

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Arbitrato commerciale internazionale e diritto *antitrust*

Sommario: I. PREMESSA. – II. ABRITRABILITÀ DELLE CONTROVERSIE ANTITRUST NEGLI STATI UNITI. – III. ARBITRABILITÀ DELLE CONTROVERSIE ANTITRUST NELL'UNIONE EUROPEA. – IV. LA COOPERAZIONE TRA GIUDICI, ARBITRI E COMMISSIONE UE IN MATERIA ANTITRUST. – V. ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE, ORDINE PUBBLICO E DIRITTO DELLA CONCORRENZA. – VI. CONTROLLO DEL GIUDICE IN SEDE DI IMPUGNAZIONE E RICONOSCIMENTO DEL LODO ARBITRALE.

I. PREMESSA

Da tempo il tema dell'arbitrabilità delle controversie antitrust e dei problemi ad essa sottesi è divenuto un punto fermo sia delle trattazioni maggiormente orientate verso i profili dell'arbitrato commerciale internazionale, sia delle trattazioni maggiormente orientate verso quello che viene comunemente definito il *private enforcement* del diritto della concorrenza. Le ragioni di ciò sono alquanto intuitive: da un lato, in quanto nell'attuale momento storico l'arbitrato commerciale rappresenta, con riferimento al commercio internazionale, il principale strumento di soluzione delle controversie nelle quali, molto spesso, vengono in rilievo anche aspetti direttamente connessi al diritto della concorrenza; dall'altro lato, in quanto gli arbitri, proprio perché sempre più spesso chiamati a dirimere controversie in materia antitrust, concorrono in misura rilevante a favorire l'attuazione del diritto della concorrenza ad opera dei privati.

II. ABRITRABILITÀ DELLE CONTROVERSIE ANTITRUST NEGLI STATI UNITI

Negli Stati Uniti il tema dell'arbitrabilità delle controversie antitrust ruota essenzialmente intorno a due contrapposti *leading cases*. Il primo è costituito dalla sentenza *American Safety Equip. Corp v. J.P. Maguire & Co.* del 1968 nella quale i giudici della Corte di appello del secondo distretto hanno escluso la compromettibi-

lità in arbitri delle controversie antitrust. In tale pronuncia, infatti, rilevato che la normativa a tutela della concorrenza era stata emanata con lo specifico fine di tutelare l'interesse nazionale nell'ambito di una libera e competitiva economia di mercato, i giudici americani hanno ritenuto che l'avvio di un'azione legale ai sensi dello *Sherman Act* o del *Clayton Act* presentasse una rilevanza che trascende le singole parti coinvolte per cui doveva ritenersi che il Congresso non avesse inteso prevedere la possibilità che tali controversie fossero definite al di fuori delle aule delle corti giudiziarie¹. Leggendo la sentenza, peraltro, risulta evidente che le vere ragioni della soluzione adottata dai giudici americani erano: a) l'intimo legame esistente tra il *private enforcement* della normativa antitrust ad opera della giustizia togata e la possibilità per le corti di concedere il tipico risarcimento "triplo"; b) i contratti che presentano elementi di illiceità sotto il profilo concorrenziale sono, molto spesso, contratti di adesione, per cui non può escludersi il rischio che la clausola arbitrale negli stessi contenuta sia il frutto dell'imposizione unilaterale ad opera della parte economicamente più forte, e non il risultato di una libera ed equa negoziazione tra le parti; c) la presunta incompatibilità tra le caratteristiche tipiche dell'arbitrato (semplicità, rapidità e riservatezza) e l'intrinseca complessità delle controversie in materia antitrust; d) il fatto che il diritto della concorrenza costituisce una materia troppo seria per essere devoluta alla competenza di soggetti che, il più delle volte, provengono da quel mondo economico la cui attività rappresenta il destinatario naturale delle regole antimonopolistiche.

