

DOTTORATO DI RICERCA  
IN  
DIRITTO DELL'ARBITRATO INTERNO ED INTERNAZIONALE  
XXVII CICLO

**ARBITRATO E DIRITTO DELLA CONCORRENZA**

TUTOR

Chiar.ma Prof.ssa Roberta Tiscini

CANDIDATO

Avv. Alberto Finocchiaro

Anno accademico  
2014-2015

## INDICE

<b>INTRODUZIONE</b> .....	p. 1
---------------------------	------

### CAPITOLO I

#### **L'arbitrabilità delle controversie in materia di concorrenza**

1. L'esperienza degli Stati Uniti D'America. Cenni storici .....	p. 4
1.2 Arbitrabilità delle controversie anti-trust .....	p. 7
2. L'esperienza dell'Unione Europea. Cenni storici .....	p. 18
2.1 Arbitrabilità delle controversie in materia di anti-trust.....	p. 21
2.2 La posizione italiana .....	p. 32

### CAPITOLO II

#### **Il ruolo degli arbitri: individuazione ed applicazione del diritto della concorrenza rilevante.**

1. Rilevabilità ex officio delle questioni antitrust da parte degli arbitri .....	p. 37
2. Individuazione della legge in materia di concorrenza applicabile al caso concreto.....	p. 43
2.1 Il ruolo della volontà delle parti nella determinazione della legge antitrust applicabile .....	p. 48

## CAPITOLO III

### **Il ruolo del giudice nazionale in sede di controllo successivo del lodo.**

- 1. Controllo successivo del lodo tra approccio massimalista e minimalista .....p. 52
  - 1.2 La posizione della giurisprudenza .....p. 59

## CAPITOLO IV

### **Il rapporto tra l'arbitrato in materia di concorrenza e le Autorità pubbliche di garanzia. il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.**

- 1. Autorità pubbliche garanti della concorrenza e arbitrato...p. 68
- 2. Il rinvio pregiudiziale alla CGUE da parte degli arbitri .....p. 73
- 3. La cooperazione tra Autorità amministrative e tribunale arbitrale.....p. 79
  - 3.1 Autorità pubblica garante della concorrenza quale *amicus curiae* nel giudizio arbitrale.....p. 82
  - 3.2 Effetti della decisione dell'Autorità pubblica antitrust sul giudizio arbitrale .....p. 84

## **CAPITOLO V**

### **L'arbitrato in materia di impegni assunti in sede di controllo delle concentrazioni da parte della Commissione UE.**

1. L'arbitrato sugli impegni in materia di concentrazioni. Fonti e caratteri peculiari .....p. 88
2. Il lodo ICC - Reti Televisive Italiane - RTI v. Sky Italia Srl del 17 febbraio 2012 .....p. 97

**CONCLUSIONI** .....p. 121

**BIBLIOGRAFIA** .....p. 133

## **INTRODUZIONE**

Il rapporto tra il diritto della concorrenza ed il diritto dell'arbitrato e, quindi, la possibilità di impiegare lo strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie in materia antitrust ha destato un interesse sempre maggiore tra gli studiosi e gli operatori del diritto.

Il diritto della concorrenza, seppur trovando un'origine relativamente recente nella sua accezione più moderna e sofisticata, è stato generalmente accolto e rielaborato da tutti gli Stati sostenitori del libero mercato, nella ricerca di un giusto equilibrio tra produzione della ricchezza e tutela della parte debole della catena economica ed a tal uopo enucleando la figura del c.d. consumatore.

In particolare, si pensi alla profonda trasformazione del sistema produttivo della nazioni europee all'indomani della Seconda Guerra Mondiale ove, scontando la decisiva influenza statunitense, venne gradualmente abbandonata una tradizione storicamente statalista per un'apertura, più o meno decisa, alla libera concorrenza tra gli operatori economici.

D'altronde, la creazione del mercato unico europeo, in regime di perfetta concorrenza tra le imprese ed a beneficio dei consumatori, è uno dei principali scopi a cui si deve l'istituzione della CEE, oggi UE.

Non deve, quindi, sorprendere il fatto che la disciplina antitrust sia generalmente considerata, salvo alcune limitate eccezioni quali la Corte Suprema Svizzera, come espressione dell'ordine pubblico degli Stati da intendersi quale complesso dei principi e valori fondamentali di un ordinamento giuridico.

Orbene, poiché le questioni di diritto della concorrenza sono chiaramente connesse alle dinamiche commerciali, ed in particolare a quelle aventi caratteristiche transnazionali, si è posto il problema dell'utilizzabilità dello strumento arbitrale, quale modello di risoluzione delle controversie proprie del commercio internazionale, anche in riferimento alle dinamiche antitrust.

Pertanto, stante il sempre maggiore ricorso all'arbitrato per la risoluzione delle controversie in materia di diritto della concorrenza, nel presente studio si procederà ad esaminare l'evoluzione giurisprudenziale, avutasi dapprima negli USA e successivamente concentrando l'attenzione maggiormente sull'area europea, ove da una prima posizione negativa si è giunti, salvo poche eccezioni, ad una risposta affermativa dell'arbitrabilità delle controversie in materia di diritto della concorrenza.

Una volta dimostrata l'arbitrabilità delle controversie antitrust, si procederà nell'esaminare quale siano le caratteristiche peculiari dell'arbitrato in materia di diritto della concorrenza con particolare riferimento alla posizione ed al ruolo degli arbitri.

Verrà, quindi, considerato il ruolo dei giudici nazionali nell'esame successivo del lodo in materia antitrust nel tentativo di definire i caratteri, limiti ed intensità di tale controllo.

Successivamente, sarà analizzato il rapporto tra l'arbitrato avente ad oggetto questioni di diritto della concorrenza e le Autorità pubbliche di garanzia sia esse nazionali che sovranazionale, con particolare attenzione per il ruolo svolto dalla Commissione dell'Unione Europea.

In ultimo, verrà esaminato una peculiare ipotesi di arbitrato in materia di concorrenza ovvero quello previsto in sede di autorizzazione da parte della Commissione UE alle concentrazioni, ed avente ad oggetto le controversie relative agli impegni assunti dall'impresa concentrata.

# CAPITOLO I

## L'ARBITRABILITÀ DELLE CONTROVERSIE IN MATERIA DI CONCORRENZA

### 1. L'esperienza degli Stati Uniti D'America. Cenni storici.

Il diritto antitrust nasce, sul finire del secolo XIX, negli Stati Uniti d'America impegnati in un duro conflitto interno tra potere politico e potere economico rappresentato dai primi grandi capitalisti, c.d. *Robber Barons*, di cui il maggiore e più famoso esponente è stato John D. Rockefeller<sup>(1)</sup>. Quest'ultimo, infatti, ebbe ad ideare un sistema di controllo di diversi settori del mercato, quali quello del petrolio, trasporti ferroviari, zucchero, grano e di altre materie prime, attraverso l'utilizzo di un antico istituto del diritto inglese, il trust. In pratica, tramite la partecipazione al trust era possibile, per i consiglieri delle imprese che facevano parte del trust stesso, di partecipare ai rispettivi consigli di amministrazione in modo che ogni decisione fosse controllata e concordata. Evidentemente, tale sistema ebbe quali effetti la crescita esponenziale del potere economico e della ricchezza di un ristretta cerchia dei nuovi capitalisti e della borghesia agricola a detrimento della *middle class* e, quindi, dei piccoli e medi imprenditori e commercianti, i quali non potevano competere con lo strapotere delle grandi industrie riunite nei trust. In realtà, più che le difficoltà dei piccoli operatori del mercato, fu un altro l'aspetto che decretò la necessità di adottare provvedimenti limitativi dello strapotere dei capitalisti e tale profilo va

---

( 1 ) Spartano R. - Adducci E., *Introduzione al diritto della concorrenza*, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=7390>.



individuato nel timore del potere politico di essere sopraffatto, se non direttamente controllato, dai nuovi esponenti del capitalismo. In tal senso, l'adozione della prima normativa, per l'appunto denominata *anti-trust*, era indirizzata principalmente a colpire i monopoli o semi-monopoli che si erano venuti a costituire grazie all'utilizzo dello strumento del trust e che avevano concorso a creare le enormi ricchezze dei capitalisti, minacciando l'indipendenza del potere politico ed, inoltre, creando un generale scontento tra le classi sociali per gli elevati livelli di disegualianza sociale e di mancanza di opportunità di crescita.

In tal senso, lo *Sherman Act*, adottato il 02.07.1890 ed il quale prende il nome del Senatore John Sherman, come risulta dalle prime due e fondamentali *sections*, si propone di contrastare ogni forma di concentrazione in capo ad uno o a pochi soggetti del controllo del mercato<sup>(2)</sup>. Infatti, con la *Section n. 1*, si vieta ogni contratto, accordo anche nelle forme del trust od intese che abbiano come oggetto o effetto di restringere la concorrenza negli scambi o nel commercio tra più Stati o nei confronti di Stati esteri, mentre la *Section n. 2* dichiara illecita la condotta del singolo o dei gruppi di individui che monopolizzino o tentino di monopolizzare la concorrenza negli scambi o nel commercio tra più Stati o nei confronti di Stati esteri<sup>(3)(4)</sup>. In altre parole, scopo dello Sherman

---

( 2 ) *Sherman act*, approvato il 02.07.1890, [www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51&page=transcript](http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51&page=transcript)

<sup>(3)</sup> Sec. 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, at the discretion of the court.

<sup>(4)</sup> Sec. 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof; shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or

Act era quello di combattere le forme di controllo del mercato a quel tempo attuate mediante lo strumento del trust, da cui la denominazione di normativa anti-trust, e, quindi, di indebolire i grandi capitalisti dell'epoca più che creare condizioni di benessere per il pubblico dei consumatori. Successivamente, la legislazione antitrust trovò ampia applicazione ed in particolare sotto l'amministrazione Roosevelt, la quale viene ricordata, in particolare, per i due procedimenti avviati contro la *Standard Oil Co. Of New Jersey* ovvero il trust di Rockefeller attraverso cui controllava il mercato del petrolio e contro *l'American Tobacco Company*<sup>(5)</sup> <sup>(6)</sup>. I procedimenti si conclusero rispettivamente con la Sentenza della Corte Suprema 221. U.S. 1, del 15.05.1911, con la quale si ritenne illecita la condotta della Standard Oil in forza dello Sherman Act, in quanto non giustificabile neanche ai sensi della *rule of reason* che la Corte ritenne, appunto, applicabile alla disciplina della concorrenza, con la conseguenza di smembrare la Standar Oil in oltre trenta differenti ed autonome imprese e con la Sentenza della Corte Suprema 221 U.S. 106 del 29.05.1911 ove anche in tale caso venne riconosciuta una grave violazione della normativa antitrust. Successivamente, al fine di completare la disciplina antitrust e porre termine ad alcune difficoltà di applicazione della normativa in essere, venne approvato il *Clayton Antitrust Act* del 05.06.1914, dal nome del proponente Deputato ed avvocato Henry De Lamar Clayton<sup>(7)</sup>. Con la predetta legge divenne possibile prevedere più efficaci controlli delle operazioni

---

by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court.

( 5 )

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=221&page=1>

<sup>(6)</sup> <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=221&invol=106>

<sup>(7)</sup> <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>

di concentrazioni tra imprese e si ebbe ad individuare alcune fattispecie tipo di monopolizzazione del relativo mercato. Inoltre, il Congresso approvò anche il *Federal Antitrust Commission Act*, con il quale si decise la costituzione di una Commissione indipendente, la *Federal Trade Commission*, alla quale vennero riconosciuti importanti compiti in materia di concorrenza, quali la promozione della libera concorrenza con poteri di investigazione per tutte le ipotesi di possibile riduzione della concorrenza nonché per i casi di pubblicità ingannevole e tutela dei consumatori, ad esclusione comunque di banche e *common carriers*. In ultimo, merita menzione sia il Robinson-Patman Act del 1936, avverso l'utilizzo della discriminazione dei prezzi di vendita in termini anticoncorrenziali e, nel 1976, l'*Antitrust Improvement Act*, anche noto come *Hart-Scott-Rondino Act*, con il quale il Congresso Americano ebbe ad approvare un ulteriore perfezionamento della normativa antitrust, in particolare obblighi di preventiva notificazione delle operazioni di concentrazione alla Federal Trade Commission e all'Assistant Attorney General titolare dell'Antitrust Division del Ministero della Giustizia.

### **1.2 Arbitrabilità delle controversie anti-trust.**

Avendo riportato, in brevi linee, la genesi e prima evoluzione del diritto antitrust negli Stati Uniti D'America, è necessario esaminare i rapporti tra questo ed il diritto dell'arbitrato e, quindi, in prima istanza bisogna chiedersi se le controversie aventi ad oggetto profili legati al diritto della concorrenza siano o meno compromissibili in arbitri.

Orbene, sul punto oggetto di indagine, non possono non essere richiamate due storiche Sentenze rispettivamente della Corte di

Appello del Secondo Circuito e della Corte Suprema con le quali si ebbe a dare risposte contrapposte al quesito sopra formulato. Con la prima Sentenza 391 F.2d 821 del 1968, causa *American Safety Equipment Corp. V. JP Maguire & Co.*, la Corte di Appello del Secondo Circuito precisa che *“The question before us is whether the statutory right ASE seeks to enforce is “of a character inappropriate for enforcement by arbitration” This is a difficult issue, not often litigated”*<sup>(8)</sup>. La controversia prendeva le mosse da un Accordo di Licenza stipulato, nell'agosto del 1963, tra l'American Safety Equipment Corp (ASE) e la Hickok Mfg Co.. Il predetto accordo prevedeva, tra l'altro, che *“All controversies, disputes and claims of whatsoever nature and description arising out of, or relating to, this Agreement and the performance or breach thereof, shall be settled by arbitration”*. Il 21.10.1966, l'ASE introduceva un giudizio innanzi alla Corte Distrettuale al fine di fare dichiarare nullo ab origine l'accordo di licenza, e quindi non dovute le relative royalties, in quanto gli articoli 3, 27 e 28 del contratto risultavano essere stati posti in violazione dello Sherman Act in quanto estendevano illecitamente il monopolio del marchio Hickok e restringevano senza giustificato motivo il mercato dell'ASE. Successivamente, la JP Maguire & Co., qualificandosi quale cessionaria dei diritti dovuti alla Hickok, proponeva domanda di arbitrato per ottenere la condanna dell'ASE al pagamento di \$ 321,000.25 per royalties dovute in forza del contratto di licenza. In risposta di quanto sopra, l'ASE introduceva un nuovo giudizio nei confronti della JP Maguire & Co., avente lo stesso contenuto di quello già iniziato contro la Hickok, e con il quale si contestava la

---

<sup>(8)</sup> <http://openjurist.org/391/f2d/821/american-safety-equipment-corp-v-j-p-maguire-and-co-american-safety-equipment-corp>

domanda di arbitrato proposta dalla JP Maguire essendo l'accordo di licenza contrario alla normativa antitrust con la conseguenza che la giurisdizione risultava essere soltanto della Corte Distrettuale.

In primo grado, nel 1967, il giudice Montley ebbe a ritenere che la clausola compromissoria fosse tale da ricomprendere anche le ipotesi di violazione del diritto della concorrenza non ostandovi motivi di ordine pubblico.

La Corte di Appello del Secondo Circuito era, quindi, chiamata al non agevole compito di determinare se controversie afferenti asserite violazione del diritto della concorrenza, nella specie lo *Sherman Act*, potessero essere decise in sede arbitrale. Orbene, la Corte ebbe a negare tale possibilità affermando la necessaria giurisdizione dell'Autorità giudiziaria.

Nella sentenza in commento, la Corte ritiene di trovarsi innanzi "*the conflict between federal statutory protection of a large segment of the public, frequently in an inferior bargaining position, and encouragement of arbitration as a "prompt, economical and adequate solution of controversies"*". In tal senso, la Corte dichiara che le controversie in materia di diritto antitrust non hanno un carattere meramente privato ma afferiscono all'interesse generale in quanto il diritto della concorrenza, nello specifico lo *Sherman Act*, ha lo scopo di promuovere l'interesse nazionale in un sistema economico competitivo e che la violazione delle sue regole sono tali da produrre effetti negativi per un numero particolarmente elevato di persone. La Corte, continua, ritenendo che, essendo i casi antitrust particolarmente complessi anche da un punto di vista probatorio, ciò può essere meglio affrontato in sede giudiziaria anziché arbitrale. Inoltre, il Giudicante ritiene

improprio affidare ad un arbitro, solitamente scelto tra esperti del settore del commercio, la decisione su di una materia in cui sono coinvolti interessi pubblici di particolare importanza. Infatti, la Corte ritiene che, in realtà, il legislatore non ha inteso, in questo caso, indicare una sede decisionale diversa da quella giudiziaria. La Corte sembra inoltre considerare di particolare rilevanza la possibilità per l'Autorità giudiziaria di condannare al pagamento dei c.d. *treble damages*. Ed ancora, la Corte sottolinea il pericolo che clausole compromissorie relative a controversie in materia di diritto della concorrenza siano inserite nei c.d. contratti di adesione essendo frutto di un'imposizione della parte più forte e non oggetto di libera trattativa<sup>(9)</sup>. Conclude, la Corte affermando che la preminenza del pubblico interesse all'attuazione della disciplina antitrust nonché la particolare natura della controversia sottoposta all'attenzione del Giudicante, portano a ritenere con chiarezza che la controversia in oggetto non è compromettibile in arbitri.

Tale orientamento viene in parte superato con un'altra storica decisione ed esattamente la Sentenza *Mitsubishi v. Soler*, 473 U.S. 614 del 1985 pronunciata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti D'America<sup>(10)</sup>. La controversia vedeva contrapposte, da una parte, la Mitsubishi Motors Corporation, società giapponese costruttrice di autovetture, frutto di una joint venture tra la società svizzera Chrysler International S.A. (CISA), di proprietà della Chrysler Corporation, e la giapponese Mitsubishi Heavy Industries Inc., ed avente quale finalità quella di distribuire, al di fuori degli Stati

---

<sup>(9)</sup> Bastianon, *Arbitrato commerciale internazionale e diritto antitrust*, in Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza, a cura di Pace F. Lorenzo, Ed. Jovene, 2013, pp. 368-375; Baker - Stabile, *Arbitration of Antitrust Claims: Opportunities and Hazards for Corporate Counsel*, in *The Business Lawyer*, 1993, Vol. 48, Fasc. 2, pp. 395-436;

<sup>(10)</sup> <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=473&invol=614>

Uniti continentali e attraverso la catena di rivenditori Chrysler, le autovetture costruite dalla Mitsubishi, con marchio Chrysler e Mitsubishi. Dall'altra parte, la Soler Chrysler-Plymouth Inc. (Soler), società portoricana, avente sede in Pueblo Viejo, Guaynabo, Puerto Rico. In data 31.10.1979, la Soler stipulava due contratti, il primo con la CISA per la distribuzione in un determinato territorio delle autovetture fabbricate dalla Mitsubishi, ed il secondo con la CISA e la Mitsubishi per la vendita diretta delle autovetture dalla Mitsubishi alla Soler. Tale ultimo contratto prevedeva all'art. 42, VI paragrafo, che *"All disputes, controversies or differences which may arise between [Mitsubishi] and [Soler] out of or in relation to Articles I-B through V of this Agreement or for the breach thereof, shall be finally settled by arbitration in Japan in accordance with the rules and regulations of the Japan Commercial Arbitration Association"*.

Orbene, a seguito di gravi difficoltà nel mercato delle autovetture nuove, nel 1981, la Soler non riuscì a vendere la quota minima concordata, chiedendo la sospensione o cancellazione della consegna della merce da parte della Mitsubishi e tentando di vendere le autovetture in territori diversi da quelli previsti dal contratto. Stante ciò, la Mitsubishi si rifiutò di provvedere alla consegna della merce e nel 1982 ebbe ad introdurre un'azione innanzi alla Corte Distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto di Portorico al fine di ottenere un'ordinanza di disposizione dell'arbitrato ai sensi del contratto di vendita stipulato tra le parti. Successivamente, la medesima Mitsubishi presentava domanda di arbitrato innanzi alla Japan Commercial Arbitration Association. La Soler costituendosi nel procedimento innanzi alla Corte Distrettuale per Porto Rico ebbe a presentare molteplici eccezioni

nonché domanda riconvenzionale e tra queste anche la denuncia di condotta posta in violazione del diritto della concorrenza ed in particolare dello *Sherman Act*. La Corte Distrettuale, per quanto in questa sede interessa, ebbe a ordinare la procedura arbitrale anche in riferimento alle eccepite violazioni delle norme federali in materia di concorrenza. Ciò in quanto, pur considerando come valida la dottrina dell'America Safety del 1968 e richiamando la precedente Sentenza *Scherk v. Alberto-Culver Co.* 417 U.S. 506 del 1974, la Corte ritenne che il carattere internazionale delle relazioni tra le parti in causa richiedesse di dare comunque esecuzione alla clausola compromissoria contenuta dello strumento negoziale<sup>(11)</sup>. Successivamente, la Corte di Appello del Primo Circuito riformò parzialmente la sentenza di primo grado ed in particolare nella parte relativa alle controversie in materia di concorrenza per le quali ritenne di applicare integralmente la disciplina già dettata nel leading case American Safety del 1968, così negando la percorribilità della via arbitrale.

Orbene, la Corte Suprema deciderà nel senso di ammettere l'arbitrabilità delle controversie in materia di concorrenza in sede di accordi commerciali internazionali che presentino una clausola compromissoria. Infatti, la Corte, inizialmente, afferma che non esiste una generale aprioristica preclusione all'arbitrabilità delle controversie in materia di diritti nascenti dalla legge (*statutory claims*). Diversamente, in linea con il Federal Arbitration Act del 1925 e con la ratifica del 1970 della Convenzione di New York del 1958, la Corte ritiene che debba riconoscersi un generale *favor* per la risoluzione arbitrale delle controversie che va, comunque, ammessa in assenza di una espressa esclusione. Pertanto, la Corte

---

<sup>(11)</sup> <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=417&invol=506>



afferma, in generale, l'arbitrabilità delle controversie aventi ad oggetto diritti nascenti dalla legge statale.

