

Arbitrato internazionale

Il “*Third Party Funding*” nell’arbitrato internazionale

di Sara Forni (*)



Attualmente il *Third Party Funding* è uno degli argomenti più dibattuti tra gli esperti di arbitrato internazionale. Con questo breve approfondimento, si intende offrire una sintetica panoramica del fenomeno, a partire dalla definizione di TPF fino ad arrivare al tema della dichiarazione di esistenza del finanziamento.

Premessa

Diffuso nei paesi di *common law* come forma di finanziamento delle parti coinvolte nei procedimenti ordinari, negli ultimi anni il “*Third Party Funding*” (TPF) si è affacciato al mondo dell’arbitrato internazionale, sia commerciale sia in materia di investimenti. Per ora non esiste una specifica regolamentazione a riguardo e il fenomeno si sta espandendo rapidamente. Si osserva che il TPF favorisce l’accesso alla giustizia ma d’altro canto impone scrupolose riflessioni riguardo a tematiche delicate come la trasparenza, l’imparzialità e l’indipendenza degli arbitri, nonché sul possibile controllo del caso da parte di un soggetto estraneo al procedimento. Per questi ed altri motivi, tra gli esperti di diritto internazionale il TPF è uno dei principali temi di analisi critica e di dibattito.

Il presente articolo ha lo scopo di illustrare le principali caratteristiche del TPF con riguardo all’arbitrato commerciale internazionale.

Che cos’è il “*Third Party Funding*”?

Non esiste una definizione condivisa di TPF (1). In generale, si può affermare che si tratta di un contratto in forza del quale un soggetto terzo (detto *funder* o società di finanziamento) si obbliga a provvedere al pagamento di onorari e spese connessi ad un procedimento arbitrale al posto di una Parte (Parte che riceve il finanziamento). Se le domande proposte dalla Parte risultano fondate, il soggetto che ha sostenuto i costi del procedimento otterrà una percentuale del credito accertato ovvero una somma stabilita, nella misura e secondo le modalità preventivamente concordate tra le parti. Viceversa, nel caso in

cui le domande siano rigettate, il *funder* perderà il proprio denaro e, nella peggiore delle ipotesi, potrà essere chiamato a sostenere anche i costi della Parte avversa.

Le Parti che ricevono il finanziamento

Prima dell’avvio dell’arbitrato o nel corso del medesimo, le Parti che vogliono ottenere il finanziamento dei costi connessi al procedimento selezionano un *funder* al quale sottopone il proprio caso. È opportuno che le Parti e i propri consulenti prestino molta cura nella selezione della società di finanziamento (2).

Note:

(*) Funzionario della Camera Arbitrale di Milano - Servizio Arbitrato.

(1) «*Third-party funding has become one of the “hot topics” in international arbitration. More and more parties, whether or not in financial distress, explore the possibility of using funders to provide the necessary capital to pay for their lawsuit. [...] The exact definition of third-party funding, however, remains elusive and its legal and ethical implications in international arbitration are uncertain*». in M. Scherer, *Out in the open? Third-party funding in arbitration*, in *Commercial Dispute Resolution*, maggio 2012, 55 e in www.cdr-news.com. A. Goldsmith-L. Melchionda, *Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid To Ask)*, in *International Business Law Journal*, 2012, 1, 55. Gli autori distinguono tra “*standard form of TPF*” (in cui l’attore chiede il finanziamento al fine di promuovere l’azione) e “*non-standard form of TPF*” (tale categoria comprende, tra l’altro, il caso in cui il finanziamento sia effettuato a favore del convenuto che non abbia proposto domande in via riconvenzionale).

(2) Al riguardo, «*It is advisable that also the litigant and its legal team make a due diligence on the funder, taking into consideration its financial solidity and liquidity, its reputation, its management and its experience in international commercial arbitration matters*». in N. Landi, *Third Party Funding in International Commercial Arbitration - An Overview*, in C. Klausegger [et al.] *Austrian Yearbook on International Arbitration 2012*, Vienna, 2012, 98-99.

Si rileva che, anche se tradizionalmente il TPF è utilizzato come forma di finanziamento dei costi della parte attrice, è sempre meno raro che le parti convenute, anche quando non propongano domande in via riconvenzionale, abbiano accesso allo strumento. In ogni caso, la Parte che vuole ottenere il finanziamento dovrà fornire al potenziale finanziatore numerose informazioni, comprese quelle di natura riservata. All'esito di approfondite verifiche, se il *funder* deciderà di concedere il finanziamento, inizierà la fase di negoziazione del contratto.