Il secondo *leading case* risale al 1985 ed è rappresentato dalla sentenza della Corte Suprema *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Playmouth, Inc.* Con tale

¹ *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Morgan*, 391 F. 2d 821, 826 (1968).

pronuncia la Corte Suprema, pur senza procedere ad un formale *overruling* della pronuncia del 1968, ha sancito il principio dell'arbitrabilità delle controversie internazionali antitrust rilevando che considerazioni di cortesia internazionale, rispetto delle capacità dei tribunali stranieri e sensibilità alle esigenze del commercio internazionale impongono il rispetto delle clausole arbitrali sottoscritte dalle parti².

Per giungere a tale conclusione la Corte Suprema ha, innanzitutto, escluso qualsiasi rilevanza della tesi secondo cui le controversie antitrust nascono, di regola, da contratti di adesione e che, conseguentemente, la clausola arbitrale in essi contenuta si espone al rischio di essere unilateralmente imposta dalla parte economicamente più forte. In secondo luogo, con specifico riferimento all'asserita inidoneità dell'istituto dell'arbitrato a consentire un'efficace e corretta gestione delle complesse liti antitrust la Corte suprema ha dichiarato apertamente di dubitare che le controversie antitrust possano essere ritenute aprioristicamente inadatte ad essere compromesse in arbitri. Infine, con specifico riferimento alla fondamentale importanza della legislazione antitrust all'interno del sistema capitalista statunitense e del ruolo svolto dalla *treble damages action*, la Corte suprema ha escluso che l'istituto dell'arbitrato potesse rappresentare un ostacolo alle funzioni compensativa e deterrente di tale azione. Partendo, infatti, dall'assunto secondo cui gli arbitri sono vincolati al rispetto della volontà delle parti, i giudici hanno messo in luce il fatto che se le parti hanno convenuto di devolvere alla competenza di un collegio arbitrale determinate controversie, ivi comprese quelle relative al diritto antitrust statunitense, il collegio arbitrale è tenuto a risolvere tali controversie fa-

cendo applicazione della legge nazionale da cui originano le controversie medesime.

Per quanto riguarda, invece, il tema dell'arbitrabilità delle controversie antitrust domestiche la sentenza *Mitsubishi* non ha inciso sulla perdurante validità dell'*American safety doctrine*. Tuttavia, nel corso degli anni successivi diversi giudici distrettuali hanno spontaneamente esteso la giurisprudenza *Mitsubishi* anche a fattispecie puramente di diritto interno³, contribuendo in tal modo a rafforzare ulteriormente l'istituto dell'arbitrato.

III. ARBITRABILITÀ DELLE CONTROVERSIE ANTITRUST NELL'UNIONE EUROPEA

All'interno dei Trattati (intendendosi con tale espressione sia il TUE sia il TFUE) non esiste una previsione che sancisca esplicitamente la possibilità di deferire agli arbitri la soluzione di controversie attinenti al diritto antitrust. L'art. 272 TFUE, infatti, prevede unicamente la competenza della Corte di giustizia a giudicare in virtù di una clausola compromissoria contenuta in un contratto di diritto pubblico o di diritto privato stipulato dall'Unione europea o per conto di questa; mentre il successivo art. 273 TFUE stabilisce che la Corte di giustizia è competente a conoscere di qualsiasi controversia tra Stati membri in connessione con l'oggetto dei trattati, quando tale controversia le venga sottoposta in virtù di un compromesso. Da un punto di vista strettamente letterale, pertanto, le norme in questione nulla dicono a proposito del tema di fondo della compromettibilità in arbitri di controversie antitrust, posto che tali norme non sanciscono in alcun modo, né escludono, la possibilità per i privati di devolvere alla giustizia arbitrale le loro controversie in materia antitrust. Da sempre, tut-

