

La proposta per la riforma del regolamento «Bruxelles I» e l'arbitrato*

di

Antonio Leandro**

I lavori preparatori per la riforma del regolamento «Bruxelles I» sono giunti ad uno stadio avanzato con la pubblicazione di una proposta da parte della Commissione [*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* (COM(2010) 748 final) del 14 dicembre 2010] (d'ora innanzi, «proposta»).

Tra i profili di riforma affrontati intendiamo soffermarci brevemente sull'introduzione di disposizioni in materia arbitrale per valutarne, sia pure in prima lettura, la congruità rispetto agli obiettivi per cui esse sono state concepite.

L'idea di «aprire» il regolamento alla materia arbitrale mira a risolvere taluni problemi che colpiscono la certezza e la stabilità nei rapporti commerciali internazionali quando su una data controversia sono suscettibili di concorrere la giurisdizione arbitrale, per effetto della convenzione arbitrale, e la giurisdizione statale, adita in base ai criteri stabiliti dal regolamento. In particolare, i maggiori problemi emergono là dove la parte obbligata dalla convenzione arbitrale porta, specie a fini dilatori ed elusivi del suo impegno, la controversia che ne è oggetto dinanzi al foro statale, opponendo l'invalidità o l'inefficacia della convenzione stessa se la controparte eccepisce l'esistenza di quest'ultima (sul punto in generale v. GAILLARD, *Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international*, *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 760 ss., pp. 761-781).

Così, può darsi che il foro statale dichiari invalida la convenzione arbitrale e prosegua nel merito fino a rendere una sentenza suscettibile di circolare all'interno del territorio dell'Unione in conformità al regolamento. L'eventuale prosecuzione del giudizio arbitrale presso la sede localizzata in altro Stato membro e l'eventuale pronuncia del lodo né si frapporterebbero né subirebbero restrizioni al riguardo (in argomento v. GAJA, *Arbitrato e procedimento giudiziario in Stati diversi dopo la sentenza della Corte di giustizia nella causa Marc Rich c. Italmobiliare*, *Rivista dell'arbitrato*, 1995, p. 417 ss., p. 420 ss.; VAN HOUTTE, *May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussels and Lugano Convention?*, *Arbitration Int.*, 1997, p. 85 ss.).

Ora, l'estraneità della materia arbitrale al regolamento ha, per così dire, favorito i casi di procedimenti paralleli (ordinario e arbitrale) nei termini suesposti: si tratta, difatti, di un fenomeno che non è controllabile né dalle norme sul coordinamento delle azioni né da quelle che dettano cause ostative al riconoscimento delle sentenze in ragione dell'esistenza di una decisione contrastante o incompatibile con quella da

* Scritto destinato alla pubblicazione nella *Rivista di diritto internazionale*, 2011, fasc. 1.

** Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

riconoscere (sul punto, CONSOLO, *Arbitration and EC Law – An Italian Reaction in the Heidelberg Colloquium*, *Int. Arbitration Law Review*, 2009, n. 4, p. 49 ss.).

Tale fenomeno è stato poi accentuato dalla Corte di giustizia con la pronuncia nel noto caso *West Tankers* (10 febbraio 2009, C-185/07, *West Tankers*, *Rivista*, 2009, p. 586 ss.). Al di là delle considerazioni sulle *anti-suit injunctions*, la Corte ha sostenuto che, se la questione della validità e degli effetti di una convenzione arbitrale è portata dinanzi al foro individuato in base al regolamento, quale questione preliminare alla decisione sulla giurisdizione, la competenza di tale foro non è in discussione. Secondo la Corte, la difesa dell'effetto utile dei titoli di giurisdizione contemplati dal regolamento e il rafforzamento del diritto di accesso alla giustizia nell'Unione Europea imporrebbero di fatto l'assorbimento dell'eccezione di arbitrato nella decisione sulla giurisdizione anche se soltanto quest'ultima è disciplinata dal regolamento. Se tutto ciò appare in linea con la difesa di obiettivi e valori del regolamento, può nondimeno scorgersi il rischio che la parte depauperi (o aggiri) l'obbligo arbitrale avvalendosi della facoltà di portare la controversia dinanzi al foro statale, così deferendo indirettamente a quest'ultimo la decisione sulla sorte della convenzione arbitrale quali che siano le determinazioni assunte al riguardo dal foro della sede arbitrale oppure dallo stesso tribunale arbitrale (al riguardo v. PULLEN, *The Future of International Arbitration in Europe: West Tankers and the EU Green Paper*, *Int. Arbitration Law Review*, 2009, n. 4, p. 56 ss.). Considerato, poi, che, rispetto a una vasta serie di controversie arbitrabili, l'attore può avvalersi dell'alternatività tra il foro generale e i fori speciali, il predetto rischio e il suo principale risvolto consistente nel conflitto di giudicati circa gli effetti della convenzione arbitrale appaiono senza dubbio concreti.