Le società di finanziamento

A livello mondiale esistono numerose società di finanziamento (3). I potenziali *funders*, interessati a trarre il massimo profitto dal proprio investimento, svolgono dettagliate *due diligence* e analisi dei rischi per decidere se concedere o meno il finanziamento e a quali condizioni. Alcune società descrivono sul proprio sito web come si articola il processo di selezione dei casi: generalmente viene svolto un controllo iniziale su tutti gli elementi che caratterizzano il caso (come il valore della controversia, la sede dell'arbitrato, la composizione e le modalità di nomina del Tribunale Arbitrale, ecc.), eventualmente seguito da indagini via via più approfondite (4). Nei casi più complessi, la fase della *due diligence* può durare anche diversi mesi ed essere molto costosa. Alla luce dell'esperienza maturata in tema di TPF, i *funders* riferiscono di accogliere solo una piccola percentuale delle richieste di finanziamento ricevute (5).

Un elemento determinante nelle valutazioni preliminari svolte dalle società è quello della scelta degli avvocati difensori della Parte: in alcuni casi i *funders* condizionano la propria accettazione alla nomina di un nuovo *team* difensivo o all'inserimento, nel *team* già nominato, di altri professionisti di loro fiducia. In questo modo i finanziatori si assicurano un controllo sul caso e sulle strategie difensive adottate dalla Parte. Il grado di influenza e di controllo esercitato dai *funders* sulle Parti che ricevono il finanziamento dipende dal contesto normativo di riferimento e dalle condizioni stabilite nel contratto di TPF. Sul tema, il «*Code of Conduct for Litigation Funders*» (6), primo tentativo di regolamentazione del fenomeno del TPF, adottato dalla «*Association of Litigation Funders of England and Wales*» (ALF) (7), all'art. 7, lett. b e c prevede espressamente che: «*A Funder will: (...) b) not take any steps that cause or are likely to cause the Litigant's solicitor or barrister to act in breach of their professional duties; c) not seek to influence the Litigant's solicitor or barrister to cede control or conduct of the dispute to the Funder; (...)*»

Il momento in cui occorre decidere se proseguire con l'arbitrato o transigere la lite è particolarmente delicato, tanto che non è raro che in questa fase sorgano dei contrasti tra la Parte che riceve il finanziamento e il *funder*. Infatti, gli interessi della Parte e quelli del *funder* possono essere in conflitto: può per esempio accadere che per la Parte sia più vantaggioso definire la controversia in via transattiva mentre per la società di finanziamento sia preferibile giungere sino al lodo. È pertanto opportuno che i contratti di TPF contengano specifiche previsioni riguardo alla risoluzione di eventuali controversie insorte tra le parti (8).

Note:

(3) V. per esempio, negli Stati Uniti: "Juridica Capital Management Ltd" (www.juridicacapital.com), "Law Finance Group" (www.lawfinance.com) e "Burford Capital Limited" (www.burfordfinance.com); in Australia: "IMF (Australia) Ltd." (www.imf.com.au) e "Hillcrest Litigation Services Limited" (www.hillcrestlitigation.com.au); nel Regno Unito "Harbour Litigation Funding Ltd." (www.harbourlf.com), "Woodsford Litigation Funding Ltd" (www.woodsfordlitigationfunding.com), "Therium Capital Management Limited" (www.therium.com), "Calunius Capital LLP" (www.calunius.com); "Fulbrook Management" (www.fulbrookmanagement.com); in Germania: "Foris AG" (www.foris.de), "Roland Prozessfinanz AG" (www.roland-prozessfinanzierung.com), "ExActor AG" (www.exactor.de), "Lexdroit International Litigation Funding GmbH" (www.lexdroit.com). Nel resto dell'Europa al momento vi è un numero molto limitato di società di finanziamento. In Francia è presente "La Française AM International Claims Collection" (www.lafrancaise-am.com). In Austria è presente "AdvoFin Prozessfinanzierung AG" (www.advofin.at). In Irlanda operano "Claims Funding International Plc" (www.claims-funding.eu) e "Astrea Capital Plc" (www.astreacapital.com).

(4) «*The funder will analyze the strengths and weaknesses of the claim or defense, the likelihood of success on the merits, and the ability to recover from the assets of the losing party*» in L. Bench Nieuwveld-V. Shannon, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2012, 4.

(5) A. Goldsmith-L. Melchionda, *op. cit.*, 56.

