

01

Quaderni
dei colloqui
sull'arbitrato
internazionale

COLLOQUIA
PAPERS ON INTERNATIONAL
ARBITRATION

Milan, 24 February 2011

**Libya and international
arbitration: developing
business opportunities**

Milan, 23 May 2011

**Arbitration in the
Asia/Pacific Region**

Milano, 9 Novembre 2011

**L'arbitrato in America
Latina: pregiudizi da
superare e cautele
da adottare**



MILAN
CHAMBER OF
ARBITRATION

01

Quaderni
dei colloqui
sull'arbitrato
internazionale

COLLOQUIA
PAPERS ON INTERNATIONAL
ARBITRATION

Milan, 24 February 2011

**Libya and international
arbitration: developing
business opportunities**

Milan, 23 May 2011

**Arbitration in the
Asia/Pacific Region**

Milano, 9 Novembre 2011

**L'arbitrato in America
Latina: pregiudizi da
superare e cautele
da adottare**

FOREWORD

This volume brings together the contributions written by Jalal El Ahdab, Michael Pryles and Diego P. Fernández Arroyo prepared on the occasion of the *Colloquia on international arbitration*, held in Milan throughout 2011.

The *Colloquia on international arbitration* are held periodically in an informal round-table setting and are addressed to professionals and in-house counsels who can, thus, exchange views with arbitration experts from different jurisdictions.

The *Colloquia papers on international arbitration* publish the papers written by the *Colloquia's* speakers on the subject treated.

The *Colloquia papers* are published yearly and are issued in an electronic form with free access to the full text.

With its open-access publishing, the Milan Chamber of Arbitration offers an easy access to information on alternative justice contributing to its widest diffusion.

We wish to acknowledge the authors of the articles who have devoted time and attention to our project.

TABLE OF CONTENTS

Foreword	I
About the authors	III

I

INVESTMENT AND ARBITRATION IN LIBYA: FROM OLD TO NEW, FROM CERTAINTIES TO UNCERTAINTIES

Jalal El Ahdab and Nadine Ghassan-Martin

1. Introduction	1
2. Overview of Libya's economy	2
3. Legal framework of foreign investments in Libya	4
4. Investment arbitration in Libya past and future	9

II

SINGAPORE: THE HUB OF ARBITRATION IN ASIA

Michael Pryles

1. Introduction	14
2. Reasons for the popularity of Singapore as an arbitral venue.....	14
3. Singapore International Arbitration Centre ("SIAC")	15
4. SIAC Rules of Arbitration.....	18
5. Decisions of the Singapore Courts	19
6. Conclusion.....	20

III

L'ARBITRATO IN AMERICA LATINA: PREGIUDIZI DA SUPERARE E CAUTELE DA RISPETTARE

Diego P. Fernández Arroyo

1. La presunta avversione dell'America Latina per l'arbitrato	21
2. L'attuale struttura giuridica	24
3. L'influenza dell'arbitrato di investimento	30
4. Alcune problematiche specifiche.....	35
5. Commenti finali.....	38

ABOUT THE AUTHORS

JALAL EL AHDAB

Jalal El Ahdab is a well-known international arbitration specialist, with a special focus on the Middle East region. After practicing almost ten years in an international US firm based in Paris, where he was counsel, he is now a partner with the firm Ginestié Magellan Paley-Vincent.

His practice, which used to cover principally transactional and corporate work, focuses today on complex (international) litigation (shareholders or securities suits, class actions, breach of negotiations, bank guarantees) and domestic and international/commercial and investment arbitration (commodities trade, telecom, corporate, port concession). He has acted as counsel in multiple arbitral proceedings in Europe, Africa and the Middle East, under the rules of the ICC, ICSID, LCIA, VIAC, DIAC, CRCICA (Cairo) and BCCIA (Beirut Chamber of Commerce) and CAS. He also acts as co-arbitrator, chairman and as sole arbitrator in both domestic and international arbitrations.

Jalal El Ahdab has written extensively on international arbitration and spoken at numerous international conferences. He is also managing editor of the *International Journal of Arab Arbitration*, published since 2009 in Beirut, Lebanon.

He is currently the ICC-France appointed member of the ICC Working Group on Costs in Arbitration and the vice-chair of the French-Arab Chamber of commerce's scientific committee. He is also member of the IBA (vice-chair of the Mediation Techniques Subcommittee); French Arbitration Committee; ASA; LCIA; CAS (arbitrator for Lebanon).

MICHAEL PRYLES

Michael Pryles is one of the leading arbitrators in the Asia/Pacific Region. Chambers Asia Pacific has consistently rated him as one of the two star individuals who are most in demand arbitrators. He has sat as an arbitrator in over 300 cases in Asia, Europe, North America and Australia. He has experience of both ad hoc and institutional commercial arbitrations under the UNCITRAL, ICC, LCIA, SIAC, HKIAC, CIETAC, SCC, JCAA, KLRCA and Swiss rules, and investor-state arbitrations under the ICSID rules, the ICSID Additional Facility Rules and the UNCITRAL Rules (BITs, NAFTA, CAFTA and state investor protection laws). These have involved investment, construction, energy, insurance, distribution, commercial, technology-transfer and joint venture disputes with sums claimed up to US \$5 billion.

Michael Pryles has published extensively. Previously he was a partner in a major Australian law firm and before that he held a named chair in Australia's largest law school. He has also held numerous international appointments.

He has offices in Melbourne and Singapore and chambers in London.

DIEGO P. FERNANDEZ ARROYO

Diego P. Fernández Arroyo is a professor at the School of Law of Sciences Po in Paris since 2010, on leave from the Complutense University of Madrid. He teaches international dispute resolution, arbitration and conflict of laws. Professor Fernández Arroyo is member of the Curatorium of the Hague Academy of International Law, former President of the American Association of Private International Law (2007/2010) and member of the International Arbitration Institute (IAI).

Diego P. Fernández Arroyo is also a member of Argentinean Delegations before UNCITRAL (Working Group on Arbitration), the Hague Conference of Private International Law and the CIDIP (Organization of American States).

He has been involved in the practice of international arbitration as an arbitrator and a consultant. He has developed several projects in the field of arbitration and international business law for the European Union, the Andean Community, the Mercosur, and the Latin-American Integration Association. He has published several books and a number of articles and notes on international business law, arbitration, private international law, EC law and comparative law in publications of many Countries. He is also co-editor of the *Globalization Law Library*.

INVESTMENT AND ARBITRATION IN LIBYA: FROM OLD TO NEW, FROM CERTAINTIES TO UNCERTAINTIES

*Jalal El Ahdab and Nadine Ghassan-Martin*¹

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Overview of Libya's economy. – 3. Legal framework of foreign investments in Libya. – 4. Investment arbitration in Libya past and future

1. Introduction

Libya remained leak tight to foreign investment and international trade for several decades. Its socialist and centralized economic system prevented virtually any external financing, except for oil partnerships. The long period of international embargo, further contributed to its financial isolation.

After Libya settled in September 2003 the Lockerbie claims related to the 1988 bombing of a Pan American plane and agreed to stop developing weapons of mass destruction, the international sanctions imposed by the United Nations were lifted.

The process of lifting US unilateral sanctions began in the spring of 2004 and all sanctions were removed by June 2006, helping Libya return to the international fold.

Since 2003, Libya boosted its economy by adopting liberal market reforms and launching privatization campaigns of its main industries such as oil and gas.

To keep up with its rapidly evolving economy, Libya made substantial changes to its legal structure. This was a critical reform because Libyan law governs almost all contracts to which Libyan state owned entities are party (with the exception of certain oil contracts).

The most notable changes to Libyan law have occurred in the fields of foreign investments, commercial distribution, tax, and corporate law. For example, Law-Decree n° 83 of July 7, 2005 introduced a new customs system, removing import taxes on the majority of products, reducing customs duty on products manufactured locally to a maximum of 2.5% and consumer tax to rates of 25 or 50% (which is a rate similar to the one of VAT).

Moreover, Law No. 23/2010 of May 18, 2010 promulgated the new Libyan Commercial Code which entered into force on August 21, 2010. This law, containing 1358 articles, constitutes a remarkable modernization of the Libyan Business Law.

Those reforms along with increasing institutional transparency positioned Libya as an attractive venue for foreign investments.

The country was experiencing a business boom thanks to its plentiful hydrocarbon reserves and the rise of international oil prices.

On February 17, 2011, Libyan people rose up against the Gaddafi regime which was overthrown after nine month of armed conflict.

The National Transitional Council of Libya (NTC) created to lead the fight against the regime is currently ruling the country during the transition period until the establishment of free

¹ Mr. Ahdab, PhD, LL.M., Esq., is based in Paris and is admitted to practice in Paris (France), New York (USA) and Beirut (Lebanon). Mrs. Ghassan, PhD, Esq., is admitted to practice in Paris. The authors would like to thank Miss Jennifer Keyrouz for her initial contribution.

elections and a new constitution. To date, new and stable institutions have not yet arisen. Libyan economy and infrastructure were heavily affected by the conflict.

Notwithstanding the decisions of the interim government appointed by the NTC, it is clear that Libya still has the potential to attract investors in numerous sectors of its economy. However, political stability faces today serious challenges with the proliferation of arms and armed groups. On March 6, 2012, several tribal and militia leaders in eastern Libya have declared the autonomy of their region; the "Cyrenaica", an area rich with oil. After a quick overview of the structure of the Libyan economy (I), the article will go through a in-depth review of the past and current legal framework of foreign investments and arbitration in Libya (II), with a special focus on investment arbitration (III).

2. Overview of Libya's economy

A. Before the conflict

Before the events of 2011 Libya was the largest oil producer in North Africa, at 1.6 million barrels of crude oil a day, and exported around 1.1 million barrels a day.

Substantial revenues from the energy sector coupled with a small population gave Libya one of the highest per capita real gross domestic product (GDP) in Africa. Libya experienced strong economic growth since 2003, with GDPs estimated to have increased by 9%.

Oil sector

Libya's economy is heavily reliant on oil revenues because the country is generously endowed with energy resources, with one of the largest oil reserves in the world. It has recently been estimated at approximately 46.4 billion barrels. Libya's income from oil exports had increased sharply in recent years, and resulted in an improvement in its overall economic situation².

Gas industry

Before 2011 Libyan natural gas production and exports were increasing, with the opening of the "Greenstream" pipeline to Europe in late 2004. Expansion of natural gas production should remain a high priority for Libya for two main reasons.

- First, Libya may aim to use natural gas instead of oil domestically for power generation, freeing up more oil for export.
- Second, Libya has vast natural gas reserves (estimated at 54.7 trillion cubic feet) and is looking to increase its natural gas exports, particularly to Europe. Libya is ranked 23rd country in the world in terms of gas reserves.

Electricity sector

Libya still needs to invest billions of dollars in new generating capacity to meet increasing demand. As of January 2004, Libya had electric power production capacity of about 4.7 gigawatts (GW). In 2004, Libya generated 19.4 billion kilowatthours (Bkwh) of electricity, while consuming 18.1 Bkwh. Most of Libya's existing power stations are being converted from oil to natural gas, and new power plants are being built to run on natural gas, primarily to maximize the volume of oil available for export purposes. Libya should also keep looking at potential wind and solar projects, particularly in remote regions where it is impractical to extend the power grid.

² Nearly 85% of oil production is exported, accounting for 95 percent of total exports and 60% of the country's income. Libya is the second largest oil exporter in Africa with the National Oil Corporation (NOC) setting the goal of nearly doubling oil production to 3 million barrels per day by 2017.

Infrastructure industry

After years of embargo, most of the existing infrastructure of the country became old and those that did not exist before the sanctions such as railways and subways are still lacking.

The Libyan government had launched major infrastructure projects in this regard by encouraging foreign investment in this sector and by allocating a significant proportion (60%) of its budget to the infrastructure industry.

Agriculture sector

Agricultural development is a national priority, with land area largely composed of desert, while climate and poor soil severely limit agricultural output. Until recently, farming depended entirely on erratic rainfall and poorly developed irrigation systems.

To ease the chronic water shortage, a massive engineering project known as the Great Man-Made River (GMMR) was launched in 1983, consisting of more than 1300 wells and daily supply of 6,500,000 m³ of fresh water to the cities of Tripoli, Benghazi, Sirte and elsewhere, 40 percent of which is used in agriculture.

Libya planned to increase cultivable surface from 200,000 to 600.000 ha to meet the needs of its population.

Water supply

Libya is a desert country and finding fresh water has always been a problem. Natural resources (surface water, groundwater, watersheds) cover only 2.3 percent of needs, a national strategy to manage overall hydraulic sources had been drawn up by the General Council of Planning.

There has been progress in providing access to safe water for the population and for agriculture and industry, thanks to the GMMR project.

The country also planned to double its capacity to process waste water and seawater by 2025. Only 1.4 percent and 0.7 percent of respective needs are currently covered. Several hundred million dollars' worth of water, wastewater treatment and desalination contracts are expected to be awarded over the next few years.

Foreign investments in Libya were drastically increasing before the fall of Gaddafi's regime. The new Libya government should develop a favorable environment to extend these possibilities and absorb the economic impact of the last conflict.

Bank Sector

The Central Bank of Libya (CBL) officially declared the opening of the capital stock of nine commercial banks³ to foreign investors.

However, foreign participation in these banks could not exceed 49% of the capital stock which should increase of at least 70 million dinars (55 Million dollars) and 90% of the personnel had to be Libyan nationals.

B. The Economic Impact of the Conflict

The military conflict which followed the insurrection in Libya severely impacted Libyan economy, leading foreign companies to expatriate a large part of their staff and rendering them unable to perform their obligations. Contracts suffered important breaches or delays, but not all of them were the direct consequence of military operations. The financial sanctions pronounced by the international community before and during the events that lead to the fall of the regime also had a relevant impact⁴.

³ Commercial and development Bank, Amman bank for trade and investment, Arab Lijmaa bank, Moutawassat bank, Wafa bank, Waha bank, Unified bank for commerce and investment, Arab commercial bank, Saraya bank for commerce and investment

⁴ See for example "La crise arabe propulse le baril de pétrole à 120 dollars" - Le Monde 25 Feb. 2011

During the conflict several financial sanctions were imposed to Libya: The American President issued on 25 February 2011 an Executive Order which locked certain property and prohibited certain transactions related to Libya⁵. Shortly after Resolution 1970 of 2011 was adopted by the United Nations Security Council and then extended by Resolution 1973 the following month⁶. The European Union, Australia, Canada, New Zealand, Austria, Switzerland, Japan and Russia, among other countries, adopted all sanctioning measures to implement the binding resolutions of the UN Security Council⁷.

At first limited to Muammar Gaddafi's family assets, the sanctions were quickly extended to Libyan public funds or entities which were deeply controlled by the government.

This notably concerned the Libyan National Oil Corporation (NOC) and the Libyan Investment Authority.

Libya's oil industry was run by the state-owned NOC, along with smaller subsidiary companies, which combined account for around half of the country's oil output⁸. In addition, Libya has operations in Europe through its overseas oil retail arm, *Tamoil*. Through Tamoil, Libya is a direct producer and distributor of refined products in Italy, Germany, Switzerland, and Egypt.

The LIA was the Libyan Investment Authority established on August 28, 2006, by the General People's Committee of Libya (GPCO) to manage the value of Libya's oil revenues and to diversify the dependence of national income. It is a holding company that manages the government investment funds coming from the oil and gas industry in various areas of the international finance market.

The sanctions imposed upon them generated quick responses by Libyan former authorities. They threatened western companies to terminate their contracts if they did not return to Libya and resume oil production

During the conflict, oil production did not completely stop. It however, decreased to 200 000 barrels per day.

As the rebels gained control over facilities sanctions were progressively lifted and foreign investors started going back to Libya. Currently, oil production is roughly estimated at 1.2 million barrels per day.

A special committee was created by the interim government with the mission to examine existing contracts between the Libyan states or state entities and investors in order to prepare the rules and foundations for renegotiating these contracts, to assess the damages caused by the conflict to these contracts and determine their feasibility.⁹

3. Legal framework of foreign investments in Libya

The current situation in Libya prevents any confident anticipation of the shape its future legislation will take.

⁵ Executive Order 13566 "Blocking Property and Prohibiting Certain Transactions Related to Libya".

⁶ Khawar Qureshi "Intervention or interference?" *New Law Journal*, 6 May 2011, p. 613.

⁷ Mayer Brown "Sweeping New Sanctions Imposed on Libya by the United States, United Nations, European Union, and United Kingdom", legal update March 1, 2011.

⁸ Of NOC's subsidiaries, the largest oil producer is the Waha Oil Company (WOC), followed by the Arabian Gulf Oil Company (Agoco), Zueitina Oil Company (ZOC), and Sirte Oil Company (SOC). In addition to NOC's subsidiaries, several international oil companies are engaged in exploration and production in Libya including Repsol YPF (Spain), Eni (Italy), OMV (Austria), and Total (France). United States-based oil companies, after the lifting of sanctions in 2004, were allowed back into Libya.

⁹ Chris Cross, « After the fal », in *Legal Week*, 2 March 2012, p. 22-24; Danielle Beggs and Danielle Kent, "*The Future of oil and gas in Libya*". 27 April 2012

Following the conflict, the progressive lifting of the sanctions¹⁰ allowed Libya to quickly resume its economic activity, especially in the Oil sector which is estimated to revert to pre-war levels later this year and gas production which is set to surpass pre-conflict levels in 2013¹¹.

In 2006, foreign investment in Libya represented 95% of investments estimated by official Libyan resource which is about 4.497 billion dollars as from 1997. The volume of European investments in Libya for the year 2006 reached 1,7 billion dollars.

Foreign investments in Libya had drastically increased over the past years and it's likely the future government will carry on its development policy by developing a favorable legal framework for investors.

A. Libyan legislation before the conflict

Foreign investments in Libya were authorized under *law n°5* in 1997 (amended by law n°7 in 2003) and supporting decrees related to transfer of technology, vocational training, regional development, industry, health, tourism, agriculture, oil related services (except drilling and exploration, covered by the Petroleum Law) and any other sector specified by the GPC. Tourism was covered by law n°7 of March 6, 2004 and decree n°139 of August 26, 2004.

Article 23 of law n°5 on foreign investments stipulates that an investment cannot be nationalized, expropriated, sequestered or any similar provisions without a legal decision and equitable reimbursement.

Co-investment by Libyan and foreign partners

In addition, the law allows co-investment by Libyan and foreign partners with no limit on foreign holdings, except in the banking sector and state-owned companies. Foreign investment is also exempt from the main legal requirements regulating the activities of Libyan companies, in particular registration in the trade or industrial registers. Decree n°178 allows for commercial representation on behalf of a foreign company under certain conditions.

