



CAMERA
ARBITRALE
DI MILANO

Fuori dai giudizi. Dentro le soluzioni

14° CAM Annual Conference: come è andata

Valutazione costi e benefici, tassazione, quantificazione dei danni, recupero del denaro: le questioni economiche dell'arbitrato

Ispirata nel titolo ("*The color of money. Economics in arbitration*") ad un noto film di Martin Scorsese, in cui i due protagonisti, Paul Newman e Tom Cruise, sono intenti a sfidarsi nella vita e nel biliardo e con riferimento al colore, non solo del tavolo da gioco, ma soprattutto dei dollari, la **14° edizione della CAM Annual Conference** ha riunito a Milano oltre 170 esperti di arbitrato, provenienti da 16 Paesi del mondo (dal Kenya al Brasile, dalla Nuova Zelanda all'India) per affrontare e discutere i temi più strettamente economici dell'arbitrato.

La Conferenza si è focalizzata sull'analisi e sul bilanciamento dei costi e dei benefici che un'impresa è chiamata a svolgere prima di avviare un arbitrato; sul ruolo degli esperti nell'individuazione del nesso di causalità sotto un profilo economico e statistico; sul risarcimento e la quantificazione dei danni nell'arbitrato internazionale e sulle relative questioni fiscali e valutarie, nonché sul ruolo degli avvocati nella gestione di tutti i profili economici e della fase istruttoria; su come recuperare il denaro in caso di vittoria; sulla funzione dell'istituto del TPF (third party funding o finanziamento del terzo), in crescita anche nel nostro Paese, e di alcune peculiarità degli arbitrati internazionali con sede in Italia o soggetti alla legge sostanziale italiana.

Questi temi sono centrali visto che, secondo i dati della Camera Arbitrale di Milano, cresce ogni anno di circa il 10% il ricorso all'arbitrato amministrato CAM, sia da parte di grandi imprese che di imprese di dimensioni più modeste, grazie alle capacità di questo strumento di poter risolvere le liti in tempi certi e rapidi. Del resto, le imprese sanno quanto l'incertezza e le lungaggini delle controversie siano dannose in termini di investimenti futuri e di previsioni di occupazione.

Con queste premesse nel saluto di benvenuto, **Stefano Azzali**, il Direttore generale di CAM, ha spiegato la scelta del tema della Conferenza, osservando come questioni come il risarcimento del danno, la sua quantificazione e gli interessi non siano spesso discusse nella comunità arbitrale, pur essendo di estrema rilevanza per gli imprenditori, gli avvocati e gli operatori del mercato.

Michelangelo Cicogna (Partner, De Berti Jacchia Franchini Forlani) ha introdotto il tema della Conferenza, sottolineando come un'accurata quantificazione dei danni e un lavoro esauriente da parte degli avvocati in relazione all'esistenza e all'ammontare dei medesimi possano avere un impatto considerevole sulle conclusioni a cui giungono i tribunali arbitrali.

Franz Schwarz (Vice-Chair del dipartimento di arbitrato internazionale, WilmerHale) ha sottolineato come oggi l'interazione tra diritto ed economia, discostandosi dall'antica massima *iudex non calculat*, sia sempre più stretta e gli arbitri e i difensori siano chiamati a comprendere e a gestire questioni economiche complesse.

Sia il diritto che l'economia hanno diversi modi per allocare l'incertezza che è intrinsecamente presente nella quantificazione dei danni. Per quanto concerne la valutazione di un investimento in caso di espropriazione, i principali metodi adottati a tal fine sono (i) un approccio basato sui beni patrimoniali, (ii) un approccio basato sul mercato e (iii) un approccio basato sul reddito futuro. Schwarz, infine, ha reso omaggio al titolo della Conferenza con la citazione di Paul Newman *"Il denaro vinto è due volte più dolce di quello guadagnato"*, frase che potrebbe essere estesa a una sentenza di risarcimento danni in un arbitrato.

