

Affari
Legali

DS6901

DS6901

Le imprese
ricorrono
sempre di più
all'arbitrato

Definire extragiudizialmente le controversie, specie quelle di alto valore, e molto più veloce

Arbitrati, tra le imprese cresce l'appel per i lodi

È in crescita il ricorso al Third Party Litigation Funding

PAGINE A CURA
DI ALBERTO GRIFONE

In un sistema di giustizia civile con ritardi cronici, le imprese sempre più spesso ricorrono sempre più spesso all'arbitrato. Se si escludono i dati delle camere arbitrali più attive, Milano *in primis*, è molto difficile reperire dati, dal momento che la riservatezza costituisce uno dei fattori propulsivi dell'arbitrato. Le ultime rilevazioni contenute nell'Osservatorio camerale 2022, hanno visto una media di 1,3 milioni per lite, il cui importo è stato più alto presso la Camera arbitrale di Milano, dove il valore totale dei 131 arbitrati svolti nel 2022, ha superato i 270 milioni di euro. La riforma del processo civile dell'ex ministra Cartabia (decreto legislativo 149/2022), in linea con gli obiettivi di sfoltimento del contenzioso del Pnrr, ha cercato di potenziare il ricorso a strumento di giustizia alternativa, ma è difficile valutare se le norme hanno avuto effetto.

«Un indiscutibile pregio del procedimento arbitrale, rispetto a quello ordinario, è dato dalla riservatezza», dice **Filippo Danovi**, partner dello **Studio Danovi**. «Le parti hanno la possibilità di mantenere la vicenda conflittuale e i reciproci interessi alla stessa sottesi confidenziali e in quanto tali non accessibili al pubblico. L'arbitrato è un fenomeno che tendenzialmente può nascere, svilupparsi, e

giungere al suo naturale epilogo tutto all'interno dei locali dove il procedimento si svolge. Questa possibilità di tenere l'intera lite sigillata *intra moenia* è molto apprezzata nelle controversie di rilevante impatto economico o che potrebbero avere risonanza pubblica, in quanto consente di evitare ripercussioni all'esterno dovute alla possibile influenza sul mercato dell'andamento del processo».

«Ritengo che l'arbitrato continui a rappresentare un importante strumento di gestione del contenzioso tra imprese, e come avvocato penso che l'inserimento di idonee clausole compromissorie all'interno di contratti tra imprese sia soluzione spesso consigliabile», dice **Ugo Ruffolo** già Ordinario di diritto civile all'Università di Bologna, e titolare dello **Studio Legale Ruffolo**. «Tanto, sia per le garanzie che spesso l'arbitrato offre quanto alle qualità dell'esame delle questioni giuridiche che ne costituiscono oggetto, sia per i tempi di definizione del procedimento, tendenzialmente assai più brevi rispetto a quelli che caratterizzano un giudizio ordinario. Quanto alle criticità che i procedimenti arbitrali spesso presentano, quella dei costi elevati interessa spesso soprattutto gli arbitrati internazionali, e specialmente quelli dinanzi a Camere di commercio internazionali. E molte delle problematiche concernenti l'assolvimento

dell'onere della prova o il recupero delle somme oggetto di condanna e delle eventuali spese legali sono, del resto, comuni ai giudizi ordinari, soprattutto se internazionali. Quanto allo strumento del *third party litigation funding*, occorrerà a mio avviso prestare crescente attenzione a tale fenomeno, che può essere virtuoso ma anche condurre a distorsioni non sempre facilmente gestibili. In Italia queste forme di finanziamento non sono certo diffuse, e non trovano disciplina compiuta, eccezion fatta per un recente sviluppo in materia di *consumer protection*: la Direttiva UE 2020/1828 in materia di «azioni rappresentative», recepita in Italia dagli artt. 140-ter ss. cod. cons., ammette forme di *third party litigation funding* a favore di enti rappresentativi (anche esteri) a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Potrebbe questo essere un primo passo verso una maggiore diffusione nel nostro paese di pratiche di finanziamento di azioni giudiziali da parte di soggetti terzi; e occorrerà prestare attenzione ad evitarne possibili effetti perversi».