The law provides many incentives for licensed projects, such as a five-year exemption from corporate tax, with a possible extension of a further three years if net profits are reinvested in the project. It also provides exemption from customs duties on import of machinery, tools, and equipment needed for the project for a period of five years as well as exemption from excise taxes on exported goods.

Repatriation of invested capitals

Foreign investors are allowed to repatriate invested capital in case of total or partial sale or conclusion or liquidation of the project, after five years from the date of release of the license, or within six months of the release of the license if independent difficulties or impediments emerge. They can transfer profits, employ foreign workers if local supply is not available, and purchase land for the project.

Starting a business in Libya

Foreign investors who want to do business in Libya have four main options: 1) set up a branch office; 2) establish a joint venture/joint stock company with a local firm; 3) establish a representational office; and 4) enter Libya under the provisions of investment law n° 5.

Trade activities and joint ventures fall under law n°65 of May 20, 1970 governing trade and commercial companies. It stipulates that any person or entity that wants to carry out a trade

¹⁰ For example in the United States General License No. 7A authorized on September 19 2011 all transactions involving the Libyan National Oil Corporation (NOC) or entities owned or controlled by the NOC. Subject to a requirement to report to OFAC on the release of any blocked funds, including cash and securities, General License No. 7A also unblocks all property and interests in property of the NOC and entities owned or controlled by the NOC.

¹¹ Danielle Beggs and Danielle Kent, "The Future of oil and gas in Libya". 27 April 2012.

activity must have Libyan nationality. Partnerships are however possible. Joint ventures must be at least 51 percent Libyan-owned.

As for major construction contracts, they are often awarded under turnkey or EPC (Engineering-Procurement-Construction/commissioning) arrangements. Build-Operate-Transfer (BOT) contracts are extremely rare in the oil & gas energy sector.

B. Overview of Libya's arbitration Law

Prior to the events of 2011, Libya had issued a new draft Arbitration Law based on a comparison of several arbitration laws like the French Law, the Tunisian Law, the Unified Arab Code of Civil Procedure as well as the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

Meanwhile, as the draft didn't enter into force, arbitration in Libya is mainly governed by the current provisions of the Libyan Code of Civil Procedure.

Moreover, the petroleum act of 1955 includes compulsory arbitration provisions and the investment law n°5 of 1955 allows the recourse to arbitration in investment disputes.

i. Arbitration Rules under the Libyan Code of Civil Procedure

Promulgated in 1954, Libyan Arbitration Rules in Libya are inspired from the Egyptian civil Procedure Code.

They are incorporated in articles 739 to 771 of the Libyan Code of Civil Procedure and govern all the aspect of arbitration from the agreement to arbitrate to the enforcement of the arbitration award.

Agreement to arbitrate and arbitrability

Generally, and according to Article 739, parties may agree to refer to arbitration any dispute arising out of the performance of a particular contract except for employment and social security disputes, as well as nationality and personal status dispute.

However, pecuniary disputes arising out of a personal status case can be subject to arbitration. Moreover, arbitration is possible between husband and wife but only for those questions considered arbitrable by the *sharia*.

Furthermore, disputes related to public policy cannot be referred to arbitration. The Libyan High Court defined public policy as “*anything which relates to a general interest involving the superior order of society, whether political, social, economic or moral*”¹².

Government contracts may also be subject to arbitration domestically and internationally¹³.

Arbitration clauses and arbitration agreements

Libyan law distinguishes between arbitration clauses and arbitration agreements, but authorizes both if they are in writing¹⁴. This condition is required for the validity of the clause/agreement.

The arbitration clause / agreement is also considered void if the subject matter of the dispute is not determined either in the clause/ agreement to arbitrate or during the proceedings after the dispute arises¹⁵.

The Libyan law does not require that the mention of the names of the arbitrators in the arbitration clause/agreement. However, if the arbitrators act as amiable compositeurs, they must be appointed by name¹⁶.

¹² Libyan High Court, Civil Chamber, n°84/23 25 December 1977, High Court Review, n°3, April 1977

¹³ Regulation of administration contracts issued in 2005

¹⁴ Article 150 of the Libyan Code of Civil Procedure

¹⁵ Article 743 of the Libyan Code of Civil Procedure

¹⁶ Article 743 of the Libyan Code of Civil Procedure

Autonomy of arbitration clause

In addition, Libyan case law recognizes the autonomy of the arbitration clause/agreement and Libyan scholars unanimously agree that the arbitration agreement excludes the jurisdiction of the courts. Thus, arbitrators have jurisdiction to rule on their own jurisdiction but cannot order provisional measures¹⁷. Such measures as well as orders related to the production of documents and orders compelling a witness to testify may be ordered by local courts.

The Arbitral Tribunal

The parties determine freely the number of arbitrators composing the arbitral tribunal. If there is more than one arbitrator, their number must be odd. However, if there is no agreement as to the number of arbitrators, the arbitral tribunal is composed of three arbitrators. Each party appoints its arbitrator and the chairman or umpire is then appointed by the two arbitrators.

If a party fails to appoint its arbitrator or if the two appointed arbitrators fail to agree on the chairman or the umpire, the arbitrator can be appointed by the competent court.

Arbitrators should not be minors or deprived from their civil rights as a consequence of a criminal penalty or bankruptcy¹⁸. Foreigners can be appointed as arbitrators. However, an authorization from the Magistrates' Council is required if a judge is appointed as arbitrator.

The Libyan Code of civil procedure also sets the arbitrators' duties. They are required to accept their mission in writing and cannot, after their acceptance, leave the tribunal without just cause¹⁹. They must render the award within the time limit fixed by the parties. However, if the parties failed to fix a time limit, they must render the arbitral award within three months following the acceptance of their mission, unless, the parties agree in writing to extend the time limit. The extension cannot exceed three months²⁰.

Arbitrators can be dismissed or challenged for the same grounds as judges²¹.

Law applicable to the procedure

Pursuant to article 754, parties are free to choose the procedural law or rules applicable to the arbitral proceedings, if they fail to do so, the arbitrators can fix the appropriate rules of procedure or choose to follow the Libyan law.

In all cases, arbitrators are bound to apply the principles of a fair trial.

Law applicable to the merit

The parties are also free to choose the law applicable to the merits.

The arbitrators must apply the Law chosen by the parties, unless they are authorized to rule according to fairness and custom as "amiable compositors"²².

¹⁷ Article 758 of the Libyan Code of Civil Procedure

¹⁸ Article 741 of the Libyan Code of Civil procedure

¹⁹ Article 748 of the Libyan Code of Civil Procedure.

²⁰ Article 752 of the Libyan Code of Civil Procedure

²¹ Article 749 of the Libyan Code of Civil Procedure. According to article 267 of the Libyan Code of Civil Procedure, an arbitrator can be dismissed or challenged:

-If he has an interest in the case before them or in another case dealing with the same legal points.

-If he or his spouse or one of his relatives (up to the fourth degree) or a person with whom he regularly shares his food or hospitality is a party to the dispute.

-If he or his spouse is in dispute with one of the parties or one of its representatives or if there is a strong hostility between them or if there is debtor/creditor relationship between them.

-If he has counseled, pleaded or been a witness in the case, if he has previously considered it as a judge at any stage of the proceedings, or if he has been involved with the case as an expert, arbitrator or investigator.

-If he is the guardian, agent or servant of one of the parties or if he is the director of an establishment, company, club, corporation or other body, which has interest in the case before him.

²² Article 761 of The Libyan Code of Civil Procedure.

Language of arbitration

In principle, the language of arbitration is chosen by the parties. However, if the parties did not determine the language beforehand, the arbitral tribunal can determine it with regard to the circumstances, the language of the contract...

The seat of arbitration

The parties are free to choose the seat of arbitration. An award rendered outside Libyan is considered as a foreign one by the Libyan law²³.

The arbitral award

The arbitral award can be rendered unanimously or by the majority of the arbitrators. Whether it is domestic or international, the arbitral award must contain the identity and names of the parties and the arbitrators, as well as a summary of the parties arguments and requests. It must also contain the reasons, state the remedy awarded and be signed by the arbitrators²⁴.

Enforcing foreign awards

Libya did not sign the New York convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

Therefore, foreign arbitral awards are governed by the rules applicable to foreign judgments. To be granted leave to enforce, the Code of Civil Procedure requires that the awards be final and enforceable in their country of origin. The Code of Civil Procedure applies a reciprocity condition to grant leave to enforce in the sense that Libyan courts apply the same enforcement conditions as those provided by the law of the foreign country for the enforcement of Libyan judgments.

Before granting leave to enforce, the court must ensure that the court issuing the judgment had jurisdiction under the law of the country of origin and that it had a *res judicata* authority under the law of that country; that due process was respected; that the judgment is not contrary to a previous judgment made by the Libyan courts; and that the judgment is not contrary to Libya's public order. Libyan courts may not review the merits of the case when examining a request for enforcement. Once leave to enforcement is granted, a foreign judgment acquires the same status as a national judgment.

Appeal

Arbitral awards are subject to appeal only once leave to enforce has been granted²⁵. Appeal must be made in accordance with the same rules as those applicable to court judgments.

Setting aside awards

As provided by Article 769, arbitral awards may be set aside if:

1. the arbitration agreement was void or had expired when the award was made;
2. the arbitral tribunal was irregularly constituted;
3. the award was issued by an arbitrator lacking capacity : a minor or a person under a disability or deprived of his civil rights, or if one of the parties lacked capacity or if the dispute covered a question which was not arbitrable or subject to conciliation;
4. the arbitrator/s exceeded their mission;
5. the award did not contain any of the mandatory requirements;
6. the award was rendered after expiry of the agreed time-limit;
7. the arbitrators breached the applicable compulsory rules of procedure.

²³ Article 761 of The Libyan Code of Civil Procedure.

²⁴ Article 760 of The Libyan Code of Civil Procedure. For more details refer to Mohamed Ibrahim Al Werfalli, "Substantive and formal conditions of the arbitration award pursuant to the Libyan Law of Commercial and Civil Procedure", Journal of Arab Arbitration, Volume 2, n°1, 2010, p.11-17.

²⁵ Article 767 of the Libyan Code of Civil Procedure.

ii. Oil arbitration.

Under the Petroleum Act n°25 dated 21 April 1955, the parties are compelled to refer to arbitration disputes between the Ministry of Petroleum Affairs and concession companies concerning the construction or the performance of the contract, or their contractual rights and duties²⁶.

Unless agreed otherwise by the parties, the arbitral tribunal is composed of three arbitrators. Each party appoints one arbitrator. The two appointed arbitrators then choose the Chairman or umpire. If the two arbitrators fail to agree on the appointment of the Chairman or the umpire, he is appointed by the President of the International Court of Justice upon the request of one of the parties²⁷.

The umpire may not be a national of Libya or of the country in which the concession company (or any company, which it directly or indirectly controls) is incorporated. He may not be an employee or an ex-employee of one of the parties, the Libyan government or the government of another contracting state²⁸.

The arbitration proceedings begin when one party sends an arbitration request containing the subject matter as well as the name of its appointed arbitrator to the other party who must appoint its arbitrator within ninety day. If it fails to do so, the arbitrator is appointed by the President of the International Court of Justice²⁹.

The parties are free to choose the place of arbitration, if they fail to do so; the place of arbitration is Tripoli, Libya³⁰.

The contract is governed by Libyan law. It is also subject to the rules and principles of international law to the extent that these rules and principles are not contrary to the Libyan Law³¹.

If the two appointed arbitrators do not agree within six months following the start of the proceedings, they must inform the umpire who intervenes.

The parties are bound by the award rendered by the arbitral tribunal.

4. Investment arbitration in Libya past and future

A. Libya's current situation towards international arbitration

i. Past arbitration cases in Libya

The 2011 Libyan conflict occurred at a point where Libya seemed to embrace arbitration as a relevant form of dispute resolution and as a means to attract foreign investments.

Three famous arbitral awards (B.P.³², TEXACO³³ and LIAMCO³⁴) against Libya have been rendered between 1971 and 1974 following the nationalization campaign carried out in the country at that time. Although not technically or per se investment arbitration, these awards

²⁶ Annexe II of the Petroleum Act Clause 28.

²⁷ Article 3 of Clause 28 of Annex II of the Petroleum Act.

²⁸ Article 5 of Clause 28 of Annex II of the Petroleum Act.

²⁹ Articles 2 and 3 of Clause 28 of Annex II of the Petroleum Act.

³⁰ Article 6 of Clause 28 of Annex II of the Petroleum Act.

³¹ Article 7 of Clause 28 of Annex II of the Petroleum Act.

³² BP Exploration Co (Libya) Ltd v Government of the Libyan Arab Republic Award of 10 October 1973 (1979) 53 ILR 297.

³³ Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v Government of Libya (1979) 53 ILR 389.

³⁴ Award of the Arbitral Tribunal between the Libyan American Oil Company (LIAMCO) and the Government of the Libyan Arab Republic of April 12 1977, HeinOnline -- 20 I.L.M. 1981.

were directly flowing out of foreign investments. These arbitrations had been brought under the petroleum Act of 1955.

Although the three awards rendered addressed the same nationalization issue, three different solutions were reached since the applicable law was different in each arbitration procedure. The first award applied Danish law, the second award relied on public international law and the third award was rendered in accordance with the principles of private international law.

Thus, the B.P. award considered the nationalization illegal because it was based on political motives which made it discriminatory; The TEXACO award also held that the nationalization was illegal as contrary to the international concession contract; The LIAMCO award did not consider the nationalization to be illegal since it was an expression of the State's sovereignty over natural wealth. However, all three awards ordered Libya to pay compensation.

In the case of commercial disputes, foreign entities usually opted for arbitration under the auspices of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce.

The last arbitration case involving Libya was related to a political incident. Diplomatic relations between Switzerland and Libya were severely hurt in 2008 after the arrest of Hannibal Muammar Gaddafi, son of the former ruler, in Geneva for assault on two of his employees. Switzerland and Libya agreed on 2009 to settle their disagreement using arbitration. The issue was still pending at the beginning of the uproar and due to the current situation it's most likely to be dismissed³⁵.

ii. Potential claims under BIT

Even though, Libya has not signed the New York Convention for the recognition, and enforcement of foreign arbitral awards, it has ratified a number of bilateral investment treaties (BIT) which may benefit some foreign investors.

These treaties offer a quasi-standard dispute resolution mechanism for disputes arising between the investor and the host state.

The new Libyan government might be considered responsible for breaches of contract undertaken by the previous regime under the principle of continuity and investors who may feel that their chances of renewing their contracts are poor will be tempted to introduce claims.

As a matter of fact, at least fifteen arbitration claims were introduced against Egypt upon BITs for termination of contracts concluded by Mubarak's regime³⁶. A similar conduct is to be expected in Libya from investors.

Due to the embargo and its long lasting aggressive attitude, Libya has signed considerably less BITs than other Arab countries like Egypt or Tunisia. Amongst the over thirty BITs signed by Libya, only thirteen were in force at June 1st, 2010³⁷.

It is remarkable that many of these BIT's offer protection to investors in case of war, military uproar or insurrection. The BIT concluded between Belgium–Luxembourg Economic Union and Libya provides for example in its article 4 the benefit of a most favored nation treatment for repair of damages caused by war or insurrection in Libyan territory. A similar disposition can be found in Article 4 of the BIT concluded with Italy and the one concluded with Austria. Moreover, the BIT between Switzerland and Libya provides a similar disposition in its article 7 assuring a fair and equitable treatment of Swiss investors in case of damages for war and/or insurrection.

³⁵ Bernhard Berger and Stefanie Pfisterer, "Arbitration and Politics: Analysis of a Peculiar Arbitration Between Libya and Switzerland" in *International Journal of Arab Arbitration* 2011, Volume 3, Issue 1, pp. 55 - 63

³⁶ See for example : *Hussain Sajwani, Damac Park Avenue for Real Estate Development S.A.E., and Damac Gamsha Bay for Development S.A.E. v. Egypt* (ICSID Case No. ARB/11/16), *Bawabet Al Kuwait Holding Company v. Egypt* (ICSID Case No. ARB/11/6), *National Gas S.A.E. v. Egypt* (ICSID Case No. ARB/11/7) et *Anwal v. Egypt*.

³⁷ The signatory countries include Austria ; Belarus ; Bulgaria ; Egypt ; Ethiopia ; France ; Italy ; Morocco ; Portugal ; Serbia ; Spain ; Switzerland ; Syrian Arab Republic.

In fact, the language of the dispute resolution clause is almost similar in all eight BITs except for minor differences. The dispute resolution clauses provide that parties, within a six month –period, should try to negotiate an amicable settlement of the dispute. In the event of failure of the negotiations, the investor may choose to resort to national courts or to arbitration under the auspices of the Convention for the Settlement of Investments Disputes between States and Nationals of other States (“ICSID Convention”); or under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”); or, quite surprisingly, the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (“ICC”).

Although Libya didn't sign the New York convention, the BITs provide that the awards shall be final and binding, and that each Contracting Party shall ensure the recognition and enforcement of the arbitral award in accordance with its relevant laws and other regulations.

The BIT's also expressly include the states' consent to arbitration for the purposes of Chapter 11 of the ICSID Convention, Article 1 of the UNCITRAL Arbitration Rules and the Rules of Arbitration of the ICC.

iii. Other specific arbitration regimes: the Exploration and Production Sharing Agreements (EPSAs)

Since 2005, NOC concluded Exploration and Production Sharing Agreements (EPSAs) with tens of foreign oil companies³⁸.

EPSAs, written in both Arabic and English, concern the search for oil in a specific geographic area (the contract area), the technical and financial resources required to carry out petroleum operations, from exploration to exploitation, the organization of such operations and the allocation of the extracted oil between the parties. They do not grant propriety rights on oil “in situs”.

EPSAs are composed of a main contract regarding the exploration or production, and several auxiliary legal acts and provide for two stages: the exploration stage (for five years) and the exploitation stage (for twenty-five years).

Libyan law is applicable to the EPSAs.

A dispute resolution clause is specified in section 78 of the main contract. It commits the parties to seek an amiable settlement to their dispute. If the amiable resolution fails, an arbitration clause provides for arbitration in Paris under the Arbitration Rules of the ICC.

The arbitral tribunal is composed of three arbitrators, each party appoints its arbitrator and the Chairman is appointed by the President of ICC³⁹.

Moreover, EPSAs contain a force majeure clause which sets conditions of the latter in these terms: “*Force majeure Shall include, without limitation: acts of God; insurrection, riots, war, and unforeseen circumstances as well as any acts beyond the control of the party which renders the performance of its obligations impossible*”.

B. Force Majeure and actions available to foreign investors in exceptional circumstances

The uproar paralyzed Libyan economy for several months and most companies were unable to fulfill their obligations under their pending contracts.