Successivamente, la Corte affronta la specifica tematica dell'arbitrabilità delle controversie afferenti il diritto della concorrenza. Nel fare ciò, la Corte distingue tra controversie nascenti da accordi aventi un carattere meramente interno e nazionale per le quali non ritiene di dovere procedere all'esame della legittimità della dottrina esposta nella sentenza *American Safety* del 1968, e controversie scaturenti da accordi internazionali per le quali devono essere presi in considerazione altri e rilevanti profili. Infatti, la Corte è ben consapevole della necessità che, in sede di transazioni commerciali internazionali, le parti contrattuali possano con certezza determinare foro di risoluzione delle eventuali controversie che dovessero insorgere tra le parti stesse. In tal senso, viene richiamata la sentenza della Corte Suprema *The Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, del 1972<sup>(12)</sup>. In tale decisione, la Corte ha affermato che *"The expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts....We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts"* e ancora che *"agreeing in advance on a forum acceptable to both parties is an indispensable element in international trade, commerce and contracting"*. La Corte Suprema richiama anche altro precedente, la sentenza *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, del 1974<sup>(13)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=407&invol=1>

<sup>(13)</sup> <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=417&invol=506>

In tale sentenza, la Corte ebbe ad affermare che *“a contractual provision specifying in advance the forum for litigating disputes and the law to be applied is an almost indispensable precondition to achieving the orderliness and predictability essential to any international business transaction”* ed ancora che *“A parochial refusal by the courts of one country to enforce an international arbitration agreement would not only frustrate these purposes, but would invite unseemly and mutually destructive jockeying by the parties to secure tactical litigation advantages”* e quindi che *“The dicey atmosphere of such a legal no-man's-land would surely damage the fabric of international commerce and trade, and imperil the willingness and ability of businessmen to enter into international commercial agreements”*. Stante i due predetti precedenti, la Corte Suprema ritiene esistente una forte presunzione di legittimità della clausola arbitrale contenuta in una transazione commerciale internazionale. Si rendeva però necessario affrontare l'esame della dottrina American Safety al fine di determinare se questa dovesse ritenersi operativa anche in occasione di transazioni del commercio internazionale. La Corte nega tale evenienza procedendo ad una puntuale critica della dottrina medesima nei seguenti termini. Innanzitutto, si ritiene ingiustificata la presunzione per cui la clausola compromissoria contenuta in un contratto di adesione sia oggetto di un'imposizione unilaterale più che frutto della libera contrattazione. Ciò viene criticato dalla Corte in assenza di prove di senso contrario fornite dalla parte interessata al fine di fare valere i relativi aspetti di invalidità e di vessatorietà della clausola stessa. Quindi, la Corte nega rilevanza alla tesi per cui la particolare complessità delle controversie in materia di diritto

della concorrenza non potrebbero essere adeguatamente trattate in sede arbitrale. In realtà, la Corte esattamente rileva come caratteristica peculiare del mezzo arbitrale sia quella di garantire una maggiore duttilità e celerità della procedura nonché la possibilità di nominare quali arbitri esperti della materia oggetto di controversia. In tal senso, non risulta convincente l'argomento per cui stante la potenziale complessità della vicenda, questa non potrebbe essere adeguatamente trattata in sede arbitrale. La Corte, quindi, afferma che non vi è motivo di ritenere che gli arbitri, nominati in una controversia avente ad oggetto il diritto della concorrenza, non possano o non vogliano applicare in modo serio, professionale ed attento la normativa antitrust rilevante nel caso concreto. In ultimo, la Corte affronta il principale argomento della dottrina esposta nel caso *American Safety* ovvero la formidabile importanza per il sistema giuridico economico americano del diritto antitrust nonché il fondamentale ruolo svolto dai privati nell'applicazione della normativa stessa attraverso l'azione volta ad ottenere la condanna ai c.d. treble damages. Orbene, la Corte, dopo aver ripercorso l'origine ed evoluzione del rimedio dei treble damages, dall'introduzione nel 1890 con il paragrafo 7 dello Sherman Act al paragrafo 4 del Clayton Act nel 1914, ne rileva la natura e finalità di rimedio ai danni subiti dal singolo, persona fisica o giuridica. Come dichiarato nello Sherman Act, lo strumento dei treble damages *"was conceived of primarily as a remedy for the people of the United State sas individuals"*. Ciò detto, la Corte afferma che i treble damages hanno natura di rimedio risarcitorio del danno subito e non finalità meramente punitiva, pur scontando un effetto ovviamente deterrente delle condotte illegali. Dall'altra parte, si

rileva come, i singoli privati siano gli unici titolari dell'azione, rimanendo agli stessi la decisione se azionare le disposizioni di legge e senza avere, quindi, alcun obbligo di esperire la stessa. Ne consegue che, almeno in presenza di transazioni internazionali, la parte interessata potrà legittimamente concordare una procedura per ottenere le dovute riparazioni a seguito di eventuali violazioni del diritto della concorrenza. D'altronde, continua la Corte, non vi è motivo di ritenere che l'arbitrato internazionale non costituisca un adeguato strumento di tutela nelle ipotesi di violazione del diritto della concorrenza. In particolare, la Corte afferma che i tribunali arbitrali internazionali non sono aprioristicamente legati ad una specifica legislazione nazionale. Infatti, gli arbitri sono obbligati ad eseguire la volontà delle parti e, quindi, qualora le stesse abbiano deciso di sottoporre ad arbitrato controversie relative all'applicazione del diritto della concorrenza americano, gli arbitri dovranno decidere in accordo con la legge nazionale rilevante nel caso concreto. Pertanto, nel caso di controversie scaturenti dal diritto antitrust americano, quest'ultimo sarà applicato dagli arbitri venendo così meno ogni timore circa le garanzie ed i diritti riconosciuti cittadini statunitensi. Avendo, dunque, affermato l'arbitrabilità delle controversie in materia di concorrenza in relazione a transazioni commerciali internazionale, la Corte Suprema, in un fondamentale passaggio, pone una clausola di salvaguardia affermando che, comunque, le Corti statunitensi potranno, in sede di riconoscimento od esecuzione di lodi arbitrali stranieri ed ai sensi di quanto previsto dalla Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, New York, 1958, verificare l'applicazione del diritto della concorrenza ed, eventualmente,

rifiutare il riconoscimento od esecuzione del lodo nel caso in cui il “*recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country*”. In tal modo, la Corte qualifica il diritto antitrust quale rientrante all’interno della nozione di ordine pubblico la cui violazione giustifica, ai sensi della predetta Convenzione del 1958, la negazione del riconoscimento od esecuzione del lodo straniero. La Corte, altresì, al fine di limitare l’ingerenza delle corti nazionali nell’esame del lodo straniero, precisa che, poiché l’efficacia del sistema arbitrale richiede che il controllo del lodo straniero in sede di riconoscimento o di esecuzione sia particolarmente limitato quanto al contenuto sostanziale dello stesso, sarà sufficiente che la corte nazionale verifichi che il collegio arbitrale abbia considerato le questioni afferenti il diritto della concorrenza e che le abbia decise. Ciò detto, la Corte conclude nel senso di ritenere vincolante la clausola compromissoria contenuta in un accordo commerciale internazionale, anche in riferimento alla materia del diritto della concorrenza, stante la diffusione del commercio internazionale e la necessità di non ostacolare la risoluzione arbitrale di tali controversie mediante arbitrati internazionali, dovendo privilegiare il *favor* per l’arbitrato ed abbandonare posizione conservative delle corti nazionali. Ancora in tal senso, la decisione della Federal Distric Court sul caso *Genna v. Lady Foot Int. Inc.*<sup>(14)</sup>, nonché il caso *Simula v. Autoliv* della Corte di Appello del Nono Circuito n. 98-16563 del 30.04.1999<sup>(15)</sup>.

Con successive decisioni, quali *Shearson – America Express Inc. v. McMahon* del 1987<sup>(16)</sup> e *Gilmer v. Interstate – Johnson Lane Corp*

---

<sup>(14)</sup> *Genna v. Lady Foot Int. Inc.*, 1996, -2 Trade Cases (CCH) 67, 317

<sup>(15)</sup> <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1211770.html>

<sup>(16)</sup> <http://laws.findlaw.com/us/482/220.html>

del 1991<sup>(17)</sup>, la Corte Suprema ha esteso le risultanze del caso Mitsubishi anche alle ipotesi di controversie totalmente interne<sup>(18)</sup>.

## **2. L'esperienza dell'Unione Europea. Cenni storici.**

Per quanto concerne l'area europea, la normativa antitrust viene introdotta in modo approfondito e sistematica soltanto all'indomani della fine della seconda guerra mondiale. Infatti, storicamente, in tale area lo Stato controlla ed è presente in modo evidente e penetrante in ogni settore ivi compreso quello economico – produttivo. In tale contesto, quindi, è lo Stato ad avere una diretta e forte presenza nel mercato, di fatto evitando la formazione di oligopoli mediante la costituzione di imprese pubbliche anziché tramite lo strumento del diritto antitrust. Soltanto a partire dal 1900 ed anche a seguito della notevoli trasformazione nei rapporti commerciali ed alla crescita del potere economico, si ebbe la formazione di alcune correnti di pensiero economico a favore dell'economia di mercato. Tra queste

---

<sup>(17)</sup> <http://laws.findlaw.com/us/500/20.html>

<sup>(18)</sup> Zekos Gregorios I., *Antitrust/Competition Arbitration in Eu versus U.S. Law*, in *Journal of International Arbitration*, 25(1), 2008, pp. 1-29; Green P.E., Julian P. S. e Bedard J., *Arbitrability of Antitrust Claims in the United States of America*, in *European Business Law Review*, 2008, pp. 43-55; Bettoni E., *La giurisprudenza svedese in materia di arbitrato e diritto antitrust: arbitrabilità, interpretazione restrittiva dell'ordine pubblico ed approccio minimalista*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, fasc. 2, pp. 523-528; Mourre A., *Arbitrability of Antitrust law from the European and US Perspectives*, in G. Blanke e P. Landolt ed., *EU and US Antitrust Arbitration*, Kluwer Law International, 2011, pp. 46-47; Biamonti L., *Commercial Arbitration and the italian and EC antitrust legislation with an Emphasis on intellectual property rights*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2011, fasc. 2, pp. 461-466; Landi N., *Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe*, in *Concorrenza e mercato*, 2006, fasc. 1, pp. 455-475; Bennett S., *The American Approach to Arbitrability*, in *Dispute Resolution Journal*, 2003, fasc. 2, pp. 8-16; Lowenfeld A., *The Mitsubishi case: another view*, in *Arbitration International*, 1996, fasc. 3, pp. 178-190; Jarvin S., *Arbitrability of Anti-Trust Disputes: The Mitsubishi v. Soler Case*, in *World Competition*, 1985, pp. 53-65; Brown – Houck, *Arbitrating International Antitrust Disputes*, in *World Competition*, 1989, pp. 19-32; Paulsson J., *Why good arbitration cannot compensate for bad courts*, in *World Competition*, 2013, pp. 345-360; Ovington, *Arbitration and U.S. Antitrust Law: A Conflict of Policies*, in *Journal of International Arbitration*, 1985, pp. 53-60; Noussia K., *Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse*, in *Journal of International Arbitration*, 2010, pp. 277 – 294;

va ricordata l'ordoliberalismo, sorto in Germania a partire degli anni trenta, e sviluppato dagli esponenti la c.d. Scuola di Friburgo. Secondo tale dottrina pur dovendosi dare riconoscimento al libero mercato, lo Stato avrebbe dovuto sorvegliare affinché venissero rispettate determinate regole volte ad evitare i fallimenti del mercato in modo da soddisfare anche l'esigenza di giustizia sociale. Ciò da l'occasione per unire i due concetti di libero mercato e giustizia sociale da cui si deriva il modello di sviluppo dell'economia sociale di mercato. In realtà, tale orientamento sarà ripreso soltanto alla fine della seconda guerra mondiale anche e soprattutto in virtù dell'influenza delle forze vincitrici ed in particolare degli Stati Uniti d'America. Questi ultimi, infatti, ritenevano che uno dei maggiori agenti che spinsero per l'inizio delle ostilità belliche era da individuarsi nei grandi potentati bellici ed industriali tedeschi. Pertanto, nell'ottica americana, la normativa antitrust avrebbe avuto come obiettivo quello di permettere di smembrare i grandi gruppi industriali tedeschi, in particolare nel settore dell'acciaio, dando vita ad un mercato concorrenziale in cui la pluralità di imprese così formatesi potessero svolgere la propria attività. D'altra parte, è evidente che l'apertura del mercato alla regole della concorrenza era destinato ad avvantaggiare le stesse imprese americane interessate nella ricostruzione post bellica. Ciò portò già nel 1947, all'introduzione in via provvisoria di alcune regole antitrust da parte dell'Allied High Commission nella Germania dell'Ovest e che culminerà nell'approvazione di una vera e propria normativa antitrust tedesca nel 1957. Nello stesso anno verrà sottoscritto il Trattato di Roma costitutivo della Comunità Economica Europea nel cui quadro il diritto della concorrenza assume un ruolo fondamentale

quale mezzo per realizzare il mercato comune o unico caratterizzato dall'averle le medesime condizioni offerte dal mercato interno dei singoli Stati Membri<sup>(19)</sup>. Il mercato unico si basa sulle idee liberali dell'economia di mercato e quindi sul libero gioco degli attori del mercato e, quindi, nella sana competizione tra gli imprenditori e nella libera e consapevole scelta dei prodotti e servizi migliori da parte dei consumatori. E' comunque sempre presente l'idea di giustizia sociale ed infatti l'art. 3, terzo comma, del TUE si richiama ad "*un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*"<sup>(20)</sup>. In realtà, già nel trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, 18 aprile 1951, il cui termine cinquantennale è scaduto il 23 luglio 2002, prevedeva all'art. 65 e 66 il divieto di intese restrittive della concorrenza, discriminatorie dei prezzi ed un primo sistema di controllo delle concentrazioni. Con il successivo trattato istitutivo della Comunità Economica Europea si diede una maggiore e più attenta regolamentazione del diritto della concorrenza vietando le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante posti in essere da imprese e suscettibili di arrecare pregiudizio al commercio tra gli Stati Membri, così gli attuali artt. 101 e 102 del TFUE. Inoltre, si è previsto che gli Stati Membri non adottino, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese titolari di diritti speciali o esclusivi, misure che restringano la concorrenza in contrasto con le norme comunitarie, così l'attuale art. 106 TFUE. Successivamente, con Reg. CEE n. 4064/89 sostituito dal vigente Reg. CE n. 139/2004 del Consiglio, è stato introdotto a livello comunitario un controllo preventivo di tutte le

---

(19) Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, 2012, pp. 619 e ss.  
( 20 ) [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2012.326.01.0001.01.ITA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0001.01.ITA)



operazioni di concentrazione nelle quali vi sia un fatturato tale da superare determinate soglie.

## **2.1 Arbitrabilità delle controversie in materia di anti-trust.**

Ciò detto, ci si chiede se nel sistema europeo le controversie in materia di diritto della concorrenza possano essere compromesse in arbitri. Per quanto attiene ai Trattati dell'Unione Europea, oggi Trattato sull'Unione Europea (TUE) e Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), non vi è una specifica disposizione relativa alla arbitrabilità delle controversie in materia di concorrenza<sup>(21)</sup>. Infatti, gli unici riferimenti rilevanti in merito a competenze di giudicare attribuite alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in forza di clausola compromissoria o compromesso, ex artt. 272 e 273 TFUE, nulla dicono in relazione alla possibilità che controversie in materia antitrust possano essere compromesse in arbitri dalle parti private interessate. A tale assenza di specifica normativa in sede europea corrisponde una rilevante attenzione della Commissione allo strumento arbitrale in sede di concorrenza. Infatti, la Commissione ha spesso preso in considerazione l'utilizzo dello strumento arbitrale ad esempio in relazione al Reg. 17/1962 per quanto riguarda la concessione di esenzioni individuali ex art. 101, § 3, TFUE, subordinando tale concessione alla comunicazione da parte dei beneficiari, di ogni lodo o procedimento arbitrale relativo all'applicazione o all'interpretazione degli accordi esentati dal divieto; al Reg. 556/89 per quanto concerne le esenzioni per categoria di accordi di licenza di *know how* si prevedeva la

---

<sup>(21)</sup> Bastianon, *Arbitrato commerciale internazionale e diritto antitrust*, cit., pp. 369 e ss.

possibilità per la Commissione di revocare l'esenzione se si fosse accertato che un lodo arbitrale relativo ad uno di tali accordi avrebbe potuto cagionare conseguenze anticoncorrenziali con effetti incompatibili con l'art. 101, § 3, TFUE; la Decisione del 12.07.1989, relativa al caso UIP ed avente ad oggetto accordi conclusi da tre società americane per la distribuzione europea di film ed in relazione alle cui eventuali controversie si imponeva la via arbitrale in tema di assegnazione dei predetti film ad un determinato gestore; in ultimo, si vuole richiamare, rimandando nel proseguo del presente lavoro ad una più attenta analisi, il fenomeno degli impegni assunti in sede di valutazione e controllo delle concentrazioni ex Reg. 139/04, che se accettate dalla Commissione, comportano l'obbligo di sottoporre ad arbitri le eventuali controversie relative al mancato od inesatto rispetto dei predetti impegni. Per quanto attiene, poi, alla giurisprudenza europea, anche in tale ambito non si riscontra un riconoscimento espresso dell'arbitrabilità delle controversie in materia antitrust bensì delle decisioni che sembrano implicitamente riconoscere o dare, comunque, per acquisita l'ammissibilità del rimedio arbitrale. In particolare, vanno ricordate la Sentenza del 23.03.1982, causa 102/81, *Nordsee*, la Sentenza del 27.04.1994, causa C-393/92, *Almelo* ed in particolare la Sentenza del 01.06.1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Ltd c. Benetton*<sup>(22)</sup>.

La Sentenza *Nordsee* viene resa in risposta ad una domanda di pronunzia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'allora vigente art. 177 del Trattato CEE, dal Sig. Walther Richter, presidente dello Hanseatisches Oberlandesgericht di Brema, in qualità di arbitro nella causa innanzi ad esso pendente tra

---

<sup>(22)</sup> Il testo delle sentenze è reperibile al seguente indirizzo <http://curia.europa.eu>.

Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH, da una parte, e Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, tutte imprese di diritto tedesco, per l'interpretazione del Trattato e dei regolamenti del Consiglio nn. 17/64, 729/70 e 2722/72, tutti relativi agli aiuti concessi dalla sezione orientamento del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia (FEAOG). In particolare, si discuteva della validità di un contratto stipulato tra le tre imprese sopra indicate e con il quale le stesse avevano concordato che le sovvenzioni eventualmente a seguito di nove domande introitate sarebbero state suddivise in quote uguali per la realizzazione di tredici navi attrezzate per la lavorazione del pesce. La Corte di Giustizia pur negando che un arbitro nazionale possa qualificarsi "giurisdizione di uno Stato Membro" ai sensi dell'art. 177 del Trattato e, pertanto, non sia da questi ma dal giudice nazionale sollevabile la relativa questione di pregiudizialità comunitaria, dovendo comunque essere integralmente osservato il diritto comunitario e ciò anche dalle parti di un contratto, le quali non hanno la facoltà di derogarvi. Inoltre, la Corte afferma che qualora *"un arbitrato convenzionale sollevi questioni di diritto comunitario, il giudice ordinario può esaminale, vuoi nell'ambito del contributo che offrono gli organi arbitrali, in particolare assistendoli in taluni atti processuali o nell'interpretare il diritto da applicare, vuoi nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno ampio a seconda dei casi che spetta ad esso in caso di appello, di opposizione, di exequatur, o di qualsiasi altra impugnazione contemplata dalla normativa nazionale di cui trattasi"*. Diversamente, sul tema dell'arbitrabilità del diritto della concorrenza, la Corte nulla dice così da dovere

fare ritenere che alla questione sia stata data risposta affermativa non sussistendo ostacoli a che controversie vertenti in materia di diritto della concorrenza non possano essere compromesse in arbitri.

Successivamente, vi è stata la Sentenza “*Almelo*” del 27.04.1994, causa C-393/92, avente ad oggetto un rinvio pregiudiziale vertente sull’interpretazione degli artt.37, 85, 86, 90 e 177 del Trattato. La controversia vedeva opposti alcuni distributori locali di energia elettrica tra cui il Comune di Almelo contro un’impresa distributrice regionale di energia elettrica la *Energiebedrijf Ijsselmij NV (IJM)*. A seguito della pronuncia di un lodo arbitrale tra le parti, lo stesso veniva impugnato innanzi alla Corte nazionale “*Gerechtshof*” di Arnhem il quale sollevava due questioni pregiudiziali. La prima in merito alla qualificazione come giurisdizione nazionale ex art. 177 del Trattato dell’organo giurisdizionale nazionale il quale debba decidere su di un appello a lodo arbitrale ed ove ai sensi di quanto previsto nel compromesso la decisione debba essere secondo equità e la seconda in merito all’interpretazione degli articoli 37,85, 86 e 90 del Tratto CEE in merito ad un divieto di importazione di energia elettrica per l’approvvigionamento pubblico disposto nelle condizioni generali di un’azienda regionale di distribuzione dell’energia elettrica negli anni dal 1985 al 1988, eventualmente in combinazione con un divieto di importazione contenuto in un accordo delle imprese di produzione di energia elettrica nello Stato Membro considerato. In merito alla prima questione, ovvero a quella rilevante per la ricerca in oggetto, la Corte richiama il proprio precedente *Nordsee*, causa 102/81, al fine di riaffermare che “*rientrano nella nozione di << giurisdizione >> ai*

*sensi dell'art. 177 del Trattato i giudici ordinari che esercitano il controllo su un lodo, in caso di appello, di opposizione, di exequatur o di qualsiasi altra via di impugnazione ammessa dall'ordinamento nazionale".* Ciò non viene escluso neanche dalla circostanza per cui il Giudice nazionale debba decidere secondo equità, *"Infatti, in base ai principi della preminenza e dell'uniforme applicazione del diritto comunitario, combinati con l'art. 5 del Trattato, un organo giurisdizionale di uno Stato membro adito, ai sensi del diritto nazionale, con un appello avverso un lodo, anche se giudica secondo equità, è tenuto a rispettare le norme del diritto comunitario, in particolare quelle in materia di concorrenza"*. Conclude la Corte nel senso che *"un organo giurisdizionale nazionale, deve essere considerato << giurisdizione nazionale >> ai sensi dell'art. 177 del Trattato, anche quando, in base al compromesso concluso tra le parti, deve giudicare secondo equità"*. Pertanto, anche in tale occasione la Corte nulla ha detto in merito alla arbitrabilità delle controversie afferenti il diritto della concorrenza dando di fatto come del tutto legittima la compromissione in arbitri.