«L'arbitrato è un procedimento più costoso rispetto a un giudizio dinanzi al Tribunale ordinario, soprattutto a causa delle elevate spese della procedura (onorari di arbitri e, se coinvolte, istituzioni arbitrali). Consente di ottenere una decisione in tempi più rapidi, all'esito di un procedimento affidato a professionisti esperti scelti dalle parti e con un elevato grado di approfondimento svolto in un contesto internazionalizzato e percepibilmente neutrale», ricordano **Paolo Bertoli**, counsel e professore ordinario di diritto internazionale e **Guido Frasoldati**, associate di **Cleary Gottlieb Steen & Hamilton Studio Legale**. «In aggiunta alle normali analisi di costi e benefici che precedono l'avvio di qualunque tipo di contenzioso le caratteristiche menzionate sono un ulteriore disincentivo ad avviare un arbitrato se non si è ragionevolmente convinti delle proprie ragioni. Avvocati e consulenti esterni, se esperti nel settore, possono aiutare il cliente a valutare i rischi e benefici connessi a una possibile azione. Nei procedimenti arbitrali, mediamente, il collegio è in grado di esaminare più approfonditamente le questioni fattuali e le prove dedotte dalle parti, anche riguardo alla quantificazione dei danni sofferti.»

«L'emergere di una controversia pone un'impresa dinanzi all'alternativa fra transigere o avviare un contenzioso. Questa scelta ha risvolti economici significativi e impone un'attenta analisi costi - benefici e di apprezzamento del rischio di successo o soccombenza nella lite», dicono **Giacomo Rojas Elgueta** e **Filippo Corsini**, entrambi Of counsel di **Chiomenti**. «Non di rado si osservano procedimenti arbitrali che non rispondono a criteri di economicità o razionalità, avviati sulla spinta di un risentimento verso la controparte negoziale o risultanti da analisi economiche poco attente. Il ruolo del legale esterno può essere in questa fase particolarmente importante, potendo portare uno sguardo obiettivo e distaccato rispetto alla vicenda. Il legale esterno è in grado di condurre un'analisi dei costi e benefici legati all'avvio di un arbitrato talvolta più lucida rispetto alla parte. Un aspetto rilevante riguardo al risarcimento del

danno, che spesso sorprende società straniere che vogliono eseguire un lodo straniero in Italia, è l'assoggettamento del valore del lodo all'imposta di registro del 3% e ciò a prescindere da quanto la parte vittoriosa sia in grado di recuperare nella fase esecutiva. Segnaliamo che si assiste anche in Italia ad un crescente ricorso al *Third party funding* che può contribuire allo sviluppo dell'arbitrato. Ovviamente non tutti gli arbitrati sono finanziabili; cruciale per valutazione del fondo è l'attività di *due diligence* che il TPF deve svolgere sia sul merito della controversia per comprendere le possibilità di vittoria, sia sull'affidabilità patrimoniale del soggetto passivo per valutare l'effettiva recuperabilità delle somme.»

«Ogni volta che un'impresa decide di avviare un arbitrato deve svolgere un'analisi e bilanciamento dei costi e dei benefici, come se si trattasse di un qualsiasi altro progetto. La conduzione di un arbitrato non solo è legata a poste significative, ma continuerà a occupare le risorse dell'azienda, fondamentali per ricostruire le questioni di fatto e recuperare tutte le informazioni rilevanti, ed essenziali per la gestione delle prove, documentali o testimoniali» dice **Cecilia Carrara**, partner di **Legance**. «Prima di avviare un arbitrato è bene fare un'analisi attenta dei tempi e dei costi e delle risorse interne che dovranno essere dedicate al progetto. Le spese legali e le spese amministrative negli arbitrati internazionali complessi sono elevate. Tuttavia, esse vengano sopportate dalla parte soccombente. Quindi la parte vittoriosa potrà recuperare tutte le proprie spese legali, non solo quelle nei limiti delle tariffe professionali forensi, nei limiti della ragionevolezza e adeguatamente provate. Ciò fa sì che l'arbitrato possa considerarsi proprio come un investimento: anche per questo occorre valutare quanta parte delle spese legali potranno essere recuperate sulla base di una prognosi di vittoria o soccombenza, totale o parziale, e il regime degli interessi applicabile.»