The military conflict of course, but also the financial sanctions pronounced by the international community have led foreign companies to ask for compensation and/or expect to

³⁸ For more details: Pascal DE VAREILLES-SOMMIERE, «*Les nouveaux contrats internationaux d'exploration et de partage de production pétrolière en Libye, Problèmes choisis, (1^{ère} partie)*», Journal de droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2008, doctrine 1.

³⁹ For more details: Pascal DE VAREILLES-SOMMIERE, «*Les nouveaux contrats internationaux d'exploration et de partage de production pétrolière en Libye, Problèmes choisis, (2^{ème} partie)*», Journal de droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2009, doctrine 4.

be held unaccountable for non-performance. It is likely that a large number of claims based upon Force Majeure could still be introduced.

Force Majeure allows parties to be relieved from their obligations under certain circumstances when non-performance or delay is caused by an event beyond their control⁴⁰. In some cases when a Force Majeure clause is inserted in a contract it can even lead to early termination of the agreement.

It has been observed in past arbitral awards related to international investments that insurrections may be invoked as Force Majeure exceptions by foreign investors in order to relieve them from their obligations⁴¹.

As for the responsibility of the Libyan State, customary international law provides that a State cannot be held responsible either in case of popular insurrection, natural catastrophe, war situation or national state of emergency which often constitute "Force majeure" situations⁴².

It's however doubtful that all Force Majeure claims will be sustained as a large majority of the relevant contracts are governed by Libyan law which imposes a particularly severe test to prove Force Majeure⁴³.

i. Impossibility test

Under Libyan law Force Majeure is submitted to a specific test tending to demonstrate the considered event rendered performance absolutely impossible.

In the arbitral award on the case *National Oil Corporation v. Libyan Sun Oil Company*, the arbitrators sustained the interpretation given by the Supreme Court of Libya stating that Article 360 of the Libyan Code of Civil Procedure provided that "Force Majeure" releases a contractant from his obligation when an event unforeseeable at the time of the agreement and beyond the control of the parties renders the performance of the obligation absolutely impossible⁴⁴.

On this particular case, an US Oil company was prevented from sending American employees to Libya because of a passport restriction introduced by the American government. The company claimed Force Majeure for being unable to perform its obligations but was unsuccessful. The arbitrators ruled that since the US Company could have sent non-American employees the performance was not completely impossible. The award was later enforced in the United States⁴⁵.

Libyan law provides that parties may expressly choose a different test for Force Majeure in their agreement but another stricter approach suggests that the two tests should then be applied⁴⁶. This "impossibility test" came to be known for rendering particularly hard to retain Force Majeure in cases involving Libyan law⁴⁷.

⁴⁰ The traditional approach for characterizing Force Majeure is basic test of externality, unpredictability and irresistibility of the event.

⁴¹ See *RSM Production Corporation v. Central African Republic*, ICSID 7 December 2010, case n° ARB/07/02. In this case ruled that the armed conflict in the Central African Republic constituted force majeure suspending RSM's obligation to acquire new seismic data under the parties' exploration and production contract. The tribunal reasoned that the conflict rendered performance of the seismic obligation impossible because it was industry practice to hire subcontractors to carry out work requiring special expertise and RSM had been unable to find a single seismic company willing to operate in the country.

⁴² T. Alvarado-Garaioca, *La responsabilité de l'Etat dans les guerres civiles*, In *Mélanges offerts à Léon-Eli Troclet, Droit social et international*, ULB 1967, p. 43.

⁴³ Ben Holland and Jeremy Wilson, "Libya - Can sanctions support a Force Majeure claim ?" *Global energy Review*, 3 May 2011.

⁴⁴ *National Oil Corporation v. Libyan Sun Oil Company*, First award on force majeure and Final award in case no. 4462 of 1985 and 1987 in Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1991 - Volume XVI*, Volume XVI (Kluwer Law International 1991) pp. 54 – 78.

⁴⁵ *NATIONAL OIL CORP. v. LIBYAN SUN OIL Co.* 733 F.Supp. 800. U.S. District Court, D. Del., March 15, 1990, 85 Am. J. Int'l L. 1991 p.178.

⁴⁶ Mark Levy, "Civil Unrest and Sanctions : Implications for investors in Libya", 21 March 2011, Allen & Overy.

⁴⁷ Ben Holland, Jeremy Wilson, "Libya and force majeure – can you meet the test ?", *Global Energy Review*, 18 march 2011.

If a Force Majeure situation may be found undeniable at the pinnacle of the conflict, it may be difficult to demonstrate an absolute impossibility to perform obligations under contract during the whole conflict. The asymmetries of the sanctions undertaken might put investors to struggle.

It is also unsure if state-run entities that may disappear will be seen as linked to the new regime. The arbitration contracts inserted in their contracts may thus be unenforceable.

It is therefore important for investors to look for alternatives to Force Majeure claims as their success may be quite uncertain.

ii. Alternative Mechanisms to Force Majeure Clauses

There are some alternatives to Force Majeure under Libyan law. Parties may for example rely on the doctrine of hardship set in the Libyan Civil Code which clearly allows revision of the contract⁴⁸.

Looking at similar situations, Tunisia has passed in the spring a decree-law in order to repair the damages caused by the revolution⁴⁹. Libya may follow a similar path and repair foreign companies' damages through specific legislation.

Overall, one may very well bet that Libya's landscape of international investments arbitration is still to be reshaped in the very near future into a mixed system combining old and classical rules (including some favor to arbitration) with new sets of promising regulatory changes (including the adhesion to the New York and Washington Conventions).

⁴⁸ As an alternative to force majeure, parties can invoke the doctrine of hardship set out in the Libyan Civil Code – a principle of public policy which cannot be excluded by the parties and which Holland and Wilson consider “less burdensome” to establish than force majeure. The remedy, however, is revision rather than termination of the contract, which can lead to “unpredictable results”.

⁴⁹ Decree-law n°40 of 19 may 2011 JORT n° 36 of 20 may 2011 completed by . See Walid BEN HAMIDA, “Arbitration in the New Political Context in Tunisia”, IJAA Vol. 3 – No. (3) 2011, p.7.

II

SINGAPORE: THE HUB OF ARBITRATION IN ASIA

Michael Pryles

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Reasons for the popularity of Singapore as an arbitral venue. – 3. Singapore International Arbitration Centre ("SIAC"). – 4. SIAC Rules of Arbitration. – 5. Decisions of the Singapore Courts. – 6. Conclusion

1. Introduction

The 21st Century is the century of Asia. The enormous growth, economic development and increasing wealth of China and India are well known. But other countries on the continent are also emerging as global economic heavy-weights, including Korea, Indonesia, Malaysia and Thailand.

In the centre of South-East Asia sits the tiny city state of Singapore. It has developed as an important regional centre for commerce and, increasingly, as an important financial centre. Many foreign companies have regional headquarters in Singapore and there has been a rush of foreign banks, public and private, to establish branches or subsidiaries in the city state.

One of the areas of commercial activity which has flourished in Singapore is that of international arbitration. Of course international arbitrations are held in other parts of Asia as well. There are many in

China. However China is something of a closed market where foreign arbitral institutions are not admitted. Moreover the conduct of international arbitrations in China is not always up to international practice. There are also arbitration centres in Japan, Korea, Vietnam, Malaysia and Hong Kong. Where

Singapore stands out, is the number of fully administered arbitrations which are held in that country.

These far exceed those of its nearest rival Hong Kong. Moreover the interesting feature of arbitrations in

Singapore is that so many of them do not involve Singapore entities. In this regard Singapore is considered a neutral venue for the resolution of international commercial disputes.

2. Reasons for the popularity of Singapore as an arbitral venue

There are many reasons why Singapore has emerged as one of the world's leading centres for international commercial arbitration. In the first place it is blessed with an excellent geographic location.

Situated in the heart of South-East Asia it is surrounded by the countries of the region, including Indonesia, Malaysia and Thailand. Further afield there are the giant countries of China to the east and India to the west.

The geographic advantage of Singapore has been enhanced by other factors. Singapore is a modern, clean and extremely efficient country with an excellent infrastructure and world class communications.

Added to this, its government and courts have a reputation for integrity and competence which are second to none. Singapore offers the efficiency, integrity and skills of Switzerland and London in the heart of Asia. The courts have proven to be very knowledgeable on international arbitration and are extremely supportive of it. There are many recent decisions of the Supreme Court of Singapore striving to uphold arbitration agreements, enforcing foreign awards and expressing a public policy that the decision of contracting parties to arbitrate their disputes should be upheld and given effect except in the most extreme situations. In their many decisions examining the scope of the public policy doctrine, the obligation to enforce arbitration agreements and foreign awards, the Singapore courts have demonstrated a clarity of analysis and a knowledge and understanding of international commercial arbitration which is the equal of the courts in London, Paris and Switzerland.

In short, Singapore is seen as a neutral venue for the holding of international commercial arbitration which is in a geographically convenient location and is supported by a physical, legal and political infrastructure that is sophisticated, skilled and of high integrity. There are few, if any, other venues in

Asia which can claim all of these attributes.

3. Singapore International Arbitration Centre ("SIAC")

The SIAC was established 20 years ago as a non-profit organisation to administer arbitrations under its own rules. SIAC is headed by a board of directors which comprises leading arbitration experts from the United States, United Kingdom, Switzerland, India, Korea and Singapore.

SIAC has a secretariat comprising over 20 full-time employees who administer the cases handled by

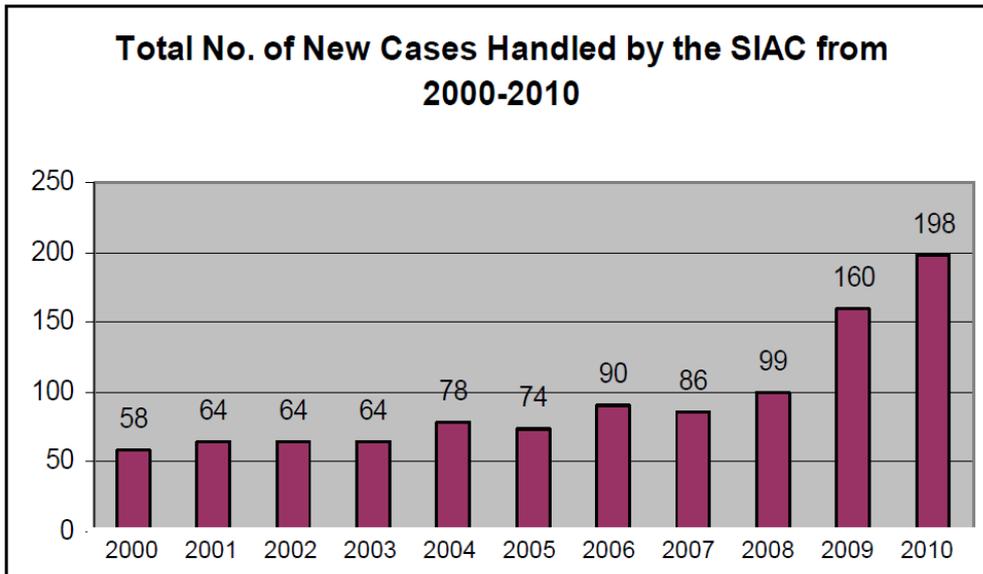
SIAC and who attend the business of the organisation. SIAC has made a point of recruiting staff from the region and beyond. Currently, SIAC staff come from Singapore, United Kingdom, Colombia, India, Malaysia and China.

SIAC is housed at Maxwell Chambers in Singapore. Maxwell Chambers is a state of the art arbitration facility which comprises 14 custom-designed and fully equipped hearing rooms and 12 preparation rooms.

In addition there is a lounge for arbitrators and other support facilities such as a concierge service. A number of organisations, apart from SIAC, have offices in Maxwell Chambers including The

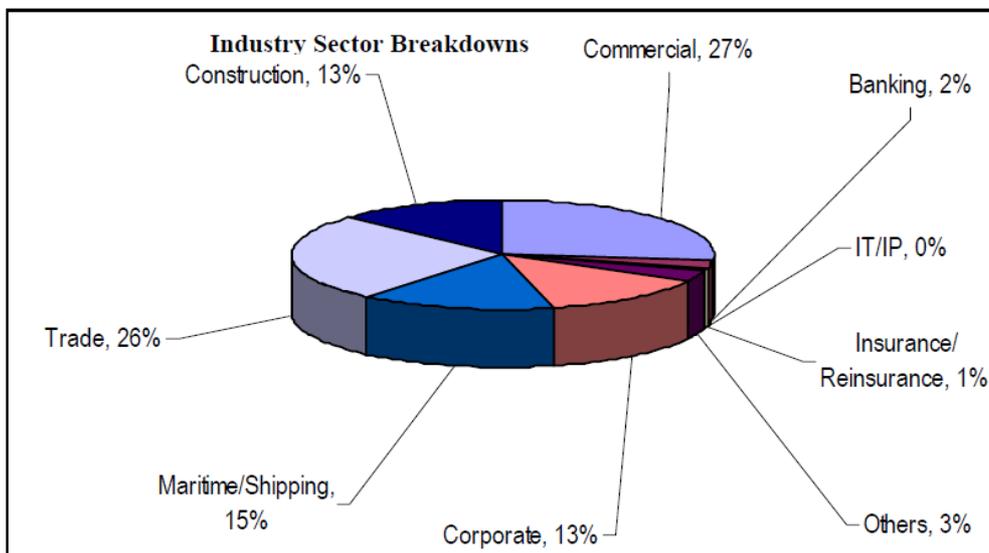
International Chamber of Commerce, WIPO, ICDR (part of the American Arbitration Association) and leading sets of chambers from London.

SIAC's growth in recent years has been remarkable. The following chart illustrates the total number of new cases handled by SIAC from 2000 to 2010.



Thus it can be seen that in 2010 SIAC received 198 new cases which is 100% increase from its new case load two years before in 2008. The popularity of Singapore as a venue for international arbitration is also illustrated by ICC statistics. Singapore is the leading venue for ICC arbitrations in Asia. In 2009, 33 ICC arbitrations were commenced with a Singapore seat, while in 2010, 23 ICC arbitrations were commenced with a Singapore seat.

The industry sector breakdown of new SIAC cases in 2010 is as follows:



In 2010 the new case filings involved parties from 45 countries in Asia, the Gulf, Europe and North America as follows:

Nationalities	2010	Nationalities	2010
	No of Cases by Nationalities		No of Cases by Nationalities
Afghanistan	1	France	2
Anguilla	1	Germany	2
Australia	6	Hong Kong SAR	26
Bangladesh	3	India	36
Bermuda	7	Indonesia	22
British Virgin Islands	7	Iran	1
Brunei	1	Ireland	3
Cambodia	1	Italy	2
Cayman Islands	5	Japan	11
Mainland China	14	Korea	12
Cyprus	4	Liberia	2
Czech Republic	1	Malaysia	12
Marshall Islands	2	Singapore	107
Mauritius	3	Spain	1
Myanmar	1	Sultanate of Oman	1
Mongolia	1	Switzerland	3
Netherlands	5	Taiwan	3
Norway	2	Thailand	7
Pakistan	2	United Arab Emirates	10
Panama	2	United Kingdom	2
Philippines	5	USA	13
Republic of Seychelles	2	Vietnam	15
Saudi Arabia	1		

It should be noted that of the Singapore parties some 40% are foreign owned subsidiaries.

SIAC maintains a panel of international arbitrators. In cases where there is to be a sole arbitrator, the parties are asked to choose the arbitrator. If they cannot do so then SIAC will make the appointment. In tribunals consisting of three arbitrators, each party appoints an arbitrator and the chairman is appointed by the co-arbitrators or, failing agreement, by SIAC. In 2010 SIAC appointed arbitrators from the following countries:

- USA;
- Australia;
- Austria;
- Belgium;

- United kingdom;
- Brunei;
- Canada;
- China;
- Germany;
- India;
- Korea;
- Malaysia;
- New Zealand;
- Singapore;
- Switzerland; and
- Vietnam.

4. SIAC Rules of Arbitration

SIAC has its own Arbitration Rules. The latest version dates from July 2010. It provides for fully administered arbitrations, supervised by the SIAC. The new Rules were adopted following an extensive consultation process with practitioners. The Rules aim to improve the speed and efficiency of arbitration and to reflect best practice and innovations in international arbitration.

In order to further the efficient conduct of an arbitration, the 2001 Rules introduced a new Expedited Procedure for cases with a value below S\$5,000,000 or in cases of exceptional urgency. A party to an

SIAC arbitration can apply to the SIAC Chairman for a determination that the expedited Procedure should apply to that arbitration. If the Chairman determines that the Expedited Procedure is appropriate, the case is referred to a sole arbitrator (unless the Chairman determines otherwise) and the award is to be made within 6 months of the constitution of the Tribunal, although in exceptional cases the registrar can extend this time. The Tribunal need only state the reasons for its award in summary form. This procedure has proved very popular and since July 2010 when new Rules came into operation, some 25 requests for the Expedited Procedure have been received.

Another innovation introduced by the 2010 Rules is the provision for the appointment of an Emergency Arbitrator to assist parties who require emergency relief before the constitution of a Tribunal. The Emergency Arbitrator is appointed by the SIAC Chairman within 1 business day of receipt of a relevant application from a party, and within 2 business days of his appointment, the Emergency Arbitrator is required to establish a schedule for consideration of the party's application. The Emergency Arbitrator has the power to order or award any interim relief he deems necessary. His order or award can be revisited by the Tribunal, when it is constituted, and in any event ceases to be binding on the parties if a Tribunal is not constituted within 90 days of the order or award being made or when the Tribunal makes a final award or if the claim is withdrawn. Thus in an emergency, before an arbitral tribunal is constituted, if a party seeks urgent relief to restrain another party from taking action which might irreparably harm the applicant's rights, or in order to preserve evidence or sell goods which are deteriorating, the Emergency

Arbitrator procedure provides a very quick and effective system for seeking relief at very short notice.

Since the 2010 Rules came into effect, four Emergency Arbitrator applications have been received by SIAC.

By way of illustration, one Emergency Arbitrator application occurred over the Chinese New Year holiday. The case involved the dispute as to quality between a Chinese company and an Indonesian company regarding the shipment of coal. The Indonesian shipper wanted to sell the cargo of coal pending the resolution of the dispute as the cargo was deteriorating. The

respondent's co-operation was needed to get the cargo out of the port. The applicant contacted SIAC on a Monday morning warning of its intention to make an Emergency Arbitrator application. Thereupon the registrar set about finding someone suitable. The applicant filed their papers at 2pm the same day and by 5pm an Emergency

Arbitrator, who was a very experienced shipping lawyer, was appointed. That arbitrator gave his preliminary directions the same evening and the hearing was scheduled for the next day. On Tuesday he made an order permitting the sale.