L'*Impact Assessment* che accompagna la proposta (SEC(2010) 1547 final) del 14 dicembre 2010, par. 2.4) offre un quadro abbastanza dettagliato delle criticità che colpiscono la giustizia arbitrale in casi del genere. Esso tuttavia evidenzia una premessa di fondo ad ogni spunto di riforma del regolamento nella prospettiva in discorso: l'attaccamento degli operatori di settore e degli Stati membri al sistema di circolazione delle sentenze arbitrali disciplinato dalla Convenzione di New York del 10 giugno 1958. Può dirsi che il successo di tale sistema insieme con gli ampi margini che esso lascia alle leggi nazionali circa le conseguenze dell'«operatività» di una convenzione arbitrale, quando se ne eccipisce l'esistenza per privare il foro della giurisdizione che altrimenti avrebbe, costituiscono dei limiti condivisi tra gli Stati membri rispetto ad ogni riforma del regolamento «Bruxelles I».

D'altronde, l'*Impact Assessment* altro non fa che riassumere i risultati dell'ampio dibattito avviato dal Libro verde sulla revisione del regolamento (COM(2009) 175 def.) del 21 aprile 2009 (d'ora innanzi, «Libro verde») in cui sono emersi vari orientamenti postisi con gradualità differenti tra l'abolizione della eccezione in materia arbitrale e il suo mantenimento (se non, addirittura, il suo rafforzamento: v. DRAETTA, SANTINI, *Arbitration Exception and Brussels I Regulation: no Need for Change*, *Diritto del commercio int.*, 2009, p. 547 ss.; vedi altresì KESSEDJIAN, *Le Règlement 44/2001 et l'arbitrage*, *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 669 ss.). Per una disamina dettagliata del Libro Verde nell'ambito che ci occupa v., tra gli altri, VAGENHEIM, *Should Arbitration*

Be Included in EC Regulation 44/2001?, *ASA Bulletin*, 2009, p. 588 ss.; mette conto ricordare che il Libro verde riflette i contenuti del *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* presentato da Hess, Pfeiffer e Schlosser, consultabile nel sito www.ec.europa.eu, poi confluito in HESS, PFEIFFER, SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation 44/2001. Application and Enforcement in the EU (National Reports)*, München, Oxford, 2008: sull'eccezione in materia arbitrale v., rispettivamente, pp. 49 ss. e 31 ss.).

La proposta costituisce il compromesso tra due di questi orientamenti, l'uno volto ad attribuire in via esclusiva (o in via prioritaria) al foro della sede dell'arbitrato ogni decisione circa la validità o l'efficacia della convenzione arbitrale, l'altro favorevole a disciplinare l'eventuale parallelismo tra processi che emerga al riguardo secondo le norme del regolamento dedicate al coordinamento delle giurisdizioni (sui due orientamenti v., anche per considerazioni critiche, MARONGIU BUONAIUTI, *Emanazione di provvedimenti inibitori a sostegno della competenza arbitrale e reciproca fiducia tra i sistemi giurisdizionali degli Stati membri dell'Unione europea*, *Rivista dell'arbitrato*, 2009, p. 245 ss., p. 284 ss.).