«Visti anche i rilevanti costi, il ruolo dell'avvocato diviene determinante nelle valutazioni pre-contenziose, laddove l'approfondimento giuridico della vicenda con-

sente al cliente di aver chiari tutti i rischi e i possibili scenari sottesi all'avvio del procedimento arbitrale e anche di valutare le possibilità di soddisfo della pretesa che dovesse essere accertata all'esito del procedimento. Rimane complessa la possibilità per il legale di fornire al cliente una stima precisa delle *chances* di successo, che dipendono da molteplici fattori non aprioristicamente valutabili - dice **Augusta Ciminelli**, partner del dipartimento Contenzioso e arbitrati dello studio **Gianni & Origoni**. «L'obiettivo della tutela risarcitoria è quello di conseguire l'integrale ristoro della perdita subita. Laddove ci si trovi in uno scenario internazionale, l'importo accordato a titolo risarcitorio dovrà tenere anche conto della tassazione cui potrebbero essere assoggettate le somme riconosciute dal lodo; della valuta in cui tale risarcimento danno viene richiesto e liquidato e, infine, degli interessi che potrebbero maturare nel corso del procedimento arbitrale. Si tratta di elementi che possono dunque influire in modo rilevante sull'ammontare del risarcimento, ragion per cui, in taluni casi, il Tribunale arbitrale viene supportato anche da esperti contabili nella valutazione dei profili prettamente fiscali, ed eventualmente nella scelta della valuta in cui esprimere il risarcimento del danno e nell'individuazione della data di conversione maggiormente appropriata. Come avviene nei giudizi ordinari, anche in caso di positivo esito del procedimento arbitrale, le prospettive di recupero potrebbero essere frustrate dalla incapienza della controparte, sicché la parte vittoriosa potrebbe trovarsi nella sostanziale impossibilità di incassare le somme liquidate dal lodo. Gli strumenti di recupero, per il resto, sono analoghi a quelli «sperimentabili» in caso di provvedimento giudiziario, presupponendo, in ogni caso, l'avvio dell'esecuzione, il reperimento di beni utilmente agredibili».

«Nell'arbitrato internazionale e fondamentale verificare, alla luce della legge applicabile, i principi applicabili per la individuazione e quantificazione del danno. Quando nel collegio arbitrale ci sono arbitri di diversa nazionalità è sempre opportuno, veri-

ficare il contesto giuridico di provenienza di ciascun arbitro, così da comprendere come meglio argomentare nel corso del procedimento arbitrale», dice **Federico Banti**, head of Dispute resolution di **Osborne Clarke** in Italia. «Il lodo è ormai parificato alla decisione giudiziale e come tale consente di intraprendere tutte le attività esecutive che ciascun ordinamento mette a disposizione. In ambito internazionale la Convenzione di New York del 1958 garantisce una ampia circolazione ai lodi arbitrali, considerato che il numero degli stati aderenti è arrivato a 166. In questo contesto i fondi di TPF possono avere un ruolo fondamentale soprattutto internazionale oltre che per il finanziamento delle spese legali ed arbitrali anche nella fase esecutiva dei lodi internazionali. I maggiori operatori offrono o comunque si fanno carico anche dei servizi di intelligence funzionali a una ottima strategia esecutiva. Molti fondi di TPF si fanno anche carico del rischio relativo ai cd *adverse costs*, quei costi di controparte da pagare in caso di eventuale soccombenza: elemento spesso rilevante soprattutto nelle controversie multi-par-te».