5. Decisions of the Singapore Courts

As mentioned above, the Singapore Courts have demonstrated an excellent knowledge of international arbitration and a determination to support arbitration. A few cases may be cited by way of illustration.

The most recent is the decision of the Court of Appeal in *AJU v AJT2*. There, an arbitration was commenced in Singapore under the Rules of the SIAC. The dispute concerned an agreement which enabled the appellant to stage an annual tennis tournament in Bangkok, Thailand for a term of 5 years. A dispute arose and an arbitration was commenced. Subsequent the appellant made a complaint of fraud, forgery and use of a forged document against the respondent's sole director and two related companies to the Thai Police. The parties later entered into a Concluding Agreement agreeing to withdraw all the criminal proceedings in consideration for payment of an amount of US\$470,000. Pursuant to the Concluding Agreement, the complaint with the Thai Police was withdrawn by the appellant and a

Cessation Order was issued by the Special Prosecutor's Office and payment of the amount was made.

The Thai prosecution confirmed that a Non-Prosecution Order was issued because "the evidence was not enough to prosecute".

The plaintiff subsequently refused to terminate the arbitration proceedings on the basis that a mere statement that there was insufficient evidence meant that the investigations still could be reactivated by new evidence. The appellant proceeded to apply to terminate the arbitration proceedings on the ground that the parties had reached full and final settlement of all claims between them but this was challenged by the respondent on the grounds that the Concluding Agreement was invalid and unenforceable because of duress, undue influence and illegality. The High Court of Singapore concluded that the Concluding Agreement was an agreement to stifle prosecution and was contrary to public policy. It decided that the award should be set aside.

On appeal to the Court of Appeal, the judgment was overturned and the award was declared enforceable.

Chief Justice Chan Sek Keong delivered the judgment of the Court of Appeal. The Chief Justice observed that enforcement of a foreign award could be resisted on public policy grounds only where "exceptional circumstances... would justify the Court in refusing to enforce the award" or where there was a violation of "the most basic notions of morality and justice".

The arbitral tribunal had concluded that the Concluding Agreement was not illegal and had not been performed illegally by the appellant, the respondent's allegations of duress and undue influence were not made out and that the respondent's allegation that the appellant had procured the issue of Non-Prosecution Order by bribery was likewise unsubstantiated.

The Court of Appeal noted that in some cases the Court when asked to enforce a judgment could examine

the underlying facts to see if there was an illegality but that it was not appropriate to do so here because the matter had been properly investigated by the arbitral tribunal. He concluded that findings of fact made in an international arbitration are binding on the parties and cannot be re-opened except if there is fraud, breach of natural justice or some other recognised vitiating factor. The end result was that the

Court of Appeal decided that no public policy issue arose which warranted the setting aside of the award.

Not only are the Singapore Courts reluctant to set aside awards or refuse enforcement of foreign awards, but they will strive, wherever possible, to uphold the validity and effectiveness of an arbitration agreement. Thus in *Insignma Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd*³ the parties entered into a

licence agreement which provided for disputes to be resolved by arbitration "before the Singapore

International Arbitration Centre" in accordance with "the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce". The respondent commenced an arbitration before the ICC for resolution of a dispute which had arisen. The jurisdiction of the ICC was contested by the appellant who maintained that the parties had agreed to arbitration administered by the SIAC. The respondent then commenced arbitration at the SIAC. Once the arbitration had commenced the appellant contended that the arbitration clause was pathological and was therefore nugatory. The arbitral tribunal which had been appointed by the SIAC to conduct the arbitration in accordance with the ICC Rules of Arbitration ordered that the issue of jurisdiction be determined as a preliminary matter. The tribunal issued an award holding that it had jurisdiction. An application was made to the High Court to set aside the award but the High Court declined to do so. It held that the arbitration agreement was sufficiently certain and could be given effect.

The Court of Appeal dismissed an appeal. The court said that where parties have evinced a clear intention to settle any dispute by arbitration, the court should give effect to such intention, even if certain aspects of the agreement may be ambiguous, inconsistent, incomplete or lacking in certain particulars.

Applying the principle of effective interpretation, the court took the view that an arbitration agreement should not be interpreted restrictively or strictly, it as not a statute. A commercially logical and sensible construction must be preferred over another that was commercially principle of a party autonomy which should be respected. The court further said that effect must be given to workable arbitration agreements in international arbitration, subject only to public policy consideration to the contrary. The court did not accept the argument that the arbitration clause was pathological and inoperative. It concluded that there were no public policy considerations which barred or prevented SIAC from administering the arbitration and that the clause was operable illogical especially given the inherently private and consensual nature of arbitration and the.

6. Conclusion

International arbitration has come a long way in Singapore as the number of cases demonstrate. There are now some 200 new SIAC cases commenced each year, 20-30 ICC arbitrations based in Singapore in addition to arbitrations conducted under the auspices of other bodies such as the LCIA. In addition there are a significant number of ad hoc arbitrations. The physical manifestation of the emergence of

Singapore as a leading venue for international arbitrations is the establishment of Maxwell Chambers, undoubtedly the leading arbitration facility in the world. Bolstered by a superb court, which constantly demonstrates its expertise and support of international arbitration and a political, social and commercial environment conducive to the settlement of commercial disputes, Singapore has now emerged as one of the leading venues for international arbitration along side traditional locations such as London, Paris and

Geneva. It is perhaps no surprise that the International Council for Commercial Arbitration has decided to hold its prestigious congress in Singapore in 2012.

III

L'ARBITRATO IN AMERICA LATINA: PREGIUDIZI DA SUPERARE E CAUTELE DA RISPETTARE¹

*Diego P. Fernández Arroyo*²

SOMMARIO: 1. La presunta avversione dell'America Latina per l'arbitrato. – 2. L'attuale struttura giuridica. – 3. L'influenza dell'arbitrato di investimento. – 4. Alcune problematiche specifiche. – 5. Commenti finali.

1. La presunta avversione dell'America Latina per l'arbitrato

Il termine avversione compare quasi sempre quando si parla di un tema così vasto quale l'arbitrato latinoamericano. Nel migliore dei casi, questa espressione viene utilizzata per indicare che, attualmente, tale atteggiamento sta sfumando³. Ciononostante, sembra rimanere molto attuale l'idea che in America Latina viga una generale percezione negativa dell'arbitrato. E' anche vero che, talvolta, tale vocabolo viene adoperato a causa di una serie di *clichés* ai quali sovente si riferiscono anche gli esperti in pubblicazioni eccellenti⁴. Questo ci porta a pensare che, indubbiamente, ci sia qualcosa che non funzioni nella nostra regione in materia di arbitrato.

Proverò a dimostrare che, se non si prendono in considerazione le sfumature, questo stereotipo può dar luogo a sostanziali equivoci. Per quanto mi riguarda, penso che, seppure un atteggiamento negativo sia esistito, è stato sempre confinato agli arbitrati che tiravano in ballo uno Stato come conseguenza di delicate questioni storiche in materia di indipendenza e sovranità. Aldilà di questo preciso ambito, l'arbitrato esiste da sempre in America Latina, già da prima della nascita degli Stati Latinoamericani o dell'esistenza di ciò che noi oggi definiamo come America Latina⁵.

Molti di questi Stati affrontarono il tema dell'arbitrato nelle proprie costituzioni e nei propri codici del XIX secolo. In pratica, però, tali regole non si addicevano allo sviluppo dell'arbitrato, ed in particolare dell'arbitrato nella sua forma attuale ("arbitrato moderno"). La loro presenza indica chiaramente che non si può parlare di un'ostilità congenita senza sfumature. L'arbitrato è

¹ Il presente contributo è un adattamento in lingua italiana del testo originale in lingua inglese *New trends in international commercial arbitration in Latin America*, di prossima pubblicazione nel volume: G. Cordero Moss (ed.) *International Commercial Arbitration - Different Forms and their Features*, Cambridge University Press.

² Professore dell'*École de Droit de Sciences Po*, Parigi. L'autore ringrazia il lavoro instancabile di Alina Sartogo nella versione italiana di questo articolo.

³ H.A. GRIGERA NAÓN, "Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility (An Update)", *Univ. Miami Inter-Am. L. Rev.*, vol. 22, 1991, pp. 203 ss.

⁴ P. LALIVE, "On the Reasoning of International Arbitral Awards", *Journ. of Int'l Dispute Settlement*, 2010, pp. 55 ss., 57; J. KLEINHEISTERKAMP, *International Commercial Arbitration in Latin America. Regulation and Practice in the MERCOSUR and the Associated Countries*, Dobbs Ferry (NY), Oceana, 2005, p. 465; C. FRUTOS-PETERSON, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine: l'efficacité de son droit*, Paris, L'Harmattan, 2003.

⁵ Eloy Anzola mi ha dato un suo articolo, ancora in fase di pubblicazione, nel quale ricorda che l'arbitrato era già presente nelle "Siete Partidas" (e più precisamente nel capitolo dedicato alla giustizia), testo adottato circa 8 secoli fa ed applicabile per moltissimi anni in quelle che erano allora le colonie spagnole in America.

sempre stato accettato. Le norme e le politiche soggiacenti, ambedue ereditate da vecchie concezioni europee, non permisero uno sviluppo considerevole dell'arbitrato fino a tempi molto recenti, quando la maggior parte degli Stati Latinoamericani hanno abbandonato i vecchi modelli (ciò avvenne quasi simultaneamente all'abbandono di tali modelli da parte degli stessi Paesi che li avevano creati). Benché l'accettazione e il riconoscimento dell'arbitrato di investimenti sia stato molto complicato, ad oggi quasi tutti gli Stati Latinoamericani utilizzano tale procedura per risolvere le proprie controversie con investitori stranieri.

Ciò detto, non si può negare che fin dal principio, ci fu in America Latina una certa inquietudine riguardo alla sottomissione dello Stato a giurisdizioni straniere (o "eteronome") e, in via più generale, riguardo alla possibilità che la supremazia statale fosse sottomessa al potere o alle decisioni straniere. Bisogna altresì sottolineare che tale inquietudine non è una caratteristica dei Paesi Latinoamericani⁶ e che la storia latinoamericana – in particolare, ma non solamente, durante gli ultimi decenni del XIX secolo ed i primi del XX – ha dimostrato che ci potessero essere molti dubbi riguardo la neutralità ed il senso del giusto di tali sentenze. Per difendersi dalle aggressioni ripetute delle potenze straniere, gli Stati dell'America Latina utilizzarono svariati meccanismi, tra i quali, a volte più per necessità che per virtù, il diritto. Di fronte a tali situazioni, alcune istituzionalmente molto gravi, si svilupparono dunque varie dottrine giuridiche. La più famosa di tutte è senz'altro la "dottrina Calvo".

Per molti esperti, l'origine dell'atteggiamento ostile dell'America Latina riguardo l'arbitrato si può trovare nell'onnipresenza della dottrina Calvo⁷, adottata come principio di base nella maggior parte degli ordinamenti giuridici della Regione. Pertanto, la dottrina Calvo – spesso considerata alla stregua della dottrina "Drago" e a volte confusa con la "clausola Calvo" – sembra aver bloccato lo sviluppo dell'arbitrato nel suo pretendere che gli investitori stranieri si sottomettano alle strutture giuridiche degli Stati nei quali investono. In realtà, tale dottrina emerse in risposta agli abusi della protezione diplomatica, mentre la dottrina Drago emerse in reazione all'uso della forza per riscuotere il debito pubblico⁸. Le tematiche direttamente influenzate da queste dottrine erano i contratti di Stato ed i rispettivi interessi pubblici.

Altri documenti dimostrano che fin quando la neutralità e la giustizia erano rispettate, l'atteggiamento prevalente da un punto di vista politico non era particolarmente ostile all'arbitrato⁹. O, perlomeno, non era più ostile di quello di tanti altri Stati in altre regioni del mondo. Ed in effetti gli Stati Latinoamericani hanno sempre accettato, senza riluttanza, di far

⁴ Anche in un Paese come la Francia, considerato da tutti come pro-arbitrato, la partecipazione di persone pubbliche all'arbitrato ha generato sentenze e decisioni problematiche. Riferirsi per esempio a *Tribunal des conflits*, 17 maggio 2010, caso n° 3754, *Inserm v. Fondation Letten F. Saugstad*; e la critica di T. CLAY, "Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage", *La Semaine Juridique*, vol. 21, 2010, pp. 1045 ss. Vedasi anche M. LAZOUZI, "L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois. À propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, *Inserm c/ Fondation Saugstad*", *Rev. crit. DIP*, 2010, pp. 653 ss. Le stesse problematiche si ritrovano anche in Svizzera, come dimostra la sentenza emessa recentemente da un tribunale arbitrale con sede a Zurigo ("Trib. Arb. Commune X v. Y. SA (energy supply)", *ASA Bull.*, 2011-2, pp. 338 ss.). Non bisogna dimenticare anche tutte le occasioni in cui problemi della sorte sono apparsi negli ultimi anni in Canada o negli Stati Uniti, data la partecipazione di tali Stati in arbitrati contro imprese straniere.

⁷ Ecco, ad esempio, alcuni articoli recenti: N. BLACKABY / S. NOURY, "International Arbitration in Latin America", in: B. Fauvarque-Cosson / A. Wald (eds.), *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Société de législation comparée, 2008, pp. 283, 284, 295; y J. ASTIGARRAGA, "A Glimpse into the Cristal Ball. Latin American Arbitration Ten Years Hence", *RLMA*, vol. 10, 2010-2, pp. XXIII ss.

⁸ L'indipendenza e l'uguaglianza tra nazioni ma anche l'uguaglianza tra stranieri e cittadini locali, principi riconosciuti in diritto internazionale, sono alla base della Dottrina Calvo. Per Carlos Calvo, uno Stato deve poter agire indipendentemente da qualsiasi interferenza legata ai danni, attuali o presunti, subiti dai cittadini. Gli stranieri non possono quindi aspirare a più diritti di quelli effettivamente riconosciuti ai cittadini. Ambedue devono essere sottoposti allo stesso sistema di giustizia, e cioè alle giurisdizioni locali. La dottrina Calvo, nata nel contesto del bombardamento e del blocco di vari porti venezuelani da parte di potenze europee, preconizza che uno Stato non possa usare la forza per ottenere da un altro Stato il rimborso di un debito pubblico. In questo senso, si potrebbe considerare come un corollario o come un'applicazione specifica della dottrina Calvo. Più che ad un'analisi corretta in diritto internazionale, siamo di fronte ad un semplice luogo comune.

⁹ Cf. H.A. GRIGERA NAÓN, "Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks (2004 Freshfields Lecture)", *Arb. Int.*, 2005, pp. 127 ss.

risolvere le proprie liti (incluso quelle riguardo alla determinazione delle frontiere, il cui oggetto influisce profondamente sulla supremazia statale) da tribunali giudiziari internazionali o da arbitri stranieri, fin quando questi giudici ed arbitri sono sembrati affidabili e sono stati scelti liberamente¹⁰.

Quando il sistema di risoluzione delle controversie ICSID cominciò a funzionare realmente, i vecchi dubbi si trasformarono in concreta diffidenza e a volte in rigetto totale. Fu in quel momento - ovvero qualche anno fa - che quello scetticismo riguardo all'arbitrato sembrò instaurarsi concretamente. In pratica, quelle preoccupazioni più o meno diffuse sulla funzione dello Stato e le pressioni esercitate dall'estero cominciarono a generare un certo malessere riguardo l'arbitrato di investimenti e, come conseguenza, una certa diffidenza rispetto all'arbitrato in generale.

D'altra parte, l'esistenza di un rapporto stretto tra l'arbitrato ed il diritto processuale (rapporto che deriva da un'influenza prettamente europea), causa tuttora difficoltà pratiche nel risolvere liti giuridiche nella regione (come succede anche in altri Paesi del mondo)¹¹. In effetti, è evidente che l'arbitrato (ed, in particolare, l'arbitrato internazionale) ha ben poco a che vedere con il diritto processuale tradizionale. Allo stesso modo accade anche nei Paesi dove la regolamentazione dell'arbitrato resta intrappolata nei codici processuali. Se da un lato si vuole che la procedura moderna dell'arbitrato sia il più flessibile possibile, dall'altro la procedura giuridica di molti sistemi tende ad essere estremamente rigida e formalista: pertanto, le somiglianze tra le due procedure non sono altro che pure coincidenze. In questo contesto, molti sistemi giuridici hanno avuto delle difficoltà nell'incorporare adeguatamente l'arbitrato. Così, alcuni di essi continuano a considerare l'arbitrato come un'eccezione al "giudice naturale" (o "giurisdizione ordinaria") e adoperano una concezione restrittiva della portata della convenzione arbitrale. Per altri, l'arbitrato resta in qualche maniera incorporato alla giurisdizione locale e, in tal modo, le regole applicabili alla procedura giuridica (per esempio, quelle sui ricorsi ammessi) sono in principio applicabili anche a qualsiasi procedura arbitrale. Sono anche esistiti strumenti tecnici che hanno frenato lo sviluppo e la diffusione dell'arbitrato. Possiamo per esempio riferirci all'esigenza di stipulare un "compromesso" tra le parti per convalidare una clausola arbitrale esistente; o ancora alla necessità di far riconoscere giudiziariamente un lodo nello Stato della sede dell'arbitrato affinché tale lodo possa essere riconosciuto all'estero. Questo tipo di ostilità "concettuali" furono senza dubbio più difficili da superare rispetto alla pretesa avversione politica a cui ci siamo riferiti prima. Forse, la vera spiegazione di tale processo è che la (non) evoluzione e diffusione dell'arbitrato furono tradizionalmente sotto il controllo della dottrina processualista.

Non posso concludere questa piccola introduzione senza fare un ultimo - anche se molto ovvio - commento. Benché il titolo di quest'articolo, ma anche dei vari documenti a cui rimando, alludono in modo generale all'"America Latina" o all'arbitrato "latinoamericano", è evidente che, come succede in molti ambiti giuridici o non giuridici, la realtà a cui ci si riferisce è tutto fuorché omogenea. Pur utilizzando l'espressione America Latina nella sua accezione più rigorosa, e cioè riferendosi unicamente ai 20 Stati indipendenti che furono colonie spagnole, portoghesi o francesi, ogni Paese assume un atteggiamento diverso tanto nei confronti dell'arbitrato quanto riguardo alla politica, l'economia, le relazioni internazionali ed altre tematiche. Di conseguenza, qualsiasi generalizzazione a riguardo rischia di comportare alcuni errori o malintesi.