(6) Il «*Code of Conduct for Litigation Funders*», emanato dal "Civil Justice Council" (organo consultivo del Ministero della Giustizia del Regno Unito, costituito nel 1998) e presentato alla "Royal Courts of Justice" il 23 novembre 2011, è pubblicato in www.judiciary.gov.uk, oltre che sul sito della "Association of Litigation Funders of England and Wales" all'indirizzo <http://associationoflitigationfunders.com>.

(7) La "Association of Litigation Funders of England and Wales" è stata istituita nel novembre 2011.

(8) «*The funding agreement should specify a means to resolve any conflict over whether or not to settle the claim. It may provide that any irreconcilable difference over settlement must be referred to nominated counsel for a binding expert opinion on whether the settlement is a reasonable one, or the agreement may include some other form of dispute resolution clause to address this situation. A properly drafted funding agreement should recognize and clearly address these issues (...)*», in S. Khoury-K. Hurford, *Third Party Funding in international arbitration - Balancing benefits and risks*, in *PLC Magazine*, luglio 2012, 6, in www.imf.com.au.

Al riguardo, il «Code of Conduct for Litigation Funders», all'art. 11 lett. b, prevede che: «If the LFA [N.d.R. Litigation Funding Agreement] does give the Funder any of the rights described in clause 9 the LFA shall provide that: (...) b) if there is a dispute between the Funder and the Litigant about settlement or about termination of the LFA, a binding opinion shall be obtained from a Queen's Counsel who shall be instructed jointly or nominated by the Chairman of the Bar Council» (9).

Il contratto di TPF

Il contratto di TPF è strutturato sulla base delle specifiche esigenze delle parti, tenuto conto delle norme dell'ordinamento di riferimento, delle caratteristiche della controversia nonché delle norme che regolano il procedimento arbitrale e il merito della controversia.

All'interno dei contratti di TPF, le parti, tra le altre pattuizioni, in genere hanno cura di: stabilire qual è il compenso spettante al *funder* in caso di vittoria e qual è il meccanismo di calcolo di tale compenso; determinare quali costi la società di finanziamento è disposta a sopportare (es. compenso dei difensori, onorari degli arbitri, costi dell'istituzione arbitrale, ecc.); definire se e in che misura il *funder* possa esercitare un controllo sulla Parte e sulle scelte di conduzione del procedimento adottate dalla stessa, inclusa l'ipotesi della transazione della vertenza; decidere chi deve sostenere i costi dell'eventuale esecuzione del lodo; definire se, come e quando possano essere variate le condizioni stabilite nel contratto; prevedere le modalità di risoluzione di eventuali controversie insorte tra la Parte e il *funder*; stabilire se, in caso di insuccesso, la società di finanziamento si farà carico dei costi della parte avversa.

Inoltre, è di fondamentale importanza inserire una clausola di riservatezza, a tutela delle informazioni di cui il *funder* è venuto - e verrà - a conoscenza.

Il compenso delle società di finanziamento

Generalmente, le società di finanziamento pretendono una percentuale compresa tra il 15% e il 50% di quanto ricavato dalla Parte nell'arbitrato, a seconda dell'entità dei costi e dei rischi connessi al singolo caso (10). In alternativa, i *funders* e le parti che ricevono il finanziamento possono stabilire che, in caso di successo, le società percepiscano un importo calcolato applicando un moltiplicatore alla somma investita. Infine, si riscontrano casi in cui il compenso dei *funders* viene calcolato combinando i due metodi di cui sopra.

Quanto precedentemente descritto vale nel caso in

cui la Parte risulti vittoriosa o concluda una transazione. In caso di rigetto delle domande proposte dalla Parte che riceve il finanziamento, il *funder* non ha diritto ad alcun compenso né alla restituzione di quanto pagato nel corso del procedimento; inoltre, nel caso in cui la Parte sia condannata a pagare le spese della controparte, il *funder*, se così previsto nell'accordo di TPF, sarà tenuto a farsi carico anche di tali spese.

La dichiarazione dell'esistenza del TPF

Esiste un obbligo di dichiarare l'esistenza di un finanziamento? È compito degli arbitri richiedere eventuali dichiarazioni alle Parti? Quale potrebbe essere il ruolo delle istituzioni arbitrali in presenza di TPF? Le questioni che alimentano il dibattito all'interno della comunità arbitrale internazionale sono numerose e complesse.

Anche se attualmente non esistono norme che lo impongono, dichiarare l'esistenza di un finanziamento - e il nome della società di finanziamento - è fondamentale per far emergere eventuali conflitti di interesse, in particolare quelli che possono sussistere tra la società di finanziamento e gli arbitri che compongono il Tribunale Arbitrale (si pensi, per esempio, al caso in cui un avvocato è difensore di una parte che riceve un finanziamento dal *funder* Alfa e, nello stesso periodo, è arbitro in un altro caso in cui una delle parti ha ottenuto un finanziamento dal medesimo *funder* Alfa).