Joann Kahn (Group Head of Litigation, Arrow Resources AG) ha riflettuto su *"Perché avviare un arbitrato? Come orientarsi tra le considerazioni economiche del cliente"*. Una vittoria dal punto di vista dei legali interni non significa necessariamente prevalere alla fine di un procedimento arbitrale, ma può comportare soluzioni che preservano le relazioni commerciali tra le parti. Indipendentemente dal mezzo utilizzato per risolvere una controversia, tuttavia, una tempestiva e accurata determinazione dei danni costituisce un ottimo punto di partenza in qualsiasi processo di risoluzione delle controversie. Per quanto riguarda i fattori di costo, internamente all'azienda vengono analizzati diversi aspetti in relazione alle controversie, come il costo delle clausole arbitrali (in termini di negoziazione, numero di arbitri, costi dell'istituzione, ecc.), la gestione delle aspettative di amministratori e contabili, la considerazione di potenziali domande riconvenzionali e l'analisi costi-benefici in termini di prospettive di effettivo recupero del credito.

Dora Grunwald (Partner, Osborne Partners) nel rispondere alla domanda *"Quali fattori influenzano le sentenze di risarcimento danni negli arbitrati internazionali e che impatto hanno gli esperti sul risarcimento dei danni?"* ha fornito una spiegazione tecnica del funzionamento del metodo *discounted cash flow* e ha osservato che almeno una parte del divario nelle conclusioni sul *quantum* a cui giungono i periti nominati dalle parti è dovuta al fatto che gli avvocati forniscono ai periti istruzioni differenti.

Patrick Taylor (Partner, Debevoise & Plimpton) ha discusso del *"Ruolo dell'avvocato nelle fasi di quantum: difesa efficace, come richiedere, dimostrare e sostanzare i danni"*. Nelle prime fasi, è fondamentale occuparsi della quantificazione dei danni ed essere in grado di selezionare un esperto adeguato in materia di *quantum*, il che richiede trovare il giusto equilibrio tra competenza, esperienza, conoscenza del mercato e previa esperienza quale teste. Nella fase scritta diventa importante istruire correttamente l'esperto sullo standard legale applicabile e testare le premesse fattuali alla base della sua opinione. Da ultimo, Taylor ha osservato che un difensore dovrebbe sforzarsi di indicare al tribunale arbitrale il percorso più semplice e comprensibile per giungere a una decisione sul *quantum* favorevole al proprio cliente.

Passando al tema del nesso di causalità, **Meloria Meschi** (Senior Managing Director, FTI Consulting) ha incentrato il suo intervento sul *"Connettere causa ed effetto: il punto di vista dell'economista"*. Il ragionamento alla base della determinazione dei danni è complesso e incerto, ma gli esperti possono adottare teorie e strategie per minimizzare gli errori. Nel processo, è fondamentale discernere la differenza tra correlazione e causalità, e spesso è necessaria un'analisi di regressione multivariata per separare la relazione causale di interesse dai cosiddetti fattori confondenti. Infine, Meschi ha presentato tre casi legali in cui il ruolo degli esperti in materia di causalità si è rivelato fondamentale, con l'avvertenza di evitare di trarre conclusioni semplicistiche in assenza di un'attenta analisi del singolo caso.