¹⁰ In particolare, per risolvere complessi litigi riguardo al posizionamento delle frontiere. Cf. nota 7; e la lista di casi citata in C. Frutos-Peterson (nota 2), tra cui anche quelli riguardo arbitrati imposti da una nazione europea ad uno Stato latinoamericano e risolti in modo molto sfavorevole per quest'ultimo.

¹¹ Per molti autori, a rendere l'arbitrato difficoltoso in America Latina, sono delle norme processuali relativamente complesse ma anche la non inclusione o comprensione dell'arbitrato da parte dei legislatori locali. Cf. ad esempio F. MANTILLA SERRANO, "Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique Latine (quelques réformes récentes)", *Rev. arb.*, 2005-3, pp. 600-602.

2. L'attuale struttura giuridica

A. Strumenti internazionali

Nel complesso, gli Stati Latinoamericani non hanno voluto rimanere al margine dell'onda di codificazione che si è sviluppata a livello mondiale in materia di arbitrato commerciale internazionale. Tutti gli Stati Latinoamericani hanno in effetti ratificato la Convenzione di New York del 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali straniere, lo strumento multilaterale più significativo ed influente in diritto commerciale internazionale¹². Perdi più, solo due di essi, Cuba e Haiti, non hanno aderito al principale strumento di regolamentazione dell'arbitrato a livello regionale, ossia la Convenzione inter-americana sull'arbitrato commerciale internazionale, firmata a Panama nel 1975 nel quadro dell'Organizzazione degli Stati Americani¹³.

Se agendo individualmente tutti gli Stati Latinoamericani hanno dimostrato di condividere con la comunità internazionale le considerazioni di base in materia di arbitrato, la loro posizione a livello collettivo è stata molto simile quanto a integrazione economica sub-regionale o creazione di zone di libero scambio. In particolare, lo sviluppo dell'arbitrato come strumento di risoluzione di liti civili e commerciali è stato oggetto (benché con modalità e portate distinte) di pratiche specifiche nel MERCOSUR¹⁴, nella Comunità Andina delle Nazioni (CAN)¹⁵ e nel Sistema di Integrazione Centroamericana (SICA)¹⁶. Ciò nonostante, né l'indubitabile interesse per lo sviluppo dell'arbitrato, né l'adozione di strumenti regionali a riguardo assicurarono un miglioramento nella diffusione e nello sviluppo dell'arbitrato. Al contrario, malgrado questi sforzi, ogni decisione o strumento che non risultasse appropriato, portava a risultati inutili se non addirittura nefasti¹⁷.

¹² A ratificarla per ultimi sono stati Honduras (2000), Brasile (2002), Repubblica Dominicana (2002), e Nicaragua (2003). Cf. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. E' da notare che solo cinque Paesi (Argentina, Cuba, Ecuador, Guatemala e Venezuela) limitarono all'epoca l'applicazione della Convenzione a lodi provenienti da Paesi anch'essi aderenti alla Convenzione; scelta che li accomuna ad altri Stati, non considerati contrari all'arbitrato, come ad esempio Germania, Stati Uniti, Francia o Regno Unito.

¹³ Più precisamente, occorre riferirsi alla *Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado* (CIDIP). Cf. <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-35.html>. Ciò è particolarmente comprensibile nel caso di Cuba, chi è stata sospesa dall'OEA dal 1962 al 2009. E anche in vigore in dieci Paesi latinoamericani un altro strumento della CIDIP sull'arbitrato (la *Convención interamericana sobre la eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras*, <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-41.html>), benché dato il suo carattere di *lex generalis*, per quasi tutti la sua applicazione viene scartata ogni qualvolta siano anche applicabili altri strumenti (Convenzione di New York e di Panama).

¹⁴ Data l'esistenza di altri accordi internazionali - Convenzione di New York e di Panama - il MERCOSUR decise nel 1998 di creare uno strumento più ampio sull'arbitrato commerciale internazionale, obiettivo che fu raggiunto in tempi realmente molto brevi (qualche mese). L' "Accordo", oggi giorno in vigore in quattro Paesi, era stato adottato simultaneamente ad un altro, applicabile anche a Bolivia e Cile, oltre ai Paesi del MERCOSUR ma mai effettivamente entrato in vigore. Ancor prima, nel 1992, il MERCOSUR aveva portato avanti il *Protocolo de Las Leñas sobre cooperación judicial en materia civil, comercial, laboral y administrativa*, che include anche articoli sul riconoscimento e l'esecuzione di decisioni giudiziarie e arbitrali straniere. Sfortunatamente però, non è mai stata data molta importanza a questi testi.

¹⁵ Gli articoli 38 e 39 del *Tratado del Tribunal de Justicia* della CAN considerano che il *Tribunal Andino* o la *Secretaría General* della CAN potrebbero mettersi a carico. Tali idee non sono ancora state messe in pratica, benché la CAN abbia tentato di farlo in varie occasioni, con l'appoggio dell'Unione Europea (http://www.comunidadandina.org/ATRC/arbitral_1.html).

¹⁶ Nel Protocolo di Tegucigalpa (art. 35), il SICA considera l'arbitrato come un modo "moderno, agile, effettivo e vincolante" di risolvere le liti commerciali.

¹⁷ Un esempio evidente della futilità di molte iniziative è la ratificazione delle convenzioni proposte dal MERCOSUR ma mai poi effettivamente prese in considerazione. Cf. a riguardo J.R. ALBORNOZ, "El arbitraje en el derecho internacional privado y el MERCOSUR (con especial referencia a los acuerdos de arbitraje de 23 de julio de 1998)", *AADI*, vol. IX, 1999, pp. 51 ss.; J. KLEINHEISTERKAMP, "Conflict of Treaties on International Arbitration in the Southern Cone", in *Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Max-Planck-Institut / FCU 2002, pp. 695-697.

Aldilà di queste iniziative istituzionali nate nel quadro di una volontà di integrazione economica sub-regionale, ne esistono anche altre di carattere accademico e/o professionale la cui portata abbraccia l'intera Regione. Sembrerebbe che le più significative siano state ad oggi quelle concretizzate dalla Conferenza Latinoamericana di Arbitrato (CLA), che si riunisce una volta l'anno nei primi di giugno, e quelle promosse dalla CCI (benché non siano strettamente regionali), nel quadro della riunione generale di novembre a Miami e di quella specifica all'America Latina che avviene a settembre a Parigi o in un Paese Latinoamericano. Devono essere ricordate anche iniziative più recenti, ma ancora in fase di assestamento, come l'Associazione Latinoamericana di Arbitrato (ALARB) o l'Istituto Latinoamericano di Arbitrato¹⁸.

B. Norme statali

Negli ultimi decenni, gli Stati Latinoamericani hanno dato luogo ad intensi movimenti modernizzatori, anche attraverso iniziative e tendenze locali¹⁹. Quasi tutti hanno adottato nuove leggi in materia di arbitrato e continuano a modernizzarle²⁰, spesso in funzione della Legge Modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale. L'UNCITRAL considera ufficialmente che la legge dei seguenti Paesi sia basata sulla Legge Modello: Costa Rica (2011), Cile (2004), Guatemala (1995), Honduras (2000), Messico (1993/2011), Nicaragua (2005), Paraguay (2002), Perù (1996, 2008), Repubblica Dominicana (2008) e Venezuela (1998)²¹. Bisogna inoltre notare che le leggi di quei Paesi non riconosciuti ufficialmente dall'UNCITRAL sono tuttavia fortemente influenzate dalla Legge Modello, anche se in modo eterogeneo. Sembrerebbe quindi che, almeno da un punto di vista puramente formale, il diritto statale latinoamericano in materia di arbitrato non debba essere molto diverso dai sistemi legali della Norvegia, dell'Australia, della California, dello Zambia o dell'Azerbaijan.

In questo contesto, l'esperienza di due Paesi è particolarmente interessante. La prima è quella del Brasile, Paese oggetto del cambiamento più drastico. Il Brasile era il Paese a cui meglio si potevano applicare tutti gli aggettivi e titoli che uno suole ritrovare quando si parla di arbitrato in America Latina. Sulla base di argomenti riferiti alla sovranità, questo Paese, ed in particolare i giudici e i tribunali, furono tradizionalmente refrattari alla diffusione dell'arbitrato come alternativa all'apparato giudiziario statale. Questo spiega perché quando nel 1996 il Brasile adottò finalmente una legge sull'arbitrato²², la sua applicazione fu congelata per cinque anni²³. Rimosso tale ostacolo giuridico, lo sviluppo dell'arbitrato in Brasile continua nondimeno a sorprendere tanto gli attori locali come i professionisti stranieri. Il numero di istituzioni, programmi accademici, pubblicazioni ed eventi internazionali legati all'arbitrato è in continuo

¹⁸ Bisogna anche citare OHADAC, un'organizzazione la cui creazione è stata promossa da l'ONG ACP Legal, nell'intento di agevolare l'adozione di regole comuni in materia di arbitrato in tutta l'area caraibica, incluso i Paesi latinoamericani e non latinoamericani (ma anche i territori francesi e olandesi). Sul modello dell'organizzazione africana OHADA, l'obiettivo del OHADAC (*Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans le Caraïbe*) è di creare un organismo inter-governo. Cf. www.ohadac.com

¹⁹ Per alcuni autori, questi sforzi restano insufficienti. Cf. per esempio, F. CANTUARIAS SALAVERRY, "¿Qué tanto ha avanzado Latinoamérica en el establecimiento de una normativa amigable a la práctica del arbitraje internacional?", *RLMA*, vol. 10-2, 2010, p. 59.

²⁰ Sono due le eccezioni più significative, e cioè Argentina e Uruguay, benché siano stati portati avanti vari progetti e sia prevista l'adozione di nuove leggi sull'arbitrato. Varie sentenze argentine si riferiscono alla legge Modello; ad esempio in Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5 de abril de 2005, *Bear Service SA v. Cervecería Modelo SA de CV*. Ver *infra* nota 46.

²¹ Cf. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

²² Ley n° 9.307, 23 de septiembre de 1996.

²³ La vera ragione sembra essere l'esistenza di una contraddizione tra alcune regole della legge sull'arbitrato e la norma costituzionale che garantisce il diritto di accesso ai tribunali statali. A seguito di un lungo dibattito, il *Suprêmo Tribunal Federal* ha confermato la costituzionalità delle norme attaccate (SEC (*Sentença Estrangeira Contestada*) n° 5.206, 12 de diciembre de 2001. Ver M.A. MURIEL, "A arbitragem frente ao judiciário brasileiro", *RBA*, 2004, pp. 27 ss).

aumento²⁴. La fiducia – e la familiarità – degli imprenditori brasiliani nei confronti dell'arbitrato è molto più grande che in passato. I tribunali brasiliani hanno familiarizzato con l'arbitrato a mano a mano che tali casi si sono presentati ad essi. Ma considerando che quest'attività è stata oggetto di una crescita impressionante, non bisogna negare che i risultati di questo "apprendistato forzato" siano stati altamente soddisfacenti. Un elemento che accelerò notevolmente questa evoluzione è il trasferimento, attraverso l'emendamento costituzionale 45/2005, della competenza in materia di riconoscimento di decisioni giudiziarie o arbitrali straniere dal *Supremo Tribunal Federal* (STF, la corte suprema brasiliana, responsabile del controllo di costituzionalità delle leggi) al *Superior Tribunal de Justicia* (STJ). A confermare le prime impressioni positive dei professionisti, è stata la giurisprudenza. In effetti, il STJ (più specializzato e progressista del STF) ha permesso di migliorare il processo di riconoscimento delle sentenze straniere in Brasile²⁵. Oggi giorno, i giudici, tanto a livello federale che statale, dimostrano di appoggiare fortemente l'arbitrato nelle loro decisioni²⁶.

È inoltre degno di nota l'"*avantgardisme*" peruviano, altra esperienza nazionale che si distacca dalle altre. Come sappiamo, il Perù adottò nel 1996 una legge sull'arbitrato fortemente influenzata dal Modello UNCITRAL e la cui applicazione corrispose alle aspettative di imprenditori ed accademici. Tuttavia nel 2008, il Perù ha adottato una nuova legge²⁷, che non solo riprende le modificazioni apportate nel 2006 al Modello UNCITRAL, ma introduce anche varie disposizioni alquanto rare (e ciò ancor di più se si considera il contesto dell'America Latina²⁸). La soluzione adottata in materia di impugnazione per nullità del lodo arbitrale è forse quella che meglio riflette lo spirito di trasformazione del diritto peruviano sull'arbitrato partendo dalla legge del 1996: nel caso in cui non esista nessun legame con il Perù²⁹, le parti possono decidere di rinunciare al diritto di esercitare un tale ricorso; allo stesso tempo, l'introduzione di un'impugnazione per nullità non sospende l'esecuzione del lodo in questione, sebbene la sospensione sia possibile nel caso in cui sia chiesta dalle parti e che queste forniscano una garanzia sufficiente³⁰. In generale quindi, la nuova legge è caratterizzata principalmente da una chiara restrizione all'intervento delle forze giudiziarie nella procedura arbitrale, salvo che tale intervento sia stato espressamente fissato dalla legge³¹ o che una delle parti porti ricorso attraverso un'impugnazione per nullità del lodo (a condizione, tuttavia, di rispettare le restrizioni evidenziate qui sopra)³². Al fine di assicurare la coerenza del sistema predisposto, la legge prevede che tutte le disposizioni riferite ad un giudice siano anche

²⁴ A. WALD, "L'évolution récente de l'arbitrage en Amérique latine", in: B. Fauvarque-Cosson / A. Wald (eds.), *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 226.

²⁵ Cf. L. GAMA JR., "La reconnaissance des sentences arbitrales étrangères au Brésil: évolutions récentes", *Bull. CCI*, vol. 16-1, 2005, pp. 72-73. cf. anche R.A. GASPAS, *Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil*, São Paulo, Atlas, 2009, pp. 59, 266-267.

²⁶ Cf. poco tempo dopo questo cambiamento, le decisioni del STJ in *Bouvery International S/A v. Irmãos Pereira - Comercial e Exportadora Ltda*, caso n° SEC 887/EX, 15 de febrero de 2006; ed in *Union Européenne de Gymnastique - UEG v. Multipole Distribuidora de Filmes Ltda*, caso n° SEC 874/EX, 19 de abril de 2006.

²⁷ Cf. tra le varie decisioni recenti: *Tribunais de Justiça* (tribunales superiores de los Estados) de Bahia, 4ª sala civil, *FAT FerroAtlantica SL v. Zeus Mineração Ltda*, n° 0002546-67.2010.805.0000-0, 6 de abril de 2010; de Río de Janeiro, Apelación civil, *Durval Biancalana da Silva e outros v. DTP Participações e Investimentos S/A e outros*, n° 0063229-77.2010.8.19.0001, 12 de mayo de 2010; de San Pablo, 5ª sala de derecho público (medida anti arbitraje solicitada por la Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô respecto de un tribunal arbitral CCI –n° 15.283/JRF-), n° 990.10.284191-0, 28 de julio de 2010; de Río de Janeiro, 20ª sala civil, *Litel Participações SA v. Eletron SA*, n° 0029077-06.2010.8.19.0000, 4 de agosto de 2010.

²⁸ Questa stessa impressione traspare dal seguente articolo: A. WALD, "Brazil", *The Arbitration Review of the Americas*, 2011 (<http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/32/sections/115/chapters/1203/brazil/>).

²⁹ Decreto legislativo n° 1071, 28 de junio de 2008.

³⁰ F. CANTUARIAS SALAVERRY / R. CAIVANO, "La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad", *RPA*, n° 7, 2008, pp. 3 ss.

³¹ L'art. 63(8) precisa espressamente che è da considerare come un "legame con il Perù": la nazionalità, il domicilio, la residenza abituale o dell'attività principale. Anche la legge panamense del 1999 aveva adottato questa stessa soluzione. Tale norma è stata considerata come non-costituzionale dalla *Corte Suprema de Justicia*.

³² Art. 66

applicabili agli arbitri, nel caso in cui esista una convenzione arbitrale e la tematica oggetto dell'arbitrato sia "arbitrabile"³³. Molto interessante è anche la norma che prevede che l'accordo arbitrale debba estendersi a tutti coloro che abbiano manifestato il loro consenso attraverso una partecipazione attiva e decisiva nel contratto in questione o che abbiano una qualsiasi relazione con il suddetto accordo arbitrale³⁴. In sintesi, ciò che emerge da questa legge è un invito a scegliere il Perù come sede di arbitrati.

C. Giurisprudenza latinoamericana in materia di arbitrato

La ratificazione di nuove leggi sull'arbitrato, ovvero di leggi autonome che sono concepite come eccezioni alle disposizioni generali dei codici processuali (in Messico, tuttavia, le regole di arbitrato si trovano nel Codice di Commercio), è un sintomo molto positivo. Attraverso questi testi, gli Stati inviano segnali favorevoli all'arbitrato. Tuttavia, la ricezione di questi nuovi meccanismi non sembra essere omogenea e la loro esecuzione non è esente da contraddizioni. Spesso nei Paesi in cui prevale la separazione dei poteri, i tribunali giudiziari non seguono gli stessi modelli di quelli adottati dal potere esecutivo e legislativo. In alcuni casi, i tribunali migliorano le soluzioni proposte dal legislatore, ma in altri frenano – a volte anche totalmente – gli sviluppi raggiunti o cercati attraverso la ratificazione di nuovi testi giuridici o convenzioni internazionali. Ad esempio, la legge brasiliana del 1996 sull'arbitrato restò "paralizzata" per cinque anni nel "Supremo Tribunal Federal" a causa di una complessa discussione in merito alla sua costituzionalità³⁵. Tali dicotomie tra le norme di arbitrato e la realtà giuridica esistono in molti altri Stati³⁶. Senza dubbio, sia le contraddizioni che le deliberazioni paradossali sono legate alla proliferazione degli arbitrati di investimento, una materia che suole attrarre dibattiti più politici che giuridici. Di fatto, quasi tutti i casi "celebri" di avversione nei confronti dell'arbitrato sono relativi a relazioni giuridiche che includono uno Stato o un'impresa pubblica ed ebbero tutti luogo più o meno nello stesso periodo (*Termorío*³⁷ in Colombia (2002), *Copel*³⁸ in Brasile (2004), *Cartellone*³⁹ e *Yaciretá*⁴⁰ in Argentina (2004)).

Senza perdere di vista questi argomenti, ma analizzando la giurisprudenza recente dei tribunali statali latinoamericani, ci si rende conto che, se da una parte l'arbitrato è diventato una vera e propria alternativa – se non l'alternativa prediletta da molti – in materia di risoluzioni delle controversie, dall'altra, i tribunali statali stanno rafforzando sempre più lo sviluppo dell'arbitrato, anche malgrado alcune riforme legali volte ad aumentare il controllo giudiziario su di esso⁴¹. Pur non potendo analizzare in modo esauriente tutte le decisioni giudiziarie

³³ Art. 3(1). Allo stesso tempo, ogni qualvolta le parti non riescano a mettersi d'accordo nel nominare uno o più arbitri, tale nomina verrà fatta dalla Camera di Commercio della sede dell'arbitrato (quella di Lima se è un arbitrato internazionale) e non da un giudice (art. 23).

