

DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

The Law of International Trade

30.1

Gennaio-Marzo 2016

Publicazione trimestrale — ISSN 1593-2605
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

PUBBLICITÀ

2016 - 30.1

DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

Di particolare interesse in questo numero:

Unidroit Principles in investment arbitration

Internal conflicts among arbitrators

EU law and international investment arbitration

Denial of benefit clauses in investment Treaties

Primo lodo favorevole alla Spagna negli arbitrati sorti
dal cambio di regime tariffario per gli impianti fotovoltaici

Fondata da

Piero Bernardini, Michael J. Bonell, Franco Bonelli, Sergio M. Carbone, Antonio Crivellaro, Ugo Draetta, Andrea Giardina, Riccardo Luzzatto, Alberto Santa Maria.

Direzione

Massimo Benedettelli, Piero Bernardini, Michael J. Bonell, Sergio M. Carbone, Andrea Carlevaris, Diego Corapi, Antonio Crivellaro, Barbara De Donno, Maria Beatrice Deli, Ugo Draetta, Luigi Fumagalli, Andrea Giardina, Riccardo Luzzatto, Alberto Mazzoni, Francesco Munari, Luca Radicati di Brozolo, Giorgio Sacerdoti, Alberto Santa Maria.

Redazioni

GENOVA: Lorenzo Schiano di Pepe, Andrea La Mattina, Marco Lopez de Gonzalo, Maurizio Maresca, Chiara Tuo.

MILANO: Michele Sabatini, Francesco Bestagno, Anna Biasiolo, Leonardo Borlini, Anna De Luca, Edoardo Gambaro, Albert Henke, Francesco Mazzocchi, Lorenzo Melchionda, Giovanni Minuto, Nicoletta Parisi, Flavio Ponzano, Dino Rinoldi, Andrea Santini, Matteo M. Winkler.

ROMA: Anna Veneziano, Federico Pernazza, Maria Teresa Cirenei, Carlo De Stefano, Domenico Di Pietro, Eleonora Finazzi Agrò, Daniele Gallo, Rosanna Magliano, Maria Chiara Malaguti, Maria Rosaria Mauro, Roberta Peleggi, Matilde Recanati, Gianluca Scarchillo, Raffaele Torino.

Referees

ITALIANI: Carlo Angelici, Stefania Bariatti, Gabriele Crespi Reghizzi, Giorgio De Nova, Franco Ferrari, Antonio Gambaro, Paolo Montalenti, Giulio Ponzanelli, Giuseppe Portale, Laura Salvaneschi, Gustavo Visentini, Vincenzo Zeno Zencovich.

STRANIERI: Juan Fernández Armesto, Diego Fernandez Arroyo, Ignacio Arroyo, George Bermann, Jürgen Basedow, Thomas Clay, Filip De Ly, Emmanuel Gaillard, Guy Horsmans, Klaus Hopt, Herbert Kronke, Pierre Mayer, Alexis Mourre, François Perret, Tarek Riad, Arnoldo Wald.

La Direzione seleziona i contributi mediante un sistema di revisione effettuato da professori ordinari italiani e stranieri (*referees*). Le rubriche sottoposte obbligatoriamente a revisione sono *Saggi* e *Problemi di attualità*, ad eccezione dei lavori provenienti dai Direttori e delle relazioni presentate a convegni. I *Commenti* e le *Rassegne* sono valutati dai membri della Direzione e della Redazione, tenendo conto delle specifiche competenze degli stessi.

Direttore responsabile: Antonio Crivellaro.

Responsabile di Redazione: Silvia Porta.
Via delle Casaccio, 1-16121 Genova
Tel. 010/84621 E-mail: silvia.porta@belex.com

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2016

| | |
|--------------------------------|----------|
| Unione europea | € 150,00 |
| Paesi extra Unione europea | € 225,00 |
| Prezzo di un singolo fascicolo | € 38,00 |
| (Extra U.E. € 57,00) | |

Le annate arretrate a fascicoli, dal 2011 fino al 2015, sono disponibili fino ad esaurimento scorte

RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 1987

| | | |
|------|-------------------|------------------------|
| U.E. | abbonato € 53,00* | non abbonato € 123,00* |
|------|-------------------|------------------------|

*IVA esclusa

La rivista on-line riproduce, in pdf, i contenuti di ogni fascicolo dall'anno indicato fino all'ultimo numero in pubblicazione.

La sottoscrizione dell'abbonamento "abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso al contenuto dal 1 gennaio 2016, o da qualunque data successiva di sottoscrizione, fino al 31 dicembre 2016. La sottoscrizione dell'abbonamento "non abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso di 365 giorni dalla data di sottoscrizione.

In seguito alla sottoscrizione sarà inviata all'abbonato una password di accesso.

