio dovere di comunicazione previsto dalle Linee Guida, gli arbitri sono tenuti a vagliare **ogni informazione** che **ragionevolmente** sia a loro disposizione (IBA Guidelines on Conflicts of Interest, 2014)*

DALLA *DISCLOSURE* DELL'ARBITRO ALLA *DISCLOSURE* ALL'ARBITRO

- La *disclosure* di potenziali conflitti è importante per evitare impugnazioni del lodo e preservare l'integrità complessiva e la legittimità dell'arbitrato
- Il tema della *disclosure* degli arbitri si ricollega strettamente al tema della *disclosure* dell'accordo di finanziamento



- ✓ Che cosa comunicare? Quando? Chi deve attivarsi ai fini della *disclosure*?
- ✓ Come tutelare la confidenzialità dell'accordo di finanziamento?

TPF E *DISCLOSURE* (1/3)

- Potere dell'arbitro/dell'istituzionale di chiedere alle parti informazioni circa l'accordo di finanziamento
 - *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*: Gli arbitri e le istituzioni arbitrali hanno **l'autorità di richiedere espressamente** che le parti e i loro difensori comunichino se stanno ricevendo sostegno da un finanziatore e, in tal caso, l'identità del finanziatore
 - *Singapore International Arbitration Centre – Practice Note on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding*: Salvo diverso accordo tra le parti, il tribunale avrà il **potere di condurre indagini** (...) che includeranno l'ordine di dichiarare l'esistenza di qualsiasi relazione di finanziamento con un finanziatore esterno e/o l'identità del finanziatore esterno e, se del caso, dettagli sull'interesse del finanziatore esterno all'esito del procedimento e/o se il finanziatore esterno si è impegnato o meno ad assumersi la responsabilità dei costi negativi
- L'arbitro non è però incondizionatamente tenuto a scoprire autonomamente l'esistenza del finanziamento

TPF E *DISCLOSURE* (2/3)

- **Regolamento CAM 2020, art. 43:** *La **parte** che riceve da un terzo un finanziamento relativo al procedimento arbitrale e al suo esito **deve** dichiarare l'**esistenza** del finanziamento e l'**identità** del finanziatore. Tale dichiarazione deve essere ripetuta nel corso del procedimento, fino alla sua conclusione, se si rende necessario per fatti sopravvenuti o su richiesta del Tribunale Arbitrale o della Segreteria Generale*
- **Regolamento ICC 2021 (in vigore dal 1 gennaio 2021), art. 11:** *Al fine di assistere i potenziali arbitri e gli arbitri nell'adempimento dei loro doveri ai sensi degli articoli 11 (2) e 11 (3), ciascuna parte deve informare tempestivamente la Segreteria, il tribunale arbitrale e le altre parti, dell'**esistenza** e dell'**identità** del soggetto che ha stipulato un accordo per il finanziamento della controversia e in base al quale ha un **interesse economico** all'esito dell'arbitrato*

TPF E DISCLOSURE (3/3)

- *Singapore Institute for Arbitrators – Guidelines for Third Party Funders: Il finanziatore dovrebbe **cooperare** con la parte finanziata e il suo legale per quanto riguarda la disclosure a un tribunale arbitrale (...) di qualsiasi informazione riguardante il finanziamento se le norme applicabili o un ordine del tribunale arbitrale (...) lo richiedano*

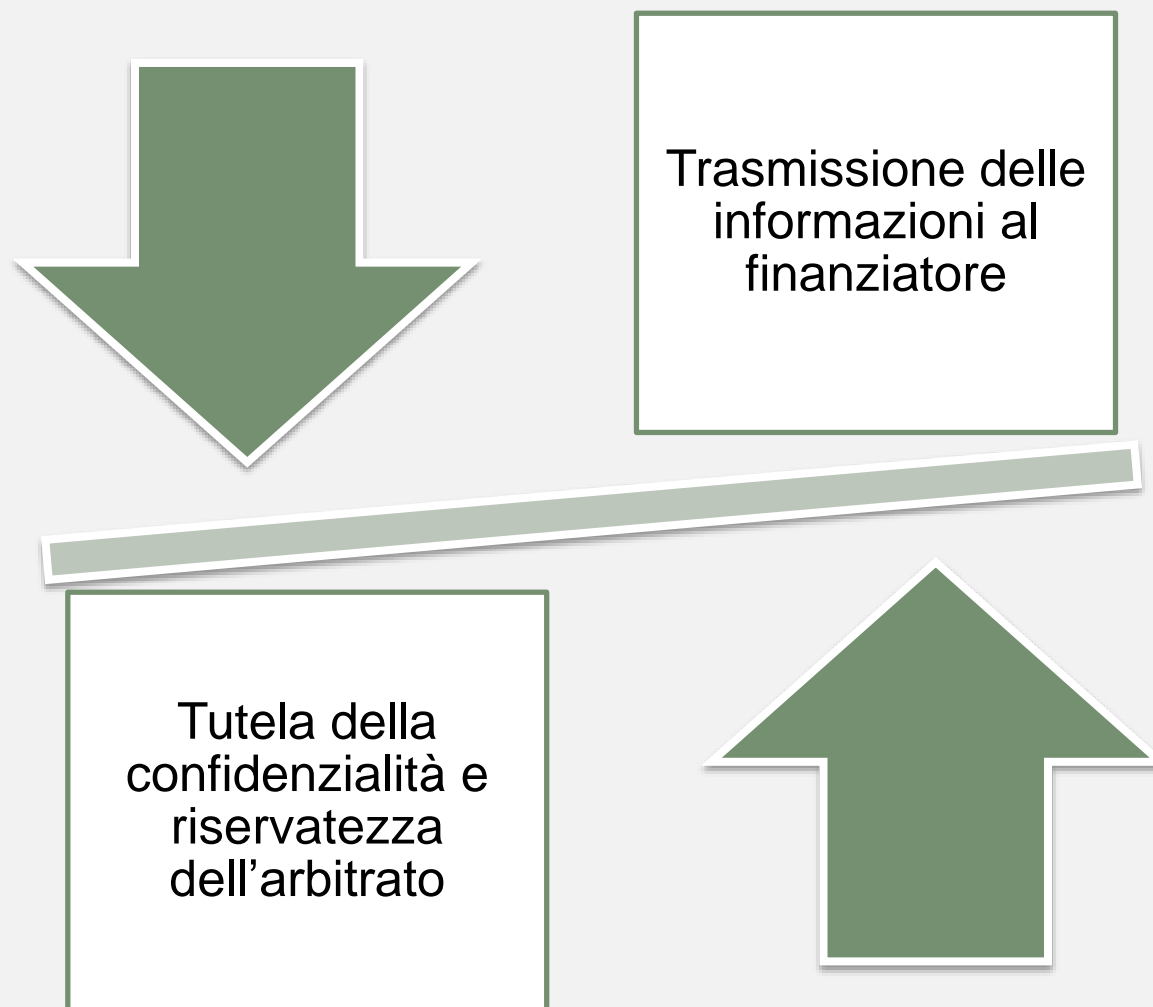
TPF E *DISCLOSURE*: L'ORIENTAMENTO PREVALENTE