³⁴ Art. 3(4).

³⁵ Cf. note 21 e 22

³⁶ Cf. C.L. URIBE-BERNATE, "La práctica del arbitraje internacional en Colombia", in: *Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, FCU / Max-Planck-Institut, 2002, p. 717.

³⁷ *Consejo de Estado, Sala administrativa, 3ª sección, 1º agosto 2002, Electrificadora del Atlántico SAESP v. Termorío SAESP*.

³⁸ *Tribunal de Justicia de Paraná, 15 marzo 2004, Companhia Paranaense de Energia (Copel) v. UEG Araucária Ltda.*

³⁹ *Corte Suprema de Justicia, 1º giugno 2004, José Cartellone Construcciones Civiles SA v Hidronor SA* (Cf. D.A. CASELLA, "El control judicial de los laudos arbitrales en el derecho argentino", *DeCITA*, n° 3, 2005, pp. 462 ss.). In questo caso, si trattava di un arbitrato interno.

⁴⁰ *Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo contencioso administrativo federal, n° 3, 27 settembre 2004, Entidad Binacional Yaciretá (EBY) v. Eriday y otros, La Ley, 2005-A, pp. 27 ss., nota A. BIANCHI (benchè, nello stesso caso, è stata ancor più problematica la decisione del giudice n° 1, 18 aprile 2005, La Ley, 2005-C, pp. 651 ss., nota A.H.M. CORTI).*

⁴¹ Per esempio in Salvador, dove è stato dichiarato incostituzionale l'articolo 66-A della Legge su mediazione, conciliazione e arbitrato, che risulta dal Decreto legislativo n° 141 del 1° ottobre 2009 e secondo la quale ogni parte ha il diritto di fare appello contro il lodo arbitrale per ottenere una revisione in merito (*Primera corte de apelaciones de la 1ª sección del Centro, sala civil, 20 luglio 2010, 1-APL-2010*). La Corte si è basata sull'articolo 23 della Costituzione, che prevede il diritto di risolvere controversie attraverso l'arbitrato. In un'altra occasione, la Corte ha

sull'arbitrato, si nota in tutta la regione una chiara tendenza pro-arbitrato. Ovviamente, di tanto in tanto ci sono anche decisioni errate o incomprensibili e ciò non soltanto quando interviene uno Stato o un'impresa pubblica.

Oggi giorno, si può dire che la giurisprudenza argentina, fin quando siano coinvolte solo parti private, sia chiaramente favorevole all'arbitrato. Nonostante esistano alcune decisioni giudiziarie in materia di arbitrato nelle quali i tribunali non applicano le norme appropriate, ed in particolare le convenzioni di New York e di Panama. Così, in *Reef Exploration* (2002) la Corte di Appello Nazionale Commerciale, senza neppure menzionare tali testi, ha accettato l'esecuzione di un lodo arbitrale emesso negli Stati Uniti malgrado l'antecedente adozione di una misura anti-arbitrato da parte di un tribunale argentino⁴². In varie circostanze, i tribunali argentini hanno rifiutato impugnazioni per nullità fondate in errori di ragionamento contenuti nel lodo, affermando che altrimenti la natura stessa dell'arbitrato sarebbe stata contestata⁴³. La Corte Suprema è stata oggetto della stessa tendenza, andando ben oltre quello che si potrebbe pensare. Perfino nel 2004, anno delle decisioni più discusse⁴⁴, la Corte Suprema, nel caso *Goijman c. Gomer*⁴⁵, ha riconosciuto la validità di una clausola arbitrale inclusa in un contratto di lavoro che era stato "internazionalizzato" attraverso l'ingresso di nuovi soci nell'impresa. In realtà, il rispetto della volontà delle parti espressa nei contratti è un principio accettato da molto tempo in Argentina; e ciò in particolar modo, per gli accordi che prevedono una deroga alla giustizia statale a favore di tribunali giudiziari o arbitrali stranieri, benché le eccezioni alla competenza delle giurisdizioni statali siano da interpretare in modo restrittivo⁴⁶.

Anche in Colombia esiste una disposizione riguardo alle decisioni prese all'estero. La *Corte Suprema de Justicia*⁴⁷ ha considerato la nozione dell'ordine pubblico come un ostacolo all'implementazione di decisioni straniere, stabilendo che⁴⁸: (i) l'uso di tale nozione in queste circostanze deve essere eccezionale e non tutte le norme imperative colombiane, ma solo quelle veramente fondamentali, devono essere implementate; (ii) la procedura di riconoscimento di decisioni straniere non comporta un'analisi del merito; (iii) la nozione di ordine pubblico deve essere definita in funzione di principi internazionali, elemento indispensabile nell'attuale globalizzazione del mondo; (iv) l'ordine pubblico non deve essere difensivo o distruttivo bensì dinamico, tollerante e costruttivo; e (v) i cittadini colombiani non devono usare questo sotterfugio per evitare l'esecuzione di obbligazioni contratte all'estero. Questa decisione della Corte Suprema è stata rimessa in questione in nome di una violazione dei diritti di difesa ed è stata portata di fronte alla Corte Costituzionale la quale, nel respingere il ricorso (26 maggio 2005), ha confermato la logica della Corte Suprema aggiungendo inoltre che non era concepibile che i tribunali colombiani pretendessero di estendere la propria competenza a tal punto da analizzare se le norme sostanziali del diritto privato colombiano fossero identiche a quelle dello Stato da cui proveniva la decisione in questione⁴⁹. Nell'arbitrato, va evidenziata la

dichiarato che quest'articolo stabilisce un diritto a risolvere le proprie controversie senza l'intervento dello Stato. La Corte Suprema del Salvador renderà a breve la sua opinione.

⁴² *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D*, 5 novembre 2002, *Reef Exploration Inc. v. Compañía General de Combustibles, La Ley*, 2003-E, pp. 937 ss.; *Jurisprudencia Argentina*, 2003-III, pp. 90 ss., nota CAIVANO / BIANCHI; *DeCITA*, n° 1, 2004, pp. 344 ss., nota NOODT TAQUELA. Queste due convenzioni sono in vigore sia in Argentina che negli Stati Uniti.

⁴³ Cf. ad esempio: *Cámara Nacional de Apelaciones, sala E*, 19 aprile 2005, *Patrón Costas, Marcelo D. y otros v. International Outdoor Advertising Holdings Co y otro s/ queja*, LexisNexis 35001884.

⁴⁴ Cf. note 37 e 41, sulle imprese pubbliche.

⁴⁵ Corte Suprema, 11 maggio 2004, *Goijman, Mario Daniel v. Gomer SACI*.

⁴⁶ Per esempio: Corte Suprema, 5 aprile 2005, *Bear Service SA v. Cerveceria Modelo*. Un paragrafo di questa decisione risulta essere particolarmente interessante in quanto si riferisce espressamente all'articolo 16 della Legge Modello dell'UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale come ad una "norma accettata a livello internazionale", e ciò in un Paese che non ha seguito lo *schema del Modello in questione*.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, sala civil, 6 agosto 2004, n° 77, *García Fernandes Internacional Importação e Exportação SA v. Prodeco - Productos de Colombia* (domanda di esecuzione di una sentenza portoghese).

⁴⁸ Cf. commenti di J.A. SILVA, *Rev. mex. DIPr*, 2005, pp. 81 ss.

⁴⁹ *Corte constitucional*, n° T-557, 26 maggio 2005. La Corte nota che una differenza tra il diritto straniero ed il diritto nazionale è da considerare rilevante solo se modifica sostanzialmente l'ordine giuridico.

posizione rigorosa concretamente presa dai tribunali riguardo ai ricorsi per impugnazione per nullità di un lodo arbitrale⁵⁰.

Si ritrova un ragionamento molto simile in un interessante lodo cileno della Corte di Appello di Santiago⁵¹. La Corte ha rigettato l'impugnazione per nullità del lodo, affermando che l'intervento delle giurisdizioni statali in caso di arbitrato dovesse essere strettamente eccezionale e che la nozione di ordine pubblico dovesse per di più essere interpretata in modo restrittivo. Poco dopo, la Corte Suprema del Cile⁵² ha accettato l'*exequatur* di un lodo emesso a New York, sottolineando che, malgrado l'opposizione dell'imputato, l'obiettivo di un *exequatur* non era una revisione del merito del caso. La Corte ha ritenuto infatti che l'obiettivo dell'imputato fosse di ottenere una revisione del merito e un'analisi delle prove, tappe espressamente escluse dalla procedura di *exequatur*, malgrado il fatto che egli invocasse solamente una violazione dei propri diritti alla difesa⁵³.

Sono ormai molti anni che in Messico i tribunali giudiziari hanno adottato una prospettiva alquanto positiva nei riguardi dell'arbitrato⁵⁴. Molte decisioni recenti confermano tale tendenza. In particolare, ci si può riferire ad alcune decisioni di corti superiori messicane⁵⁵ o ad altre della Corte Suprema⁵⁶, che limitano la portata dell'impugnazione per nullità e ne chiariscono il contenuto.

Per concludere, è importante ricordare anche la situazione dei tribunali venezuelani, la cui posizione è molto simile. Benché due delle Sale del Tribunale Supremo di Giustizia abbiano mantenuto delle posizioni diverse riguardo all'arbitrato negli ultimi anni, la Sala Costituzionale, che, come ricordiamo, è l'ultima a pronunciarsi, ha in molteplici occasioni dimostrato il suo sostegno nei confronti dell'arbitrato come metodo alternativo di risoluzione delle controversie⁵⁷. In effetti, la Sala Politico-Amministrativa ha dimostrato in certe circostanze una certa reticenza nell'accettare la validità di un compromesso arbitrale, basandosi su insufficienze e imprecisioni di redazione⁵⁸. Al contrario, la Sala Costituzionale ha messo in evidenza la legittimità assoluta dell'arbitrato, vedendo il diritto a sottomettersi ad un arbitrato come un elemento fondamentale della nozione di accesso alla giustizia⁵⁹. La Sala Costituzionale considera inoltre che qualsiasi altra forma giuridica o interpretazione giurisdizionale che si opponga a tale precetto costituzionale di diffusione e sviluppo dell'arbitrato (e altri meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie, art. 258 della Costituzione venezuelana) debba essere considerata come anti-costituzionale⁶⁰. Alla fine del 2010, la Sala Costituzionale, in una sentenza competente e lodevole, ha insistito sul principio *Kompetenz-Kompetenz*, rifiutando in modo violento gli argomenti anteriormente presi in considerazione dalla Sala Politico-Amministrativa nello stesso caso⁶¹. Resta da sottolineare che varie sentenze del 2011, emesse dalla Sala

⁵⁰ Per esempio, *Corte superior* di Bogotá, 10 marzo 2010, *Industria y Distribuidora Industrias SA v. SAP Andina y Del Caribe CA*, n° 20100015000.

⁵¹ Corte d'Appello di Santiago, 27 dicembre, *Publicis Groupe Holdings B.V. v. Árbitro Manuel José Vial Vial*. In una decisione del 23 luglio 2003, lo stesso tribunale aveva affermato che un lodo arbitrale potesse essere attaccato solo mediante un'impugnazione per nullità.

⁵² Corte Suprema, 8 settembre 2009, *Comverse Inc. v. American Telecommunication Inc. Chile SA (ATI Chile)*.

⁵³ A riguardo cf. D. JIMÉNEZ FIGUERES / J. KLEIN KRANENBERG, "Recent International Arbitration Developments in the Chilean Courts", *Arbitration News*, 15-1, March 2010, pp. 161 ss.

⁵⁴ Cf. J.A. SILVA, "Algunas resoluciones judiciales de los tribunales mexicanos en torno al reconocimiento de un laudo arbitral", *DeCITA*, n° 2, 2004, 375, 394 (in Messico "las decisiones judiciales no sólo han sido favorables al arbitraje sino que han cumplido con los compromisos internacionales").

⁵⁵ *Tribunal Colegiado*, 11 giugno 2008, *Infored, SA de CV y José Elías Gutiérrez Vivó v. Grupo Radio Centro, SA*.

⁵⁶ *Tesis* n° CLXXIII/2009, *Amparo en revisión* 131/2009, 27 maggio 2009; n° I.7°.C.126, *Amparo en revisión* 23/2009, 12 marzo 2009; n° I.3°.C.729, *Amparo en revisión* 274/2008, 4 dicembre 2008.

⁵⁷ La Sala Costituzionale ha il diritto di controllare la costituzionalità non solo delle decisioni finali dei tribunali inferiori ma anche quelle delle altre Sale della Corte Suprema (art. 55 Costituzione e art. 25 della *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*). Ciò è stato ricordato in Corte Costituzionale, 17 ottobre 2008, n° 1.541/08.

⁵⁸ Ad esempio, 28 aprile 2010, *DIMAPECA v. Servicios Halliburton de Venezuela SA*, n° 331/2010.

⁵⁹ *Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional*, 28 febbraio 2008, n° 192/2008.

⁶⁰ *Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional*, 17 ottobre 2008, n° 1.541/08.

⁶¹ *Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional*, 3 novembre 2010, n° 1067/2010 (*Astivenca*), annullava una decisione della Politico-Amministrativa, 21 maggio 2009, n° 687. Per ordine della Sala Costituzionale, questa

Politico-Amministrativa, confermano che il criterio della Sala Costituzionale abbia finalmente prevalso⁶².

Potreste pensare che io abbia fatto una selezione delle decisioni favorevoli all'arbitrato, ma non è così. Mi sono semplicemente limitato a sottolineare quelle che affrontano tematiche fondamentali e che nel loro insieme confermano che attualmente la maggior parte degli ordinamenti giuridici latinoamericani offrono una struttura adeguata all'arbitrato e che i tribunali giudiziari stanno migliorando il loro atteggiamento rispetto alle problematiche di applicazione causate dalle norme in vigore.

3. L'influenza dell'arbitrato di investimento

A. La posizione dello Stato riguardo all'arbitrato

Quando una delle parti di un arbitrato è uno Stato, vari aspetti di tale arbitrato dovranno essere modificati. Fino a poco tempo fa, solo l'idea che uno Stato potesse decidere di non sottoporsi alle proprie giurisdizioni statali sembrava quasi inaccettabile⁶³. Oggi giorno, una tale scelta è molto comune e si sono pertanto moltiplicati i casi di arbitrati con parti statali, contemporaneamente ad un' accettazione sempre maggiore di trattati bilaterali o multilaterali per la protezione degli investimenti e anche del sistema ICSID⁶⁴. Anche gli Stati che non legittimano il sistema ICSID, sembrano essere stati obbligati a trovare istituzioni arbitrali equivalenti. Per esempio, l'Ecuador ha proposto di sviluppare un procedimento di arbitrato nell'UNASUR⁶⁵, dimostrando così una riluttanza nei riguardi dell'ICSID, ma non dell'arbitrato in generale. Malgrado questa graduale evoluzione, la questione del rapporto tra Stati e imprese private è tuttora oggetto di controversie in molti sistemi giuridici, anche al di fuori dell' America Latina. In questo senso, la decisione di politica commerciale presa dal governo australiano nell'aprile 2011⁶⁶ parla da sola. Ciò che voglio dimostrare è che l'atteggiamento verso l'arbitrato di investimenti non è né omogeneo né unanime e può anche cambiare con il tempo⁶⁷.

Ciò è particolarmente vero per i trattati di investimento, nonostante la situazione resti complessa anche nei casi in cui uno Stato firmi un banale accordo commerciale con un'impresa straniera. Ci si può chiedere se una controversia derivante da una relazione per così dire "mista" debba essere sottoposta a un meccanismo di risoluzione (nella maggior parte dei casi, l'arbitrato) che sia identico a quello previsto per le controversie tra parti puramente private.

decisione è stata pubblicata sulla *Gaceta Oficial*. Benchè questa decisione rappresenti un passo avanti considerevole, vi sono anche state alcune critiche, anche a causa del fatto che il problema del caso è trattato in modo estremamente breve nella sentenza. Cf. P. SAGHY, "Resumen de sentencias del año 2010", www.macleoddixon.com/documents/Revista_Judicial_de_arbitraje_interno_2010.pdf

⁶² Cf. ad esempio la decisione di questa Sala nel caso *Oderbecht*, 24 maggio 2011

⁶³ Cf. B. OPPETIT, "Les États et l'arbitrage international: esquisse de systématisation", *Rev. arb.*, 1985-4, pp. 493-494

⁶⁴ Mi riferisco qui al numero di Stati che hanno firmato la Convenzione (ad oggi §146) e non alle potenziali critiche sul sistema ICSID in sé.

⁶⁵ Cf. infra III. 3

⁶⁶ In questa decisione, il governo comunica che non verranno incluse norme sull'arbitrato nei trattati di investimento che verranno firmati nel futuro con Paesi in via di sviluppo. In particolare, si legge che:

- "If Australian businesses are concerned about sovereign risk in Australian trading partner countries, they will need to make their own assessments about whether they want to commit to investing in those countries."

- "The government supports the principle of National Treatment - that foreign and domestic businesses are treated equally under the law."

- "However, the government does not support provisions that would confer greater legal rights on foreign businesses than those available to domestic businesses". [That reminds me some doctrine...]

- "Nor will the government support provisions that would constrain the ability of Australian governments to make laws on social, environmental and economic matters in circumstances where those laws do not discriminate between domestic and foreign businesses."

Bisogna dedurre che l'Australia è un Paese ostile all'arbitrato?

⁶⁷ Per una descrizione di alcuni cambiamenti, cf. J.E. ÁLVAREZ, "The Public International Law Regime Governing International Investment", *Recueil des Cours*, t. 344, 2009, pp. 193 ss.

Ovviamente, la risposta è no⁶⁸. In teoria, la distinzione tradizionale tra attività *iure imperi* e *iure gestionis*⁶⁹ potrebbe lasciar pensare che così come uno Stato sviluppa attività *iure gestionis*, come qualsiasi altro individuo, questo dovrebbe pagarne il prezzo e abbandonare i propri privilegi. Cionondimeno, le differenze sostanziali tra Stato e imprese private restano in pratica invariate. E' innegabile che lo Stato possa sempre usare il suo *imperium*, e cioè invocare in concreto la propria immunità⁷⁰, esercitare il suo potere di legislatore⁷¹ o realizzare atti processuali che possano interferire con lo sviluppo della procedura arbitrale⁷².

