



SCEGLIERE L'ARBITRATO

La gestione del contenzioso nell'attività d'impresa (CCIAA di Verona, 5 novembre 2019)

L'ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE

Prof. Avv. Marco Torsello

Professore ordinario di Diritto privato comparato | Università di Verona Global Professor of Law | New York University, Law-Abroad Program, Paris Partner | ARBLIT Radicati di Brozolo Sabatini Benedettelli Torsello, Milano Componente | ICC Commission on Arbitration and ADR



Dipartimento di SCIENZE GIURIDICHE



Outline:

- Struttura e vantaggi dell'arbitrato nelle controversie transnazionali
- Arbitrato internazionale, autonomia privata e sede dell'arbitrato
- Il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri
- Validità ed efficacia dell'accordo arbitrale e arbitrabilità





Struttura e vantaggi dell'arbitrato nelle controversie transnazionali

ARBITRATO INTERNO: ARBITRATO INTERNAZIONALE = X: Y

X =



Y =



Prof. Avv. Marco Torsello



Dipartimento di **SCIENZE GIURIDICHE**



Struttura e vantaggi dell'arbitrato nelle controversie transnazionali

ARBITRATO 'INTERNAZIONALE':

- La distinzione è resa necessaria dalla differente disciplina riservata in vari ordinamenti all'arbitrato internazionale rispetto a quello interno, oltre che dall'applicabilità di talune convenzioni internazionali (Art. I, Conv. NY 1958)
- Cfr. Art. 830(2) c.p.c. italiano: "se una delle parti [...] risiede o ha la propria sede d'affari all'estero"
- La verifica dell'"internazionalità" va compiuta caso per caso, sulla base del diritto applicabile, tenendo presenti le notevoli divergenze nei diritti nazionali





Struttura e vantaggi dell'arbitrato nelle controversie transnazionali

ARBITRATO 'INTERNAZIONALE':

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006

- "An arbitration is international if:
- (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or
- (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:
 - (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;
 - (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or
- (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country".

Prof. Avv. Marco Torsello



Dipartimento di SCIENZE GIURIDICHE



Struttura e vantaggi dell'arbitrato nelle controversie transnazionali

VANTAGGI DELL'ARBITRATO IN GENERALE

- Competenza (tecnica)
- Rapidità (e costi) (cfr. Expedite Proceedings Misure cautelari)
- Definitività della decisione (impugnabilità limitata o esclusa)
- Flessibilità della procedura
- Confidenzialità

SPECIFICI VANTAGGI DELL'ARBITRATO NELLE CONTROVERSIE INTERNAZIONALI

- Neutralità
- Autonomia delle parti (facoltà di scegliere: istituzione, lingua, diritto, procedura, ecc.)
- Centralizzazione della decisione
- Circolazione della decisione (Convenzione di New York del 1958)





Arbitrato internazionale, autonomia privata e sede dell'arbitrato

FONTI NORMATIVE NELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE:

Autonomia delle parti:

- Accordo arbitrale
- Regole istituzionali incorporate per relationem (e.g. ICC / UNCITRAL Rules)

Diritto nazionale applicabile (dir. dell'arbitrato – NO C.P.C.!):

- Lex arbitri (sede dell'arbitrato = domiciliazione del procedimento + nazionalità del lodo) – spesso basata sulla UNCITRAL Model Law (80 paesi + 34 stati/regioni/province autonome)
- Convenzioni internazionali applicabili (in particolare, Conv. New York 1958)

Prof. Avv. Marco Torsello



Dipartimento di **SCIENZE GIURIDICHE**



Arbitrato internazionale, autonomia privata e sede dell'arbitrato

RUOLO DELL'AUTONOMIA DELLE PARTI:

- Effetto derogativo (della giurisdizione) e attributivo di competenza giurisdizionale
- Ambito di ciò che viene devoluto in arbitrato
- Scelta delle regole (istituzionali) del procedimento arbitrale
- · Scelta della sede dell'arbitrato
- Scelta degli arbitri (o dei criteri di selezione degli arbitri)
- Scelta della lingua del procedimento
- · Scelta della legge
 - ✓ Applicabile al merito
 - √ Applicabile all'accordo arbitrale (principio della Separability)
 - ✓ Applicabile ai profili procedurali
 - ✓ Applicabile al merito