Si giunge quindi alla fondamentale *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton*, sentenza della Corte di Giustizia del 01.06.1999, causa C-126/97 (<sup>23</sup>). La controversia verteva sulla validità di un contratto di licenza di marchio potenzialmente lesivo dell'art. 85 del Trattato e sul cui contratto con la normativa della concorrenza

---

<sup>23</sup> Radicati di Brozolo L., *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, Rivista di diritto dell'arbitrato, 1999, fasc. 4 vol 9, pp. 665-697; Mourre A., *Arbitrability of Antitrust law from the European and US Perspectives*, in G. Blanke e P. Landolt ed., *EU and US Antitrust Arbitration*, Kluwer Law International, 2011, pp. 46-47; Biamonti L., *Commercial Arbitration and the Italian and EC antitrust legislation with an Emphasis on intellectual property rights*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2011, fasc. 2, pp. 457-480; Von Mehren R., *The Eco-Swiss Case and International Arbitration*, in *Arbitration International*, 2004, fasc. n. 4, pp. 465-470; ICC, *Arbitration and Competition*, Report Adopted by Working Party and approved by Executive Board of the ICC on 4 April 1984, in *World Competition*, 1984, pp. 37-40; Komminos, *Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 459 - 478;

nulla era stato detto o sollevato nel corso della vicenda arbitrale. Ciò era stato però eccepito in sede di impugnazione giudiziale del predetto lodo. Da quanto sopra, la decisione del giudice olandese di rinviare pregiudizialmente la questione alla Corte di Giustizia formulando cinque quesiti. Il primo vertente sull'esistenza di un obbligo in capo agli arbitri di applicare d'ufficio le norme comunitarie di concorrenza. Il secondo relativo all'esistenza di un obbligo per il giudice dell'impugnazione di annullare il lodo in caso di contrarietà alle norme di concorrenza anche nell'ipotesi in cui siano ridotte le eccezioni per ricorrere alla sola contrarietà all'ordine pubblico. Il terzo in merito all'esistenza dell'obbligo per il giudice di annullare il lodo impugnato per contrarietà a norme di concorrenza anche qualora la questione non sia stata sollevata in sede arbitrale. Il quarto e quinto quesito vertevano sull'eventuale effetto caducante del giudicato per contrarietà a norma di concorrenza e, quindi, se ad esempio il lodo parziale divenuto definitivo si potesse rimettere in discussione così da consentire la pronuncia di nullità del lodo definitivo per violazione dell'art 81 (già 85) del Trattato. Questi i termini utilizzati dalla Hoge Raad der Nederlanden: *"1) To what extent do the statements of law given by EC Court of Justice in its ruling of 14 December 1995, in joint cases C-430/93 and C-431/93 (Van Schijndel and Van Veen v. De Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten) likewise apply if in a dispute arising from a private law agreement, which is not settled by a national court but by arbitrators, the parties do not invoke Art. 85 EC Treaty and the arbitrators are not free under the applicable national rules of procedural law to apply the provisions of that Article ex officio? 2) Must a Dutch court, notwithstanding the rules of Dutch procedural*

*law set out above, grant a request – otherwise satisfying all statutory requirements – for the setting aside of an arbitral award on the grounds that this award is contrary to Art. 85 EC Treaty, if it believes that the award is indeed contrary to the said Article? 3) Notwithstanding the rules of Dutch procedural law set out above, will a Dutch court also be under the same obligation if in arbitration proceedings the applicability of Art. 85 EC Treaty fell outside the ambit of the dispute and the arbitrators consequently did not decide on that issue? 4) Does Community law require the rule of Dutch procedural law set above to be disregarded if this is necessary in the action for the setting aside of the later arbitral award, in order to be able to examine whether an agreement, which has been declared valid in an interlocutory arbitral award with res judicata effect, may nevertheless be invalid on the ground of being contrary to Art. 85 EC Treaty? 5) Or must in a case as described in question (4), the rule be disregarded that setting aside of the interlocutory arbitral award, in so far as it has the nature of a final award, may not be requested at the same time as the setting aside of the later arbitral award?”.*

Per quanto in questa sede rileva in merito all'arbitrabilità della controversie in materia di diritto della concorrenza, va notato che la Corte di Giustizia rispondendo ai quesiti sollevati in via pregiudiziale sembra dare per acquisita l'arbitrabilità del diritto della concorrenza. In altre parole, pronunziandosi la Corte nel senso di considerare l'art. 85 (oggi 81) del Trattato quale disposizione di ordine pubblico, ai sensi della normativa nazionale ed anche della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali stranieri, con la conseguenza per il giudice nazionale di dovere accogliere la

domanda di nullità del lodo impugnato per contratto con la normativa comunitaria, si ha l'implicita ammissione della legittima compromissione in arbitri della questione in materia di diritto della concorrenza. Infatti, la Corte afferma che *“l'art. 85 del Trattato costituisce, ai sensi dell'art. 3, lett. g), del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 3, n. 1, lett. g), CE], una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno. L'importanza di una disposizione siffatta ha indotto gli autori del Trattato a prevedere espressamente al secondo paragrafo del Trattato che gli accordi e le decisioni vietati in virtù di tale articolo sono nulli di pieno diritto”* ed ancora che *“Ne consegue che, nei limiti in cui un giudice nazionale debba, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione del divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato”*. La Corte continua affermando che *“Questa conclusione non viene rimessa in discussione dal fatto che la Convenzione di New York 10 giugno 1958, sul riconoscimento e sull'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri, ratificata da tutti gli Stati membri, prevede che soltanto determinati vizi possono giustificare un rifiuto di riconoscimento e di esecuzione di un lodo arbitrale, vale a dire il mancato rispetto o il superamento, da parte del lodo, dei termini della clausola compromissoria, il carattere non vincolante della decisione per le parti o la contrarietà del riconoscimento o dell'esecuzione della stessa con l'ordine pubblico del paese nel quale tale riconoscimento o tale esecuzione sono richiesti [art. 5, nn., lett. c) ed e), e 2, lett. b),*



*della Convenzione di New York]”, che “In effetti, per le ragioni menzionate al punto 36 di questa sentenza, l’art. 85 del Trattato può essere considerato una disposizione di ordine pubblico ai sensi di detta convenzione”, e che “...Ne consegue che, nella situazione oggetto della presente causa e diversamente dalla sentenza Van Schijndel e Van Veen, citata, il diritto comunitario esige che questioni relative all’interpretazione del divieto sancito dall’art. 85, n. 1, del Trattato possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulla validità di un lodo arbitrale e possano essere oggetto, all’occorrenza, di un rinvio pregiudiziale alla Corte”. La Corte, quindi, conclude affermando che “ Si deve pertanto risolvere la seconda questione nel senso che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi su un’impugnazione per nullità di un lodo arbitrale deve accogliere tale domanda se ritiene che la decisione sia effettivamente in contrasto con l’art. 85 del Trattato, quando, ai sensi delle norme di procedura nazionali, deve accogliere un’impugnazione per nullità fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico”.*

Da quanto sopra risulta evidente, quindi che l’arbitrabilità della questione si pone quale presupposto logico e giuridico ad ogni decisione in merito all’eventuale contrasto del merito della decisione arbitrale con la normativa imperativa di matrice comunitaria applicabile al caso concreto. Pertanto, il silenzio della Corte in merito a tale preliminare passaggio non può non intendersi quale ammissione, seppur implicita, della arbitrabilità della suddetta materia<sup>(24)</sup>. Quanto detto, in realtà, si pone quale apice di un lungo e difficile processo di maturazione della questione relativa all’arbitrabilità delle controversie in tema di

---

<sup>24</sup> Zekos, Antitrust/Competition Arbitration in EU versus U.S. Law, cit.

concorrenza testimoniato anche dai due precedenti, Sentenze *Nordsee* e *Almelo*, nonché dalla decisioni delle corti europee nazionali ed arbitrali che seguirono la storica sentenza Mitsubishi in precedenza richiamata<sup>( 25 )</sup>. Con l'acquisita separazione

---

<sup>25</sup> Sulla questione dell'arbitrabilità del diritto della concorrenza in **dottrina** CCI, *Competition and Arbitration Law*, Parigi, 1993; Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer-Boston, 1993; Hantoniac, *Arbitrabilité et la favor arbitrandum: un reexamen*, in *Journal du droit international*, 1995; Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996; Beechey, *Arbitrability of Antitrust/Competition Law Issues – Common law*, in *Arbitration International*, 1996; Blessing, *Arbitrability of Intellectual Property Disputes*, in *Arbitration International*, 1996; *L'arbitrage et le droit européen*, atti del colloquio CEPANI del 15.04.1997, Bruxelles, 1997; Idot, *Arbitrage et droit communautaire*, *Rev. Droit aff. Int.*, 1996, p. 561; Weigand, *Evading EC Competition Law by resorting to arbitration*, in *Arbitration International*, 1993, p. 258; Pinsolle, *Private Enforcement of European Community Competition Rules by Arbitrators*, in *International Arbitration Law Review*, 2004pp. 14 e ss; Liebscher, *Arbitration of Antitrust Disputes*, in E. Gaillard and D. Di Pietro(ed.), *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the New York Convention in practice*, London, 2008. Bettoni E., *La giurisprudenza svedese in materia di arbitrato e diritto antitrust: arbitrabilità, interpretazione restrittiva dell'ordine pubblico ed approccio minimalista*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, fasc. 2, pp. 523-528; Mourre A., *Arbitrability of Antitrust law from the European and US Perspectives*, in G. Blanke e P. Landolt ed., *EU and US Antitrust Arbitration*, Kluwer Law International, 2011, pp. 46-47; Biamonti L., *Commercial Arbitration and the Italian and EC antitrust legislation with an Emphasis on intellectual property rights*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2011, fasc. 2, pp. 457-480; Canale, *Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, fasc. 4, pp. 1223-1246; Franceschelli, *Arbitrabilità delle controversie in materia antitrust*, in *Antitrust fra diritto nazionale e comunitario*, Milano, 1996, p. 171 e ss; Caporale, *L'arbitrato ed il diritto antitrust: verso un'estensione della competenza arbitrale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1993, fasc. 3, pp. 727-736; Falvella, *Validità della clausola compromissoria e compromettibilità in materia di concorrenza*, in *Giustizia Civile*, 1997, fasc. 5, pp. 1375-1378; La Mattina, *L'Arbitrato e il nuovo regolamento UE 1215/212: Vecchie questioni e nuovi problemi aperti*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, fasc 3, pp. 551-570; Lamandini M., *Arbitrato e diritto antitrust*, in *AIDA*, 2006, Fasc. 1, pp. 95-110; Laudisa L., *Arbitrabilità delle controversie internazionali*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007, fasc. 2, pp. 219-235; Laudisa L., *Gli arbitri ed il diritto comunitario della concorrenza*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, fasc. 3, pp. 591-602; Crane, *Optimizing Private Antitrust Enforcement*, in *Vanderbilt Law Review*, 2010, Vol. 63, Issue 3, pp. 673-724; Evans – Decker – Gray, *Antitrust and Arbitration*, in *Competition Law International*, 2011, Vol. 7, Issue 2, pp. 7-11; Talbot, *Arbitration and Competition Law: The potential role of Ireland in the Privatisation of Competition Law*, in *Hibernian Law Journal*, 2014, Vol. 13, pp. 137-158; Komminos, *Arbitration and EU Competition Law*, in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1520105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105) 2009, pp. 1 – 49; Flere P., *Impact of EC Competition Law on Arbitration Proceedings*, in *Slovenian Law Review*, 2006, fasc. 3, pp. 155 – 175; Blanke, *Actions under articles 101 and 102 TFUE in International Arbitration*, in *Singapore Academy of Law Journal*, 2010, fasc, 22, pp. 539 – 582; Dempegiotis, *EC Competition law and international commercial arbitration: A new era in the interplay of these legal orders and a new challenge for the European Commission*, in *Global Antitrust Review*, 2008, fasc. 1, pp.135 – 148; Dalhuisen J.H., *The Arbitrability of Competition Issues*, in *Arbitration International*, 1995, fasc. 2, pp. 151-167; Weigand F., *Evading EC Competition Law by Resorting to Arbitration*, in *Arbitration International*, 1993, fasc. 3, pp. 249-258; Bridgeman, *The Arbitrability of Competition Law Disputes*, in *European Business Law Review*, 2008, pp. 147-174; *Sull'arbitrato: studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di Ferruccio Auletta, Jovene ed., Napoli, 2010, pp. 1- 974; Landolt, *Modernised EC Competition law in international arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2006, pp. 1 – 365; Blanke, *The application of EU Law to*

concettuale tra diritti indisponibili e norme imperative, si è quindi giunto al riconoscimento della compromettibilità di queste ultime e nello specifico delle norme antitrust considerando che, in ogni caso, il lodo potrà essere oggetto di verifica sia da parte dell'organo giudiziario sia dell'autorità amministrativa nazionale preposta al controllo della concorrenza<sup>(26)</sup>. Risulta interessante richiamare l'esperienza di uno Stato Membro dell'Unione Europea quale la Svezia ed in particolare una recente decisione della Svea Court of Appeal, Second Division, Case n. T 4487-12 del 23 ottobre 2013<sup>(27)</sup>. Deve essere preliminarmente rilevato come il sistema giuridico svedese sia uno dei pochi ad avere optato per una formulazione espressa della arbitrabilità delle controversie in materia di antitrust nella prospettiva dei relativi effetti civili conseguenti agli illeciti. In tal senso, l'art. 1, comma terzo, della legge svedese sull'arbitrato dispone che "*Arbitrators may rule on the civil law effects of competition law as between the parties*"<sup>(28)</sup>. Rientreranno, quindi, nella competenza arbitrale sia ipotesi di

---

*arbitration in the UK: A study on practice and procedure*, in *European Business Law Review*, 2014, pp. 1-66; Nazzini, *parallel and Ssequential proceedings in Competition Law: An essay on the modes of interaction between Community and National Law*, in *European Business Law Review*, 2005, pp. 245-273; Blanke, *Antitrust Arbitration under the Arbitration Act 1996: A Commentary*, in *European Business Law Review*, 2011, pp. 119-169; Kuhn W., *Arbitrability of Antitrust Disputes in the Federal Republic of Germany*, in *Arbitration International*, 1987, pp. 226 - 239; Benedettelli M., *Communitarization of International Arbitration: A new spectre haunting Europe?*, in *Arbitration International*, 2011, pp. 583 - 622; Von Houtte, *Arbitration and Arts 81 and 82 EC Treaty a State of Affairs*, in *ASA Bulletin*, 2005, pp. 431-448;

**In giurisprudenza comunitaria** Appel Paris, 16 febbraio 1989, in *Rev. Arb.*, 1989, pp. 771; Appel Paris, 19 maggio 1993, *Journal du droit international*, 1993, pp. 957; Appel Paris, 30 marzo 1995, in *Rev. Arb.*, 1996, pp. 131, *Trib. Federale Svizzero*, 28 aprile 1992, *Rivista dell'Arbitrato*, 1995, pp. 93; *Corte Suprema Austriaca*, 23 febbraio 1999, in *Rev. Arb.*, pp. 385. **Decisioni arbitrali** CCI 6932/1992 in *Journal du droit international*, 1994, pp. 1065; CCI 7673/1193, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 431.

<sup>26</sup> Saggio, *Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali in materia di controllo e repressione delle attività anticoncorrenziali delle imprese*, in *diritto dell'Unione Europea*, 1997, pp. 14; Porchia, *L'applicazione degli artt. 85 - 86 del Trattato CE da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1995, pp. 851.

<sup>27</sup> Bettoni E., *La giurisprudenza svedese in materia di arbitrato e diritto antitrust: arbitrabilità, interpretazione restrittiva dell'ordine pubblico ed approccio minimalista*, cit..

<sup>28</sup> The Swedish Arbitration Act (1999) <http://www.sccinstitute.com/the-swedish-arbitration-act-sfs-1999121.aspx>

invalidità del contratto derivante da illeciti concorrenziali sia le conseguenti richieste di risarcimento del danno. Ciò detto e passando all'esame della decisione della Corte di appello svedese, si può constatare come la stessa vertesse sulla richiesta di risarcimento danni scaturenti dalla risoluzione di un contratto commerciale eseguita abusando della posizione di monopolista di una delle due parti. E' evidente, quindi, che la determinazione dei soli effetti civili della violazione del diritto della concorrenza rientra a pieno titolo tra le ipotesi di piena compromettibilità in arbitri. Ciò si pone in linea con la recente giurisprudenza europea ed extraeuropea<sup>(29)</sup>.

## **2.2 La posizione italiana.**

Per quanto specificatamente concerne l'Italia, una disciplina della concorrenza è stata introdotta con la Legge 287 del 10 ottobre 1990. Inutile dire che l'approvazione della predetta normativa è stato l'ultimo atto di un lungo e travagliato processo iniziato nel 1950 quando l'allora Ministro dell'Industria, Togni, ebbe a presentare un primo progetto di legge<sup>(30)</sup>. Tale progetto prevedeva un controllo dei consorzi di imprese con l'obiettivo di limitare o comunque inibire attività anticoncorrenziali degli stessi. Successivamente, vennero formulate diverse proposte tra cui la Malagodi-Bozzi, intitolata "Norme per la tutela della libertà di concorrenza e di mercato, del 1955, quella predisposta da Tullio Ascarelli, quella dei deputati Lombardi e La Malfa, quelle dei deputati Carcaterra e Foschini, entrambe del 1959. In realtà, le

---

<sup>29</sup> The Hague Court of Appeal, Case n. 385138/HAZA 11-208, del 24 luglio 2013; Federal Court of Australia Case n. NSD 396 del 29.06.12

<sup>30</sup> Sparano S., Adducci E., Introduzione al diritto della concorrenza, cit.; Bernini G., In tema di norme a tutela della libertà di concorrenza: il caso Italia", in Riv. Int. Sc. Soc., 1998, p. 259.

difficoltà nell'adozione di una normativa antitrust sono da ricollegare a due fattori principali<sup>(31)</sup>. Il primo è la presenza preponderante dello Stato nell'economia del paese sia direttamente che tramite partecipazioni. Ciò comportava che il rischio di monopoli privati veniva escluso dall'intervento dello Stato e ciò ad esempio anche nei settori dei fertilizzanti ed in quello dei cementi. Il secondo motivo è la grave debolezza del tessuto imprenditoriale e produttivo italiano. Ne conseguiva che soltanto lo Stato aveva la capacità economica di intervenire nell'economia del paese, sia per la realizzazione di infrastrutture che per la produzione di beni e servizi, in modo da garantire un livello di stabilità e progresso sia economico che sociale. Successivamente sia per il miglioramento ed il rafforzamento del sistema produttivo privato sia e soprattutto per la pressione delle Autorità comunitarie, come ad esempio il Libro Bianco della Commissione CEE sul completamento del Mercato Interno nel 1985, rendono non più procrastinabile l'adozione di una compiuta disciplina tale da garantire il funzionamento del mercato domestico in linea con quello comune. Ne consegue l'adozione della Legge 287/1990 la cui disciplina riprende chiaramente quella di matrice comunitaria in materia di concorrenza. La medesima Legge, inoltre, istituisce l'Autorità indipendente avente il compito di controllare e garantire la corretta applicazione del diritto della concorrenza, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ed ivi determinandone anche la ripartizione di competenza con la Commissione UE.

Ciò detto e passando ad analizzare nell'ordinamento italiano la questione dell'arbitrabilità delle controversie in materia di

---

<sup>31</sup> Sparano S., Adducci E., Introduzione al diritto della concorrenza, cit.

concorrenza, deve necessariamente richiamarsi la Sentenza della Corte di Appello di Milano del 13 settembre 2002, Istituto Biochimico Italiano c. Madaus AG<sup>32</sup>). Nel caso concreto la questione verteva in tema di eccezione di giurisdizione relativa ad una clausola compromissoria per non arbitrabilità della controversia essendo la stessa afferente al diritto della concorrenza, siano esso italiano o comunitario, e comunque per essere il rapporto regolato dal diritto svizzero e quindi con l'asserita impossibilità di riconoscere in Italia in quanto il lodo sarebbe stato contrario alla predetta normativa antitrust. In realtà, la Corte afferma in modo convincente l'arbitrabilità delle controversie in materia di diritto della concorrenza richiamando le argomentazioni già sviluppate e fatte proprie in particolare dalla giurisprudenza americana. Pertanto, si afferma che 1) le norme di cui all'art. 4 della L. 218/1995, art. 806 c.p.c. e art. 1966 c.c. hanno carattere eccezionale in quanto derogatorie del principio di generale arbitrabilità ed inoltre i diritti indisponibili sono soltanto "quei diritti – di regola, ma non sempre, personali o personalissimi – che sono irrinunciabili, intrasmissibili ed imprescrittibili"; 2) non vanno confuse le categorie dei diritti indisponibili, e quindi non arbitrabili, con quella delle norme imperative in quanto non tutte le norme imperative, neanche quelle rientranti nel concetto di ordine pubblico, hanno ad oggetto

---

<sup>32</sup> App. Milano 13 settembre 2002 n. 2002, n. 2090, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2004, p. 105; Tra le altre App. Milano 15 luglio 2006 n. 1897, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2006, p. 744; CC 7733/1996, in *giustizia civile*, 1997, I, p. 1373; App. Bologna 11 ottobre 1990, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1990, p. 80, in relazione ad un patto di non concorrenza; App. Bologna 21 dicembre 1991 n. 1786, in *XVIII Yearbook Commercial Arbitration*, 1993, p. 422; Cass. Civ. 21 agosto 1996 n. 7733, in *Giustizia Civile*, I, 1997, p. 1373.

Radicati di Brozolo L. G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, *Rivista dell'arbitrato*, 2004, vol. 14 fasc 1, pp. 9-22; testo sentenza pubblicato alle pp. 105 e ss della medesima rivista; Zekos, *Antitrust/Competition Arbitration in EU versus U.S. Law*, cit.; Tra le altre decisioni; Biamonti L., *Commercial Arbitration and the italian and EC antitrust legislation with an Emphasis on intellectual property rights*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2011, fasc. 2, pp. 469-470.

diritti indisponibili; 3) non è applicabile la norma ex art. 1972 c.c in quanto l'esame dell'eventuale illiceità del contratto è deferito agli arbitri da parte della stessa clausola compromissoria; 4) che le norme in materia di concorrenza, pur essendo imperative, non hanno ad oggetto diritti indisponibili con la conseguenza che la loro violazione non comporta la sottrazione di tali diritti ma soltanto l'incorrere nei divieti previsti dalla normativa stessa.