Il sistema on-line Biblioteca Riviste permette la consultazione dei fascicoli attraverso ricerche:

- full text
- per estremi di pubblicazione (numero e anno fascicolo)
- per data

In caso di sottoscrizione contemporanea a due o più riviste cartacee tra quelle qui di seguito indicate **sconto 10% sulla quota di abbonamento:**

| | Unione europea | Paesi extra Unione europea |
|---|----------------|----------------------------|
| <i>Diritto del commercio internazionale</i> | € 150,00 | € 225,00 |
| <i>Giurisprudenza commerciale</i> | € 180,00 | € 270,00 |
| <i>Rivista dei dottori commercialisti</i> | € 140,00 | € 210,00 |
| <i>Rivista delle società</i> | € 145,00 | € 217,00 |

Gli sconti non sono cumulabili

Le richieste di abbonamento, le comunicazioni per mutamento di indirizzo e gli eventuali reclami per mancato ricevimento di fascicoli vanno indirizzati all'Amministrazione presso la casa editrice A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.a.: **Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - Tel. 02/38089200 - Fax 02/38089432 - Internet: <http://www.giuffre.it> - e-mail: vendite@giuffre.it**

L'abbonamento alla rivista cartacea decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul **c.c.p. 721209**, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;

- a **ricevimento fattura** (riservata ad enti e società);

- mediante **carta di credito** (VISA - MASTERCARD - EUROCARD - CARTA SI), precisando: numero, scadenza, data di nascita;
- oppure tramite gli **Agenti Giuffrè** a ciò autorizzati (cfr. pagine gialle).

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo.

Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso la "Dott. A. Giuffrè Editore SpA" - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

Pubblicità: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Servizio Pubblicità: **Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano Tel. 02/38089335 - Fax 02/38089426 - e-mail: periodici@giuffre.it**

I contributi pubblicati in questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Antonio Crivellaro

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 424 del 29.5.1987

R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)



Rivista associata all'Unione Stampa Periodica Italiana

Pubblicità inferiore al 45%

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

SAGGI

- GIUDITTA CORDERO MOSS-DANIEL BEHN, *The relevance of the Unidroit Principles in investment arbitration* pag. 3
Abstract. — I. Introduction. — II. The law applicable to investment arbitration. — 1. ICSID Arbitration. — 2. UNCITRAL arbitration. — 3. Institutional arbitration. — 4. Choice-of-law provisions in investment arbitration. — III. The PICC as ‘rules of law’ chosen by the parties. — IV. The PICC and international law. — 1. The PICC as a source of international law. — 2. The PICC as corroboration of international law. — V. The PICC and national law. — 1. The PICC as corroboration of national law. — 2. The PICC as corrective of national law? — VI. Conclusion.
- UGO DRAETTA, *Internal conflicts among arbitrators in international arbitration*. » 47
1. Misconduct by an arbitrator in his/her relationship with a co-arbitrator. — 1.1. General issues: to whom do arbitrators owe their duties? — 1.2. Violation by a co-arbitrator of the duty of independence and impartiality. — 1.2.1. A co-arbitrator having an undisclosed conflict of interest. — 1.2.2. A co-arbitrator making improper *ex parte* communications. — 1.2.2.1. *Ex parte* communications in general. — 1.2.2.2. Difficulty to obtain hard evidence of *ex parte* communications by a co-arbitrator: some anecdotes. — 1.3. Violation by a co-arbitrator of the duty of confidentiality. — 1.4. Violation by a co-arbitrator of the duty of diligence. — 2. Remedies available to the innocent arbitrator in case of misconduct by a co-arbitrator. — 2.1. Non-traumatic remedies. — 2.2. Remedies contemplated by various Codes of Ethics: no «teeth». — 2.3. Remedies available under institutional arbitration rules: possible revocation of the offending arbitrator. — 2.4. Exclusion of the offending arbitrator from the decision-making process: the truncated tribunal. — 2.5. Remedies available under national legislations. — 3. Conclusions on internal conflicts among arbitrators.
- ALBERTO MAZZONI, *Third-Party liability insurance in the insured’s bankruptcy: the Italian perspective*. » 97
1. Preamble. — 2. Art. 82 of the Italian Bankruptcy Law and the survival of the insurance contract in bankruptcy. — 3. The rule in Art. 1917(2) of the Italian Civil Code («ICC»): the insurer’s right and the insurer’s duty to make direct payment of the

indemnity to the injured third party. — 4. Legal analysis of Art. 1917(2) ICC: the absence of any enforceable right of the injured third party to require direct payment of the indemnity from the insurer. — 5. Art. 1917(2) ICC and the insured's bankruptcy: does the provision remain applicable after adjudication in bankruptcy of the insured or is application thereof preempted by such adjudication? — 6. The majority view: inapplicability of Art. 1917(2) ICC in bankruptcy. — 7. The minority view: Art. 1917(2) continues to be applicable in bankruptcy. — 8. The legislative protection of the injured third parties: the statutory lien provided by Art. 2767 ICC and the overall policy assessment suggested by it. — 9. Post-adjudication direct payments of the indemnity to injured third parties and questions of standing to sue and be sued in recovery-seeking actions on behalf of the estate. — 10. The legal regime of actions brought by an injured third party to establish indemnification rights or claims against the insured debtor's estate. — 11. Settlement of liability insurance issues in the context of Italian bankruptcy or insolvency proceedings. — 12. Liability insurance issues in the context of Italian insolvency proceedings providing for composition or reorganization under a plan.