Arbitrato internazionale, autonomia privata e sede dell'arbitrato EFFETTI DELLA SCELTA DELLA "SEDE" DELL'ARBITRATO: la Lex arbitri

- Validità dell'accordo arbitrale: Art. V(1)(a) NY Conv. 1958
 - > Riconoscimento negato se l'accordo è: «not valid under the law to which the parties have subjected it or [...] under the law of the country where the award was made»
- Regole procedurali: Art. V(1)(d) NY Conv. 1958
 - > «arbitral procedure [...] not in accordance with the law of the country where the arbitration took place»
- Competenza per l'annullamento del lodo: Art. V(1)(e) + Art. VI NY Conv. 1958
 - > Lodo «not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made»
- Efficacia dell'accordo arbitrale: Art. II NY Conv. 1958
 - > Il Giudice nazionale deve «refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed»

Prof. Avv. Marco Torsello



Dipartimento di SCIENZE GIURIDICHE



Il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri

LA "CIRCOLAZIONE" DEL LODO: Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri

Norme uniformi per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi

Non diciplina tutti i profili del procedimento arbitrale, ma è comunque di fondamentale importanza ...

- ...in quanto:
- impegna i giudici nazionali a riconoscere ed eseguire i lodi stranieri, salve limitate eccezioni;
- impegna i giudici nazionali a riconoscere ed eseguire gli accordi arbitrali, salve limitate eccezioni;
- impegna i giudici nazionali a riferire le parti in arbitrato in presenza di un (valido) accordo arbitrale.
- preclude alle corti nazionali la revisione nel merito in funzione del riconoscimento.





Il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri

DINIEGO DI RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE:

- A domanda di parte, il riconoscimento «può» («may») essere rifiutato se: ...
 - a) Incapacità / invalidità dell'accordo (ai sensi della legge scelta o della legge della sede),
 - b) Violazione del contraddittorio,
 - c) Lodo ultra petita,
 - d) Vizio nella composizione del tribunale arbitrale o nella procedura (ai sensi dell'accordo arb. o della lex arbitri),
 - e) Lodo non ancora vincolante, o annullato o sospeso nel paese dove è stato reso.
- · Anche d'ufficio, se ...
 - a) L'oggetto della controversia non può essere definito in arbitrato ai sensi della legge del paese dove viene chiesto il riconoscimento,
 - b) Riconoscimento ed esecuzione risulterebbero contrari all'ordine pubblico del paese dove viene chiesto il riconoscimento.

Prof. Avv. Marco Torsello



Dipartimento di SCIENZE GIURIDICHE



Validità ed efficacia dell'accordo arbitrale e arbitrabilità

VALIDITÀ DELL'ACCORDO ARBITRALE:

Validità formale: Art. II(1) «agreement in writing» + Art. II(2) «signed by the parties» (o scambio corrisp.)

- Questioni interpretative risolte in modo diverso da diverse corti nazionali
- Art. 7(2) UNCITRAL Model Law + 2006 Recommendation + Most favorable right rule (Art. VII Conv. NY)
- UN Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts (2005) (in forza: 11 paesi)

Validità sostanziale:

- «Null and void»: diritto contrattuale → vizi della volontà (e simili)
- «Inoperable»: res iudicata / lis pendens / limite temporale (e simili)
- «Incapable of being performed»: scelta di arbitro non più disponibile / clausole patologiche (e simili)

Diritto applicabile alle questioni di validità: diritto scelto dalle parti / lex arbitri





Validità ed efficacia dell'accordo arbitrale e arbitrabilità

'ARBITRABILITÀ':

Art. II Conv. NY: «questione suscettibile di essere regolata in via arbitrale»

'Valvola di sicurezza' concessa agli stati contraenti della Conv. → definizione nazionale