«Nel mondo ci sono numerose istituzioni (ICC, Swiss Arbitration Centre, LCIA, SCC di Stoccolma; in Italia la CAM) che hanno stabilito regolamenti di arbitrato per la risoluzione delle controversie», dice **Renato Fiumalbi**, co-Head of Litigation, arbitration, insolvency dello studio **Eversheds - Sutherland Italy**. «La scelta va fatta con attenzione: per esempio, per imprese italiane (o continentali) e giuristi di formazione di civil law, potrebbe non essere facile gestire arbitrati amministrati da organismi arbitrali anglosassoni, in cui alcune regole di procedura (p. es. la raccolta delle prove) possono essere molto diverse rispetto a quelle alle quali siamo abituati. In contratti complessi e nei quali gli interessi economici in gioco sono elevati, la scelta dell'arbitrato risponde anzitutto all'esigenza di contenere i tempi di risoluzione della lite. Tra l'altro quasi tutti i regolamenti arbitrali prevedono sia procedure accelerate per vertenze meno complicate sia la nomina dell'arbitro d'urgenza per la pronuncia di provvedimenti

cautelari».

A differenza di quanto accade in Italia, «negli arbitrati internazionali non è frequente l'impiego di esperti nominati dal tribunale arbitrale. Invece sono le parti che sottopongono al tribunale le relazioni tecniche dei loro consulenti. Negli arbitrati nei quali si discute dell'inadempimento di contratti e del danno conseguente, i consulenti di parte sono importanti per determinare il ritardo nell'adempimento (*delay analysis*) e per fornire la prova dell'ammontare del danno risarcibile. L'aspetto risarcitorio va considerato sotto diversi profili. Anzitutto il danno risarcibile dipende dalla legge applicabile, perché in alcuni ordinamenti sono risarcibili danni che invece non sono riconosciuti in altri. Poi è importante la metodologia che si applica per quantificare il danno. Anche questioni quali il trattamento fiscale del risarcimento, gli interessi, la eventuale svalutazione monetaria, sono elementi da considerare sin dall'avvio del procedimento in base alla legge sostanziale applicabile, perché possono influire in misura rilevante sull'ammontare effettivo del risarcimento».

Secondo **Mariafrancesca De Leo**, partner, e **Giulia Pandini**, associate dello studio **Greenberg Traurig Santa Maria** «la scelta fra arbitrato e giurisdizione ordinaria si risolve spesso in un bilanciamento fra due fattori: tecnico ed economico. Specie in presenza di rapporti contrattuali connotati da un elevato grado di specificità e tecnicismo (l'esempio più classico è quello dei contratti di M&A, ma pensiamo anche al settore dei servizi di pagamento), l'opzione a favore dell'arbitrato ha l'indubbio vantaggio di consentire una migliore prevedibilità degli esiti, in quanto consente di scegliere come proprio arbitro di parte uno specialista del settore. La durata del giudizio, decisamente più breve quello avanti agli arbitri, è un'ulteriore variabile tecnica in grado di far pendere l'ago della bilancia a favore dell'arbitrato. A questi evidenti benefici fa da contraltare il maggior costo della procedura arbitrale rispetto a un giudizio incardinato presso la giurisdizione ordinaria. L'istituto del *third party funding*, con il quale la prassi sta acquisen-

do via via maggior familiarità e che nella sostanza consente di ribaltare sul terzo finanziatore i costi legati alla procedura, potrebbe contribuire a rimuovere, o comunque ad attenuare, la rilevanza del discrimine economico nella scelta fra giurisdizione arbitrale e giurisdizione ordinaria».