Pertanto, la Corte afferma l'arbitrabilità delle controversie in materia antitrust, sia per l'arbitrato interno che straniero, richiamando un'unica eccezione, sempre in linea con la giurisprudenza internazionale, ovvero l'ipotesi in cui la pattuizione arbitrale sia chiaramente volta ad eludere il diritto della concorrenza, nel qual caso la stessa pattuizione dovrebbe considerarsi nulla. In ultimo, la Corte richiama un ulteriore argomento a sostegno dell'arbitrabilità ovvero che comunque l'eventuale lodo che non abbia fatto applicazione della normativa antitrust potrà essere comunque oggetto di esame in sede di impugnazione od eventualmente di riconoscimento ed esecuzione. Nello stesso senso, sempre la Corte di Appello di Milano, con la Sentenza n. 1897 del 15 luglio 2006 ha ribadito che *"Sono da ritenersi pacificamente arbitrabili le questioni in materia di concorrenza sia di diritto interno che comunitario. Nessun particolare inconveniente può derivare in proposito del fatto che un lodo estero (nella specie svizzero) non sia sindacabile per violazione di norme di diritto nel paese di provenienza, perché al giudice (italiano) dell'exequatur è sempre possibile verificarne la conformità all'ordine pubblico (nella specie sussistente)"*<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Cit., vedi nota n. 32.

Ciò detto, è bene precisare come in realtà non sia possibile avere la piena certezza che in sede arbitrale il diritto della concorrenza dell'ordinamento nazionale, la cui giurisdizione è stata derogata in favore degli arbitri, troverà piena applicazione né si può essere certi di un successivo controllo da parte del giudice nazionale <sup>(34)</sup>. Infatti, è di palese evidenza che nessuna sicurezza si potrà avere sulle norme sostanziali che saranno applicate dagli arbitri né se sarà il lodo oggetto dell'esame da parte del giudice nazionale richiesto per il riconoscimento o in sede di impugnazione. In ogni caso dovrà essere accolta un'attitudine di apertura verso le soluzioni arbitrali anche e soprattutto internazionali stante le esigenze del commercio internazionale e degli scambi transfrontalieri. In tal senso, la giurisprudenza americana supera il *dictum* contenuto nella sentenza Mitsubishi, la quale presupponeva che comunque sarebbe stato applicato il diritto della concorrenza americano, affermando che debba riconoscersi piena forza e validità alla soluzione arbitrale anche quando non vi sia la certezza in merito all'applicazione delle norme di diritto della concorrenza la cui giurisdizione è derogata dalla pattuizione arbitrale<sup>(35)</sup>. In tal senso, la Corte di Appello Federale 9th Circuit ha statuito che *"The majority rejects the applicability of Mitsubishi and Vimar to the choice clauses on two bases. First, the majority assails footnote 19 in Mitsubishi as mere dictum which cannot outweigh the extended discussion and holding in Scherk on the validity of clauses specifying the forum and applicable law"* <sup>(36)</sup>.

---

<sup>34</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit. p. 13.

<sup>35</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit. p. 14; Radicati di Brozolo L.G., *Arbitrato e norme imperative: oltre l'arbitrabilità*, in AIDA, 2006, fasc. 1, pp. 111-116

<sup>36</sup> Corte di Appello Federale USA, *Richards v. Lloyds of London*, 135 F.3d 1289, 9th Circ, 1998, <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1221883.html>



**CAPITOLO II**  
**IL RUOLO DEGLI ARBITRI: INDIVIDUAZIONE ED**  
**APPLICAZIONE DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA**  
**RILEVANTE.**

**1. Rilevabilità ex officio delle questioni antitrust da parte degli arbitri.**

Nel precedente capitolo, si è dimostrato come ormai generalmente accettata la possibilità di compromettere in arbitri le questioni afferenti il diritto della concorrenza, in quanto aventi ad oggetto diritti disponibili pur essendo qualificabili come norme imperative rientranti nel concetto di ordine pubblico. Pertanto, il ricorso all'arbitrato deve essere considerato quale normale strumento di risoluzione delle controversie nascenti nell'ambito dei rapporti commerciali, in particolare per quelli aventi profili di internazionalità, ed anche qualora venga in rilievo l'applicazione di norme imperative e di ordine pubblico, la cui corretta applicazione potrà essere oggetto del successivo ed eventuale controllo del giudice nazionale in sede di *second look*.

Ciò detto, è necessario chiedersi se gli arbitri debbano rilevare l'esistenza di questioni afferenti il diritto della concorrenza in assenza di indicazioni in tal senso delle parti interessate e quali criteri siano utilizzabile per determinare la normativa antitrust applicabile al caso concreto.

In merito al primo quesito ovvero se gli arbitri debbano sollevare eventuali questioni rilevanti per il diritto antitrust anche in assenza di una specifica richiesta proveniente dalle parti

interessate, deve darsi risposta affermativa<sup>(37)</sup>. In realtà, non è possibile affermare l'esistenza di un espresso obbligo di legge in quanto gli arbitri derivano i loro poteri e doveri soltanto dalla volontà delle parti in causa. Invero, la qualificazione del diritto antitrust quale complesso di norme imperative integranti l'ordine pubblico e la ormai generalmente ammessa arbitrabilità di tali diritti, si basa anche sull'assunto della sua normale applicazione da parte degli arbitri. In tal senso, tra le altre, la Sent. *Eco Swiss* della Corte di Giustizia UE. Inoltre, al momento in cui gli arbitri vengono nominati ed incaricati dalle parti per la decisione della controversia è obbligo degli stessi pronunciare, nei termini stabiliti, un lodo che sia valido, efficace e tale da potere essere riconosciuto e portato in esecuzione nel luogo di interesse<sup>(38)</sup>. Ne discende che qualora gli arbitri omettano di sollevare questioni rilevanti per il diritto della concorrenza, non applichino lo stesso ovvero commettano gravi errori nell'applicazione stessa, il lodo sarà suscettibile di essere annullato o comunque di vederne rifiutato il riconoscimento per contrarietà a norme di ordine pubblico. Invero, è proprio la possibilità di questo controllo a posteriori che costituisce una delle maggiori argomentazioni in favore della arbitrabilità del diritto antitrust. Deve rilevarsi che la qualificazione delle norme antitrust come disposizioni rientranti nell'ordine pubblico è enunciato dalla CGUE nella predetta Sentenza *Eco Swiss* sulla base di due fondamentali argomenti<sup>(39)</sup>. Il primo è immediatamente riferibile al carattere fondamentale

---

<sup>37</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit., pp. 17-20; Radicati di Brozolo L. G., *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, cit., pp. 17-25; Radicati di Brozolo L. G., *Competition Law and Arbitration*, cit., pp. 12-13.

<sup>38</sup> Come espressamente chiarito dall'art. 35 del Regolamento di arbitrato della CCI.

<sup>39</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit., pp. 679-684.

della normativa a tutela della concorrenza testimoniata dal regime sanzionatorio previsto dall'art. 101, comma secondo, del TUE. Da ciò discende l'obbligo per gli Stati Membri di assicurare il rispetto delle norme di diritto della concorrenza anche nella fase di controllo dei lodi arbitrari in quanto norme di ordine pubblico. Ciò è necessario al momento in cui si voglia evitare che lo strumento arbitrale sia usato dalle parti proprio per aggirare l'attuazione della normativa antitrust. D'altronde, soltanto per tale verso è ammissibile l'arbitrarietà di controversie aventi ad oggetto il diritto della concorrenza. Alcuni dubbi ha sollevato quanto affermato nel punto 41 della sentenza per cui *“Si deve pertanto risolvere la seconda questione nel senso che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi su un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale deve accogliere tale domanda se ritiene che la decisione sia effettivamente in contrasto con l'art. 85 del Trattato, quando, ai sensi delle norme di procedura nazionali, deve accogliere un'impugnazione per nullità fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico”*. Orbene, l'inciso *“ai sensi delle norme di procedura nazionali”* non può essere inteso nel senso di ammettere il controllo del lodo in base al rispetto della normativa antitrust soltanto ove questa sia considerata dall'ordinamento nazionale come facente parte dell'ordine pubblico<sup>(40)</sup>. Infatti, in caso contrario si avrebbe l'aberrante conseguenza di ammettere un frazionamento gravissimo nell'applicazione della normativa della concorrenza all'interno della stessa Unione Europea. Si avrebbe, quindi, una situazione parcellizzata tra Stati Membri in cui il lodo sarebbe esaminato in relazione alla normativa antitrust,

---

<sup>40</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit., p. 680.

da una parte, e, dall'altra parte, Stati Membri ove invece tale controllo non sarebbe previsto né effettuato. E' vero, però, che in ogni caso vi sarebbe lo sbarramento del controllo della non contrarietà all'ordine pubblico internazionale previsto dalla Convenzione di New York del 1958. Nonostante ciò è preferibile e maggiormente conforme con il sistema ed i principi dell'ordinamento europeo, affermare che i giudizi nazionali degli Stati Membri siano, in sede di impugnazione del lodo, comunque, tenuti a verificare la non contrarietà dello stesso all'ordine pubblico ivi comprese le norme antitrust che risultino applicabili. D'altronde, è, altresì, preferibile ritenere che nel caso in cui un ordinamento giuridico di uno Stato Membro non dovesse prevedere il controllo successivo del lodo per contrarietà all'ordine pubblico, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea avrebbe titolo per richiedere allo Stato Membro interessato di modificare la normativa nazionale in modo tale da permettere l'effettiva ed uniforme applicazione del diritto europeo<sup>(41)</sup>. La seconda argomentazione proposta nella Sentenza in commento, punto 40, trae spunto dalla impossibilità per gli arbitri di porre un rinvio pregiudiziale alla CGUE in merito a questioni interpretative ed attuative del diritto comunitario per come già affermata nelle precedenti sentenze *Nordsee* e *Almelo*. In particolare, la Corte ritiene che la qualificazione della normativa antitrust come rientrante nell'ordine pubblico dia l'opportunità al giudice nazionale adito in sede di impugnazione del lodo di verificare la non contrarietà dello stesso all'ordine pubblico ed eventualmente di disporre il rinvio pregiudiziale alla CGUE che resta invece

---

<sup>41</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit., p. 683, con riferimento alle Sentenze della CGUE Peterbroek, C-312/93 e Van Schijndel, cause riunite C-430/93 e C-431-93.

precluso agli arbitri. Pertanto, con la Sentenza *Eco Swiss*, la CGUE ha affermato che il diritto europeo della concorrenza deve essere qualificato quale disciplina rientrante nel concetto di ordine pubblico internazionale ovvero tra quelle disposizioni integranti i principi fondamentali e caratterizzanti di un ordinamento giuridico. Ciò detto si è sollevato il dubbio in relazione alla possibilità di includere, nell'ambito del controllo del lodo in riferimento all'ordine pubblico, anche regole di concorrenza dettate da ordinamenti diversi da quello del foro arbitrale. La risposta deve essere positiva. Pertanto, è da aspettarsi che in sede di impugnazione del lodo, il controllo dello stesso sia condotto dal giudice nazionale anche prendendo in considerazione le norme di diritto della concorrenza appartenenti a diversi ordinamenti giuridici ma applicabili e rilevanti nel caso concreto. Ciò in quanto si vuole favorire un atteggiamento di cooperazione e reciprocità tra gli Stati, si vuole evitare che lodi non annullati in sede di impugnazione siano successivamente negati dell'exequatur all'estero, si vuole scoraggiare l'utilizzo dello strumento arbitrale al fine di derogare alla normativa antitrust<sup>(42)</sup>.

Da quanto sopra, ci si chiede in che termini e modalità debba tradursi in concreto il controllo di conformità del lodo all'ordine pubblico. Ciò in quanto si devono contemperare due esigenze fondamentali. Da una parte, vi sono i principi di autonomia e tendenziale definitività del lodo tali da escludere che possa esservi un successivo controllo del lodo che si traduca in un riesame del merito. Dall'altra parte, vi è la necessità di garantire un effettivo controllo del rispetto delle norme e principi fondamentali

---

<sup>42</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit., p. 686.

dell'ordinamento giuridico rilevante per il caso concreto, tali da essere considerati quali integranti l'ordine pubblico. In tal senso, si potranno verificare diverse ipotesi concrete quali la mancata applicazione delle norme antitrust, sia perché ritenute non rilevanti nel caso concreto sia perché gli arbitri non ne abbiano del tutto ponderato la rilevanza, o l'applicazione del diritto della concorrenza ma in modo scorretto. Si potrà altresì avere l'ipotesi per cui l'errata applicazione della normativa antitrust produca di fatto effetti coincidenti con l'ipotesi di esatta attuazione delle norme rilevanti. In tal senso, sarebbe l'ipotesi di un lodo con il quale siano disattese le domande formulate in forza di un contratto che comunque sarebbe dovuto essere dichiarato nullo perché in contrasto con le norme antitrust.

In generale, a seguito della Sentenza Mitsubishi, e come meglio si dirà nel prossimo capitolo, si ritiene che il giudice nazionale debba in principio evitare ogni valutazione del merito e limitarsi a verificare che le questioni anticoncorrenziali siano state considerate e ponderate dagli arbitri. In tal modo, non si dovrà porre attenzione alla correttezza dell'applicazione della normativa antitrust da parte degli arbitri ma al fatto che la stessa sia stata valutata e considerata. Diverso è il caso in cui gli arbitri abbiano ignorato del tutto il diritto della concorrenza o ne abbiano dato una risposta del tutto irragionevole e palesemente illogica. In questo caso dovrebbe procedersi con l'annullamento del lodo per contrasto con le norme antitrust salvo che, come sopra detto, non si dimostri che l'effetto concreto della decisione sarebbe stato comunque il medesimo. Nella stessa Sentenza Eco Swiss è espressamente affermato al punto 35 che *"Occorre osservare poi che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il*

*fatto che il controllo dei lodi arbitrari rivesta un carattere limitato e che un lodo arbitrale possa essere dichiarato nullo o vedersi negare il riconoscimento solo in casi eccezionali”*. Pertanto, anche tale sentenza riprende quanto segnato con la precedente decisione nel caso Mitsubishi.

Invero, sono state sollevate alcune perplessità in riferimento all’enfasi con cui la CGUE, nella Sentenza *Eco Swiss*, ha sottolineato l’importanza del rinvio pregiudiziale alla stessa Corte per l’ipotesi di difficoltà o dubbi interpretativi della normativa europea in materia di concorrenza che risulti applicabile al lodo. In altri termini, si è rilevato che stante un controllo del lodo effettuato da parte del giudice nazionale in modo non intrusivo, difficilmente si potrà giungere sino a porre un rinvio pregiudiziale alla CGUE in materia di diritto della concorrenza. Al fine di contemperare le esigenze di rispetto dell’autonomia del lodo arbitrale e la necessità di assicurare l’attuazione del diritto europeo, la migliore dottrina ha proposto di estendere anche agli arbitri la possibilità di rinvio pregiudiziale alla CGUE<sup>(43)</sup>.

## **2. Individuazione della legge in materia di concorrenza applicabile al caso concreto.**

Alla luce di quanto sopra e, quindi, della qualificazione delle norme di diritto della concorrenza europeo quale ordine pubblico e della loro rilevanza in sede di controllo giudiziale per impugnazione o per riconoscimento od esecuzione, ne consegue che pur non essendovi un espresso obbligo legale in materia, gli

---

<sup>43</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit., p. 694.

arbitri dovranno sollevare, applicare e decidere questioni afferenti il diritto della concorrenza inteso quale complesso di norme imperative rientranti nell'ordine pubblico al fine di adempiere correttamente al proprio compito ovvero quello di pronunciare un lodo completo, valido ed efficace. Pertanto, qualora gli arbitri siano chiamati a decidere una questione rilevante per il diritto della concorrenza o abbiano sollevato *ex officio* la questione, invitando contestualmente le parti ad interloquire sul punto controverso, gli stessi dovranno anche individuare il diritto della concorrenza che dovrà essere applicato nel caso concreto. Ciò, peraltro, può risultare particolarmente complesso nelle ipotesi di arbitrati commerciali internazionali ove il lodo reso tra parti aventi nazionalità differenti sia destinato a produrre effetti in diverse aree geografiche. Orbene, al fine della determinazione della legge antitrust pertinente al caso concreto non si potrà che fare riferimento ad un criterio di collegamento ad hoc<sup>(44)</sup>. Infatti, i criteri di collegamento normalmente utilizzati dagli arbitrati non saranno pertinenti per il caso concreto. Ciò anche in relazione alla volontà espressa dalle parti del processo arbitrale. In tal caso, infatti, sia che nulla venga detto dalle parti sia che le stesse parti abbiano addirittura negato l'applicazione del diritto della concorrenza, gli arbitri non potranno che provvedere all'individuazione del diritto antitrust applicabile. Ciò risulta

---

<sup>44</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit., pp. 694-696; Radicati di Brozolo L. G., *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, cit., pp. 18; Derains, *Competition and Arbitration Law*, ICC Publication, n. 480/3, 1993; Blessing, *Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 1997, 4, pp. 23 - 40; Hanotiau, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un reexamen*, *Clunet*, 1994, pp. 946-948; Gaja, *Sulle norme applicabili al merito secondo la nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, *Rivista dell'Arbitrato*, 1994, pp. 433 ss.; Giardina, *Le norme di diritto sostanziale applicabili alla controversia*, in *Nuovo Regolamento di arbitrato CCI*, Milano, 1998, pp. 46 ss.; Blessing, *Choice of Substantive Law in International Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 1997, pp. 39 - 65;



pertinente anche per l'ipotesi di accordo tra le parti sul diritto antitrust da considerare ovvero qualora il diritto indicato dalle parti come applicabile in realtà risulti non pertinente nel caso concreto, gli arbitri dovrebbero invitare le parti a interloquire sul punto al fine di evitare che il lodo risulti viziato e quindi annullabile. Nello stesso modo la legge regolatrice del merito della controversia non potrà essere applicata anche in relazione agli eventuali profili di diritto della concorrenza in modo automatico e neanche per l'ipotesi in cui sia stata scelta espressamente dalle parti. Infatti, anche in questo caso l'individuazione della legge rilevante dovrà seguire criteri autonomi. In ultimo, anche la legge della sede dell'arbitrato non potrà essere automaticamente applicata ai profili attinenti alla concorrenza.

Ciò detto, al fine di risolvere le questioni attinenti al diritto della concorrenza, gli arbitri dovranno individuare ed applicare la legge dello Stato, o eventualmente degli Stati, al cui interno il lodo troverà esecuzione e potrà produrre effetti sul regime della concorrenza nel mercato di riferimento. Ciò risulterà di semplice soluzione qualora sia le parti che la sede dell'arbitrato che l'esecuzione del lodo risultino interessare tutte uno stesso Stato non sorgeranno dubbi sul diritto della concorrenza applicabile. Così ad esempio qualora si trattasse di un Stato Membro dell'Unione Europea dovrà essere senza dubbio applicato il diritto europeo. E' vero, però, che potranno verificarsi con maggiore frequenza ipotesi in cui più diritti della concorrenza siano interessati dagli effetti dell'accordo oggetto di giudizio arbitrale o, per altro verso, che il mercato interessato dagli effetti del lodo non sia a priori determinabile. Vi potrà quindi essere il caso per cui

due società aventi sede in due Stati differenti A e B, concludano un accordo avente effetti anti concorrenziali anche nel mercato di un terzo Stato C. Qualora sorga una controversia per l'esecuzione del predetto contratto e le parti abbiano previsto il deferimento in arbitri per la decisione, magari indicando quale sede dell'arbitrato un ulteriore Stato D, ci si chiede quale normativa antitrust dovrà essere considerata ed applicata dagli arbitri stessi. In tal senso, si ritiene di aderire all'indicazione data dalla migliore Dottrina ovvero di ritenere che gli arbitri dovranno valutare e ponderare con un approccio pragmatico e concreto quale sia la disciplina della concorrenza che risulti realmente interessata alla fattispecie oggetto del giudizio<sup>(45)</sup>. In tal senso, sarà utile provvedere a verificare quale normativa antitrust sarebbe stata applicata dal giudice nazionale il quale, in assenza della clausola compromissoria, avrebbe avuto giurisdizione per il caso concreto, e ciò a prescindere dagli eventuali altri e diversi Stati i quali potranno essere successivamente interessati dall'esecuzione del lodo stesso. Ne consegue, riprendendo l'esempio proposto, che se il mercato interessato dagli effetti anticoncorrenziali dell'accordo risulti essere quello degli Stati B e C, la disciplina della concorrenza di entrambi gli Stati dovrà essere considerata ed applicata. Qualora invece risulti che l'unico mercato interessato è quello del terzo Stato C in cui si reputa essere del tutto improbabile che il lodo trovi esecuzione, si dovrebbe ritenere

---

<sup>45</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, cit., pp. 20; Biamonti L., *Commercial Arbitration and the Italian and EC antitrust legislation with an Emphasis on intellectual property rights*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2011, fasc. 2, pp. 466-469; Luzzato, *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana*, *Rivista di Diritto interazionale privato e processuale*, 1995, p. 262; Blanke, *The Role of EC Competition Law in International Arbitration: a Plaidoyer*, in *European Business Law Review*, 2005, pp. 169-181; Werner, *Application of Competition Laws by Arbitrators*, in *Journal of international Arbitration*, 1995, pp. 21-26;

meno vincolante per gli arbitri l'applicazione del diritto della concorrenza dello Stato in questione in quanto, essendo di fatto non interessato dall'esecuzione del lodo, difficilmente potrebbe essere considerata questa una condotta elusiva del diritto della concorrenza. Resta inteso, però, che nell'ipotesi, improbabile ma possibile, di esecuzione del lodo nello Stato C, la stessa potrebbe essere legittimamente negata per contrarietà alle norme di ordine pubblico<sup>(46)</sup>. Per quanto sopra, quindi, è evidente la difficoltà per gli arbitri nella determinazione del diritto della concorrenza applicabile al caso concreto non avendo gli stessi degli obblighi derivanti dall'appartenenza ad un determinato Stato o foro. Ne consegue che gli stessi saranno agevolati dal processo di continuo avvicinamento delle diverse discipline nazionali e regionali in tema di concorrenza ed in tal senso potranno fare riferimento ai principi ormai condivisi e consolidati, in particolare, nelle sedi e consessi internazionali ove sono discusse le regole comuni per il commercio e le relazioni negoziali transnazionali. Ciò però dovrà essere attuato avendo sempre come obiettivo quello di rendere una decisione che sia piena, valida ed efficace e, quindi, capace di soddisfare ed adempiere pienamente all'incarico conferito dalle parti.

---

<sup>46</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, cit., pp. 21.