B. L'arrivo dell'arbitrato di investimenti. Primi casi e questioni problematiche

L'arbitrato di investimenti è stato oggetto di un'evoluzione molto particolare negli ultimi anni. L'origine di tale evoluzione emerge in gran parte da casi legati agli Stati latinoamericani. Dall'avvento del sistema ICSID, ormai più di quindici anni fa, gli Stati latinoamericani sono stati i convenuti in circa la metà dei casi, risolti o tuttora aperti⁷³. Di conseguenza, la maggior parte delle obiezioni sollevate contro il diritto di investimento e la sua implementazione attraverso meccanismi di risoluzione di controversie sono apparse in questi Stati o in relazione ad essi⁷⁴.

Tenendo in considerazione questa realtà oggettiva, è possibile identificare alcuni temi che hanno influenzato in modo molto chiaro lo sviluppo di questo dibattito. Casi come *Santa Elena* in Costa Rica (1996/2000)⁷⁵, *Metalclad* in Messico (1997/2000)⁷⁶, *Aguas del Tunari* in Bolivia (2002/2006)⁷⁷, quelli legati alla profonda crisi argentina (2001...), quelli dell'attuale sviluppo del caso tra *Ecuador e Chevron* o il recente *Philips Morris* in Uruguay (2010...) hanno avuto (e hanno tuttora) un impatto enorme. Oggi giorno, le discussioni che nascono in tutto il mondo riguardo l'arbitrato di investimenti, più che semplici esercizi teorici basati su pregiudizi ideologici, sono la conseguenza di un'analisi dei pro e dei contro del funzionamento delle norme in vigore e delle istituzioni di arbitrato.

La giurisprudenza "latinoamericana" ha contribuito in modo significativo (anche se non per forza di propria volontà) all'arbitrato di investimenti, nell'ambito di discussioni riguardo ad alcune questioni pratiche, come, per esempio:

- i. *La portata del consenso di uno Stato a sottomettersi all'arbitrato*. Il gesto di diversi Stati latinoamericani di inserire nei contratti di investimento una clausola di giurisdizione che dà competenza ai tribunali nazionali⁷⁸ (allorché il trattato di investimento applicabile preveda il diritto per entrambe le parti di avviare una

⁶⁸ Benché in alcuni casi si applichino le stesse regole, i litigi riguardanti gli investimenti sono diversi da quelli puramente commerciali. Per una spiegazione delle ragioni di tale differenza, cf. J.D.M. LEW / L.A. MISTELIS / S.M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 2003, pp. 763 ss.

⁶⁹ H.A. GRIGERA NAÓN, "Les contrats d'État : quelques réflexions", *Rev. arb.*, 2003-3, pp. 667 ss.

⁷⁰ Cf. D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "La ejecución del laudo arbitral proferido contra el Estado", *DeCITA*, n° 2, 2004, p. 164.

⁷¹ I. HAUTOT, "Les difficultés spécifiques dues à l'intervention d'États ou de personnes publiques dans l'arbitrage commercial international", in: *L'intervention de l'État ou d'une firme étatique dans l'arbitrage commercial international*, Bruxelles, Kluwer / Story Scientia, 1993, pp. 3-5. Cf. P. MAYER, "La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État", *Journ. dr. int.*, 1986, 5.

⁷² B. HANOTIAU, "Quand l'arbitrage s'en va-t-en guerre: les perturbations par l'État de la procédure arbitrale", *Rev. arb.*, 2003-3, pp. 805 ss.; E. KLEIMAN, "Les incidences politiques de la souveraineté sur l'arbitrage: les perturbations de la procédure arbitrale", *Rev. arb.*, 2003-3, pp. 827 ss.

⁷³ Ad oggi l'Argentina detiene il titolo assoluto per numero di casi ICSID, il Venezuela segue poco dopo.

⁷⁴ Ad esempio, la critica di Philippe Sands sul diritto degli investimenti si basa in particolar modo su casi latinoamericani. Cf. P. SANDS, "A Safer World, for Investors", *Lawless World*, London, Penguin, 2006, pp. 117-142.

⁷⁵ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica*, caso ICSID n° ARB/96/1.

⁷⁶ *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, caso ICSID n° ARB(AF)/97/01.

⁷⁷ *Aguas del Tunari SA v. The Republic of Bolivia*, caso ICSID n° ARB/03/2.

⁷⁸ Ad esempio, *Azurix Corp. v. Argentina Republic*, caso ICSID n° ARB/01/12.

procedura di arbitrato), ha dato luogo ad un dibattito teorico incentrato sulla distinzione ed il legame che esiste tra le obbligazioni derivate dai trattati e quelle che emergono dai contratti⁷⁹.

- ii. *Il coinvolgimento dell'interesse pubblico.* L'intervento dell'interesse pubblico, come la salute pubblica o la protezione dell'ambiente, hanno inasprito ancor più la discussione sul tema. Da un lato, la questione ha suscitato un dibattito sulla trasparenza dell'arbitrato internazionale, che ha avuto un risvolto enorme⁸⁰. Dall'altro, i trattati di investimento sono anche stati analizzati come legati alla supremazia statale, ed in particolare, alla sua manifestazione legislativa, cioè al potere di uno Stato di ratificare delle norme giuridiche applicabili agli investimenti in corso in tale Stato.
- iii. *Nomina e ricusazione degli arbitri.* I sospetti fondati o infondati basati sulla ripetizione degli stessi nomi in diversi tribunali arbitrali, così come la facilità con la quale alcuni arbitri intervengono in casi simili o in casi legati alle stesse parti in qualità di avvocati o di esperti, danno luogo a numerose discussioni riguardo i possibili conflitti di interesse e l'indipendenza e imparzialità degli arbitri⁸¹ (per esempio: il Comitato ad hoc nella seconda impugnazione per nullità di *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. Argentine*).
- iv. *Problemi causati dai provvedimenti di espropriazione indiretta.* A partire da *Metalclad*, la questione dei limiti della nozione di espropriazione è rimasta indiscussa sia in procedure arbitrali sia nella redazione di nuovi trattati di investimento⁸².
- v. *La nozione stessa di investitore.* Il dibattito sulla nozione di investitore emerse anch'esso in modo ripetuto, soprattutto in domande presentate da azionisti minoritari quando allo stesso tempo gli azionisti principali e lo Stato in questione erano in piena negoziazione⁸³.
- vi. *Lodi contraddittori.* Le divergenze tra le conclusioni di vari tribunali⁸⁴ sulla stessa questione non solo sono state oggetto di forti critiche, ma hanno anche rilanciato il dibattito sull'utilità degli antecedenti in materia di arbitrato di investimento⁸⁵.

C. Reazioni ed evoluzione attuale

Malgrado l'importanza delle questioni pratiche, è necessario affrontare il tema, molto più attuale, del bisogno di instaurare un grado di protezione elevato degli investimenti al fine di attirare investitori stranieri. Non sarà piuttosto questa necessità (o questo obiettivo) a convincere

⁷⁹ B.M. CREMADES / D.J.A. CAIRNS, "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", *DeCITA* 2004-2, pp. 231 ss.; F. ORREGO VICUÑA, "De los contratos y tratados en el mercado global", *DeCITA*, 2005-3, pp. 18 ss.; J. CRAWFORD, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24-3, 2008, pp. 351 ss.

⁸⁰ Cf. *infra*, note 92-94.

⁸¹ N.M. PERRONE, "La recusación de los árbitros en casos de inversiones extranjeras. A propósito de la solicitud argentina interpuesta ante tribunales nacionales respecto de Rigo Sureda", *DeCITA*, n° 9, 2008, pp. 342 ss. Come esempio di sentenza ICSID, cf. Decisione del Comitato *ad hoc* nella seconda procedura di nullità *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic*, caso ICSID n° ARB/97/3.

⁸² Citando la definizione data dal tribunale arbitrale in *Metalclad* (par. 103), tale nozione "incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor".

⁸³ In vari casi contro l'Argentina, come ad esempio *CMS* (caso num. ARB/01/8; Techint y TGN, azionisti principali), *Enron* (caso num. ARB/01/3; Petrobras y TGS, azionisti principali), *LG&E* (caso num. ARB/02/01; Gas BAN y Gas Natural SDG, azionisti principali)

⁸⁴ Basta ad esempio riferirsi allo stato di necessità invocato dall'Argentina in varie occasioni: se vari tribunali arbitrali (casi *CMS*, *Enron*, *Sempre* –caso n° ARB/02/16) hanno rifiutato gli argomenti legati alla giustificazione di stato di necessità, altri li hanno accettati (casi *LG&E*, *Continental* –caso n° ARB/03/9-, *anulación de Sempre*).

⁸⁵ Cf. E. GAILLARD / Y. BANIFATEMI, *Precedent in Arbitration*, New York, Juris, 2008).

gli Stati a firmare la Convenzione di New York del 1965 o dei Trattati bilaterali o multilaterali di investimento?

Innanzitutto, è ovvio che gli Stati ratificano questi trattati, il cui componente fondamentale è la rinuncia (o piuttosto la potenziale rinuncia) alla propria giurisdizione, nell'intento di apparire più affidabili e sicuri agli occhi degli investitori stranieri. Tuttavia, la situazione del Brasile sembra dimostrare il contrario: questo Stato, infatti, attira la maggioranza degli investitori stranieri presenti in America Latina nonostante si opponga all'arbitrato di investimenti⁸⁶. La contraddizione però è solo apparente. Molti Stati sembrano credere che la semplice adesione ad un trattato di investimento possa far apparire più sicuri e affidabili agli occhi degli investitori stranieri, ma in realtà essere firmatario di un trattato non significa per forza aver svolto tutto il percorso. I trattati non sono infatti gli unici fattori presi in considerazione da un'impresa straniera al momento di investire. Gli investimenti tendono verso Stati che offrono buone opportunità di creare affari redditizi, indipendentemente dal fatto che abbia aderito o meno ad un trattato di investimento o che abbia dimostrato un comportamento rigido nei confronti degli investitori stranieri. In poche parole: l'esistenza di trattati non garantisce la presenza di investimenti, così come la loro assenza non impedisce per forza che tali investimenti avvengano.

Detto ciò, le critiche verso il cosiddetto "nuovo" diritto di investimento si sono diffuse in tutta l'America Latina sulla base di una dozzina di arbitrati latinoamericani iniziati a partire dal 1996, ma anche sulla base dell'alta proporzione di decisioni favorevoli agli investitori, in particolare nei primi anni 2000. E' fondamentale sottolineare che, oggi come oggi, gli Stati latinoamericani hanno adottato atteggiamenti molto diversi tra loro. Certi dicono che si tratti più di un sentimento di diffidenza che di un'attitudine critica rispetto ad un meccanismo che può essere ingiusto e a volte anche inutile. Così è per esempio in Brasile⁸⁷. Curiosamente, norme molto simili a quelle rifiutate da questo Paese nel quadro della negoziazione ALCA sono invece state accettate da altri Stati Latinoamericani attraverso trattati di libero scambio firmati con Stati di grande importanza economica, tra cui gli Stati Uniti⁸⁸. Ancora diversa è la posizione di Bolivia ed Ecuador data la loro denuncia della Convenzione di Washington⁸⁹, accompagnata dall'adozione di norme costituzionali il cui intento era quello di limitare (se non proibire) l'arbitrato alle controversie con parti statali⁹⁰, e dalla decisione di cominciare a denunciare o

⁸⁶ Il Brasile non ha ratificato né la Convenzione di Washington del 1965 né alcun trattato bilaterale di investimento (TBI) – benché ne abbia confermati alcuni – e ha apertamente rifiutato il capitolo sugli investimenti nel quadro del progetto di creazione di un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Evidentemente, data l'importanza crescente delle imprese brasiliane che investono all'estero, sorgono dei dubbi sull'efficienza e sulle vere conseguenze di quest'atteggiamento nell'ambito industriale e imprenditoriale. J. KALICKI / S. MEDEIROS, "Investment Arbitration in Brazil: Revisiting Brazil's Traditional Reluctance Towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24-3, 2008, pp. 423 ss.

⁸⁷ Gli altri Stati latinoamericani che non hanno firmato la Convenzione di Washington (Cuba, Messico e Repubblica Dominicana) sono tuttavia parte di altri trattati che contengono disposizioni sull'arbitrato di investimenti.

⁸⁸ Ad esempio, recentemente, il trattato tra Stati Uniti e Perù, o quello tra Repubblica Dominicana e gli Stati dell'America Centrale (CAFTA-DR).

⁸⁹ Fatte sulla base dell'articolo 71 della convenzione di Washington; effettive dal 2007 e 2010 rispettivamente [a gennaio 2012 il Venezuela ha anche denunciato la Convenzione di Washington].

⁹⁰ L'art. 422 della Costituzione dell'Ecuador (2008) vieta l'adesione a trattati che sottomettano lo Stato ad istituzioni arbitrali internazionali, che sia in materia di controversia commerciale o contrattuale, fatta eccezione per gli arbitrati realizzati sotto il controllo di istituzioni arbitrali latinoamericane e riguardo a controversie legate al debito estero. Ciò nonostante, l'art. 190, paragrafo 2, ammette la sottomissione ad un arbitrato di diritto dei contratti pubblici, a condizione che alcuni requisiti vengano rispettati e che il Procuratore Generale dello Stato abbia dato la sua approvazione (cf. sentenza Corte costituzionale, 13 marzo 2009, num. 0001-09-SIC-CC, che ha riconosciuto la validità di una clausola di arbitrato in equità in un contratto tra l'Ecuador e la Banca Interamericana dello Sviluppo. Nonostante l'opposizione del Procuratore Generale dello Stato, la Corte Costituzionale ha considerato che la restrizione dell'art. 190, par. 2, non è applicabile ad una situazione interamente sottoposta all'art. 422, par. 2 sul debito pubblico). L'art. 366 della Costituzione boliviana (2009) limita invece l'impossibilità di sottomettersi ad un arbitrato solo nel caso in cui si tratti di imprese straniere che operino in Bolivia nel settore degli idrocarburi.

negoziare un'altra volta i trattati bilaterali di investimento in vigore⁹¹. Nonostante ciò, la maggior parte degli Stati Latinoamericani continua ad essere favorevole al sistema di investimenti internazionali benché alcuni di essi ne criticano apertamente il funzionamento. In parallelo, per iniziativa dell'Ecuador, i membri dell'UNASUR si stanno dando da fare per creare un sistema sub-regionale di arbitrato di investimento, in modo da sottrarsi al sistema mondiale (ossia alla Banca Mondiale). In effetti, l'Ecuador sta rimettendo in questione non l'arbitrato di investimenti in sé, ma l'arbitrato ICSID.

Le azioni e le reazioni che si osservano nel quadro degli arbitrati misti non sono affatto sorprendenti se si considerano gli interessi pubblici in gioco ogni qualvolta uno Stato è opposto ad una persona fisica o giuridica straniera. È invece un peccato che questo stato d'animo originato nell'arbitrato di investimenti abbia avuto un effetto considerevole anche sull'arbitrato privato. Probabilmente questo si deve anche in parte al sentimento di impotenza di alcuni Stati (o più precisamente, di alcuni funzionari statali) che hanno voluto giustificare i propri errori o le proprie mancanze invocando un presunto "complotto" di arbitri e istituzioni arbitrali. Nonostante ciò, bisogna pur riconoscere che alcune decisioni e comportamenti di tribunali arbitrali, compresi quelli dell'ICSID, hanno dato l'impressione di sottovalutare i diritti e poteri statali⁹². Quest'impressione (e tutti sanno che le apparenze, in quanto equivocabili per loro stessa natura, sono molto importanti nell'arbitrato) ha provocato una sorta di sfiducia generale nell'arbitrato, sfiducia che si è manifestata soprattutto per via di dottrine accademiche non specialistiche e - ciò che è peggio - per via di alcune decisioni giudiziarie e politiche.

Nonostante ciò, questo effetto negativo non è forte quanto quello che si percepiva dieci anni fa. In quell'epoca, quando vi erano una valanga di domande arbitrali contro l'Argentina, l'effetto a macchia d'olio generato dalle problematiche in materia di arbitrato di investimenti fu sul punto di inglobare anche l'arbitrato in generale⁹³. Alcuni anni dopo, la sfiducia nell'arbitrato ed il corrispettivo rinforzo dei poteri statali riguardano solo gli arbitrati che mettono in gioco uno Stato. A tal riguardo, il movimento pro-trasparenza riflette un certo interesse ad eliminare i sospetti, nell'intento di migliorare la risoluzione di controversie. Sempre in questo senso, le varie riforme delle Regole di Arbitrato ICSID (2006)⁹⁴, il contenuto dei vari capitoli dedicati agli investimenti nei trattati di investimenti più recenti⁹⁵ ed i lavori sviluppati dal Gruppo di lavoro UNCITRAL sull'arbitrato⁹⁶ stanno agendo in modo positivo al fine di evitare qualsiasi influenza negativa sull'arbitrato privato. Dall'altra parte, l'emissione di vari lodi pro-Stato negli ultimi anni (forse, almeno in parte, come conseguenza dell'ondata di trasparenza) risulta utile nell'attenuare reazioni e atteggiamenti negativi⁹⁷.

⁹¹ Quest'ultima opzione è anche stata presa in considerazione dal Venezuela. E. GAILLARD, "Tendencias anti-arbitraje en América Latina", *DeCITA*, n° 10, 2009, pp. 311).

⁹² Cf. FOSTER, "Recent Setbacks for Foreign Investors in Latin America and What They Mean for the Future of Investment Treaty Arbitration in the Region", *Latin American Arbitration Review*, n° 1, 2006, p. 17.

⁹³ E' da notare che l'Argentina non ha denunciato la Convenzione di Washington e lo ha fatto contro l'intenzione di vari membri del governo. (cf. H.D. ROSATTI, "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", *La Ley*, 2003-F, pp. 1283 ss.).

⁹⁴ Il cuore della riforma sta nelle questioni di trasparenza (partecipazione amicus curiae - regola 37-, udienze pubbliche -regola 32- e pubblicazione delle sentenze - regola 48-) e nell'aumentato obbligo di indipendenza dell'arbitro (regola 6).

⁹⁵ Ad esempio, CAFTA-DR (art. 10(21)) è uno dei trattati ad alto livello di trasparenza.

⁹⁶ Il Gruppo di lavoro UNCITRAL sull'arbitrato e la conciliazione (GT II), avendo concluso la propria riforma dell'arbitrato, sta impostando nuove regole in materia di trasparenza negli arbitrati di investimento (Cf. http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html). Ad oggi né il contenuto né la forma di tale riforma sono definitivi. Nonostante ciò, vari Stati, istituzioni arbitrali, associazioni imprenditoriali e accademiche hanno dimostrato grande interesse e sembrano partecipare attivamente al dibattito. Gli Stati latinoamericani, molto attivi (ad eccezione di alcuni di essi) nel contesto del Gruppo di lavoro UNCITRAL, si sono dimostrati particolarmente entusiasti.