Entrando nel dettaglio, la proposta conferma, quale regola generale, l'estraneità della materia arbitrale al regolamento (art. 1, par. 2, lett. d)), in particolare circa la forma, l'esistenza, la validità o gli effetti di convenzioni arbitrali, il potere degli arbitri, la procedura dinanzi a questi, nonché la validità, l'annullamento, il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali (considerando n. 11). Senonché, essa prospetta l'introduzione di talune valvole di sicurezza contro i procedimenti paralleli e le tattiche abusive allo scopo di dare «full effect to the will of the parties» quando, «in particular, [...] the agreed or designated seat of an arbitration is in a Member State» (considerando n. 20; per sede dell'arbitrato lo stesso considerando intende «the seat selected by the parties or the seat designated by an arbitral tribunal, by an arbitral institution or by any other authority directly or indirectly chosen by the parties»).

Tali valvole di sicurezza sono inserite nella norma sulla litispendenza (art. 29) là dove è stabilito che il foro dello Stato membro, la cui giurisdizione sia contestata sulla base di una convenzione arbitrale a favore di un arbitrato con sede in uno Stato membro, sospende il procedimento «once the court of the Member State where the seat of the arbitration is located or the arbitral tribunal have been seised of proceedings to determine, as their main object or as an incidental question, the existence, validity or effects» di detta convenzione (par. 4). Si dispone anche in tema di declinatoria di giurisdizione: come vedremo a breve, essa è sempre ammissibile se lo prevede la *lex fori*, mentre è obbligatoria a seguito dell'accertamento dell'esistenza, della validità o dell'efficacia della convenzione arbitrale da parte del foro di sede dell'arbitrato oppure del tribunale arbitrale. In via strumentale al corretto funzionamento di tale disposizione, la proposta detta una regola uniforme secondo cui il tribunale arbitrale è da ritenere adito quando «a party has nominated an arbitrator or when a party has requested the support of an institution, authority or a court for the tribunal's constitution» (art. 33, par. 3). Si contempla il coordinamento tra il giudice competente per il merito e gli altri fori che rendano provvedimenti provvisori anche quando il primo sia un tribunale arbitrale

(art. 36). Infine, è precisato che le nuove disposizioni in «materia» di arbitrato non riguardano le controversie insorte da contratti di consumo, di assicurazione e di lavoro dipendente.

È da chiedersi se la proposta sia realmente in grado di fronteggiare le criticità descritte in precedenza e realizzare appieno gli obiettivi tracciati nel preambolo.

In tal senso deporrebbero i seguenti rilievi.

Innanzitutto, l'art. 29 presuppone e rispetta il principio della *Kompetenz-Kompetenz* del tribunale arbitrale tanto caro agli operatori del settore.

In secondo luogo, esso «completa» l'art. II, par. 3, della Convenzione di New York nel senso di coordinare i fori degli Stati membri sulla decisione riguardante la validità o l'efficacia della convenzione arbitrale (come è noto, quella disposizione non disciplina la competenza rispetto a tale decisione e non impedisce che al riguardo sorga un concorso di giurisdizioni: v. di recente GAJA, *Convenzione di New York sull'arbitrato e anti-suit injunctions*, *Rivista*, 2009, p. 503 ss., p. 506).

In terzo luogo, la stessa disposizione veicola la mutua fiducia tra i fori degli Stati membri verso le determinazioni del foro di sede dell'arbitrato: ciò perché, sebbene la pronuncia sulla convenzione arbitrale non rientri nel sistema di circolazione delle decisioni stabilito dal regolamento (ricordiamo che quest'ultimo resta inapplicabile alla materia arbitrale salvo le eccezioni qui in discorso), l'art. 29 detta in via uniforme l'obbligo per gli altri fori di declinare la giurisdizione qualora, come meglio vedremo, quello della sede dell'arbitrato abbia accertato la validità o l'efficacia della convenzione arbitrale.

Inoltre, un sistema che poggia sulla sospensione del procedimento nel foro adito (diverso da quello della sede dell'arbitrato) appare coerente con il diritto di accesso alla giustizia della parte che intende contestare la validità o l'efficacia della convenzione arbitrale dinanzi a quel foro (ne consegue *a fortiori* la chiusura della proposta nei confronti di provvedimenti inibitori dell'azione quali le *anti-suit injunctions* emesse a tutela dell'impegno arbitrale).