FRANCESCO MUNARI-CHIARA CELLERINO, *General principles of EU law and international investment arbitration*

» 115

1. General legal principles as a device to start a legal discourse concerning EU law and international investment arbitration, *i.e.* two worlds apparently apart. — 2. *Pacta sunt servanda*: a coin with two sides in the relationship between EU law and international investment law and arbitration. — 3. Legal certainty and extra-EU BITs. — 4. Managing financial responsibility vis-à-vis non-EU investors and the principle of sincere cooperation ... — 5. ... and relevant legal consequences on ISDS contained in the investment treaties negotiated between the EU and third countries. — 6. May 'classic' ISDS mechanisms survive the autonomy of the EU legal order? — 7. Concluding remarks.

PROBLEMI DI ATTUALITÀ

CARLO DE STEFANO, *Denial of benefits clauses in international investment agreements: burden of proof and notice to claimant* . .

» 143

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction: Origin and Function of Denial of Benefits Provisions. Distinction between Denial of Benefits Clauses and Jurisdictional Requirements *Ratione Personae*. States' Policy to Limit «Treaty Shopping». — 2. Burden of Proof. Intensity of the Evidentiary Burden at the Phase of Jurisdiction/Admissibility and at the Phase of Merits. Denial of

Treaty Advantages as an Issue of Admissibility. General Principle of Proximity to Evidence. — 3. Notice to Claimant. Language of Denial of Benefits Clauses: Permissive or Mandatory. Effect: Prospective or Retrospective. Timeliness. — 4. Concluding Remarks.

| | |
|--|-------|
| LIVIA VENTURA, <i>Il patrimonio separato tra equivalenza funzionale e asimmetrie normative</i> | » 161 |
| 1. Separazione patrimoniale e attività d'impresa: la teoria dell' <i>asset partitioning</i> . — 2. <i>Legal entity</i> e persona giuridica. — 3. L'entificazione e l'articolazione del patrimonio come equivalenti funzionali. — 4. La separazione patrimoniale endosoggettiva nella prospettiva storico-comparatistica. — 5. (<i>Segue</i>) Il trust e la separazione patrimoniale endosoggettiva. — 6. Dall' <i>«entity shielding»</i> all' <i>«internal shielding»</i> : l'imprenditore individuale. — 7. (<i>Segue</i>) L'imprenditore collettivo. — 8. (<i>Segue</i>) I patrimoni destinati ad uno specifico affare. — 9. Separazione patrimoniale endosoggettiva tra equivalenza funzionale e asimmetrie normative. — 10. Conclusioni. | |

COMMENTI E RASSEGNE

| | |
|---|-------|
| <i>La Corte d'Appello di Milano sollecita la Corte Costituzionale a vagliare la compatibilità dell'obbligo di disapplicazione imposto al giudice italiano dalla sentenza Taricco della Corte di Giustizia con il principio di irretroattività in mala partem della legge penale</i> (Corte di Appello di Milano, ord. 18 settembre 2015) di FRANCESCO BERTOLINO | » 205 |
| <i>L'applicazione del regime di IVA ridotto alla fornitura di libri elettronici: un breve commento alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Commissione c. Francia, del 5 marzo 2015</i> (Corte di Giustizia, 5 marzo 2015, C-479/13) di BENEDETTA CAPPIELLO | » 226 |
| <i>Lodo favorevole alla Spagna a conclusione del primo degli investment arbitrations sorti da impianti fotovoltaici: un precedente rilevante?</i> (Lodo 21 gennaio 2016) di ANNA DE LUCA | » 250 |
| <i>L'art. 101 TFUE e la rule of reason europea: nuovi spunti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea</i> (Corte di giustizia, 4 settembre 2014, cause riunite da C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 e C-208/13) di SIMONA PELLERITI | » 290 |

NOTIZIE

| | |
|---|-------|
| <i>La distribuzione commerciale internazionale: aspetti critici</i> , di STEFANO LINARES | » 313 |
| <i>La disciplina del contratto di agenzia negli Stati Uniti d'America: approfondimento della normativa negli Stati di New York e California</i> , di STEFANO LINARES | » 319 |
| <i>L'Iraq è diventato parte contraente della Convenzione di Washington del 1965 sulla risoluzione delle controversie relative ad investimenti tra Stati e investitori di altri Stati</i> , di GIOVANNI MINUTO | » 327 |
| <i>È stato assegnato l'ICC Institute Prize 2015</i> | » 327 |