- Prevale, quindi, la soluzione più equilibrata che impone una *disclosure* limitata all'esistenza e all'identità del *funder*
- La sistematica esibizione dell'intero accordo è generalmente ritenuta eccessiva, e può essere disposta sulla base di specifiche ragioni, documentate, che la giustifichino
- L'onere della *disclosure* è *in primis* della parte, ma arbitri e istituzioni arbitrali hanno l'autorità di richiedere informazioni circa l'esistenza di un finanziamento e l'identità del finanziatore
- La comunicazione deve essere effettuata all'avvio del procedimento, o, comunque, il prima possibile

TPF E CONFIDENZIALITÀ (1/4)

- Arbitrato è tendenzialmente riservato (es. art. 8 Regolamento CAM 2020) e confidenziale e la riservatezza è spesso indicata come uno dei grandi vantaggi dell'arbitrato rispetto al contenzioso davanti al giudice statale
 - **Regolamento CAM 2020:** *La Camera Arbitrale, le parti, i difensori, il Tribunale Arbitrale, i consulenti tecnici sono tenuti a osservare la riservatezza del procedimento e del lodo, fatta salva la necessità di avvalersi di quest'ultimo per la tutela di un proprio diritto o se previsto dalla legge*
 - **Regolamento ICC 2021:** *Su richiesta di qualsiasi parte, il tribunale arbitrale può emettere ordinanze relative alla riservatezza del procedimento arbitrale o di qualsiasi altra questione in relazione all'arbitrato e può adottare misure per proteggere i segreti commerciali e le informazioni riservate*
- In caso di finanziamento del terzo, il *funder* ha interesse a conoscere i dettagli della lite

TPF E CONFIDENZIALITÀ (2/4)



TPF E CONFIDENZIALITÀ (3/4)

- La condivisione di informazioni al *funder* al fine di ricevere supporto per la difesa in giudizio **non è** generalmente considerata in violazione dell'obbligo di riservatezza (in alcuni casi, il regolamento arbitrale prevede specifiche eccezioni in questo senso, es. art. 30 *LCIA Rules* o art. 44 *Swiss Rules of International Arbitration*)
- È comunque essenziale verificare gli obblighi di confidenzialità nei confronti della controparte previsti dal contratto oggetto di lite e le eccezioni ivi previste
- Strumenti per tutelare la confidenzialità in caso di TPF:
 - ✓ Estendere obbligo di riservatezza al finanziatore, in sede contrattuale
 - ✓ Regolare, all'avvio dell'arbitrato, gli obblighi delle parti in punto di confidenzialità. Anche il tribunale arbitrale potrebbe svolgere un ruolo attivo in questo senso (ad es. art. 30 Regolamento ICC 2021)

TPF E CONFIDENZIALITÀ (4/4)



- ✓ Il fondo può assumere un autonomo impegno di riservatezza, come nel caso dei codici di condotta (es. *Code of Conduct of Litigation Funders – The Association of Litigation Funders of England and Wales*)
- ✓ Prestare attenzione ai flussi di informazione. Se il fondo ha un proprio legale, le comunicazioni relative all'arbitrato possono essere trasmesse attraverso quest'ultimo per garantirne la protezione come corrispondenza tra legali

DELFINO E ASSOCIATI - WILLKIE FARR & GALLAGHER LLP



MILANO

Via Michele Barozzi, 2
20122 Milano
Tel. +39 02 763631

ROMA

Via di Ripetta, 142
00186 Roma
Tel. +39 06 686361

Materiale a scopo informativo – Riproduzione riservata