² *Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

³ *Genna v. Lady Foot Int'l, Inc.*, 1986-2 Trade cas. (CCH) (E.D. Pa. 1986); *Gemco Latinoamerica, Inc., v. Seiko Time Corp.*, 671 F. Supp. 972, 980 (S.D.N.Y. 1987); *Kowalski v. Chicago Tribune Co.*, 854 F. 2d 168, 173 (7th Cir. 1988); *GKG Caribe, Inc. v. Nokia-Mobira, Inc.*, 725 F. Supp. 109 (d.P.R. 1989); *Cindy's Candle Co. v. WNS, Inc.*,

714 F. Supp. 973 (N.D. Ill. 1989); *Western Int'l Media Corp v. Johnson*, 754 F. Supp. 871, 873-874 (S.D. Fla. 1991); *Syscomm Int'l Corp. v. Synoptics Comms., Inc.*, 25 F. 3rd 1437 (9th Cir. 1994); *Crown Homes, Inc., v. Landes*, 27 Cal. Rptr. 2d 827 (cal. App. 2 Dist., 1994); *Georges Fischer Foundry System, Inc. v. Adolph H. Hottinger Maschinenbau GmbH*, 1994 - 1 Trade cas. (CCH) 70.556 (E.D. Mich. 1994).

tavia, la prassi decisionale della Commissione ha mostrato un deciso *favor* nei confronti dell'istituto dell'arbitrato con specifico riferimento al tema delle controversie antitrust. A mero titolo esemplificativo, infatti, si deve osservare che, nella vigenza del Reg. 17/1962, la Commissione ha spesso subordinato la concessione di un'esenzione individuale ai sensi dell'art. 101, § 3 TFUE alla comunicazione, da parte dei beneficiari, di ogni lodo o procedimento arbitrale relativo all'applicazione o all'interpretazione degli accordi esentati dal divieto⁴. Inoltre, lo stesso Reg. 556/89 in materia di esenzioni per categoria di accordi di licenza di *know how* prevedeva espressamente la possibilità per la Commissione di revocare il beneficio dell'esenzione nel caso in cui fosse stato accertato che un lodo arbitrale relativo ad un accordo esentato era in grado di produrre effetti anti-concorrenziali incompatibili con le condizioni previste dall'art. 101, § 3 TFUE⁵. Infine, merita di essere ricordata la decisione *UIP*, relativa ad una serie di accordi conclusi da tre società americane per la distribuzione in comune dei film all'interno dell'Unione europea, nella quale la Commissione ha imposto alle parti l'obbligo di sottoporre a giudizio arbitrale qualsiasi controversia relativa all'assegnazione dei film che sarebbe potuta insorgere con un gestore⁶. Considerazioni analoghe si impongono con riferimento alla prassi della Commissione in materia di operazioni di concentrazioni. Come noto, il Reg. 139/04 (come, del resto, il Reg. 4064/1989) prevede la possibilità per la Commissione di dichiarare un'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune in considerazione degli impegni assunti dalle imprese e finalizzati a fugare i dubbi della Commissione sulla natura anticoncorrenziale dell'operazione di concentrazione. In tale contesto, so-

vente la Commissione ha subordinato l'accettazione degli impegni di natura comportamentale al fatto che le parti della concentrazione si obbligassero a devolvere alla giustizia arbitrale la soluzione di eventuali controversie relative al rispetto degli impegni assunti nei confronti della Commissione (c.d. impegno ad arbitrare o *arbitration commitment*).