⁹⁷ Per la nota informativa redatta dall'UNCTAD riguardo ai casi esistenti in materia di risoluzioni di controversia Stato-investitori, pubblicata il 1 marzo 2011, ci sono stati nel 2010 20 lodi, 5 decisioni sulla responsabilità e 11 sulla giurisdizione, e anche 11 decisioni su misure preventive, sospensioni di procedure e costi. Di questi 20 lodi, 14 furono a favore di uno Stato e 5 a favore di un investitore mentre nell'ultimao caso, Stato e investitori raggiunsero un

4. Alcune problematiche specifiche

Per completare il panorama sull'attuale arbitrato internazionale e le sue tendenze in America Latina, bisogna affrontare tre ulteriori questioni: la partecipazione crescente dell'America Latina nell'arbitrato internazionale (commerciale e di investimenti), la costituzionalizzazione dell'arbitrato e la scelta della sede dell'arbitrato secondo ogni ordinamento giuridico nazionale.

A. L'aumento della partecipazione dell'America Latina negli arbitrati commerciali internazionali

L'adozione di leggi adeguate sull'arbitrato⁹⁸, la ratificazione di trattati internazionali⁹⁹ e le tendenze della giurisprudenza qui sopra evidenziate¹⁰⁰ riflettono lo stato attuale dell'evoluzione dell'arbitrato in America Latina. Ciononostante, questa situazione non corrisponde necessariamente alla percezione che ne ha la comunità economica. La vera domanda è dunque la seguente: la profonda modificazione del contesto giuridico ha effettivamente apportato maggior fiducia nell'arbitrato e contribuito all'aumento del numero di arbitrati in America Latina?

La risposta non può che essere fortemente affermativa. In vari Paesi Latinoamericani, il numero di casi risolti tramite un arbitrato sono aumentati vertiginosamente. Per esempio, la più importante istituzione peruviana riporta nelle proprie statistiche che, mentre nel 1993 le erano stati sottoposti solo 3 casi, nel 2010 erano già 1798¹⁰¹. Tale aumento si nota anche in altri Paesi come Brasile, Cile, Panama o Messico¹⁰². Allo stesso modo, la moltiplicazione delle istituzioni arbitrali¹⁰³ indica l'esistenza di un contesto alquanto favorevole tra accademici e professionisti. Anche i libri sull'arbitrato "latinoamericano" e le riviste specializzate sembrano moltiplicarsi¹⁰⁴.

Di fatto, l'arbitrato è diventato un'alternativa reale per le parti latinoamericane, e ciò si vede nelle statistiche riportate dalla Corte internazionale di arbitrato della CCI. E' interessante notare che negli ultimi dieci anni più del 10% dei casi registrati da tale istituzione includono almeno una parte proveniente dall'America Latina o dai Caraibi. E' altrettanto sorprendente che Argentina, Brasile e Messico siano tra i 12 Stati con più arbitrati CCI¹⁰⁵. E' anche vero però, che in molti casi di arbitrato CCI con una parte latinoamericana, la sede dell'arbitrato non si trova in America Latina. Nondimeno, la scelta di sedi latinoamericane non costituisce più un'eccezione ma, al contrario, sono ormai molti i "grandi" casi con parti latinoamericane

accordo comune. Riferirsi in particolar modo alle sentenze di nullità *Sempra v. Argentina*, 29 giugno 2010, e *Enron v. Argentina*, 30 luglio 2010.

⁹⁸ Cf. supra, III.2.

⁹⁹ Cf. supra, III.2.

¹⁰⁰ Cf. supra, III.2.

¹⁰¹ http://200.37.9.27/CCL/ccl_arbitraje/es/ccl_estadisticas.aspx. Le somme sollecitate sono anche aumentate di conseguenza, passando da 232.000 US \$ nel 1993 a 2.287.000.000 US \$ nel 2010. Queste cifre si riferiscono solamente all'istituzione più importante in Perù; ma dovremmo aggiungere anche gli arbitrati amministrati da altre istituzioni o gli arbitrati ad hoc, anch'essi in forte aumento.

¹⁰² Ogni anno la Camera di Commercio di Santiago (CAM) registra 150 casi in più, mentre la Camera di Commercio di Panama 50.

¹⁰³ Grazie anche all'intervento di organizzazioni internazionali, come la BID. Cf. Ver P.E. MASON / M.G.F. DOS SANTOS, "New Keys to Arbitration in Latin-America", *JIA*, vol. 25-1, 2008, pp. 41-42. Il *Institute for Transnational Arbitration* (ITA) ha pubblicato un riepilogo sulle istituzioni arbitrali latinoamericane nel 2011 e ne identifica ben 165 attive, assieme a 14 Comitati Nazionali della CCI.

¹⁰⁴ Grazie anche all'intervento di organizzazioni internazionali, come la BID. Cf. Ver P.E. MASON / M.G.F. DOS SANTOS, "New Keys to Arbitration in Latin-America", *JIA*, vol. 25-1, 2008, pp. 41-42. Il *Institute for Transnational Arbitration* (ITA) ha pubblicato un riepilogo sulle istituzioni arbitrali latinoamericane nel 2011 e ne identifica ben 165 attive, assieme a 14 Comitati Nazionali della CCI.

¹⁰⁵ Cf. "Statistical Report", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 22-1, 2011.

sottoposti a tribunali arbitrali con sedi in città latinoamericane e sotto il controllo di istituzioni arbitrali di importanza mondiale¹⁰⁶.

B. La costituzionalizzazione dell'arbitrato

L'espressione "costituzionalizzazione" è oggetto, nel quadro dell'arbitrato latinoamericano, di due spiegazioni. Dato che alcune costituzioni contemporanee contengono disposizioni specifiche in materia di arbitrato e che queste disposizioni vanno di pari passo con il dovere dei poteri pubblici di promuovere tale meccanismo di risoluzione di controversie¹⁰⁷, si potrebbe pensare che l'arbitrato goda di un appoggio istituzionale forte¹⁰⁸. Ma secondo altri, questo movimento sta aprendo la possibilità di attaccare l'arbitrato e, in particolare, i lodi arbitrali, sulla base di presunte violazioni di principi costituzionali. Sembrerebbe infatti che nel contesto di tale processo di costituzionalizzazione¹⁰⁹, i lodi emessi da tribunali arbitrali con sedi latinoamericane possano essere contestati mediante vari tipi di ricorsi giudiziari speciali¹¹⁰.

Inter alia, è interessante chiedersi se tali ricorsi possano essere invocati direttamente contro il lodo o unicamente contro la decisione giudiziaria in materia di ricorso di impugnazione per nullità o esecuzione del lodo. In Messico, ad esempio, il meccanismo chiamato *amparo* può essere utilizzato per attaccare decisioni giudiziarie legate al lodo però non il lodo stesso¹¹¹. In Perù, benché la Corte Costituzionale abbia ammesso l'*amparo* riguardo al lodo arbitrale, la *Corte de Justicia de Lima*¹¹², applicando un principio introdotto dalla Legge sull'arbitrato del 2008, affermò che tale ricorso non poteva essere utilizzato per ottenere una revisione degli stessi argomenti che erano stati precedentemente invocati nella procedura di nullità del lodo. In Venezuela, il Tribunale Supremo di Giustizia accetta "l'*amparo* costituzionale" anche per quanto riguarda i lodi stranieri¹¹³. Considerando che l'attuale arbitrato commerciale internazionale non può essere sottoposto a nessuna costituzione, tali questioni possono ridursi ad una semplice discussione tra "vecchie concezioni" dell'ordine giuridico e il "nuovo

¹⁰⁶ Cf. E. SILVA ROMERO, "América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales. La experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI", *DeCITA*, n° 2, 2004, pp. 217 ss.

¹⁰⁷ Cf. Art. 258 Costituzione venezuelana e sentenza *Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional*, n° 1541, 17 ottobre 2008; art. 116 Costituzione colombiana; art. 23 Costituzione del Salvador; art. 110 Costituzione dell'Honduras; art. 43 Costituzione del Costa Rica; etc.

¹⁰⁸ L'art. 23 della Costituzione del Salvador, che pone un diritto a risolvere le controversie commerciali e civili mediante un arbitrato, è stato invocato di fronte alla Corte d'Appello per dichiarare incostituzionale una norma che autorizza l'appello contro lodi arbitrali (*Primera Corte de Apelaciones de la primera sección del Centro, sala civil*, 20 luglio 2010, 1-APL-2010; 26 luglio 2010, 2-APL-2010)

¹⁰⁹ E. SILVA ROMERO, "A propos de l'inexorable collision de philosophies dans la constitutionnalisation de l'arbitrage internationale en Amérique latine", in: B. Fauvarque-Cosson / A. Wald (eds.), *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXIe siècle* (nota 5) pp. 269 ss. Si veda anche E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, "El arbitraje y las normas constitucionales en Venezuela: lo malo, lo feo y lo bueno", (2010) 149, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, pp. 391-407.

¹¹⁰ Ci si può chiedere se tali ricorsi esisterebbero, indipendentemente dal carattere costituzionalizzato o meno dell'arbitrato.

¹¹¹ L. PEREZNIETO CASTRO / J.A. GRAHAM, *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*, México, Limusa, 2008, pp. 191-195, 212-215, 223-227. In *Banamex v. Corporación Transnacional de Inversiones SA de CV*, 17 febbraio 2004, il tribunale (*Decimo Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito*) respinse l'*amparo* sollecitato dagli arbitri contro una sentenza che aveva annullato il lodo, per l'assenza di *locus standi* degli arbitri (domanda che la parte perdente aveva posto agli arbitri mentre allo stesso tempo sollecitava l'impugnazione per nullità del lodo)

¹¹² *Peru Holding de Turismo SAA*, 30 dicembre 2008, *amparo* contro gli arbitri e la Camera di Commercio di Lima

¹¹³ Cf. Sentenze: *Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional*, 16 ottobre 2001 (VTV) e 14 febbraio 2007 (*Todo Sabor CA*). R. ESCOBAR ALVARADO, "Recursos contra laudos arbitrales dictados en el extranjero", in *Derecho procesal civil internacional. In memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010, pp. 800-803.

pluralismo giuridico”¹¹⁴. Il problema diventa quindi quello di convincere i tribunali giudiziari con questi argomenti così delicati¹¹⁵.

C. La sede dell'arbitrato secondo gli ordinamenti giuridici nazionali

Il progresso legislativo e giuridico in materia di arbitrato continua a scontrarsi, in molti casi, con ostacoli provocati da alcune concezioni tradizionali del diritto processuale. A volte, il tema più importante nei sistemi giuridici latinoamericani è una visione estesa dell'arbitro come componente dell'organizzazione giurisdizionale locale. Il senso di tale idea è che, scegliendo la sede dell'arbitrato, le parti stanno scegliendo non solo un posto geografico, ma anche il quadro giuridico nel quale dovrà muoversi il tribunale arbitrale. Di conseguenza, il tribunale sarà sottomesso al controllo delle alte autorità giudiziarie dello Stato della sede e obbligato ad applicare alcune delle regole processuali di tale Stato (ma anche alcune norme di diritto positivo).

Sicuramente questa concezione non esiste solo in alcuni Stati dell'America Latina¹¹⁶. Tuttavia, bisogna sottolineare che la sua esistenza può ostacolare l'applicazione del principio *Kompetenz-Kompetenz*. Più precisamente, considerando il tribunale arbitrale come parte delle istituzioni giudiziarie statali, il conflitto tra tribunale arbitrale e tribunale giurisdizionale potrà essere risolto solo da un'istanza superiore¹¹⁷ ogni qualvolta la competenza di tale tribunale sia ad esempio messa in questione davanti ad un tribunale statale considerato competente dall'appellante. La procedura in questione non solo può essere lunga e complicata, ma può essere utilizzata come strategia processuale in modo da rendere eterna la risoluzione della controversia¹¹⁸. Tale problematica può sorgere in termini ancor peggiori se l'arbitrato viene considerato come una semplice eccezione alla competenza giurisdizionale (che rappresenterebbe invece la giurisdizione “naturale” o “ordinaria”)¹¹⁹. Naturalmente, tale logica non può essere utilizzata in posti dove l'arbitrato è considerato come un meccanismo autonomo per la risoluzione di controversie e dove la regola posta dall'art. 16(3) della Legge Modello dell'UNCITRAL¹²⁰ è in vigore, sempre che tale regola sia applicata in modo corretto dai tribunali statali¹²¹.

¹¹⁴ A. DE JESÚS O., “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, *Lima Arbitration*, n° 3, 2008/2009, pp. 151 ss.

¹¹⁵ Totalmente diversa è la possibilità per un tribunale arbitrale di risolvere un problema di costituzionalità (ovviamente in Paesi dove tale controllo non sia concentrato nelle mani di una sola istituzione). In Argentina, alcuni tribunali (ignorando la giurisprudenza anteriore della Corte Suprema) l'hanno rifiutata. Cf. Critica di J.C. RIVERA, “Cuestiones constitucionales en el arbitraje”, *DeCITA*, n° 11, 2009, pp. 296 ss.

¹¹⁶ Cf. E. GAILLARD, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Asunción, CEDEP / Thomson Reuters, 2010, pp. 34-46.

¹¹⁷ In Argentina, Corte Suprema de Justicia, 1° novembre 1988, *La Nación SA v. La Razón SA*, e 10 novembre 1988, *Nidera SA v. Rodríguez Alvarez de Canale, Elena* (nota R. CAIVANO, *La Ley*, 1990-A, pp. 419 ss.); in Brasile, STJ, conflicto de competencia n° 111.230, 1° de julio de 2010.

¹¹⁸ H.A. GRIGERA NAÓN (nota 5), pp. 155-156. Vedere anche, id., “Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences”, *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, Paris, ICC, 2005, pp. 335-345.

¹¹⁹ In questo senso, cf: Cámara de Apelaciones del Uruguay de 9 de abril de 2010 (*Soba v. Medicina Personalizada*: “parce claro concluir que hay una suerte de supremacía (...) de la justicia oficial sobre la justicia arbitral”). Decisioni di questo tipo si ritrovano principalmente in Uruguay e Argentina, dove ad oggi non c'è stato nessun processo di modernizzazione dell'arbitrato e continuano ad applicare i vecchi principi del Codice processuale. Nondimeno anche in questi Paesi, il principio *Kompetenz-Kompetenz* sembra essere accolto sempre più positivamente.

¹²⁰ Le parti possono attaccare il lodo preliminare nel quale il tribunale arbitrale afferma la propria competenza ma simultaneamente il tribunale arbitrale potrà continuare a procedere e dettare il lodo finale.

¹²¹ Ad esempio, in Messico non sembrava essere sempre così. Indubbiamente, la riforma dell'arbitrato fatta all'inizio dell'anno 2011 (*Diario Oficial de la Federación*, 27 gennaio 2011) mostra chiaramente che il legislatore messicano abbia deciso di porre fine a tale situazione. In effetti il nuovo articolo 1465 del Codice di Commercio prevede che il caso non potrà essere sottoposto ad un arbitrato nel solo caso in cui il compromesso arbitrale sia stato dichiarato nullo da una decisione giurisdizionale o arbitrale definitiva o in cui la nullità, l'inefficacia o l'esecuzione impossibile dell'accordo di arbitrato sia evidente. Secondo l'articolo 1465, b), “nel prendere questa decisione, il giudice dovrà mantenere un criterio rigido”.

5. Commenti finali

Avendo analizzato l'evoluzione e le tendenze dell'arbitrato commerciale internazionale in America Latina e volendo dare un quadro di tale panorama nella sua giusta dimensione, devo concludere con tre ulteriori commenti:

- Una diversità notevole

Nonostante l'esistenza di vari elementi comuni, non è facile individuare una tendenza unitaria in America Latina. Come succede con la definizione di posizioni politiche ed economiche a livello nazionale, lo sviluppo dei sistemi giuridici dipende da numerosi fattori che raramente sono combinati allo stesso modo in due Paesi diversi. Se l'analisi dell'attività legislativa degli Stati Latinoamericani e delle sue decisioni politiche e giuridiche permettesse di ritrovare una tendenza generale, tale tendenza sarebbe un riconoscimento sempre maggiore dell'arbitrato come strumento per risolvere liti commerciali internazionali. Questo sembra l'unico atteggiamento riscontrabile nel panorama attuale dell'arbitrato in America Latina. Quest'accettazione generalizzata dell'arbitrato non esclude tuttavia l'esistenza di eccezioni e contraddizioni, incluso da parte dei tribunali di giustizia.

- Cautele da adottare

L'espansione dell'arbitrato in America Latina ha generato una miriade di professionisti altamente specializzati e "allenati", così come una divulgazione dei vantaggi dell'arbitrato tra gli attori economici. Istituzioni arbitrali di buon livello sono state create e funzionano in lungo ed in largo in tutta la regione. La grande sfida continua ad essere "l'educazione" dei giudici nella loro interpretazione e applicazione di meccanismi nazionali ed internazionali legati all'arbitrato. Per ogni caso, sarà bene analizzare la giurisprudenza recente (che oggi giorno è accessibile molto facilmente) in modo da evitare interferenze giurisdizionali nell'arbitrato.

- Isolamento e gestione dell'arbitrato di investimenti

Il dibattito e le forti reazioni sorte nell'ambito dell'arbitrato di investimenti – per esempio, la legittimità degli arbitri nel decidere su questioni di interesse pubblico – è da considerare nel suo insieme piuttosto positivo. Personalmente, penso che questo dibattito sia servito a migliorare il diritto di investimento, l'equilibrio tra diritti e doveri di investitori e Stati, e la professionalità degli avvocati di Stato. Certamente negativo fu invece l'impatto che ebbe la prima decina di casi di arbitrato di investimento legati a Stati Latinoamericani sull'arbitrato commerciale internazionale in generale. Forse, l'errore iniziale è stato quello di generalizzare l'applicazione di norme e meccanismi elaborati per situazioni di natura commerciale a realtà sostanzialmente diverse. Oggi, il pendolo dell'arbitrato di investimenti sembra essersi riequilibrato in particolare grazie alla proliferazione di standard di trasparenza. L'arbitrato commerciale si sta mano a mano distinguendo dal suo cugino più problematico. In questo senso, si può dire che l'atteggiamento generalmente negativo riguardo all'arbitrato nel suo complesso (benché tale affermazione vada stemperata in materia di arbitrato di investimenti) è sempre più raro ed è diventato meno forte delle manifestazioni legislative, giurisdizionali o private in favore dell'arbitrato.