## **2.1 Il ruolo della volontà delle parti nella determinazione della legge antitrust applicabile.**

Invero, in riferimento alle questioni attinenti il diritto della concorrenza ed al fine della corretta individuazione della normativa antitrust applicabile al caso concreto, dovrà aversi particolare attenzione nell'esaminare il rapporto tra le parti dell'arbitrato e gli arbitri stessi. Infatti, a fronte di un dovere o comunque di una "aspettativa qualificata" del sistema nel vedere applicata dagli arbitri la rilevante disciplina della concorrenza, la volontà delle parti dell'arbitrato è l'elemento da cui origina il potere decisionale degli arbitri e dovrà essere considerata nell'approcciare il problema dell'applicazione della normativa antitrust<sup>(47)</sup>.

Nella pratica si potranno verificare almeno quattro ipotesi principali.

La prima quando le parti concordino espressamente l'applicazione del diritto della concorrenza. In tal caso, dovrebbe comunque essere verificato se il diritto indicato dalle parti come applicabile sia effettivamente rilevante o meno. In altre parole, si potrebbe verificare il caso per cui il diritto della concorrenza individuato dalle parti della controversia come applicabile non sia in realtà quello rilevante in quanto il mercato interessato risulti diverso. Ne conseguirebbe il pericolo che il lodo, nonostante sia stato adottato nel rispetto della volontà espressa dalle parti, possa essere annullato per violazione delle norme antitrust dello Stato realmente interessato dagli effetti dell'accordo. Si deve, quindi, considerare che in tali casi gli arbitri debbano sollevare la

---

<sup>47</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, cit., pp. 21-23.

questione non potendo ritenere perentoria la indicazione data dalle parti.

Altra ipotesi è quella per cui soltanto una delle parti richieda l'applicazione della normativa antitrust. In tal caso, non vi sono dubbi sulla legittimità dell'applicazione della normativa antitrust da parte degli arbitri sempre in forza della presenza di tutti gli altri fattori che rendano rilevanti una o più determinate normative in riferimento agli effetti anti competitivi dell'accordo stipulato tra le parti.

Può ancora verificarsi che le parti nella stessa pattuizione arbitrale escludano espressamente la possibilità di applicare la normativa antitrust. In tale caso, gli arbitri si troverebbe stretti tra la necessità di conformare il proprio operato alla volontà delle parti ed il dovere o comunque la generale e sistemica aspettativa di applicazione della disciplina della concorrenza intese quali norme imperative di ordine pubblico. Infatti, qualora dovessero accettare l'incarico conferito con le superiori condizioni rischierebbero di potere essere tacciati di condotta illecita ed anticoncorrenziale secondo un'accezione estensiva fatta propria dal Tribunale di primo grado dell'Unione Europea nella Sent. *Treuhand v. Commission*, causa T-99/04, in cui è stato statuito che *“Pertanto, qualunque impresa che avesse adottato un comportamento collusivo, ivi comprese le imprese di consulenza non attive sul mercato in questione interessato dalla restrizione della concorrenza, poteva ragionevolmente prevedere che il divieto sancito dall'art. 81, n. 1, CE fosse, in linea di principio, applicabile nei suoi confronti. Infatti, tale impresa non poteva ignorare – o comunque era in grado di comprendere – che la prassi decisionale della Commissione e la giurisprudenza comunitaria anteriori*

*includevano già, in maniera sufficientemente chiara e precisa, il fondamento del riconoscimento esplicito della responsabilità di un'impresa di consulenza per un'infrazione all'art. 81, n. 1, CE, qualora questa contribuisca attivamente e volontariamente ad un'intesa tra produttori operanti su un mercato distinto da quello su cui essa stessa opera*"<sup>(48)</sup>. Qualora, poi, tale indicazione dovesse provenire dalle parti nel corso del giudizio arbitrale, gli arbitri potrebbe comunque procedere con l'applicazione del diritto della concorrenza rilevante. Ne conseguirebbe, però, che le parti potrebbe considerare come non rilevante il lodo pronunciato in quanto non rispondente alla volontà delle stesse così rifiutando anche il pagamento del compenso degli arbitri. Dall'altra parte, gli arbitri avrebbero una giustificata causa per rinunciare al proprio incarico così avendo comunque diritto al compenso oltre ad eventuale risarcimento dei danni<sup>(49)</sup>.

In ultimo, l'ipotesi maggiormente diffusa sarà quella in cui le parti nulla dicono in merito al diritto della concorrenza. In tal caso, e ponendosi in linea con quanto sopra detto, gli arbitri avranno il dovere di sollevare eventuali questioni rilevanti per il diritto della concorrenza essendo questo norme imperativo di ordine pubblico. Ciò naturalmente dovrà avvenire soltanto qualora vi siano tali e tanti indizi ed elementi su cui fondare la concreta convinzione che l'accordo intercorso tra le parti sia tale da potere influenzare il gioco della concorrenza in uno o più mercati nazionali o transnazionali. E' necessario, peraltro, rilevare che in ogni caso gli arbitri prima di dare applicazione al diritto della

---

<sup>48</sup>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62004TJ0099&from=EN>

<sup>49</sup> Radicati di Brozolo L. G., Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators, cit., pp. 22.

concorrenza nel caso oggetto di decisione dovranno promuovere e garantire un pieno e completo contraddittorio tra le parti in causa anche su tale aspetto e sempre nel rispetto delle regole e dei principi generali del giusto processo.

## CAPITOLO III

### IL RUOLO DEL GIUDICE NAZIONALE IN SEDE DI CONTROLLO SUCCESSIVO DEL LODO.

#### **1. Controllo successivo del lodo tra approccio massimalista e minimalista.**

Nel precedente capitolo si è avuto modo di dimostrare come le norme antitrust siano da qualificarsi in termini di disposizioni imperative rientranti nell'ordine pubblico, con la conseguenza di dovere essere applicate sia dagli arbitri che con maggiore forza dai giudici nazionali quando si trovino ad esaminare un lodo di tale genere. Ciò detto, bisogna chiedersi quale sia il grado ed intensità del controllo che potrà essere esercitato dal giudice nazionale in merito al lodo ed in riferimento all'accertamento di un'eventuale violazione del diritto della concorrenza. Si pensi, quindi, ad un lodo reso su di una questione afferente il diritto della concorrenza, il quale lodo sia successivamente impugnato innanzi al giudice nazionale per ottenerne l'annullamento od ancora si consideri il caso di un lodo portato all'esame della corte nazionale competente al fine di richiederne il riconoscimento e l'esecuzione nel territorio dello Stato nazionale interessato. A fronte di ciò, il giudice nazionale adito dovrà porre un esame del lodo secondo criteri e limiti sulla cui determinazione e delimitazione si è molto dibattuto ed ancora oggi si discute in dottrina<sup>(50)</sup>.

---

<sup>50</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, cit., pp. 3-11; Radicati di Brozolo L.G., *Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings*, in *EU and US Antitrust Arbitration: a Handbook for Practitioners*, G. Blake and P. Landolt eds., Kluwer, 2010, pp. 759 e ss.; Radicati



La questione risulta particolarmente delicata in quanto, il lodo arbitrale viene considerato come tendenzialmente definitivo per quanto riguarda l'accertamento nel merito, con poche e limitate eccezioni che ne possano decretare l'annullamento o il rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione. Si pensi, in tal senso, alla contrarietà all'ordine pubblico o all'ipotesi di non arbitrabilità dei diritti oggetto della controversia. Orbene, poiché il diritto della concorrenza è stato qualificato, in forza delle sopra esaminate sentenze Mitsubishi ed Eco Swiss, e con l'espressa eccezione della Corte Suprema Svizzera Sent. del 06.03.06 *Terrarmata v. Tensacciai*<sup>(51)</sup>, quale normativa imperativa rientrante nell'ordine pubblico e, pertanto, di straordinaria importanza per l'ordinamento giuridico considerato, ci si chiede se la corte nazionale chiamata ad esaminare il lodo, sia esso in sede di annullamento che di riconoscimento e/o esecuzione di lodo straniero, debba porre in essere un esame più approfondito di quanto permesso in via ordinaria, stante la necessità di assicurare l'effettività ed il rispetto della normativa antitrust.

In tal senso è possibile individuare due orientamenti definiti rispettivamente come massimalista e minimalista.

---

di Brozolo L.G., *Competition Law and Arbitration*, cit. pp. 13-14; Zekos, *Antitrust/Competition Arbitration in EU Versus U.S. Law*, cit. pp. 21-24.; Radicati di Brozolo L.G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit. pp. 11-16; Batianon S., *Arbitrato Comemricale Internazionale e Diritto Antitrust*, cit., pp. 373-375; Radicati di Brozolo - Blanke - Landolt - Rowley, *Interim Discussion*, in *European Business Law Review*, 2008, pp. 57-61; Landolt P., *Arbitration Awards assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements*, in *Arbitration International*, 2007, pp. 63-92; Wils W., *The Relationship between Puvlic Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, 2009, pp. 3-26; Iannuccelli P., *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement del diritto antitrust dell'UE*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 4/2012, pp. 709 - 729; Delli Priscoli L., *Validità ed efficacia del lodo, ordine pubblico e concorrenza*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2/2014, pp. 1-12;

<sup>51</sup> Secondo la Corte il diritto antitrust non appartiene all'ordine pubblico inteso quale insieme dei principi essenziali e fondanti che, in base ai valori preminenti per lo Stato svizzero, costituiscono le pietre angolari su cui si basa ogni ordinamento giuridico. Sul punto Landolt P., *Judgment of the Swiss Supreme Court of 8 March 2006 - A Commentary*, in *European Business Law Review*, 2010, pp. 130 - 145, anche reperibile al seguente indirizzo <http://landoltandkoch.com/wp-content/uploads/2010/12/EBLR-19-1-Landolt1.pdf>

L'approccio massimalista vorrebbe da parte del giudice nazionale un controllo esteso ed approfondito del lodo al fine di verificare non solo se sia stata presa in considerazione ed applicata la normativa antitrust ma anche e soprattutto la stessa sia stata applicata correttamente<sup>(52)</sup>. Tale impostazione, quindi, vuole dare massimo rilievo alla qualificazione del diritto della concorrenza quale normativa imperativa facente parte dell'ordine pubblico rendendo, dunque, imprescindibile per l'ordinamento giuridico che lo stesso non solo venga applicato al caso concreto ma che ne sia data una corretta interpretazione ed esecuzione. Sempre a sostegno della tesi in discussione, si fa riferimento alla dottrina del *second look* indicato nella Sent. Mitsubishi da parte della Corte Suprema degli USA, al fine di giustificare l'arbitrabilità delle controversie aventi ad oggetto diritti afferente alla disciplina antitrust. In altri termini, secondo tale orientamento l'ammissione di un controllo intenso, ampio e concretizzantesi in un vero e proprio riesame del merito del lodo sarebbe da considerarsi quale necessaria conseguenza volta a controbilanciare la concessa e riconosciuta arbitrabilità del diritto della concorrenza e ciò in evidente deroga ai generali principi in materia di arbitrato quali limitati motivi di impugnazione per annullamento e di opposizione al riconoscimento od all'esecuzione dei lodi. Pertanto, secondo questo orientamento la corte nazionale dovrebbe riesaminare tutti i fatti della controversia, individuare la normativa antitrust applicabile e porre in essere tutte quelle

---

<sup>52</sup> Mayer P., *L'etendue du controle, par le juge etatique, de la conformité des setences arbitrales aux lois de police*, in Melanges Gaudement Tallon, Paris, 2008; Serraglini C., *L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public*, in Cahiers de l'arbitrage 5 n. 2, 2005; Hanotiau and Caprasse, *Public Policy in International Commercial Arbitration*, in Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, in Gaillard and Di Pietro eds., London, 2008; Brulard – Quintin, *European Community Law and Arbitration – National Versus Community Public Policy*, in Journal of International Arbitration, 2001, pp. 533 – 547;

attività necessarie per l'esatta determinazione delle risultanze in questa materia ovvero procedere con la determinazione del mercato rilevante, verificare l'esistenza di competitors, esaminare gli effetti dell'accordo oggetto di esame sul mercato precedentemente determinato, applicare la normativa rilevante e, quindi, trarre le risultanze. Tali accertamenti si sostanziano in procedimenti di analisi e valutazione particolarmente complessi, i quali richiedono capacità e conoscenze tecniche e specialistiche non comuni ed in ogni caso sono attività i cui risultati, seppure basati su elementi di ricerca e determinazione per quanto possibili di rilevanza oggettiva, sono inevitabilmente discrezionali ove è necessario portare ad applicazione la norma generale nel caso particolare per come individuato e qualificato. Ne consegue che una volta verificato che gli arbitri abbiano preso in considerazione l'esistenza di rilevanti profili per il diritto della concorrenza, non vi è alcuna certezza che le corti nazionali siano in grado di assicurare un'applicazione del diritto antitrust maggiormente coerente rispetto a quanto compiuto in sede arbitrale. Pertanto, permettere una totale revisione del merito del lodo lascia non poche perplessità su quello che potrebbe essere in concreto il risultato finale in termini di esatta attuazione del diritto della concorrenza.

Il secondo orientamento è qualificato come minimalista in quanto si ritiene che la corte nazionale debba limitarsi a verificare se gli arbitri abbiano consapevolmente valutato e considerato la rilevanza della normativa antitrust nel caso sottoposto alla loro attenzione ed, eventualmente, se la stessa sia stata applicata in modo non palesemente irragionevole, escludendo però che il giudice possa spingersi sino a riesaminare nel merito l'intera

controversia<sup>(53)</sup>. La predetta tesi si propone di salvaguardare i principi generali in materia di arbitrato, come generalmente accettati e riconosciuti anche in sede internazionale con la Convenzione di New York del 1958, e la necessità di assicurare l'esatta applicazione ed il rispetto del diritto della concorrenza. D'altronde la stessa giurisprudenza americana ha più volte ribadito la contrarietà verso un controllo giudiziale del lodo approfondito e, quindi, riguardante il merito della vicenda, dovendo invece il giudice limitarsi a verificare che il diritto antitrust sia stato oggetto di attenta considerazione e valutazione da parte degli arbitri<sup>(54)</sup>. Tali risultanze non possono non considerarsi del tutto pertinenti anche per l'ambito europeo ove, peraltro, il controllo della concorrenza è ancora fortemente centralizzato e di fonte statale o sovrastatale<sup>(55)</sup>. Inoltre, come rilevato in precedenza, non vi è alcuna certezza in ordine alla maggiore correttezza delle risultanze a cui potrebbe giungere una corte nazionale a seguito di un riesame del merito del lodo rispetto a quanto deciso dagli arbitri. Infatti, le controversie in materia di diritto della concorrenza comportano la risoluzione di

---

<sup>53</sup> Radicati di Brozolo L.G., *Antitrust: a paradigm of the relations between arbitration and mandatory rules a fresh look at the second look*, in *International Arbitration Law Review*, 2004; Radicati di Brozolo L. G., *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, cit.; Radicati di Brozolo L. G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit., pp. 679-684; Radicati di Brozolo L.G., *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2006, pag. 629, fasc. 4, pp. 629-643; Tamperi T., *Poteri del giudice nazionale, compatibilità con l'ordine pubblico e divieto di riesame del merito nel riconoscimento di lodi arbitrali stranieri*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, fasc. 3, pp. 637-656; Fumagalli, *Mandatory Rules and International Arbitration : an Italian Perspective*, in *ASA Bulletin*, 1998, fasc. 1, pp. 43-59; Radicati di Brozolo – Mouree, *Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back*, in *Journal of International Arbitration*, 23, 2006, pp. 171 – 188; Thieffry J., *The finality of awards in international arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 1985, pp. 27-47;

<sup>54</sup> Vedi: *Mitsubishi v. Soler*, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>; *American Central Eastern Texas Gas Co. v. Union Pacific Resources Group*, <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCOURTS-ca5-02-41010/USCOURTS-ca5-02-41010-0/content-detail.html>.

<sup>55</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, cit..

questioni di particolari difficoltà da affrontarsi mediante un approccio spesso di carattere economico più che strettamente giuridico. In tal senso, le caratteristiche proprie dell'arbitrato con il quale è possibile per le parti nominare degli esperti nelle materie oggetto di controversia danno una garanzia aggiuntiva e di particolare importanza che non è possibile trovare in riferimento ad un giudice nazionale necessariamente generalista. Peraltro, come già rilevato, i risultati dell'applicazione al caso concreto delle norme antitrust richiedendo l'attuazione di regole generali ed astratte a fattispecie particolari e limitare comporta che le risultanze potranno essere fortemente connotate dalle valutazioni delle risultanze fattuali quali, ad esempio, la ricostruzione ed individuazioni del mercato rilevante. Stante la complessità delle valutazioni da porre in essere nell'esame dei fatti rilevanti per determinare l'eventuale violazione del diritto della concorrenza e, quindi, considerando che il risultato finale raramente potrà dirsi come corretto in modo assoluto, qualora si dovesse attribuire alla corte nazionale il potere di procedere ad un riesame completo della controversia compromessa in arbitri, si avrebbe la dirompente conseguenza di rendere la via arbitrale un azzardo anziché un'opportunità. Ciò, in particolare, nell'ambito del commercio internazionale ove la risoluzione arbitrale delle controversie rappresenta il mezzo naturale a cui affidarsi per ragioni di tempi, capacità, competenze ed affidabilità degli arbitri. Peraltro, ed ancora a sostegno della tesi minimalista, deve rilevarsi che nella pratica gli arbitri sollevano e trattano delle questioni di concorrenza con puntualità, professionalità e frequenza il che già rappresenta una forte deterrenza per eventuali comportamenti elusivi progettati dalle parti della

controversia. Inoltre, si consideri che il lodo potrà sempre essere oggetto dell'esame, seppure limitato a taluni aspetti, delle corti nazionali in sede di annullamento o di riconoscimento ed esecuzione di lodo straniero ed, infine, che nulla impedisce alle autorità amministrative, siano esse nazionali che regionali, poste a garanzia della corretta attuazione della normativa antitrust di intervenire in riferimento alla fattispecie portata all'attenzione degli arbitri. Non potrebbe neanche escludersi, in particolare in presenza di condotte anticoncorrenziali con effetti chiaramente dannosi, ad esempio per la categoria dei c.d. "consumatori", che i terzi danneggiati possano comunque intraprendere giudizi al fine di fare valere l'illiceità della condotta delle parti dell'intesa chiedendo un congruo risarcimento dei danni.

In definitiva, è evidente come anche negando un controllo intenso e approfondito nel merito di un lodo, un'eventuale condotta anticoncorrenziale non risulti sanzionata dal sistema giuridico interessato. Per quanto sopra detto, si ritiene preferibile che la corte nazionale in sede di esame per annullare o rifiutare il riconoscimento e/o esecuzione del lodo straniero, debba limitarsi a verificare se lo stesso lodo presenti una decisione contraria alla normativa antitrust in modo palese e grossolano ovvero risulti in modo chiaro la volontà elusiva delle parti. In tal modo, di potranno conciliare le esigenze proprie dell'istituto arbitrale con la necessità di assicurare il rispetto del diritto della concorrenza<sup>(56)</sup>.

---

<sup>56</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, cit..

## 1.2 La posizione della giurisprudenza.

In merito alla questione dell'intensità del controllo successivo del lodo arbitrale, le Corti nazionali dell'area europea, oltre a come già rilevato quelle statunitensi, si dichiarano favorevole ad un approccio più favorevole ed attento alle esigenze e caratteristiche della soluzione arbitrale delle controversie. Così la Corte di Giustizia dell'UE nella famosa Sent. Eco Swiss ha affermato al punto 35 che *“Occorre osservare poi che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali rivesta un carattere limitato e che un lodo arbitrale possa essere dichiarato nullo o vedersi negare il riconoscimento solo in casi eccezionali”*<sup>(57)</sup>.

In particolare, poi, la giurisprudenza francese ha preso posizione in favore della tesi minimalista ed in tal senso è ricordata la fondamentale decisione *Thalès v. Euromissile*, resa dalla Corte di Appello di Parigi il 18 novembre 2004<sup>(58)</sup>. Con tale sentenza è stata rigettata l'eccezione di nullità del lodo giustificata per un preteso omesso esame di un profilo di incompatibilità di un contratto con il diritto della concorrenza. La Corte ha statuito che un'asserita infrazione del diritto della concorrenza, per costituire una violazione dell'ordine pubblico, deve essere *“flagrant, effectif et concret”*. Peraltro, tale vizio era stato sollevato per la prima

---

<sup>57</sup> <http://www.lex.unict.it/dottorato/processualegenerale/materiale/200409/C126-97.pdf>; D'Alessandro E., Processo arbitrale e diritto comunitario, in *Giustizia Civile*, 2000, fasc 7.8., pp. 1903-1914.

<sup>58</sup> Così App. Paris, 18 novembre 2004, *Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile*, in *Journ. dr. int.*, 2005, p. 357 ss., con nota di A. MOURRE, e in *Rev. arb.*, 2004, p. 986 ss., sulla quale v. pure il commento articolato di L.G. RADICATI DI BROZOLO, L'illicéité « qui crève les yeux »: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos del'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris), *ibid.* 2005, p. 529 ss; Bensaude D., *Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile: Defining the limits of scrutiny of awards based on alleged violations of European Competition Law*, in *Journal of International Law*, 2005, pp. 239-244; Blanke, : *Defining the limits of scrutiny of awards based on alleged violations of European Competition Law – A replique to Denis Bensaude's “Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile”*, in *Journal of International Arbitration*, 2006, pp. 249-257;

volta innanzi alla Corte di Appello in sede di impugnazione del lodo per ottenere l'annullamento dello stesso non essendo stato, come sottolineato dalla stessa Corte, né eccepito né deciso in sede arbitrale. Tale fondamentale perimetrazione della rilevanza delle violazioni del diritto della concorrenza in termini di ordine pubblico è stato fatto proprio anche dalla Suprema Corte francese con sentenza *Cytec* del 2008<sup>(59)</sup>. In sede di commento a tale ultima decisione, la migliore dottrina sul punto ha chiarito come il termine "*flagrant*", meno comprensibile rispetto ai ben più chiari *effectif e concret*, deve essere inteso nel senso che la violazione del diritto antitrust deve essere, oltre che effettiva e concreta e quindi tale da produrre conseguenze reali e determinate, evidente, non discutibile, sostanziale e non meramente formale<sup>(60)</sup>. Nello stesso senso anche chi, in dottrina, è sostenitore dell'approccio massimalista ha ritenuto di limitare le infrazioni antitrust rilevanti per l'ordine pubblico soltanto a quelle che siano concrete, effettive e serie<sup>(61)</sup>. Pertanto, sembra potersi affermare che non tutte le violazioni del diritto della concorrenza che dovessero verificarsi in giudizio arbitrale potranno tradursi in una violazione dell'ordine pubblico e, quindi, in un legittimo motivo di annullamento del lodo o di rigetto della domanda di riconoscimento o di esecuzione del lodo straniero. Infatti, la violazione dovrà essere seria, effettiva e concreta. Ciò richiederà un apprezzamento caso per caso che dovrà essere posto dal singolo giudice nazionale adito. Pertanto, può ritenersi che una

---

<sup>59</sup> Cass., I civ., 4 giugno 2008, SNF c. Cytec Industries B.V., in Rev. arb., 2008, p.473 ss., con nota di I. FADLALLAH.