Per quanto riguarda il panorama giurisprudenziale, per contro, da un lato non può essere sottaciuto il fatto che ad oggi la Corte di giustizia non si è mai pronunciata esplicitamente sul tema dell'arbitrabilità delle controversie antitrust; dall'altro lato, che nelle sentenze *Nordsee*⁷, *Comune di Almelo*⁸ e sentenza *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton*⁹ la questione della deferibilità agli arbitri della controversie antitrust è stata ritenuta un dato ormai acquisito. Tale conclusione trova ulteriore conferma a seguito dell'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003 relativo alla c.d. modernizzazione delle regole antitrust nell'Unione europea. A tale proposito, infatti, si osserva che la regola della riconosciuta compromettibilità delle controversie antitrust ha sempre trovato un limite nell'impossibilità per gli arbitri (al pari dei giudici nazionali) di concedere un'esenzione individuale *ex art. 101, par. 3 TFUE* e di irrogare sanzioni pecuniarie in caso di accertata violazione della normativa antitrust, in quanto di competenza esclusiva della Commissione. Senonché, nel momento in cui tale monopolio della Commissione viene meno a vantaggio di una competenza concorrente dei giudici nazionali, il principio della generale compromettibilità in arbitri delle controversie antitrust impone di riconoscere anche in capo agli arbitri il potere di applicare l'art. 101 TFUE nella sua interezza, con il solo limite del divieto di comminare sanzioni.

⁴ Dec. Comm. UE, 15 dicembre 1975, *Bayer/ Gist Brocades*, in G.U.C.E. L30, 5 febbraio 1976, p. 13; dec. Comm. UE, 23 dicembre 1971, *Henkel/ Colgate*, in G.U.C.E. L14, 18 gennaio 1972, p. 14; dec. Commi. UE, 18 luglio 1975, *Kabelmetal*, in G.U.C.E. L222, 22 agosto 1975, p. 34.

⁵ Reg. 556/89 della Commissione relativo all'applicazione dell'art. 85 § 3 del trattato a categorie di accordi di licenza di know-how, in G.U.C.E. L61, 4 marzo 1989, p. 1.

⁶ Dec. Comm. UE, 12 luglio 1989, *UIP*, in G.U.C.E. L226, 3 agosto 1989, p. 25.

⁷ C. giust. CE, 23 marzo 1982, causa 102/81, *Nordsee*, in *Racc.* 1984, p. 1095 ss.

⁸ C-giust. UE, 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo*, in *Racc.* 1996, p. I-1477 ss.

⁹ C. giust. CE, 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss Chine Time Ltd. c. Benetton*, in *Racc.* 2001, p. I-3055.

IV. COOPERAZIONE TRA GIUDICI, ARBITRI E COMMISSIONE UE IN MATERIA ANTITRUST

Il regolamento n. 1/2003, oltre a sancire la diretta applicabilità da parte dei giudici e delle autorità garanti nazionali degli artt. 101 e 102 TFUE, contiene una serie di norme in materia di cooperazione tra la Commissione, da un lato, e le giurisdizioni nazionali, dall'altro lato, finalizzate principalmente ad assicurare un'effettiva, efficace ed uniforme applicazione delle regole di concorrenza europee. Tali disposizioni assumono nell'economia del Reg. 1/2003 una portata fondamentale, in quanto strettamente funzionali al sistema dell'eccezione legale previsto dalla riforma legislativa. È chiaro, infatti, che all'interno di un sistema caratterizzato dalla competenza parallela della Commissione, delle autorità garanti nazionali e delle giurisdizioni degli Stati membri ad applicare integralmente l'art. 101 TFUE, il riconoscimento in capo ai giudici nazionali del potere di effettuare le complesse valutazioni relative alla ricorrenza, nei singoli casi concreti, delle condizioni previste dall'art. 101, § 3 TFUE presuppone un efficace sistema di monitoraggio e collaborazione tra l'organo centrale e gli organi periferici. In tale contesto, una meccanica applicazione degli strumenti di cooperazione previsti dal regolamento n. 1/2003 ai giudizi arbitrali sembra doversi escludere per la fondamentale ragione che la cooperazione di cui al Reg. 1/2003 tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali si fonda essenzialmente sull'art. 4, § 3 TUE (già art. 10 TCE) il quale si riferisce ai rapporti tra l'Unione e gli Stati membri. Ciò, peraltro, non significa che non si possa immaginare una qualche forma di cooperazione anche tra la Commissione e gli arbitri, che sia compatibile con le caratteristiche tipiche (riservatezza, rapidità, autonomia) dell'arbitrato. D'altra parte, la sempre crescente diffusione dell'arbitrato nel commercio internazionale e la sempre maggiore frequenza con la quale gli arbitri sono chiamati ad interpretare ed applicare le norme an-