Secondo **Roberto Usai**, counsel di **DWF** «la riforma cd. Cartabia del 2022 ha toccato principalmente due istituti: quello dell'indipendenza degli arbitri e quello cautelare. Particolarmente significativo è l'ampliamento del potere cautelare dell'arbitro mediante la riformulazione dell'art. 818 cod. proc. civ., conferendo dunque la possibilità per le parti di poter attribuire agli arbitri il potere di concedere misure cautelari, operando così finalmente uno «svecchiamento» della previgente disposizione normativa. Tuttavia, da un divieto assoluto non si è però passati ad un'apertura totale: la riforma si è posta in una posizione intermedia, in quanto, se da un lato ha previsto la possibilità per le parti, non solo di poter attribuire tale facoltà all'arbitrato, ma di poterla attribuire anche solo in parte, dall'altro ha comunque statuito dei limiti piuttosto rigidi che riguardano le modalità e le tempistiche con cui le parti possono attribuire all'arbitrato tali poteri.

In termini di benefici, l'arbitrato offre una via più rapida rispetto al giudizio ordinario per ottenere provvedimenti cautelari. La *ratio* sottesa al ricorso cautelare, e cioè quella di ottenere nel minor tempo possibile un provvedimento che possa tutelare un diritto che altrimenti verrebbe inevitabilmente leso, incontra la caratteristica principale che più distingue un giudizio di arbitrato da un giudizio ordinario: quello della velocità della conclusione del procedimento».

«In materia di IP, lo strumento dell'arbitrato è applicato abbastanza frequentemente, più spesso quando tra le parti sono aperte questioni che comporterebbero giudizi presso diversi Tribunali, magari anche all'estero», dicono **Elisabetta Berti Arnoaldi** e **Francesca La Rocca**, partner di **Sena & Partners**. «In tema di brevetti, inoltre, la scelta di ricorrere ad un arbitrato invece che

all'autorità giudiziaria dipende dal fatto che anche gli aspetti tecnici potrebbero essere più prontamente risolti disponendo di un Collegio arbitrale che comprenda, accanto ai legali, un esperto della materia. Un ulteriore vantaggio per l'impresa è quello di poter ottenere una decisione in tempi molto più rapidi rispetto a quelli dei giudizi ordinari. Per le controversie in materia IP particolarmente interessante è poi la recente possibilità di riconoscere agli arbitri, in presenza di specifiche condizioni, il potere di emanare provvedimenti cautelari. Forme specifiche di arbitrato sono previste dal Codice di IP riguardo alla determinazione del premio dovuto al dipendente inventore (art. 64 c.p.i.) ed anche per la licenza (art. 80) e per la licenza obbligatoria (art. 72), oltre che per l'espropriazione (art. 143). Oggi, inoltre, per le controversie in tema di brevetti è istituito il Centro di mediazione e arbitrato con due sedi, una a Lisbona in Portogallo e una a Lubiana in Slovenia dall'altra parte».

Secondo **Gabriele Cuonzo**, managing partner di **Trevisan & Cuonzo**, nel settore della proprietà intellettuale (IP) gli arbitrati non sono frequenti. «Il motivo è che la maggior parte delle controversie IP avvengono davanti ai tribunali ordinari (oggi anche il Tribunale Unificato dei Brevetti) in assenza di rapporti contrattuali preesistenti fra le parti e conseguenti clausole arbitrali. Devo dire che vi è anche una certa tradizionale diffidenza degli avvocati del settore IP verso l'arbitrato, visto spesso come «club di gentiluomini» pericolosamente limitativo delle rudi opportunità «offensive» offerte dalle corti ordinarie. Credo che gli arbitrati aumenteranno per 3 ragioni: una crescente tendenza alla collaborazione tra players tecnologici che sfocia inevitabilmente in framework contrattuali quasi sempre muniti di clausole arbitrali; una parte molto cospicua dell'innovazione prodotta non si trasforma in brevetti ma resta allo stato di know how che richiede complesse contrattualizzazioni per essere proteggibile e l'arbitrato è lo strumento più adatto a questi contesti; e la complessità sempre maggiore della tecnologia induce a devolvere la risoluzione dei conflitti a giuri-

sti e consulenti conosciuti alle parti e con un elevato grado di competenza nel settore, ciò che di nuovo favorisce la soluzione arbitrale. In questioni ad alta complessità tecnologica e giuridica il ruolo degli avvocati e consulenti nella costruzione delle strategie difensive e nell'analisi dei profili fattuali e scientifici diventa decisivo forse anche più che nelle controversie ordinarie. Questo accentua un processo già in atto verso la creazione di una «upper class» di avvocati e consulenti (specialmente economisti) in grado di affrontare contenziosi strategici.