<sup>60</sup> Cass., I civ., 4 giugno 2008, SNF c. Cytec Industries B.V., in Rev. arb., 2008, p.473 ss., con nota di I. FADLALLAH.

<sup>61</sup> Seraglini, "Le controle de la sentence au regard de l'ordre public international pae le juge etatique: mythes et realites", in Cahiers de l'arbitrage n. 5, 2009, pp.32 e ss.



semplice non condivisione delle risultanze raggiunte dagli arbitri e trasposte nel lodo o il mancato recepimento di un provvedimento dell'autorità garante o ancora l'omessa decisione non dovuta ad una volontà di elusione non sarà di per sé tale da integrare una violazione dell'ordine pubblico. Diversamente affinché si possa avere una violazione dell'ordine pubblico sarà necessario che la violazione del diritto della concorrenza assuma caratteri di concretezza, effettività e serietà ove, ad esempio, il lodo abbia avallato palesi e gravi violazioni dei diritti antitrust quale il non qualificare il controllo assolutamente preponderante di un mercato come posizione dominante o non avere sanzionato pratiche ed intese commerciali, in particolare, orizzontali volte a restringere il normale gioco della concorrenza. Sotto altro aspetto, nella Sentenza *SNF v. Cytec*, la Corte di Cassazione francese ha affermato in modo condivisibile che qualora il lodo condanni al solo risarcimento dei danni in riferimento ad una condotta anticoncorrenziale, ormai cessata, non vi è quell'attualità richiesta perché possa integrarsi una violazione dell'ordine pubblico<sup>(62)</sup>. In conformità a tale orientamento che restringe l'ambito di ciò che può integrare la violazione dell'ordine pubblico, si sono pronunziate le Corti nazionali di Italia, Germania, Svezia, Belgio e Grecia<sup>(63)</sup>. Da ultimo, si rileva la sopra citata sentenza della Corte svedese resa il 23.10.13<sup>(64)</sup>. Con la predetta decisione, la Corte di Appello ha, innanzitutto, confermato la piena arbitrabilità delle controversie in materia di antitrust nel loro profilo attinenti agli

---

<sup>62</sup> Cass., I civ., 4 giugno 2008, *SNF c. Cytec Industries B.V.*, in *Rev. arb.*, 2008, p.473 ss., con nota di I. FADLALLAH

<sup>63</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, cit

<sup>64</sup> Svea Court of Appeal, Second Division, Case n. 4487-12, del 23.10.13, *Systembolaget Aktiebolag v. The Absolut Company Aktiebolag*.

effetti civili degli illeciti anticoncorrenziali. Ciò detto, i giudici svedesi hanno affrontato la questione dei motivi di annullamento del lodo con riferimento all'art. 33, comma 2, dell'Arbitration Act svedese del 1999 secondo il quale, in linea con gli altri ordinamenti nazionali e convenzioni internazionali, l'annullabilità del lodo è ammessa soltanto per le ipotesi di contratto con i principi fondamentali dell'ordinamento<sup>(65)</sup>. Tale previsione viene intesa come riferita al concetto di ordine pubblico il quale a sua volta è interpretato dalla giurisprudenza in senso restrittivo. In particolare, ammesso che sia la disciplina domestica che europea rientra tra i principi fondamentali dell'ordinamento svedese, la Corte afferma che il giudice nazionale potrà annullare il lodo soltanto per ipotesi di grave violazione della normativa antitrust. Interessante è, altresì, il richiamo che la Corte pone all'ipotesi di violazione non grave della normativa antitrust ma la cui condotta illecita sia stata riconosciuta tale da una decisione del giudice nazionale o dell'Autorità garante nazionale. In merito, poi, all'annosa questione relativa al grado di intensità e profondità del controllo ed esame del lodo che debba essere effettuato dal giudice nazionale dell'impugnazione, la Corte svedese afferma che a seguito della Sentenza della CGUE *Eco Swiss* non deve trarsi alcun effetto modificatore dell'approccio e della legislazione nazionale in merito alle modalità e limiti nel riesame del lodo da parte degli organi giurisdizionali domestici. Ciò detto, la Corte ribadisce l'interpretazione restrittiva da darsi al concetto di ordine pubblico e contemporaneamente si esprime in favore della c.d. tesi minimalista in riferimento all'intensità del riesame del

---

<sup>65</sup> Bettoni E., *La giurisprudenza svedese in materia di arbitrato e diritto antitrust: arbitrabilità, interpretazione restrittiva dell'ordine pubblico ed approccio minimalista*, cit., pp. 526-527.

lodo da porsi da parte del giudice nazionale. Infatti, la Corte non presta alcuna attenzione ad aspetti quali la corretta ricostruzione ed analisi dei fatti ovvero della normativa antitrust rilevante nel caso concreto. Ciò che può rilevare è soltanto quanto “*could be held to be clearly incompatible with basic principles of Swedish law or the competition law provisions of the TFUE*”. Pertanto, tale decisione si pone nel solco dell’orientamento maggioritario volto a ponderare le esigenze di tutela del sistema concorrenziale con le prerogative di autonomia e tendenziale definitività dello strumento arbitrale.

Orbene, una volta determinato che le Corti nazionali non dovranno porre in essere un riesame del merito del lodo ma verificarne soltanto che non siano presenti delle infrazioni tali da integrare violazione dell’ordine pubblico e che non tutte le violazioni del diritto della concorrenza possono essere intese quali violazioni dell’ordine pubblico, ma soltanto quelle che consistano in una violazione effettiva, concreta e seria della normativa antitrust, ci si deve chiedere come concretamente potranno operare i giudici nazionali in sede di annullamento o riconoscimento del lodo. Ciò detto, si deve ritenere, con la migliore dottrina che, la mera lettura del dispositivo del lodo non potrà essere sufficiente in sede di controllo successivo in quanto in tal modo non risulterà possibile comprendere l’iter logico giuridico che ha condotta alla decisione finale<sup>(66)</sup>. Diversamente, dovranno essere esaminate le motivazioni della decisione da cui potrà essere analizzata e compresa la fattispecie ed il ragionamento che ha portato all’emissione del lodo. Da tale

---

<sup>66</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, cit

analisi, e sempre che le motivazioni siano chiaramente ed esaustivamente riportate, la Corte potrà verificare l'esistenza di violazioni costituenti valido motivo di annullamento o di rigetto del riconoscimento o esecuzione del lodo straniero in quanto contrario all'ordine pubblico. In tal modo, pur avendo la possibilità di conoscere la vicenda di fatto e il percorso argomentativo del lodo, la Corte nazionale eviterà di dovere procedere ad un vero e proprio riesame del merito, soluzione questa generalmente osteggiata in quanto contrario ai principi generali in materia di arbitrato. E' pur vero che in determinate circostanze la sola lettura delle motivazioni del lodo potrebbe non essere sufficiente per verificare l'esistenza di una contrarietà all'ordine pubblico. Infatti, la motivazione potrebbe essere riportata in maniera frammentaria, non completa o comunque non comprensibile. Si potrebbe avere una motivazione completa ma tale da non fare emergere i reali profili di contrarietà all'ordine pubblico come ad esempio un lodo che decida su controversie relative all'esecuzione di un contratto contrario alla concorrenza quali, ad esempio, intese anticoncorrenziali per il controllo dei prezzi di prodotti o servizi. Vi può essere ancora l'ipotesi in cui le questioni attinenti al diritto della concorrenza non siano state sollevate né prese in considerazione dagli arbitri. In tutte queste ipotesi in cui l'esame della motivazione del lodo non è soddisfacente in quanto incompleta o mancante, si deve ritenere che la Corte nazionale potrà effettuare un esame più approfondito della documentazione del giudizio arbitrale soltanto quando vi siano ulteriori e gravi indizi tali da far sorgere il ragionevole sospetto dell'esistenza di una concreta, effettiva e

seria violazione del diritto della concorrenza<sup>(67)</sup>. Nello stesso modo, la parte che decida di eccepire in sede giudiziale la contrarietà del lodo all'ordine pubblico per violazione del diritto della concorrenza, dovrà fornire alla Corte adita le prove dell'esistenza di una tale effettiva, concreta e seria violazione in modo da giustificare un esame del lodo più approfondito da parte della giudice nazionale.

Peraltro, risulta interessante richiamare le raccomandazioni contenute nel rapporto finale sull'ordine pubblico rilasciato nel 2002 dal Comitato sull'arbitrato commerciale internazionale dell'International Law Association. Le predette raccomandazioni prevedevano che a) *"The finality of awards rendered in the context of international commercial arbitration should be respected save in exceptional circumstances."*; b) *"Such exceptional circumstances may in particular be found to exist if recognition or enforcement of the international arbitral award would be against international public policy."*; c) *"An example of a public policy rule is anti-trust law"*; d) *"If the court refuses recognition or enforcement of the arbitral award, it should not limit itself to a mere reference to Article V.2 (b) of the New York Convention 1958 or to its own statute or case law. Setting out in detail the method of its reasoning and the grounds for refusing recognition or enforcement will help to promote a more coherent practice and the development of a consensus on principles and rules which may be deemed to belong to international public policy."*; e) *"An award's violation of a mere "mandatory rule" (i.e. a rule that is mandatory but does not form part of the State's international public policy so as to compel its*

---

<sup>67</sup> Radicati di Brozolo L. G., *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, cit

*application in the case under consideration) should not bar its recognition or enforcement, even when said rule forms part of the law of the forum, the law governing the contract, the law of the place of performance of the contract or the law of the seat of the arbitration.";* f) "A court should only refuse recognition or enforcement of an award giving effect to a solution prohibited by a rule of public policy forming part of its own legal system when: (i) the scope of said rule is intended to encompass the situation under consideration; and (ii) recognition or enforcement of the award would manifestly disrupt the essential political, social or economic interests protected by the rule."; g) "When the violation of a public policy rule of the forum alleged by a party cannot be established from a mere review of the award and could only become apparent upon a scrutiny of the facts of the case, the court should be allowed to undertake such reassessment of the facts."; h) "A court may refuse recognition or enforcement of an award where such recognition or enforcement would constitute a manifest infringement by the forum State of its obligations towards other States or international organisations."

Pertanto, il predetto rapporto afferma che: in materia di arbitrato commerciale internazionale la regola della definitività del lodo deve costituire un principio fondamentale cui si può derogare solo in casi eccezionali; tra le ipotesi aventi carattere di eccezionalità va ricompreso il caso in cui il riconoscimento o l'esecuzione del lodo si pone in contrasto con l'ordine pubblico; le norme di diritto della concorrenza sono da considerarsi quali norme di ordine pubblico; non ogni violazione del diritto antitrust posta da parte degli arbitri costituisce anche violazione dell'ordine pubblico; affinché un lodo possa considerarsi in

contrato con l'ordine pubblico per violazione della normativa antitrust è necessario che il riconoscimento o l'esecuzione del lodo, e quindi i suoi effetti, determinino concretamente una violazione dei fondamentali valori politici, sociali ed economici dello Stato di esecuzione o riconoscimento; qualora gli arbitri abbiano analizzato e deciso le questioni antitrust presenti nel caso sottoposto alla loro decisione deve escludersi per il giudice statale la possibilità di un riesame, in fatto ed in diritto, della decisione arbitrale, anche nel caso in cui il giudice statale ritenga che la decisione arbitrale non sia giuridicamente "corretta"; nel caso in cui gli arbitri abbiano completamente omesso qualsiasi valutazione dei profili antitrust del caso sottoposto alla loro decisione oppure abbiano adottato una soluzione che, anche a prima vista, costituisce una irragionevole applicazione delle norme antitrust in grado di arrecare pregiudizio all'ordine pubblico (ad es. perché si è esclusa l'esistenza di una posizione dominante in capo ad un'impresa che detiene il 100% del mercato rilevante), il giudice statale deve poter procedere ad un riesame dei fatti all'esito del quale può eventualmente annullare il lodo o rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione del lodo straniero<sup>(68)</sup>.

---

<sup>68</sup> <http://www.newyorkconvention.org/publications/full-text-publications/general/ila-report-on-public-policy-2002>; Bastianon S., *Arbitrato commerciale internazionale e diritto antitrust*, cit., p. 374; Bernardini, *L'Arbitrato commerciale internazionale aspetti generali*, in *Contratti e Commercio Internazionale*, 2008, pp. 1-22.

**CAPITOLO IV**  
**IL RAPPORTO TRA L'ARBITRATO IN MATERIA DI**  
**CONCORRENZA E LE AUTORITA' PUBBLICHE DI GARANZIA. IL**  
**RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA**  
**DELL'UNIONE EUROPEA.**

**1. Autorità pubbliche garanti della concorrenza e arbitrato.**

Essendo stata ampiamente dimostrata la competenza degli arbitri a conoscere delle questioni attinenti al diritto della concorrenza, è necessario interrogarsi su quali siano ed in che modo vadano regolamentati i rapporti tra procedimento arbitrale e le Autorità pubbliche istituite al fine di garantire l'esatta attuazione delle normative antitrust. Infatti, come si è avuto modo di rappresentare le norme di diritto della concorrenza sono generalmente qualificate quale norme imperative rientranti nel concetto di ordine pubblico discendendo da ciò una precipua rilevanza extra privatistica e, si direbbe, pubblicistica della vicenda compromessa in arbitri con il conseguente concreto e grave rischio che il lodo pronunciato possa essere annullato o ne possa essere rifiutata il riconoscimento o l'esecuzione da parte della Corte nazionale adita per contrarietà all'ordine pubblico sia esso inteso in senso nazionale, vedi il nostro art. 839 c.p.c., che internazionale ai sensi della Convenzione di New York del 1958, art. V(2)(b). In particolare, per quanto per noi di maggiore interesse, nell'area europea, il controllo pubblicistico dell'esatto rispetto ed applicazione del diritto della concorrenza è di maggiore intensità rispetto all'esperienza ad esempio statunitense. Infatti, il ruolo centrale di controllo è attribuito alla Commissione UE la quale detiene poteri decisionali



particolarmente penetranti ed in riferimento alla quale sono previste forme accentuate di cooperazione e scambio di informazioni con gli Stati Membri e le loro autorità pubbliche nazionali tra cui rientrano gli organi giurisdizionali. In tal senso, basti porre mente a quanto previsto dall'art. 4 del TUE nonché agli artt. 3, 26, 32, e 101 e ss. del TFUE<sup>(69)</sup>. Di fondamentale importanza per la modernizzazione del diritto europeo antitrust, in particolare in relazione all'aspetto della cooperazione e concreta attuazione degli artt. 101 e 102 del TFUE, è il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002<sup>(70)</sup>. Infatti, obiettivo del nuovo regime di applicazione delle procedure antitrust è garantire un'osservanza maggiormente effettiva delle regole comunitarie della concorrenza nell'interesse dei consumatori e delle imprese che esercitano l'attività in nel territorio europeo così alleggerendone l'onere burocratico. La ratio del predetto regolamento era quello di potenziare l'applicazione decentrata delle regole di concorrenza e di rafforzarne il controllo successivo. Ancora si mirava a concentrare le risorse della Commissione UE soltanto sui casi in materia di concorrenza maggiormente gravi e rilevanti. Ciò accrescendo il ruolo delle autorità e giurisdizioni nazionali nell'attuazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, garantendone l'applicazione effettiva ed uniforme.

In particolare, per quanto attiene l'esperienza italiana, deve farsi riferimento alla L. 287/1990 con la quale il legislatore ha istituito l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ed alla quale

---

<sup>69</sup>

[http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012/consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012\\_it.pdf](http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_it.pdf)

<sup>70</sup>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:IT:PDF>

sono stati conferiti tutti i poteri relativi alla autorizzazione delle intese restrittive della concorrenza e della vigilanza su comportamenti che possano costituire restrizioni non autorizzate alla concorrenza<sup>(71)</sup>. Pertanto, alla stessa Autorità sono attribuiti pieni poteri istruttori per l'accertamento degli illeciti concorrenziali nonché poteri decisorii e sanzionatori. In particolare, l'art. 33 della L. 287/90 disciplina dal punto di vista processuale, al primo comma, la tutela di natura pubblicistica e, quindi, la possibilità di impugnare il provvedimento dell'Autorità innanzi al Giudice Amministrativo. In tal senso, è disposto che *“La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo”*. Diversamente, il secondo comma del medesimo articolo riconosce ai terzi, che si ritengano danneggiati da condotte anticoncorrenziali, la possibilità di agire innanzi al G.O. competente per territorio al fine di ottenere declaratorie di nullità di atti e contratti nonché la condanna al risarcimento dei danni. Così è previsto che *“Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni”*.

Di particolare interesse risulta la disposizione contenuta nell'art. 6 del Reg. 1/2003 la quale statuisce che *“Le giurisdizioni nazionali sono competenti ad applicare gli art. 81 e 82 del trattato”*. Invero,

---

<sup>71</sup> Canale, *Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, fasc. 4, pp. 1223-1226; Libertini, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1998, fasc. 5, pp. 649-679.

con tale previsione si è voluto superare uno dei limiti più cogenti alla applicazione decentrata della normativa antitrust ovvero quella concernente il regime delle esenzioni previsto dall'art. 101, par. 3, del TFUE (ex art. 81 TUE). Infatti, l'adozione delle predette esenzioni erano di esclusiva competenza della Commissione UE mentre con la riforma del 2003 si è estesa anche alle autorità nazionali la possibilità di prevedere e concedere le sopra richiamate esenzioni. Orbene, ci si chiede se tale possibilità debba esser riconosciuta anche agli arbitri. La risposta deve essere affermativa<sup>72</sup>). E' vero che il regolamento nulla dice espressamente in merito all'arbitrato e d'altronde nulla avrebbe potuto dire in quanto gli arbitri non sono né organi giurisdizionali né autorità pubbliche di uno Stato membro. Non vi possono avere, però, dubbi sulla possibilità per gli arbitri di applicare interamente gli art. 101 e 102 del TFUE e, quindi, anche in riferimento al regime delle esenzioni. Ciò è evidente sia per un profilo di ragionevolezza e congruità del sistema di tutela della concorrenza sia per un'esatta interpretazione delle disposizioni e della ratio del regolamento 1/2003. Infatti, da un lato, ammettere l'arbitrabilità delle controversie afferenti il diritto della concorrenza escludendo però la possibilità di applicare il terzo comma dell'art. 101 TFUE da parte degli arbitri, ma non dei giudici nazionali, avrebbe un effetto dirompente sull'utilità, l'interesse e la potenzialità dello strumento arbitrale per la

---

<sup>72</sup> Radicati di Brozolo L.G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit., pp.23-24; Bastianon S., *Arbitrato commerciale internazionale e diritto antitrust*, cit., pp. 371-372; Komminos A. P., *Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement*, in *World Competition*, 2001, pp. 211 – 238; Nazzini R., *A principle approach to arbitration of competition law disputes: competition authorities as amici curiae and the status of their decision in arbitral proceedings*, in *European Business Law Review*, 2008, pp. 89-114; Nisser – Blanke, *ICC Draft Best practice note on the European Commission Acting as Amicus Curiae in international arbitration proceedings*, in *European Business Law Review*, 2008, pp. 193-197;

risoluzione di questioni in tema di antitrust. Nella sostanza ciò equivarrebbe a negare di fatto l'arbitrabilità delle predette controversie non potendo gli arbitri rendere una decisione piena, completa ed esaustiva delle vicende. Dall'altra parte, si deve considerare quanto previsto dall'art. 1 comma 1 e comma 2 del Regolamento 1/2003, rispettivamente *“Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso”* e *“Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso”*. Orbene, secondo una condivisibile ricostruzione dottrinale, le predette disposizioni hanno come effetto quello di rendere direttamente applicabile quanto previsto dall'art. 101 del TFUE, ivi incluso il comma terzo. Ne consegue il riconoscimento di diritti e doveri immediatamente esigibili ed azionabili dai singoli individui nel proprio ordinamento giuridico nazionale<sup>(73)</sup>. Pertanto, gli arbitri non dovranno fare altro che applicare, se ed in quanto la fattispecie oggetto di loro esame lo richiederà, la normativa vigente nell'ordinamento giuridico nazionale.

---

<sup>73</sup> Nazzini R., *A principle approach to arbitration of competition law disputes: competition authorities as amici curiae and the status of their decision in arbitral proceedings*, cit., pp. 92-94; Scuffi, *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust*, in *Rivista di diritto industriale*, 2003, fasc. 2, pag. 95-126.