Roula Harfouche (Partner, HKA) ha esaminato tematiche rilevanti in tema di quantificazione dei danni quali "*Tassazione, valuta e interessi dovuti fino alla pronuncia del lodo arbitrale*". L'idea di fondo è che una sentenza di risarcimento debba risarcire interamente il ricorrente alla data della sentenza, tenendo conto della tassazione a cui potrebbe essere soggetto l'importo riconosciuto in forza del lodo arbitrale, della valuta in cui tale danno viene espresso nella domanda di arbitrato e nel lodo e degli interessi che potrebbero maturare nelle more del procedimento sino alla pronuncia del lodo. La tassazione del risarcimento può essere incerta sia in termini di tempistiche che in termini di trattamento fiscale applicato sull'ammontare riconosciuto in sede arbitrale da parte dell'autorità fiscale nazionale. Di conseguenza, gli aspetti fiscali devono essere presi in seria considerazione nell'ambito della valutazione del risarcimento e il tribunale deve essere adeguatamente informato sulle conseguenze fiscali del lodo. Anche la valuta può influire su elementi rilevanti per il calcolo del risarcimento, come le previsioni dei flussi di cassa, il tasso di sconto, gli interessi maturati e dovuti nella fase che precede la decisione arbitrale. Gli esperti contabili devono supportare il tribunale arbitrale nella scelta della valuta in cui esprimere il risarcimento del danno e nell'individuazione della data di conversione appropriata. Infine, data la lunghezza di alcuni procedimenti arbitrali, gli interessi possono rappresentare una parte sostanziale del risarcimento riconosciuto. Gli interessi che maturano nella fase che precede l'adozione del lodo hanno una funzione compensativa e una funzione restitutoria: compensano l'attore per essere stato privato di una certa somma che avrebbe dovuto ricevere in passato e allo stesso tempo impediscono l'arricchimento senza causa del convenuto. Sebbene le due funzioni non si escludano necessariamente a vicenda, i tribunali arbitrali dovrebbero essere cauti nell'evitare un eccesso di compensazione in caso di sovrapposizione.

Jurriaan Braat (Managing Director di Omni Bridgeway) ha spiegato "*Come ottenere il denaro: finanziamento dell'esecuzione e tracciabilità dei beni*". Il finanziamento di una causa di merito comporta il finanziamento dei costi e delle spese del procedimento. Diversamente, il finanziamento dell'esecuzione riguarda il finanziamento di tutti o parte dei costi per l'esecuzione, il recupero e la riscossione di una sentenza, di un lodo, di un credito a basso rischio o di un portafoglio di crediti, a fronte del diritto - in caso di successo del recupero - a una quota concordata dei proventi dell'esecuzione. Le commissioni del finanziatore terzo per il finanziamento dell'esecuzione possono essere pari a un multiplo dei costi finanziati più una percentuale dell'importo netto recuperato o il più alto tra un multiplo dei fondi investiti e l'importo netto recuperato. Nel processo di finanziamento dell'esecuzione, la prima fase prevede una *due diligence* preliminare. Dopo aver valutato la probabilità di recupero, iniziano le trattative per stipulare un accordo di finanziamento e recupero.

Rosanna Grosso (Senior Legal Counsel, Siemens AG) e **Giovanni Foti** (Partner, Accuracy) hanno discusso la questione: "*L'arbitrato in Italia è diverso? L'economia degli arbitrati "italiani"*". In particolare, Grosso ha individuato due differenze chiave nel sistema arbitrale italiano rispetto ad altre giurisdizioni: da un punto di vista sostanziale, secondo il diritto italiano un tribunale arbitrale può riconoscere danni che non sono solitamente riconosciuti come tali in altre giurisdizioni, come i danni alla reputazione e la perdita di *chance*; da un punto di vista procedurale, i procedimenti arbitrali con sede in Italia vedono spesso il ricorso a un esperto nominato dal tribunale e non solo a esperti nominati dalle parti. Foti ha spiegato che il ruolo dei periti negli arbitrati "italiani" è triplice: un esperto (i) fornisce un supporto per determinare il nesso di causalità, (ii) illustra la metodologia applicata per quantificare i danni e (iii) fornisce un calcolo dettagliato dei danni.

In tema di arbitrato internazionale, per il prossimo anno sono stati pianificati due appuntamenti da non perdere: la 15°edizione di CAM Annual Conference del 29 novembre 2024 a Milano e la terza edizione dell'Italian Arbitration Day, organizzata da CAM e dall'AIA- Associazione Italiana per l'Arbitrato, che si terrà a Roma il 13 giugno 2024.