Ancora, l'art. 29 reca una disposizione che, per un verso, protegge gli arbitrati con sede in uno Stato membro dalle tattiche dilatorie delle parti che intendono svincolarsi dall'obbligo arbitrale e, per l'altro, data la sua applicazione universale *ratione personae*, rafforza la giurisdizione arbitrale anche in relazione ad impegni arbitrati assunti da operatori commerciali domiciliati in Stati terzi.

Infine, non va sottaciuta la funzione dei provvedimenti cautelari a garanzia/supporto dell'arbitrato: l'art. 36 ammette il ricorso a fori ordinari in presenza di un tribunale arbitrale competente per il merito e ciò consentirebbe di allineare il piano normativo alla giurisprudenza della Corte di giustizia (sent. 17 novembre 1998, causa C-391/95, *Van Uden*, in *Raccolta*, 1998, p. I-7091 ss.) di modo che l'arbitro, nonché la parte, possano beneficiare, limitatamente alla protezione del diritto controverso, anche della tutela cautelare di fori diversi da quelli della sede dell'arbitrato, senza pregiudicare la funzione tradizionalmente ancillare di questi ultimi rispetto alla giustizia arbitrale (su questa funzione v. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*², Milano, 2008, p. 176 ss.).

Sussistono, tuttavia, taluni elementi che inducono a moderare una valutazione positiva della proposta.

In primo luogo, l'art. 29 non è suscettibile di operare nei frequenti casi in cui sia adito soltanto il foro competente in base al regolamento. La sospensione, infatti, è condizionata alla circostanza che il foro della sede arbitrale o il tribunale arbitrale sia stato investito. E poiché il primo foro non è tenuto a rinviare le parti agli altri due, l'avverarsi di quella circostanza dipende da un'apposita iniziativa della parte che eccepisce l'esistenza della convenzione arbitrale.

In secondo luogo, la stessa disposizione non può far fronte ai casi di procedimenti paralleli avviati prima della costituzione del tribunale arbitrale dinanzi a fori diversi da quello della sede dell'arbitrato ovvero, più in generale, quando quest'ultima sia «localizzata» in uno Stato terzo. Né è da pensare che intervengano in questi casi ragioni di litispendenza che spostano la ricerca della soluzione nella norma generale. Poiché il merito dell'obbligo arbitrale (il che significa, in altri termini, la soluzione di ogni controversia legata alla convenzione arbitrale) sfugge al regolamento, appare arduo applicare la disposizione per coordinare i fori aditi quando non vi sia tra essi quello della sede dell'arbitrato. Sotto questa luce, il «completamento» dell'art. II della Convenzione di New York di cui si è fatto parola in precedenza non ha luogo fintantoché non sia stata adita la giurisdizione dello Stato di sede dell'arbitrato (se localizzata in uno Stato membro) e, di conseguenza, il concorso di giurisdizioni che la Convenzione non disciplina rimarrebbe fino ad allora privo di una soluzione anche nel futuro regolamento.

Di tenore analogo è il problema che si pone quando vi sia contesa circa la localizzazione della sede dell'arbitrato (fatto non certo infrequente, soprattutto negli arbitrati *ad hoc*). L'art. 33, come si è visto, reca una norma uniforme che fissa il momento in cui un tribunale arbitrale è da considerarsi adito. Dal canto suo, il considerando n. 20 offre una definizione autonoma di sede dell'arbitrato comune a molte fonti dell'arbitrato commerciale internazionale (di modo da coprire indistintamente l'arbitrato *ad hoc* e quello amministrato: in materia v. POUURET, BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*², London, 2007, p. 85 ss.). La contesa in parola può vertere sul fattore di localizzazione utilizzato o da utilizzare nel caso concreto: se, in casi del genere, più fori si considerino foro della sede dell'arbitrato, non si saprebbe rispetto a quale di essi agganciare il funzionamento dell'art. 29, salvo immaginare che operi al riguardo un criterio implicito di priorità temporale.