## **2. Il rinvio pregiudiziale alla CGUE da parte degli arbitri.**

Accertata la possibilità per gli arbitri di applicare interamente l'art. 101 TFUE, deve invece essere ad oggi confermata la non applicabilità alla soluzione arbitrale dell'art. 267 TFUE (ex art. 234 TUE). Si tratta, quindi, della possibilità di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) in riferimento all'interpretazione dei trattati o sulla validità ed interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi, o dagli organismi dell'Unione. Poiché la predetta norma, nei successivi paragrafi, fa riferimento soltanto agli organi giurisdizionali di uno degli Stati Membri, ci si è chiesti se in tale accezione vi si potesse fare rientrare anche gli arbitri. Orbene, in due casi più risalenti, rispettivamente le sentenze *Vaassen-Gobbels*, C-61/65, del 1966 e *Broekmuelen*, C-246/80 del 1981, la Corte di Giustizia aveva ammesso la possibilità di rinvio pregiudiziale nell'ipotesi in cui l'arbitrato si presentasse così strettamente collegato all'autorità statale, sia per la sua costituzione che per il suo funzionamento, da dovere essere qualificato esso stesso come organo statale più che come un collegio di decidenti la cui legittimità risiede nella volontà dei singoli privati. Orbene, con la successiva ed ormai pacifica e consolidata decisione *Nordsee*, C-102/81, del 1982, la Corte ebbe ad affermare che *“Poiché l'arbitro che ha rinviato alla Corte è stato istituito con contratto stipulato tra privati, è opportuno accertare innanzitutto se esso vada considerato un giudice di uno degli Stati membri ai sensi dell'art. 177 del Trattato. In proposito va rilevato che — come indica del resto la questione — la competenza della Corte a pronunciarsi sulle questioni sollevate dipende dalle caratteristiche proprie dell'arbitrato di cui trattasi. È vero che l'attività dell'arbitro in questione, come l'arbitro ha*

*rilevato nella propria questione, consente taluni raffronti con l'attività giudiziaria, in quanto l'arbitrato si svolge nell'ambito della legge, l'arbitro deve decidere secondo il diritto e il suo lodo avrà, nei confronti delle parti, efficacia di cosa giudicata, potendo costituire titolo esecutivo una volta ottenuto l'exequatur. Ciò nonostante, tali caratteristiche non sono sufficienti per conferire all'arbitro lo status di «giurisdizione di uno Stato membro», ai sensi dell'art. 177 del Trattato. In primo luogo va detto che, al momento della conclusione del contratto nel 1973, i contraenti erano liberi di affidare la soluzione delle loro eventuali controversie al giudice ordinario o di scegliere la via dell'arbitrato inserendo nel contratto una clausola in tal senso. Dal fascicolo si desume che non esisteva, per i contraenti, alcun obbligo, né giuridico, né di fatto, di risolvere le loro liti mediante arbitrato. La seconda constatazione che s'impone è che le pubbliche autorità tedesche non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato e che non possono intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro. Come Stato membro della Comunità, responsabile dell'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto comunitario nel proprio territorio a norma degli artt. 5 e 169 — 171 del Trattato —, la Repubblica federale di Germania non ha affidato né concesso a privati la cura di far rispettare tali obblighi nel campo di cui trattasi nella fattispecie. Da queste considerazioni discende che il nesso tra il presente arbitrato e l'organizzazione dei mezzi d'impugnazione ordinari nello Stato membro interessato, non è abbastanza stretto perché l'arbitro possa qualificarsi «giurisdizione di uno Stato membro» ai sensi dell'art. 177. Come la Corte ha ricordato nella sentenza 6 ottobre 1981 (causa 246/80, Broekmeulen, non ancora pubblicata), l'importante è che il diritto comunitario sia interamente osservato*

*nel territorio di tutti gli Stati membri; le parti di un contratto non hanno quindi la facoltà di derogarvi. In tale prospettiva, è opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che, se un arbitrato convenzionale solleva questioni di diritto comunitario, il giudice ordinario può esaminarle, vuoi nell'ambito del contributo che offrono gli organi arbitrali, in particolare assistendoli in taluni atti processuali o nell'interpretare il diritto da applicare, vuoi nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno ampio a seconda dei casi, che spetta ad esso in caso di appello, di opposizione, di exequatur, o di qualsiasi altra impugnazione contemplata dalla normativa nazionale di cui trattasi. Spetta ai detti giudici nazionali controllare se si debba rinviare alla Corte ai sensi dell'art. 177 del Trattato, per ottenere l'interpretazione o la valutazione della validità delle disposizioni di diritto comunitario ch'esse debbano applicare nell'esercizio di tali funzioni d'assistenza o di controllo".* Pertanto, con la predetta sentenza la Corte ha chiarito come l'arbitrato commerciale non possa essere considerato come organo giurisdizionale di uno Stato membro, così preservando i caratteri propri e precipui dello strumento arbitrale quale la flessibilità e la mancanza di un foro di riferimento essendo lo stesso quindi un mezzo decisionale neutrale per le parti in causa. Di recente la Corte di Giustizia si è pronunciata in merito alla legittimità di un rinvio pregiudiziale sollevato da un Collegio arbitrale belga relativo all'interpretazione della normativa comunitaria in materia di viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso", direttiva 90/314/CEE<sup>(74)</sup>. Con tale decisione, la CGUE ha ritenuto di non potere qualificare il *College*

---

<sup>74</sup> CGCE- Sez. IV- 27 gennaio 2005 - Causa C-125/04, con nota di Basile D., *La nozione di << giurisdizione nazionale >> nella giurisprudenza della corte di giustizia. Aspetti problematici e profili comparativi*, in Foro Amministrativo CDS, fasc. 3, 2006, pp. 695 - 719.

*d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages* di Bruxelles in termini di “giurisdizione di uno Stato Membro” ai sensi e per gli effetti dell’art. 234 del Trattato , oggi art. 267 TFUE. In particolare, viene rilevata la carenza del carattere di obbligatorietà della funzione decisoria esercitata dal Collegio arbitrale trovando la propria legittimazione nella volontà delle singole parti. Ciò comporta, secondo la Corte, l’impossibilità di considerare il Collegio arbitrale quale giurisdizione in mancanza dell’obbligo per le parti della lite di attribuire allo stesso il compito di decidere la controversia ed essendo le autorità pubbliche non solo estranee alla scelta della via arbitrale ma non potendo neanche intervenire d’ufficio nel procedimento. Infatti, la Corte rileva che secondo la legge belga la soluzione arbitrale della controversia non è l’unico strumento a disposizione delle parti e che soltanto una volta stipulata la convenzione arbitrale la stessa diviene vincolante. In assenza di un tale accordo, la parte potrà sempre adire la giurisdizione ordinaria. D’altra parte, la Corte afferma che al fine di garantire l’uniforme applicazione della normativa comunitaria in tutto il territorio sarà comunque possibile per il giudice nazionale, in sede di impugnazione od opposizione al lodo, verificare la convenienza di porre un rinvio pregiudiziale alla CGUE. Per quanto detto, quindi, la CGUE riprende le argomentazione già formulate nella precedente decisione *Nordsee ed Almelo*, concentrando l’attenzione in particolare sul carattere di eventuale obbligatorietà dell’arbitrato.

Da ultimo, la CGUE ha emesso l’ordinanza del 13 febbraio 2014, in seno alla Causa C-555/13 – *Merck Canada Inc. v. Accord Healthcare Ltd, Alter SA, Labochem Ltd, Synthon BV, Ranbaxy Portugal Comercio e Desenvolvimento de Produtos Farmaceuticos*,



*Unipessoal Lda* in riferimento ad un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE sollevato da un Tribunale arbitrale portoghese ed avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 13 del Regolamento CE n. 469/2009<sup>(75)</sup>. Con la predetta decisione la CGUE non ha abbandonato la propria consolidata giurisprudenza nel senso di negare al tribunale arbitrale la qualifica di organo giurisdizionale di uno Stato Membro così negando l'applicabilità dell'art. 267 TFUE. E' vero, però, che con la predetta decisione la Corte ha avuto modo di definire in modo più puntuale quali aspetti ed elementi debbano essere presi in considerazione nell'esaminare la natura di un tribunale arbitrale. Infatti, la CGUE ha statuito che *“Un tribunale arbitrale convenzionale non costituisce un organo giurisdizionale di uno Stato membro ai sensi dell'art. 267 TFUE qualora non sia previsto un obbligo per le parti contraenti di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitrato. Tuttavia la Corte può dichiarare ricevibile il rinvio pregiudiziale proveniente da un tribunale arbitrale che sia istituito con la legge, che abbia carattere permanente, che emetta decisioni vincolanti per le parti e le cui competenze non dipenda dall'accordo delle parti”*. Ciò detto, la Corte pone un'importante precisazione in merito a quelli che sono i poteri delle parti di influire sulla procedura arbitrale e su quali conseguenze tali prerogative possano avere nell'economia dell'istituto arbitrale ai fini della sua esatta qualificazione: *“Le circostanze per cui le parti abbiano la possibilità di variare la forma, la composizione e le norme processuali riguardanti il tribunale arbitrale e quest'ultimo venga sciolto subito dopo avere emesso la propria decisione, non sono sufficienti ad escluderne il*

---

<sup>75</sup> *Order of the Court of Justice of the European Union*, C-555/13, 13 febbraio 2014, con nota di Pelleriti, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, fasc. 3, pp. 809-823.

*carattere permanente. Se, infatti, tale tribunale è istituito con legge e la normativa nazionale definisce e inquadra le norme processuali che esso applica, si deve considerare che esso disponga comunque di una competenza obbligatoria a titolo permanente".* Pertanto, da quanto sopra è evidente che le argomentazioni utilizzate dalla Corte rientrano in quelle tradizionalmente richiamate al fine di negare l'applicabilità dell'istituto del rinvio pregiudiziale anche in sede di arbitrato. Ciò che sembra maggiormente interessante è la nuova considerazione che la Corte pone del potere dispositivo delle parti dell'arbitrato. In altre parole, la facoltà riservata alle parti di decidere o modificare le norme processuali dell'arbitrato non risulta ostativa alla qualificazione dello stesso in termini di arbitrato obbligatorio *ex lege*. Ciò che rileva, afferma la Corte, è che il tribunale arbitrale sia istituito dalla legge, che disponga di una competenza obbligatoria a titolo permanente e che la disciplina nazionale determini il quadro della normativa processuale applicabile.

In tal senso, sembrerebbe potersi cogliere una tendenziale apertura verso una posizione meno rigida nei confronti dell'arbitrato. Ma è evidente che si tratta di un percorso ancora non attuale seppur massimamente auspicabile. E' vero, però che, negando la possibilità di rinvio pregiudiziale alla CGUE di fatto si esclude la possibilità di ricorrere ad un fondamentale strumento per assicurare l'uniformità di applicazione ed interpretazione del diritto europeo della concorrenza nei singoli Stati Membri. Dovranno essere poi i giudici a verificare la conformità del lodo alle norme antitrust.

### **3. La cooperazione tra Autorità amministrative e tribunale arbitrale.**

In forza di quanto sopra, si pone, altresì, la questione se, stante la non comparabilità tra organi giurisdizionali di un Stato Membro e gli arbitri, possano o meno estendersi al mezzo arbitrale le previsioni in materia di cooperazione tra Commissione e giurisdizioni nazionali contenute nel Regolamento 1/2003 nonché nella Nota della Commissione sulla cooperazione tra la Commissione e gli Stati Membri dell'UE in applicazione degli art. 85 e 86 TCE del 2004<sup>(76)</sup>. A tale quesito deve darsi risposta negativa. Ciò in quanto i meccanismi di cooperazione tra Commissione e organi giurisdizionali nazionali sono vincolanti in forza dell'obbligo di cooperazione ex art. 4, par. 3, del TUE il quale fa riferimento soltanto ai rapporti tra Unione Europea e Stati Membri. Ne consegue che il tribunale arbitrale non essendo qualificabile quale organo statale non può rientrare nell'ambito di applicazione dei sopra richiamati meccanismi di cooperazione con la Commissione UE in materia antitrust.

Invero, l'esclusione dei tribunali arbitrali dal campo di applicazione dei predetti meccanismi di cooperazione rendono plausibili le preoccupazioni di chi in dottrina ha esattamente evidenziato come il controllo esercitato dalle autorità pubbliche di garanzia ed in primis ovviamente dalla Commissione UE potrà indirettamente inficiare il lavoro svolto dagli arbitri e quindi il lodo reso<sup>(77)</sup>. Ciò in quanto non deve dimenticarsi che il sistema di verifica e controllo della corretta applicazione del diritto della

---

<sup>76</sup> Official Journal C 039 , 13/02/1993 P. 0006 – 0011.

<sup>77</sup> Nazzini R., *A principle approach to arbitration of competition law disputes: competition authorities as amici curiae and the status of their decision in arbitral proceedings*, cit., pp. 103-104.

concorrenza europeo da parte degli arbitri trova il proprio centro nelle corti nazionali. Infatti, sono queste ultime che sia in sede di opposizione per annullamento che in occasione della richiesta di riconoscimento ed esecuzione del lodo straniero dovranno verificare che il lodo oggetto di esame non produca effetti contrari all'ordine pubblico tra le cui norme, come sopra visto, rientrano le disposizione antitrust. Ne consegue, quindi, che nonostante la inapplicabilità dei sistemi di cooperazioni previsti dal Regolamento 1/2003, gli arbitri chiamati a decidere su di una questione rilevante per il diritto della concorrenza si espongono al rischio di vedere la propria decisione bocciata dalla corte nazionale adita in forza dell'intervento dell'autorità pubblica di garanzia. Si pensi, ad esempio, al caso per cui durante il giudizio di opposizione ad un lodo innanzi alla Corte nazionale competente risulti pendente un procedimento amministrativo avviato dalla Commissione UE ed avente il medesimo oggetto. In tal caso, la corte nazionale potrà sospendere il giudizio in attesa della decisione amministrativa, ai sensi dell'art. 16, comma 1, del Regolamento 1/2003 nonché in ossequio alle Sent. *BRT v. SABAM*, C-127/73, e *Delimitis v. Henniger Brau*, C-234/89 <sup>(78)</sup>. Ancora, se la Commissione UE ha già pronunciato una decisione su di un medesimo oggetto, le corti nazionali non potranno adottare una decisione contraria e, pertanto, potranno rigettare ad esempio la richiesta di riconoscimento e di esecuzione di un lodo che abbia deciso la stessa questione in modo difforme. Inoltre, in base all'art. 15 del Regolamento 1/2003, le giurisdizioni nazionali potranno avvalersi della collaborazione delle autorità pubbliche garanti

---

<sup>78</sup> [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31993Y0213\(01\);](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31993Y0213(01);)  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61989CJ0234>

della concorrenza sia richiedendo informazioni che eventualmente dei veri e propri pareri in merito alle questioni vertenti l'applicazione della normativa antitrust. E' evidente, pertanto, che a fronte di un intervento in giudizio da parte dell'autorità garante, seppur su richiesta della corte nazionale ed in via amicale, la decisione finale non potrà che essere influenzata o comunque dovrà tenere in conto le indicazioni o pareri dati. In tal modo, nuovamente l'intervento dell'autorità garante potrà andare ad incidere sulle vicende del lodo successivamente alla sua pronunzia.

Se quanto sopra non può essere negato, si deve ricordare che gli arbitri sono portatori del fondamentale e generalmente riconosciuto compito di decidere la controversia pronunziando un lodo che sia valido ed efficace, come espressamente enunciato dall'art. 41 del regolamento arbitrale dell'ICC *"In all matters not expressly provided for in the Rules, the Court and the arbitral tribunal shall act in the spirit of the Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law"*<sup>(79)</sup>. Se ciò è vero allora gli arbitri dovranno adottare tutte le iniziative necessarie al fine di salvaguardare il lodo. Pertanto, seppur nel rispetto dei fondamentali principi del giusto processo e delle norme imperative disciplinanti il procedimento arbitrale, gli arbitri dovranno adottare le strategie più efficaci per rendere un lodo che possa passare indenne da un eventuale scrutinio da parte della corte nazionale. In tal senso, sarà necessario per il tribunale arbitrale porre in essere un giudizio prognostico volto a determinare se il lodo possa concretamente rischiare di essere

---

<sup>79</sup> <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>

annullato o non riconosciuto o eseguito per contrarietà ad una posizione o decisione espressa dall'Autorità amministrativa garante della concorrenza.

### **3.1 Autorità pubblica garante della concorrenza quale *amicus curiae* nel giudizio arbitrale.**

In questo senso, appaiono interessanti due aspetti da esaminare ovvero il ruolo di possibile collaborazione come *amicus curiae* dell'autorità garante e gli effetti delle decisioni amministrative della stessa autorità sull'arbitrato<sup>(80)</sup>. Per quanto riguarda la prima ipotesi, non vi è possibile dubbio sulla potenziale utilità di un tale intervento. Infatti, spesso le questioni di diritto della concorrenza richiedono un'analisi giuridica ed economica tale da necessitare informazioni aventi una visione più ampia del mercato rilevante e delle condizioni di concorrenza esistenti in un dato contesto. Pertanto, la collaborazione o, comunque, l'intervento dell'autorità pubblica di garanzia darebbe la possibilità di accedere a dati fondamentali che diversamente non si sarebbero potuti rintracciare con facilità. Inoltre, l'autorità garante potrebbe anche rilasciare pareri su specifiche questioni controverse in modo da dare la possibilità agli arbitri di evitare insanabili e palesi contrasti delle risultanze del lodo con le decisioni dell'autorità di garanzia. E' evidente però che il maggiore ostacolo è rappresentato dalla necessità di individuare il titolo legittimante

---

<sup>80</sup> Nazzini R., *A principle approach to arbitration of competition law disputes: competition authorities as amici curiae and the status of their decision in arbitral proceedings*, cit., pp. 106-112; Nazzini R., *International arbitration and public enforcement of competition law*", *European Community Law Review*, 2004, pp. 153 e ss.; Levine, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third Party Participation*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2011, Vol. 29, Issue 1, pp. 200-224;

un tale intervento in sede arbitrale. Nessun problema dovrebbe porsi qualora le parti concordino sull'opportunità di chiedere un parere o, comunque, di fare intervenire l'autorità garante nel corso del procedimento. Infatti, in tal caso gli arbitri si limiteranno ad eseguire la volontà espressa delle parti della controversia. Diversamente, in assenza di un tale accordo, gli arbitri dovranno porre particolare attenzione a permettere l'intervento tramite memorie scritte od anche con dichiarazioni orali rese dall'autorità garante. Infatti, ciò si porrebbe in contrasto con il carattere riservato dell'arbitrato che non ammette interventi di terzi non concordati tra le parti. E' vero che con maggiore frequenza l'intervento dell'autorità di garanzia verterebbe su questioni di carattere generale e non aventi ad oggetto direttamente i fatti controversi però il pericolo di violare i principi fondanti dell'istituto arbitrale, quali, tra gli altri, la parità di posizione tra le parti e la riservatezza, portano a ritenere che tali decisioni dovrebbero essere adottate dagli arbitri soltanto quando vi sia il concreto e reale rischio che il lodo possa essere inficiato dalla corte nazionale per motivo attinente all'erronea o non conforme attuazione del diritto della concorrenza. In ogni caso, le memorie o contributi prodotti dall'autorità garante non potranno mai essere vincolanti per gli arbitri, salvo espressa e diversa disposizione adottata e concordata dalle parti. Dall'altra parte, l'autorità garante non dovrà ritenere di presentare osservazioni nel corso di un procedimento arbitrale come potrebbe decidere di fare, anche d'ufficio, presso le giurisdizioni nazionali come previsto dall'art. 15, par. 3, del Regolamento 1/2003. In ultima analisi, ciò potrebbe essere pensabile soltanto qualora siano rilevabili dei concreti e gravi rischi di violazione dell'ordine

pubblico da parte dell'adottando lodo. In caso contrario, l'autorità garante non dovrebbe intervenire né ovviamente la stessa sarà in alcun modo vincolata dal lodo. Ciò vuol dire che l'autorità potrà in qualsiasi momento adottare ogni decisione e provvedimento in merito alla medesima questione oggetto della decisione arbitrale.

### **3.2 Effetti della decisione dell'Autorità pubblica antitrust sul giudizio arbitrale.**

Un secondo aspetto da considerare è quello relativo all'efficacia della decisione adottata da un'autorità garante della concorrenza avente ad oggetto gli stessi fatti e condotte di quella in decisione innanzi agli arbitri<sup>81</sup>). In tali casi, gli arbitri non sono giuridicamente vincolati a conformarsi alle decisioni rese dalle autorità garanti. Un tale obbligo si rinviene, invero, soltanto per le giurisdizioni nazionali degli Stato Membri dell'UE in riferimento alle decisioni adottate dalla Commissione in materia degli artt. 101 e 102 TFUE come previsto dall'art. 16, par. 1, del Reg. 1/2003. Diversamente, le decisioni adottate dalle autorità garanti nazionali non saranno vincolanti per gli organi giurisdizionali ma saranno valutate quali elementi probatori. In entrambi i casi, gli arbitri non sono vincolati a conformarsi a tali decisioni né della Commissione UE né delle autorità nazionali. E vero, però, che deve ritenersi che, comunque, gli arbitri dovranno correttamente e diligentemente tenere in considerazione le predette decisioni quando vertenti sulla medesima questione, fatto o condotta oggetto del giudizio arbitrale. In altre parole, al fine di evitare

---

<sup>81</sup> Nazzini R., *A principle approach to arbitration of competition law disputes: competition authorities as amici curiae and the status of their decision in arbitral proceedings*, cit., p. 109.



inutili quanto concreti rischi di annullamento o mancato riconoscimento del lodo per violazione dell'ordine pubblico, gli arbitri dovranno ben considerare le decisioni amministrative delle autorità antitrust, essendo queste vertenti sul medesimo oggetto e pronunziate in applicazione del medesimo regime normativo in forza del quale sarà pronunziato il lodo. E' evidente, inoltre, che gli arbitri qualora ritenessero rilevante una decisione resa dall'autorità garante dovranno, comunque, renderla oggetto di contraddittorio tra le parti le quali ben potranno contestarne il contenuto presentando elementi probatori contrari. Ci si chiede, quindi, se vi siano ipotesi in cui la decisione amministrativa di un'autorità garante possa essere considerata come vincolante dal tribunale arbitrale.

Sono state individuate almeno due ipotesi<sup>(82)</sup>. Una prima ipotesi riguarda il caso in cui una delle parti dell'arbitrato sia stata destinataria di una decisione dell'autorità garante non opposta nei termini innanzi al giudice o la cui opposizione è stata rigettata. In tal caso, considerando che la decisione è divenuta definitiva, gli arbitri potrebbero considerare esaurite le possibilità di contestazione della decisione e, quindi, valutarla come vincolante e definitiva. Altra ipotesi è quella in cui la decisione dell'autorità garante è vincolante per gli organi giurisdizionali dello Stato, così ex art. 16 del Regolamento 1/2003 per le decisioni della Commissione in relazione alla giurisdizione nazionale degli Stati Membri. In tal caso, la convenienza a ritenere come vincolante la decisione dell'autorità garante risiede nel fatto che in tal modo si eviterà con ogni probabilità che la corte nazionale chiamata ad

---

<sup>82</sup> Nazzini R., *A principle approach to arbitration of competition law disputes: competition authorities as amici curiae and the status of their decision in arbitral proceedings*, cit., p. 111-112;

esaminare il lodo possa eccipire la contrarietà al diritto della concorrenza inteso come ordine pubblico.

Interessante è la recente decisione della Svea Court of Appeal, Second Division, del 23 ottobre 2013, *Systembolaget Aktiebolag v. The Absolut Company Aktiebolag*. Con tale decisione, la Corte svedese ha, tra l'altro, ammesso l'annullabilità di un lodo, non soltanto per le classiche ipotesi di grave violazione della normativa antitrust, ma anche per le ipotesi di violazione non grave del diritto della concorrenza ma la cui condotta illecita sia stata riconosciuta tale da una decisione del giudice nazionale o dell'Autorità garante nazionale<sup>(83)</sup>. Con tale previsione, la Corte tenta di definire i rapporti tra tribunale arbitrale, da una parte, e organi giurisdizionali e Autorità garanti nazionali, dall'altra. Pertanto, al dubbio relativo alla necessità se non all'obbligo degli arbitri di prendere in considerazione ed eventualmente conformarsi alle pregresse decisioni dei giudizi o delle Autorità Garanti, si vorrebbe aggiungere a maggior ragione della Commissione UE, la Corte svedese risponde in senso positivo ove ammette la possibilità di annullare un lodo anche in presenza di una violazione non grave della normativa antitrust ma, comunque, già sanzionata come condotta illecita dagli altri organi giurisdizionali ed amministrativi chiamati ad assicurare l'esatta attuazione della disciplina antitrust.