Questa esigenza è naturalmente connessa al tema dell'indipendenza e dell'imparzialità degli arbitri. In dottrina, vi è chi ritiene che gli arbitri dovrebbero richiedere alle parti, in maniera sistematica, di dichiarare l'eventuale presenza di società di finanziamento. Alcuni ritengono che, nei casi di arbitrato amministrato, debba essere l'istituzione a svolgere

Note:

(9) L'art. 9 del "Code of Conduct for Litigation Funders" prevede che: "The LFA shall state whether (and if so how) the Funder may: a) provide input to the Litigant's decisions in relation to settlements; b) terminate the LFA in the event that the Funder: - i) reasonably ceases to be satisfied about the merits of the dispute; - ii) reasonably believes that the dispute is no longer commercially viable; or - iii) reasonably believes that there has been a material breach of the LFA by the Litigant».

(10) «Typically, third party funders seek a share of the recovery in the range of 15% to 50% (the median figure is around a third), depending on the costs and risks involved in funding the dispute. The funder's fee may also increase over time to reflect additional costs and being incurred. In addition, the funder may agree to bear any adverse costs liability and provide security for the defendant's or respondent's costs, or agree that adverse costs risks will be covered by insurance or will remain the responsibility of the claimant», in S. Khoury-K. Hurford, *op. cit.*, 2, in www.imf.com.au.

detta attività. Di fatto, allo stato si tratta ancora di “questioni aperte”, vista la novità dell’istituto.

Conclusioni

Nonostante il ricorso al TPF faccia sorgere questioni molto delicate sotto il profilo giuridico ed etico, è uno strumento che risponde alle esigenze delle Parti - che necessitano di fondi - e delle società di finanziamento - che sono alla ricerca di nuove opportunità di investimento.

Al momento è difficile immaginare come e da parte di chi sarà regolato il fenomeno, ma si auspica che

siano rapidamente adottate misure atte a limitare il potere di controllo esercitato dai *funders* sulle Parti e a garantire la massima trasparenza del processo arbitrale.

Proprio sul tema della trasparenza, le istituzioni arbitrali rivestiranno un ruolo importante: analogamente a quanto avviene per il controllo di imparzialità e indipendenza degli arbitri, non ci sono ragioni per escludere che le istituzioni inseriscano nei propri regolamenti specifici obblighi di dichiarazione di esistenza di finanziamenti e di tutte le informazioni rilevanti sul piano della trasparenza.

RIVISTE

Il Corriere del Merito

Mensile di giurisprudenza civile, penale e amministrativa commentata

Direzione scientifica Civile: Guido Alpa, Vincenzo Carbone, Claudio Consolo, Vincenzo Cuffaro, Vincenzo Mariconda, Pietro Rescigno

Direzione scientifica Penale: Stefano Corbetta, Emilio Dolcini, Angelo Giarda, Giorgio Marinucci

Direzione scientifica Amministrativa: Francesco Caringella, Giuseppe Chiné, Rosanna De Nictolis, Fabio Francario, Marco Lipari

L’obiettivo della rivista è quello di offrire un **panorama giurisprudenziale ricco ed aggiornato** con un’attenzione particolare alla **fruibilità dei contenuti**.

Le **Sezioni:**

- “**Osservatori**”, **organizzati per Regione** ed arricchiti dall’esposizione del **caso concreto** (“in fatto”) ricavato dal testo ufficiale dei provvedimenti massimati;
- “**In evidenza**” con l’introduzione delle **parole chiave in neretto** e l’**evidenziazione dei passaggi più importanti** all’interno del commento;
- “**I Contrasti**”, una **tabella di sintesi** segnerà i **principali orientamenti giurisprudenziali** inerenti all’argomento trattato;
- “**Primo piano**” un **abstract d’autore** fornisce un sunto dell’argomento di attualità trattato.

In più, **ogni anno riceverà due fascicoli**

che tratteranno, di volta in volta, **Rassegne di giurisprudenza e dottrina ragionata** in ambito di diritto **civile, penale e amministrativo**.

Il servizio on-line, riservato agli abbonati e consultabile all’indirizzo **www.ipsoa.it/ilcorrieredelmerito**, permette all’utente di accedere a tutte le novità d’interesse e all’anteprima della Rivista cartacea.

Abbonamento annuale € 199,00
Supporto: carta, web, tablet

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – info.commerciali@wki.it)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://shop.wki.it/ipsoa>**