Cfr. Art. II(3) Conv. NY: «agreement null and void, inoperative, or incapable of being performed...» (diritto scelto dalle parti / lex arbitri) \rightarrow Art. V(1)(a) Conv. NY: riconoscimento può essere escluso a domanda di parte

≠ Art. V(2)(b) Conv. NY: «subject matter of the difference not capable of settlement by arbitration...» (diritto del paese dove viene richiesto il riconoscimento)

Fase pre-Lodo:

- di fronte al tribunale arbitrale (questione di competenza 'giurisdizionale')
- di fronte al giudice nazionale derogato (Art. II(1) Conv. NY) ≠ Substantive validity / Public policy / Mandatory Law

Fase post-Lodo:

- di fronte al giudice dell'annullamento (sede)
- di fronte al giudice dell'esecuzione e riconoscimento

Prof. Avv. Marco Torsello



Dipartimento di SCIENZE GIURIDICHE



Validità ed efficacia dell'accordo arbitrale e arbitrabilità

'ARBITRABILITÀ':

Arbitrabilità delle controversie antitrust:

Negli Stati Uniti, cfr. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985)

Nell'Unione europea, cfr. Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV, C-126/97 (1999)

- 'Second look' doctrine: in primo luogo la decisione spetta al tribunale arbitrale (comptence-comptence)
- 'Prospective waiver' doctrine (nota 19 Mitsubishi): se la scelta della legge e la scelta del foro «operate in tandem as a prospective waiver»

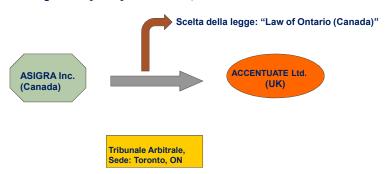




Validità ed efficacia dell'accordo arbitrale e arbitrabilità

'ARBITRABILITÀ':

Accentuate Limited v. Asigra Inc. [2009] EWHC 2655, 30 October 2009



Prof. Avv. Marco Torsello



Dipartimento di **SCIENZE GIURIDICHE**



Arbitrato internazionale e legge applicabile al merito

DETERMINAZIONE DELLA LEGGE APPLICABILE:

Autonomia contrattuale: Legge /regole contrattuali scelte delle parti

In mancanza di scelta:

- Art. 28(2) UNCITRAL Model Law: "... the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable".
- Art. 35 UNCITRAL Arbitration Rules: "... the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate".
- Art. 21 ICC Rules: "... the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate"

Norme di applicazione necessaria:

- Tribunale arbitrale obbligato a rendere un «enforceable award»,
- Tribunale arbitrale potrà applicare norme di applicazione necessaria anche al di là dei limiti di cui all'art. 9(2)(3)
 Reg. Roma I (cfr. Art. 11, Principi dell'Aja su 'choice of law in international commercial contracts' 2015)





Considerazioni finali ...

- Clausole modello come 'porto sicuro' per evitare clausole patologiche: da evitare: «any disagreements under this contract shall be subject to arbitration under the rules of the Spanish Institute of Arbitration and the International Chamber of Commerce (ICC) in Paris, however the Court of Madrid shall have exclusive jurisdiction to decide any disputes between the parties.»
- Non affrontare l'arbitrato come un procedimento ordinario di fronte a un Giudice togato!
- Non affrontare l'arbitrato internazionale come un arbitrato nazionale!
- Opportuno (necessario) il ricorso a competenze specialistiche!

Per ulteriori approfondimenti: M. Benedettelli, M. Torsello, *Italy*, in E. Gaillard, G. Kaiser (a cura di), *Global Arbitration Review Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*, London, 2019.

Prof. Avv. Marco Torsello



Dipartimento di **SCIENZE GIURIDICHE**



Grazie della cortese attenzione!

Prof. Avv. Marco Torsello

Professore ordinario di Diritto privato comparato | Università di Verona Global Professor of Law | New York University, Law-Abroad Program, Paris Partner | ARBLIT Radicati di Brozolo Sabatini Benedettelli Torsello, Milano Componente | ICC Commission on Arbitration and ADR (marco.torsello@univr.it | marco.torsello@arblit.com