Inoltre, la sospensione disciplinata dall'art. 29, par. 4, è svincolata da qualsiasi termine (a differenza di quella proposta, *mutatis mutandis*, per la litispendenza: cfr. art. 29, par. 2). È vero che il difetto può essere spiegato in ragione della competenza esclusiva larvata riconosciuta al «foro dell'arbitrato»; ma appare in ogni caso poco compatibile con i principi di buona amministrazione della giustizia e di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti prospettare, in fase applicativa, la sospensione anche di procedimenti già avanzati «once the court of the Member State where the seat of the arbitration is located or the arbitral tribunal have been seised».

È altresì criticabile la circostanza che l'art. 29 parli di contestazione della giurisdizione sulla base della convenzione arbitrale piuttosto che «sulla sola base» di tale convenzione. Ciò comporta che anche un foro sprovvisto di titoli di giurisdizione del regolamento dovrà sospendere il processo alle condizioni di cui all'art. 29 e, di conseguenza, che, ove la convenzione arbitrale risultasse inoperante, il processo potrebbe riavviarsi soltanto per decidere sul difetto di giurisdizione per mancanza di quei titoli. Il rilievo critico può essere smussato sul piano interpretativo perché appare poco verosimile che una disposizione attagliata al problema dei procedimenti paralleli nella prospettiva di una controversia deferibile ad arbitrato muova dalla premessa che il procedimento statale «sospeso» possa non essere quello di un foro competente per il merito.

Ancora, l'art. 29 detta sì una regola uniforme sulla declinatoria di giurisdizione al cospetto di un'eccezione di arbitrato «where the existence, validity or effects of the arbitration agreement are established», ma è da ritenere che essa operi autonomamente, vincolando i fori degli Stati membri, soltanto là dove la decisione sulla validità e sull'efficacia della convenzione arbitrale derivi dal foro della sede dell'arbitrato o dal tribunale arbitrale. L'art. 29 ammette, infatti, allo stesso tempo, che il foro investito della causa (nonostante la convenzione arbitrale) possa rendere una pronuncia negatoria della giurisdizione se così dispone la sua legge. Tutto ciò comporta che la decisione negativa sulla giurisdizione – decisione «vitale» per l'impegno arbitrale – è lasciata alle diverse valutazioni degli ordinamenti nazionali per tutti i casi in cui il foro della sede dell'arbitrato o il tribunale arbitrale stesso non sia stato investito della questione o non «appartenga» ad uno Stato membro. Un risvolto, questo, perfettamente in linea con la libertà lasciata agli Stati membri dalla Convenzione di New York, ma foriero di problemi sul piano della tutela reale dell'impegno arbitrale nel territorio dell'Unione poiché, come si è visto, in casi del genere, prima ancora della regola uniforme sulla declinatoria di giurisdizione, è assente quella sulla sospensione del processo.

Peraltro, si è detto che la pronuncia sulla convenzione arbitrale non rientra nel sistema di circolazione delle decisioni stabilito dal regolamento, sicché, in caso di decisione del foro di sede dell'arbitrato che attesti l'invalidità o l'inefficacia della convenzione arbitrale, gli altri fori ben potrebbero accertare il contrario non opponendovisi la *res judicata*.

Dal canto suo, l'intento di difendere l'impegno arbitrale da tattiche dilatorie appare in realtà frustrato dalla stessa possibilità di adire il foro della sede dell'arbitrato anche quando esso sia privo di competenza nel merito. L'inciso secondo cui la decisione sulla convenzione arbitrale può costituire questione principale o questione incidentale dà la misura di come tale foro gode di priorità nei confronti degli altri fori in tutti i casi e di come, in altre parole, la parte possa approfittarne, sia per porre la convenzione arbitrale in *stand-by* (in attesa del giudizio sulla relativa operatività) sia, più in generale, per allungare i tempi di individuazione della sede processuale finale cui deferire la controversia.

Tali considerazioni inducono a ritenere, in definitiva, che gli obiettivi della proposta di proteggere l'impegno arbitrale e coordinare al meglio i fori degli Stati membri dinanzi

ad un'eccezione di arbitrato appaiano realizzabili soltanto in casi semplici, identificabili sulla falsariga del caso *West Tankers*. È da pensare, tuttavia, specie alla luce delle divergenti posizioni formatesi intorno al Libro verde, che tutto ciò rappresenti non tanto un difetto della proposta, ma l'espressione di un confine della riforma del regolamento difficilmente superabile.