titrust rende opportuno, anche per gli stessi arbitri, ricercare la possibilità di una cooperazione con la Commissione al fine di ottenere informazioni e/o pareri in grado di chiarire talune questioni di concorrenza particolarmente complesse, difficili o nuove. L'art. 15, § 1 sancisce la possibilità per i giudici degli Stati membri di chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Sebbene la norma non specifichi l'oggetto di tali informazioni e/o pareri, è ragionevole ritenere che l'auspicato scambio di informazioni abbia quale scopo quello di mettere in grado le giurisdizioni degli Stati membri di raccogliere dati in merito alle procedure in corso nonché pareri su questioni giuridiche ed economiche. Per quanto riguarda le questioni c.d. "giuridiche", preso atto che a questi ultimi è fatto divieto di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale, a maggior ragione dovrebbe ammettersi per gli arbitri la possibilità di sottoporre alla Commissione quesiti su questioni giuridiche, giacché solo per tale via sarebbe possibile instaurare un'efficace forma di cooperazione con la Commissione, indispensabile per favorire una corretta applicazione della normativa antitrust europea da parte dei tribunali arbitrali. Sotto tale profilo, d'altra parte, si osserva che nel contesto del controllo delle concentrazioni, la Commissione è solita, nell'ambito dei cc.dd. *commitments to arbitrate*, prevedere espressamente la possibilità per gli arbitri di richiedere alla Commissione un'interpretazione autentica degli impegni prima di prendere una decisione finale nonché la possibilità per la stessa Commissione di sottoporre agli arbitri proprie osservazioni motivate¹⁰. Per quanto riguarda, invece, eventuali richieste di informazioni di natura economica, lo strumento che più si addice a fornire un'adeguata copertura dogmatica è senz'altro quello della consulenza tecnica d'ufficio, espressamente prevista in Italia per il processo ordinario di cognizione

¹⁰ Dec. Comm. UE, 22 novembre 2004, *Piaggio*

gio/Aprilia, COMP/M3570, in G.U.C.E. C7, 11 gennaio 2005, p. 5.

(art. 191 e ss. c.p.c.) e pacificamente ammessa con riferimento al giudizio arbitrale. L'art. 15, n. 3 del regolamento n. 1/2003 prevede, inoltre, la possibilità per le autorità garanti della concorrenza nazionali di presentare d'ufficio osservazioni scritte, e previa autorizzazione della giurisdizione competente anche osservazioni orali, agli organi giurisdizionali dei rispettivi Stati membri in merito a questioni relative all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Analoga facoltà è attribuita anche alla Commissione. A tale proposito, appare evidente che se si ritiene che le osservazioni (orali e/o scritte) dell'autorità garante e della Commissione costituiscono una sorta di intervento del terzo, si dovrebbe necessariamente escludere la possibilità che tali osservazioni vengano presentate nell'ambito di un giudizio arbitrale rispetto, al quale l'istituto dell'intervento del terzo non ha cittadinanza. L'arbitrato, come noto, deriva la propria legittimazione dalla natura pattizia della convenzione arbitrale sottoscritta dalle parti e, pur nel silenzio della legge, segue fedelmente uno schema dualistico. Per tale motivo, a meno che non si voglia vanificare del tutto il diritto dell'autorità garante e della Commissione di presentare osservazioni, si potrebbe pensare ad una forma di cooperazione tra la Commissione, le autorità garanti nazionali e gli arbitri, sulla falsariga di quanto da tempo riconosciuto nell'ambito degli arbitrati internazionali in materia di investimenti, senza che ciò determini necessariamente una violazione del carattere privato ed indipendente dell'arbitrato.

V. ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE, ORDINE PUBBLICO E DIRITTO DELLA CONCORRENZA

A livello di diritto dell'Unione europea la questione se le norme antitrust costituiscono norme di ordine pubblico è stata affrontata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Eco Swiss China*. In quell'occa-

sione, peraltro, mentre l'Avvocato generale Saggio aveva espressamente qualificato l'art. 101 TFUE come norma di ordine pubblico economico, la Corte di giustizia si è limitata, da un lato, a stabilire che l'art. 101 TFUE costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno; e, dall'altro lato, a sottolineare che nei limiti in cui il giudice nazionale debba, in base alle proprie regole di procedura interne, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondato sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione del divieto sancito dall'art. 81 CE.

In Italia le norme antitrust (nazionali ed europee) sono state espressamente qualificate come norme di ordine pubblico dalla Corte di appello di Milano nelle pronunce *Istituto Biochimico Italiano Giovanni Lorenzini c. Madaus* del 2002¹¹ e *Terra Armata c. Tensacciai* del 2006¹². In entrambi i casi, i giudici di Milano hanno sottolineato, sebbene in relazione al problema della compromettibilità in arbitri delle controversie antitrust, che le norme sostanziali antitrust sono bensì norme imperative, di ordine pubblico economico, ma non hanno ad oggetto diritti indisponibili.

In Svezia, la Corte di appello di Svea ha sottolineato che, sebbene in Svezia la nozione di ordine pubblico è intesa in senso restrittivo, «another example of an award capable of being deemed to infringe Swedish ordre public is where the award infringes on competition law in Sweden or in the European Community»¹³.

Analogamente, con riferimento al diritto europeo della concorrenza, il Tribunale di Bruxelles nella vicenda *SNF/Cytec* ha stabilito che «il n'est pas contesté que les artiche 81 et 82 du Traité CE constituent des dispositions d'ordre public au sein des Etats membres»¹⁴.

¹¹ App. Milano 13 settembre 2002, n. 2090, in *Riv. arb.*, 2004, p. 105.

¹² App. Milano 15 luglio 2006, n. 1897, in *Riv. arb.*, 2006, p. 744.

¹³ Judgment of 4 May 2005 of the Svea Court of Appeal, Stockholm (Case No T 6730-03).

¹⁴ Tribunal de première instance de Bruxelles, 8 mars 2007, *Société SNF SA c. Société Cytec*, in *Rev. arbitrage*, 2007, p. 303.

Di contro, il Tribunale federale svizzero, nella sentenza *Terra Armata c. Tensacciai* ha stabilito che fanno parte dell'ordine pubblico soltanto quei valori essenziali e generalmente riconosciuti che, in base ai prevalenti valori in vigore in Svizzera, devono essere considerati come le pietre fondanti di ogni ordinamento giuridico. Conseguentemente, sulla scorta di tale definizione di ordine pubblico, i giudici elvetici hanno concluso che il diritto antitrust non appartiene all'ordine pubblico¹⁵.

A livello internazionale è interessante osservare che il rapporto finale sull'ordine pubblico quale eccezione al riconoscimento di lodi arbitrali internazionali redatto dal Comitato sull'arbitrato commerciale internazionale dell'*International Law Association* (ILA) utilizza proprio la normativa antitrust quale esempio di *lois de police* o di *public policy rule*¹⁶.

VI. CONTROLLO DEL GIUDICE IN SEDE DI IMPUGNAZIONE E RICONOSCIMENTO DEL LODO ARBITRALE

Per quanto riguarda gli Stati Uniti nella pronuncia *Mitsubishi*, la Corte Suprema ha espressamente riconosciuto che il principio dell'arbitrabilità delle controversie antitrust deve essere accompagnato dalla possibilità per le corti giudiziarie di verificare in sede di attuazione del lodo che gli interessi tutelati dal diritto antitrust siano stati effettivamente presi in considerazione dagli arbitri, sulla base del rilievo secondo cui la Convenzione di New York attribuisce a ciascuna parte contraente il diritto di rifiutare l'attuazione del lodo nel caso in cui ciò si ponga in contrasto con l'ordine pubblico. Analogamente, a livello europeo la Corte di giustizia nelle sentenze *Nordsee* e *Eco Swiss China* ha riconosciuto che se un arbitrato convenzionale solleva questioni di diritto comunitario, i giudici ordinari possono esaminarle, in particolare nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno

ampio a seconda dei casi, che spetta a loro in caso di appello, di opposizione, di *exequatur*, o di qualsiasi altra impugnazione o altra forma di controllo contemplata dalla normativa nazionale applicabile.

Ciò che invece continua ad apparire ancora incerto è il problema della natura e dell'intensità del controllo che i giudici possono/devono effettuare allorché sono chiamati a pronunciarsi in sede di impugnazione o di riconoscimento di un lodo che ha fatto/non ha fatto applicazione della normativa antitrust. In via di prima approssimazione si può dire che sono astrattamente configurabili due tipi di controllo: uno massimalista, l'altro minimalista.

Secondo l'approccio massimalista, il controllo del lodo da parte del giudice statale, tanto in sede di annullamento quanto in sede di riconoscimento, dovrebbe essere ampio e approfondito al fine di verificare compiutamente se l'arbitro ha provveduto ad applicare correttamente la normativa antitrust; per contro, secondo l'approccio minimalista il controllo del giudice statale dovrebbe essere di tipo estrinseco, limitato cioè a verificare che l'arbitro abbia preso in considerazione le norme antitrust e, laddove ritenute applicabili, le abbia applicate in modo non manifestamente irragionevole, restando precluso ogni controllo sul modo in cui una data norma sia stata applicata. L'esame della giurisprudenza in questa sede richiamata conferma la criticità del problema in esame e soprattutto il carattere affatto risolutivo della distinzione tra approccio minimalista e approccio massimalista. Appare evidente, infatti, che anche le pronunce nelle quali è stato affermato che il mancato riconoscimento di un lodo straniero (come pure l'annullamento di un lodo nazionale) per contrarietà all'ordine pubblico presuppone una violazione grave e manifesta del diritto antitrust, più che avallare la tesi minimalista sembra evidenziare un altro aspetto

¹⁵ Tribunale federale svizzero, 8 marzo 2006, *Tensacciai SpA v. Terra Armata Srl*, in *ASA Bulletin*, n. 3, 2006, p. 521.

¹⁶ International Law Associations, New Delhi

Conference (2002), Committee on International commercial arbitration, Final report on public policy as bar to enforcement of International arbitration awards, Recommendation 1 (e).

del problema: vale a dire che la semplice errata valutazione, in termini antitrust, di un fatto o di una circostanza da parte degli arbitri non è sufficiente per far invocare l'eccezione dell'ordine pubblico, posto che non ogni errore degli arbitri costituisce necessariamente una minaccia all'ordine pubblico. Ciò che conta, invece, è che l'errore degli arbitri non determini una lesione dei valori fondamentali tutelati dalla norma che si ritiene essere stata male applicata o interpretata. Come è facile intuire il problema si sposta, dunque, interamente sul concetto di ordine pubblico e sulla rilevanza che tale nozione deve assumere in sede di annullamento, riconoscimento o esecuzione di un lodo arbitrale. A tale proposito è interessante sottolineare che, nell'ambito delle raccomandazioni contenute nel rapporto finale sull'ordine pubblico quale eccezione al riconoscimento di lodi arbitrali internazionali redatto dal Comitato sull'arbitrato commerciale internazionale dell'*International Law Association* (ILA), sono stati individuati i seguenti principi-guida: *a*) nell'ambito dell'arbitrato commerciale internazionale la regola della definitività del lodo deve costituire un principio fondamentale cui si può derogare solo in casi eccezionali; *b*) nell'ambito di questi casi eccezionali figura senz'altro l'ipotesi in cui il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo si pongono in contrasto con l'ordine pubblico; *c*) le norme antitrust costituiscono norme di ordine pubblico; *d*) non qualsiasi errata applicazione o interpretazione delle norme antitrust da parte degli arbitri costituisce una violazione dell'ordine pubblico; *e*) affinché un lodo possa considerarsi in contrasto con l'ordine pubblico per violazione della normativa antitrust è necessario che il riconoscimento o l'esecuzione del lodo (e, quindi, i suoi effetti) determinino concretamente una violazione dei fondamentali valori politici, sociali ed economici dello Stato di esecuzione o riconoscimento; *f*) qualora gli arbitri abbiano analizzato e deciso le questioni antitrust presenti nel caso sottoposto alla loro decisione deve escludersi per il giudice statale la possibilità di un riesame, in fatto e in diritto, della decisione arbitrale, anche nel caso in cui il