L'arbitrato internazionale è oggettivamente un ecosistema più adatto di molti tribunali ordinari in controversie anche IP con *claim* risarcitori estremamente elevati nei quali le parti hanno interesse a mantenere in condizioni di riservatezza non solo la documentazione relativa al know how ma anche a quella relativa al transfer price o altri profili fiscali e valutari relativi ai rapporti tra entità societarie. Per queste ragioni credo che i prossimi 5 anni vedranno un ruolo crescente nel contenzioso (ordinario e arbitrale) dei third party funding (TPF) già molto attivi in alcuni settori come le cause di follow on in materia antitrust.»

«La grave crisi della giustizia civile, a fronte delle statistiche sulla durata media di un giudizio di primo grado, induce sempre più spesso grandi imprese, ma anche quelle di dimensioni più modeste, ad optare per la via arbitrale, non solo laddove il valore e la complessità della contesa lo suggerisca ma, anche, al fine di ottenerne una definizione in tempi più rapidi in considerazione della disponibilità, rimessa alle parti, in ordine alla scansione temporale dei termini della procedura arbitrale» commenta **Marco Campoli, Studio i-law**. «Il ruolo degli avvocati e dei consulenti risulta fondamentale per una valutazione dei rischi del procedimento sotto molteplici profili di analisi relativi: alle questioni fiscali e valutarie e al loro impatto in caso di risarcimento del danno, alle conseguenze dello stesso e soprattutto alle condizioni di messa in esecuzione del lodo, individuando sin subito gli asset della controparte aggredibili.

Sotto questo secondo aspet-

to, l'attività di due diligence preventiva – che consiste nell'attività di indagine della situazione economica-patrimoniale della controparte, nella valutazione dei beni (mobili e immobili), attraverso specifiche perizie volte anche a verificare l'esistenza di gravami e pregiudizievoli, e nella previsione di recupero – risulta fondamentale al fine di approntare tempestivamente e senza incertezze l'eventuale successiva fase esecutiva».

Infine, ma non meno importante, un fenomeno che evidenzia **Bruno Cova**, partner di **Greenberg Traurig Santa Maria**: «Negli ultimi anni è emerso – nell'ambito degli arbitrati internazionali, commerciali o relativi a trattati per la protezione di investimenti esteri – il tema di che comportamenti debbano tenere gli arbitri quando emergano circostanze indicative di illeciti corruttivi. Le questioni si articolano diversamente a seconda del tipo di procedura arbitrale. Gli arbitrati relativi agli investimenti esteri si caratterizzano per il coinvolgimento di uno stato sovrano. L'emersione di allegazioni di corruzione può addirittura portare al diniego di giurisdizione del collegio arbitrale. Ciò in quanto le tutele del trattato per la protezione degli investimenti non si applicano se è stata violata la legge locale, o in base alla così detta dottrina delle «mani pulite» che richiede che chi chiede la protezione pattizia abbia tenuto dei comportamenti corretti o, infine, sulla base del principio dell'ordine pubblico internazionale.

Negli arbitrati commerciali internazionali si è passati da un rifiuto ad occuparsi di illeciti penali all'accettazione della giurisdizione arbitrale. In entrambi i tipi di arbitrati se il collegio conclude per la propria competenza si troverà a dover risolvere delicate questioni quali i criteri di prova, i propri poteri nei confronti delle parti, la legge sulla base della quale deve essere valutato l'illecito, le sanzioni o rimedi applicabili nel caso in cui il collegio accerti l'illecito. Il tema della corruzione assumerà poi rilievo in sede di esecuzione o delibazione del lodo arbitrale, con possibili interventi delle corti nazionali».

— Riproduzione riservata — ■