giudice statale ritenga che la decisione arbitrale non sia giuridicamente "corretta"; *g*) nel caso in cui gli arbitri abbiano completamente ommesso qualsiasi valutazione dei profili antitrust del caso sottoposto alla loro decisione oppure abbiano adottato una soluzione che, anche a prima vista, costituisce una irragionevole applicazione delle norme antitrust in grado di arrecare pregiudizio all'ordine pubblico (ad es., perché si è esclusa l'esistenza di una posizione dominante in capo ad un'impresa che detiene il 100% del mercato rilevante) il giudice statale deve poter procedere ad un riesame dei fatti all'esito del quale può eventualmente annullare il lodo o rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione del lodo straniero.

STEFANO BASTIANON

Bibliografia

L. IDOT, «Arbitration and EC law», in *Int'l Bus.c L. Rev.*, 1996, p. 561; M. BLESSING, «Mandatory rules of law versus party autonomy in international arbitration», in *J. Int'l Arb.*, 1997, p. 23; C. BAUDENBACHER, «Enforcement of EC and EEA competition rules by arbitration tribunals inside and outside the EU», in C.-D. EHLERMANN - I. ATANASIU (eds.), *European competition law annual 2001: effective private enforcement of EC antitrust law*, Oxford, 2003, p. 341; A. KOMNINOS, «Arbitration and the modernization of European competition law enforcement», in *World competition*, 2003, p. 215; N. SHELKOPLYAS, *The application of EC law in arbitration proceedings*, Groningen, 2003; M. DOLMANS - J. GRIERSON, «Arbitration and the modernization of EC antitrust law: new opportunities and new responsibilities», in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 14, n. 2, 2003, p. 37; L. IDOT, «Arbitration and the reform of regulation 17/1962», in C.-D. EHLERMANN - I. ATANASIU (eds.), *European competition law annual 2001: effective private enforcement of EC antitrust law*, Oxford, Portland Oregon, 2003, p. 307; L.G. RADICATI DI BROZOLO, «Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte», in *Riv. arb.*, 2004, p. 9; L.C. RADICATI DI BROZOLO, «Antitrust: a paradigm of the relations between mandatory rules and arbitration - A fresh look at the "second look"», in *Int. A.L.R.*, 2004, p. 23; M. BOWSHER, «Arbitration and competition», in *Competition litigation in UK*, London, 2005, p. 398; C. SERAGLINI, «L'affaire Thalès et le nonusage immodéré de l'exception d'ordre public», in *Cah. dr. eur.*, 2005, p. 5; G. CANALE, «Legislazione an-

titrust e arbitro: cenni di diritto comparato e comunitario», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1223; H. VAN HOUTTE, «Arbitration and Art. 81 and 82 EC Treaty: a state of affairs», in *ASA Bulletin*, 2005, p. 431; P. LANDOLT, *Modernised EC competition law in international arbitration*,

The Hague, 2006; A. KOMNINOS, «Arbitration and EU competition law», http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105; OECD Hearings, «Arbitration and competition», 2010, <http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49294392.pdf>.