Per quanto sopra si deve, quindi, ritenere che i meccanismi di collaborazione previsti tra autorità pubbliche di garanzie e organi giurisdizionali, non debbano e non possono essere estesi integralmente al procedimento arbitrale. Quest'ultimo, infatti, non

---

<sup>83</sup> Svea Court of Appeal, Second Division, Case n. 4487-12, del 23.10.13, *Systembolaget Aktiebolag v. The Absolut Company Aktiebolag*

deve essere privato delle proprie fondamentali caratteristiche di autonomia, flessibilità, riservatezza e celerità nel tentativo di creare dei legami vincolanti con le decisioni di autorità statali. E' evidente, però, che dovendo gli arbitri rendere un lodo valido ed efficace dovranno tenere conto dei rischi derivanti da un contrasto del lodo con le norme di diritto della concorrenza rilevanti per come applicate ed interpretate dalle autorità nazionali garanti e dagli organi giurisdizionali.

## CAPITOLO V

### L'ARBITRATO IN MATERIA DI IMPEGNI ASSUNTI IN SEDE DI CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI DA PARTE DELLA COMMISSIONE UE.

#### 1. L'arbitrato sugli impegni in materia di concentrazioni.

##### Fonti e caratteri peculiari.

Una particolare ipotesi di utilizzo dello strumento arbitrale si rinviene in riferimento alla materia del controllo esercitato da parte della Commissione UE sulle concentrazioni tra imprese aventi dimensione comunitaria<sup>(84)</sup>. Il riferimento normativo è costituito dal Regolamento del Consiglio n. 139 del 20 gennaio 2004, in particolare artt. 6, secondo e terzo paragrafo, e 8, secondo e quarto paragrafo, nonché dalla Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del Regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione<sup>(85)</sup>. Orbene, avviene che qualora si dia notifica preventiva di una concentrazione, la Commissione al termine dell'esame della

---

<sup>84</sup> Tra gli altri, Blanke, *The use and utility of international arbitration in EC Commission Merger Remedies*, Europa Law Publishing, 2006; Blanke, *International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearance Decisions*, in *EU and US Antitrust Arbitration*, a cura di Blanke e Landolt, Wolters Kluwert, 2011, pp. 1605 e ss; Radicati di Brozolo, *Antitrust: A paradigm of the relations between mandatory rules and arbitration*, cit; Radicati di Brozolo, *Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle*, *European Business Law Review*, 2008, pp. 7-15; Radicati di Brozolo, *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, cit., pp. 21-22; Radicati di Brozolo, *Il primo lodo in materia di controllo delle concentrazioni comunitarie*, nota a lodo ICC del 17 febbraio 2012, *Rivista dell'Arbitrato*, 1/2013, pp. 227-247; Carbone S.M., *Antitrust Commitments and arbitration in European Law*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1/2013, pp. 1-18; Kwowa - Moss, *Behavioral merger remedies: Evaluation and implications for antitrust enforcement*, in *Antitrust Bulletin*, 2012, vol. 57, issue 4, pp. 979-1014; Blanke, *The Case for Supranational Arbitration – Idea and Perspectives*, in *European Business Law Review*, 2008, pp. 17-41; Liebscher, *Drafting Arbitration Clauses for EC Merger Control*, in *Journal of International Arbitration*, 2004, pp. 67 - 81; Ezrachi A., *Behavioural Remedies in EC Merger Control – Scope and Limitations*, in *World Competition*, 2006, pp. 459 - 479;

<sup>85</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=IT>; [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files\\_remedies/remedies\\_notice\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/remedies_notice_it.pdf)

documentazione ed eventualmente avendone richiesta l'integrazione, potrà vietare la concentrazione, autorizzarla o subordinarla all'attuazione di una serie di misure ritenute idonee ad escludere eventuali effetti anticoncorrenziali per il mercato interno. Invero, spesso si verifica che le misure a tutela della concorrenza e del mercato prescritte dalla Commissione possano trovare attuazione soltanto dopo la realizzazione della concentrazione stessa e, quindi, successivamente alla sua autorizzazione. In tali ipotesi, gli impegni verranno assunti dall'impresa interessata come condizione dell'autorizzazione, con la conseguenza che eventuali inadempimenti potranno comportare la revoca dell'autorizzazione stessa. Nella pratica, la Commissione ricorre frequentemente al sistema degli impegni, "*commitments*", quale strumento capace di temperare la necessità di assicurare la piena concorrenza nel mercato con l'esigenza di un riscontro sollecito alle notifiche delle concentrazioni.

Le misure prescritte dalla Commissione potranno essere di due categorie. Del primo gruppo fanno parte i rimedi c.d. strutturali, così chiamati in quanto capaci di incidere in modo permanente sulla stessa conformazione dell'impresa. Esempi di rimedi appartenenti a tale categoria sono le dismissioni, risoluzione dei contratti, obblighi di cessione di attività<sup>(86)</sup>. Il secondo gruppo di rimedi, solitamente previsti in aggiunta o in sostituzione delle misure strumentali, sono indicati dalla Commissione come misure c.d. comportamentali. Queste si sostanziano nell'assunzione da parte dell'impresa dell'impegno ad adottare un determinato tipo

---

<sup>86</sup> Wang W., *Structural Remedies in EU Antitrust and merger control*, in *World Competition*, 2011, pp. 571 - 596.

di condotta nei confronti di imprese concorrenti o dei clienti così da controbilanciare la propria posizione dominante o gli effetti restrittivi del mercato a seguito della concentrazione. Esempi di misure comportamentali sono l'obbligo di garantire l'accesso ad infrastrutture essenziali evitando discriminazioni ed a fronte di un equo compenso, l'abbandono di determinate attività, la concessione ad imprese concorrenti di spazio pubblicitario al fine di veicolare determinate informazioni.

Ciò detto, in relazione ai predetti impegni ed in particolare a quelli c.d. comportamentali, l'esatto adempimento degli stessi viene garantito dalla sottoposizione ad arbitrato di ogni eventuale controversia scaturente dalla mancata esecuzione degli impegni stessi. In altre parole, la Commissione qualora proceda ad autorizzare una concentrazione subordinandola all'attuazione di determinate misure, provvede anche ad inserire apposita clausola compromissoria al fine di attribuire ad arbitrato la risoluzione delle controversie che dovessero sorgere in riferimento alla non esecuzione o non esatta esecuzione del predetti impegni. L'utilizzo dello strumento arbitrale in tale peculiare contesto rappresenta una fattispecie di indubbio interesse. Infatti, tali ipotesi arbitrali presentano, da una parte, un carattere che si direbbe essere unilateralmente impositivo od obbligatorio per l'impresa interessata alla concentrazione e, dall'altra parte, i beneficiari della clausola arbitrale sono individuati in tutti i terzi che risultino rientranti in determinate categorie identificate dalla decisione della Commissione. Tale carattere di arbitrato imposto ad una delle parti, ha fatto propendere alcune voci dottrinarie per una ricostruzione in termini di arbitrato regolamentare o

sovranaazionale<sup>(87)</sup>. Tale ricostruzione è stata duramente criticata dalla maggioranza della dottrina in quanto si tratterebbe di attribuire all'arbitrato l'esercizio di funzioni coercitive e di controllo proprie delle autorità pubbliche così snaturando del tutto le caratteristiche di "giustizia privata" dello stesso. In altre parole, la tesi in discussione vorrebbe qualificare il meccanismo arbitrale previsto in sede assunzione di impegni come uno strumento della Commissione UE per il controllo, ed eventuale sanzione, delle condotte poste in violazione degli impegni assunti. L'arbitrato in questa ricostruzione sarebbe, quindi, parte dell'attuazione pubblicistica del diritto della concorrenza, trovando la propria legittimazione nella volontà della Commissione e non delle parti. Ciò è stato ampiamente criticato in quanto si finirebbe per snaturare l'istituto arbitrale attribuendogli funzioni che non ha e non può avere.

In realtà, è necessario tenere ben distinte le funzioni di *public enforcement* da quelle di *private enforcement* del diritto della concorrenza soprattutto nel quadro delle novità apportate con il Regolamento 1/2003<sup>(88)</sup>. In tal modo, si avrà modo di rilevare come la previsione della clausola compromissoria è volta soltanto ad attribuire ai terzi interessati la possibilità di usufruire di quello che viene ritenuto lo strumento più adeguato e celere per risolvere le questioni tra privati derivanti dal mancato rispetto degli impegni, in particolare di quelli c.d. comportamentali. Pertanto, si tratterà di arbitrati del tutto equiparabili agli ordinari

---

<sup>87</sup> tra gli altri, Blessing, *Arbitration Antitrust and merger control issues*, Swiss commercial law series, 14/2003, [http://de.baerkarrer.ch/publications/4\\_3\\_14.pdf](http://de.baerkarrer.ch/publications/4_3_14.pdf); Wagner-Von Papp, *Best and even better practices in commitment procedure after Alrosa: the dangers of abandoning the "Struggle for competition law"*, in *Common Market Law Review*, 2012, fasc. 3, pp. 929-970;

<sup>88</sup> Demepiotis S., *EC Competition Law and International Arbitration in the light of EC Regulation 1/2003*, 2008, pp. 365-395;

arbitrati commerciali volti a tutelare le posizioni soggettive dei terzi interessati e solo indirettamente capaci di partecipare, nella sola e distinta prospettiva del *private enforcement*, al regime di controllo dell'esecuzione delle decisioni in materia di concentrazioni( <sup>89</sup> ). Infatti, a fronte delle controversie compromesse in arbitri, la Commissione Ue, come d'altronde per quanto di sua competenza l'Autorità garante nazionale, sarà pienamente legittimata a verificare l'esatta esecuzione degli impegni, in modo del tutto autonomo ed indipendente, adottando, qualora dovesse rilevare profili di illegittimità, ogni decisione richiesta dal caso concreto. Pertanto, a prescindere dalla posizione dei singoli terzi danneggiati dall'impresa destinataria dell'autorizzazione condizionata dagli impegni, la Commissione potrà comminare sanzioni per inadempimento degli obblighi assunti e, nelle ipotesi di maggiore gravità, potrà anche decidere di revocare la propria autorizzazione alla concentrazione. E' evidente quindi che i due piani di azione sono tra di essi ben distinti e separati anche se comunque riconducibili ad una medesima ratio consistente nella necessità di assicurare l'esatta attuazione degli impegni assunti e di sanzionarne le violazioni in quanto condotta con effetti negativi sulla concorrenza e sul mercato. Inoltre, si deve rilevare che le disposizioni contenenti gli impegni assunti dall'impresa sono fonti di obblighi ben determinati anche nei confronti dei terzi, siano essi clienti che imprese concorrenti, con la conseguenza di costituire fonte di rapporti di diritto privato tra l'impresa autorizzata alla concentrazione ed i terzi. Tali rapporti saranno quindi regolati nel

---

<sup>89</sup> Radicati di Brozolo, *Il primo lodo in materia di controllo delle concentrazioni comunitarie*, cit., pp.229-231; Fons Penadés M., *Beyond the prima facie effectiveness of arbitration commitments in EU merger control*, in *Common market law review*, , 2012, pp. 1915 – 1949.



merito dalla legge nazionale che dovrà essere individuata in base alla normativa di diritto interazionale privato applicabile, con particolare attenzione al Regolamento c.d. Roma I ovvero il Reg. CE 593/2008<sup>90</sup>). Vi è, inoltre, da rilevare che qualora non fosse inserita la clausola compromissoria nella decisione della Commissione UE, i terzi beneficiari degli impegni potrebbero, quale prima soluzione, interpellare la stessa Commissione Ue chiedendone un intervento al fine di accertare la violazione ed a provvedere di conseguenza. In realtà, tale soluzione non convince in quanto la Commissione non può essere considerato come organo preposta alla risoluzione delle questioni tra privati. Infatti, l'intervento della Commissione è fortemente discrezionale mentre non è in alcun modo adeguata né attrezzata al fine di verificare tutti gli aspetti della vicenda, quali la legittimazione delle parti, le conseguenze civili della violazione ed il risarcimento del danno. In alternativa, il terzo interessato potrà adire il giudice nazionale in quanto normalmente la previsione di arbitrabilità della controversia contenuta nelle decisioni della Commissione UE vincolano unicamente l'impresa concentrata mentre i soggetti terzi non sono immediatamente interessati rimanendo liberi di preferire la via giudiziale ordinaria. Ovviamente ciò comporterà le note difficoltà ed inconvenienti in termini di tempi di decisione, questioni di giurisdizione, scarso tecnicismo e conoscenza delle questioni in materia di concorrenza. Ciò detto, gli arbitrati relativi agli impegni assunti in sede di autorizzazione di concentrazioni devono essere considerati come normali arbitrati commerciali aventi quale caratteristica peculiare quella per cui questi sono

---

<sup>90</sup> Radicati di Brozolo, *Il primo lodo in materia di controllo delle concentrazioni comunitarie*, cit., p. 230.

qualificabili come offerta di arbitrato in favore di categorie di terzi, genericamente individuate dalla decisione della Commissione. Pertanto, l'obbligatorietà della previsione arbitrale sarà vincolante soltanto per l'impresa concentrata mentre i terzi beneficiari potranno liberamente decidere di adire le vie giudiziarie. Per i restanti aspetti, si ritiene che dovranno essere applicati le medesime regole già valenti per l'arbitrato commerciale ed, in particolare, per l'arbitrato in materia di concorrenza così in materia di applicazione delle regole antitrust, di intervento di terzi ed in particolare della Commissione UE e di impugnazione e riconoscimento del lodo. Pertanto, si ritiene di potere concordare con quella parte maggioritaria della dottrina che qualifica tali arbitrati come normali strumenti di risoluzione del contenzioso tra privati, *private enforcement*, che sia aggiungono all'azione delle Autorità pubbliche, *public enforcement*, nel generale obiettivo di ottenere l'esatta applicazione da parte dell'impresa degli impegni assunti in sede di autorizzazione della concentrazione. D'altronde, lo strumento dell'arbitrato commerciale in ambito internazionale è ormai assunto a principale mezzo di risoluzione delle controversie tra gli operatori economici<sup>(91)</sup>. Infatti, il mezzo arbitrale permette di risolvere le controversie che possano sorgere dall'esecuzione di un dato contratto con tempi più celeri e costi più contenuti e, soprattutto, permette di superare le reciproche diffidenze in merito alla parzialità delle rispettive giurisdizioni. Ciò rende possibile, quindi, affrontare la risoluzione delle controversie con maggiore partecipazione e senza per questo giungere a precludere la continuazione delle collaborazioni economiche tra le parti.

---

<sup>91</sup> Bernardini, L'Arbitrato commerciale internazionale aspetti generali, cit., pp. 12-22.

Peraltro, tali arbitrati, ed in particolare quelli vertenti in materia antitrust, presentano questioni di particolare complessità sotto diversi profili tecnici, economici, contabili, finanziari e giuridici. E' evidente, quindi, che la possibilità per le parti di rimettere il compito di decidere la controversia a personalità aventi concrete e comprovate conoscenze nel campo oggetto di indagine costituisce la migliore garanzia di ottenere una decisione puntuale e qualificata. Inoltre, è evidente come la stipulazione di convenzione arbitrale elimini alla radice le difficoltà che normalmente potrebbero sorgere in merito a quale organo giurisdizionale nazionale debba essere adito per l'ipotesi di controversie sorgenti dall'esecuzione od interpretazione di un contratto. Peraltro, i lodi resi da tali arbitrati commerciali concorrono a formare una vera e propria giurisprudenza arbitrale tale da potere fungere quale punto di riferimento in materia in modo da garantire uniformità alle decisioni adottate. Altro aspetto di particolare interesse per l'arbitrato commerciale è la maggiore confidenzialità dello stesso rispetto ad un normale procedimento giudiziale il quale non potrebbe non essere pubblico e, quindi, di generale dominio. E' evidente, poi, che in materia di antitrust la documentazione prodotta dalle parti sarà di particolare delicatezza potendo fornire preziose informazioni ad imprese concorrenti. Vi sono, in particolare, regolamenti arbitrali che includono una clausola di riservatezza, come ad esempi in sede WIPO, mentre in altre ipotesi, quali ad esempio il Regolamento ICC, saranno eventualmente le parti a sottoscrivere una clausola ad hoc quale "*confidentiality agreements*"( <sup>92</sup> ). Deve, altresì,

---

<sup>92</sup> International Law Association – International Commercial Arbitration – *Committee's Report and Recommendations on "Confidentiality in International Commercial Arbitration*, De Ly . Friedman – Radicati di Brozolo, in *Arbitration International*, 2012, fasc. 3, pp. 355-396.

ricordarsi quale ulteriore elemento favorevole alla soluzione arbitrale delle controversie del commercio internazionale, la maggiore aperture nel riconoscere l'arbitrabilità di materia storicamente escluse tra quelle compromissibili in arbitri, tra cui chiaramente il diritto della concorrenza, e la tendenziale definitività del lodo arbitrale stante il numero assolutamente limitato dei motivi di ricorso avverso la decisione arbitrale previsti sia dalle legislazione nazionali che dalle rilevanti convenzioni internazionale ed in particolare la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e la esecuzione delle sentenze arbitrali straniere( <sup>93</sup> ). Quest'ultima, poi, è di fondamentale importanza ai fini di garantire il mutuo riconoscimento e l'esecuzione dei lodi resi in uno Stato diverso da quello in cui si chiede il riconoscimento o l'esecuzione. Questi potranno essere rifiutati solo nei limitati casi in cui è consentito all'altra parte la possibilità di produrre elementi probatori comprovanti l'esistenza di gravissimi vizi della convenzione arbitrale, della procedura o del lodo o in sede di richiesta di esecuzione il giudice nazionale dovrà verificare che la decisione arbitrale non verta su materia non arbitrabile secondo la *lex fori* o che essa non contrasti con l'ordine pubblico dello Stato(<sup>94</sup>).

---

<sup>93</sup> Harris T., *The Public Policy Exception to Enforcement of International Arbitration Awards Under the New York Convention*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, pp. 9-24;

<sup>94</sup> Bernardini, *L'Arbitrato commerciale internazionale aspetti generali*, cit., pp. 19.

## **2. Il lodo ICC - Reti Televisive Italiane - RTI v. Sky Italia Srl del 17 febbraio 2012.**

Un primo e recente esempio di decisione arbitrale afferente l'asserita violazione degli impegni assunti in sede di autorizzazione alla concentrazione si è avuta con il lodo ICC *RTI-Reti Televisive Italiane Spa c. SKY Italia Srl*, reso a Milano il 17 febbraio 2012<sup>(95)</sup>. L'antefatto riguardava una decisione di autorizzazione resa dalla Commissione UE in merito all'acquisizione da parte del gruppo Newcorp di due emittenti private, Stream e Telepiù. Con tale decisione, COMP/M.2876 Newscorp/Telepiù del 2 aprile 2003, la Commissione aveva autorizzato la predetta acquisizione subordinandola, però, all'attuazione di una serie di impegni tra i quali quello di non acquistare diritti esclusivi per la trasmissione di eventi sportivi internazionali (definiti *World-wide Sports Rights*), tra i quali i "*major international live sports events expected, as the date of the contract granting the broadcasting rights, to feature Italian teams and/or sportsmen/sportswomen in a leading role*"<sup>(96)</sup>.

Ciò detto, RTI lamentava che Sky Italia Srl, controllata interamente da Newscorp, avesse acquisito illegittimamente i diritti crittografari della televisione a pagamento dei mondiali di calcio FIFA 2010 rifiutandone la concessione in licenza in favore di RTI. In particolare, si eccepiva la violazione dell'art. 8, paragrafo, 1 degli impegni sopra richiamati. Sky Italia Srl contestava che la domanda attrice potesse rientrare nell'ambito di applicazione della clausola arbitrale e che comunque la materia oggetto di controversia non era compromettibile in forza del diritto italiano.

---

<sup>95</sup> Radicati di Brozolo L.G., *EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia*, in *Arbitration International*, 2013, fasc. 2, pp. 223-241.

<sup>96</sup> [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2876\\_20030402\\_600\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2876_20030402_600_it.pdf)

Veniva eccepita l'inammissibilità della domanda attrice per asserito mancato esperimento del tentativo di conciliazione e parte attrice eccepiva l'inammissibilità della domanda di parte convenuta per violazione degli artt. 4 e 5 del Regolamento CCI. Veniva altresì proposta domanda riconvenzionale di risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di confidenzialità e per la natura particolarmente "accesa" delle dichiarazioni rese alla stampa. In ultimo veniva eccepita l'inammissibilità della domanda attrice

Come sopra detto, l'arbitrato era stato avviato in forza di clausola arbitrale contenuta nell'art. 15, paragrafo 1, degli impegni ove era previsto che ogni controversia derivante dall'attuazione dell'accordo dovesse essere decisa, nel caso di insuccesso del tentativo di conciliazione, da un collegio arbitrale di tre membri avente sede a Milano e secondo il regolamento CCI e che la clausola arbitrale non inficiava i poteri di accertamento e sanzione della Commissione UE ai sensi dei Trattati e del Regolamento 139/04<sup>(97)</sup>. L'art. 3, paragrafo, 1 degli impegni indicava come diritto applicabile quello italiano e quello dell'Unione Europea.

A seguito dello svolgimento del procedimento veniva, dunque, reso il lodo del 17 febbraio 2012, il quale nel rigettare le domande di parte attrice presentava un'interessante analisi degli aspetti

---

<sup>97</sup> In merito alla previsione della clausola arbitrale, al punto 225, p. 55 veniva richiamato l'impegno della Newscorp per cui *"Newscorp ha proposto una procedura di arbitrato al fine di garantire l'efficacia degli impegni presi. Tale sistema di arbitrato include tra l'altro la giurisdizione della AGCOM per le materie che rientrano nel suo ambito di competenza ai sensi della legge italiana, inclusa l'offerta all'ingrosso"*, e al punto 259, p. 63, della decisione, la Commissione UE ha ritenuto che *"Gli impegni assunti sono in gran parte di tipo comportamentale. È perciò di importanza cruciale istituire un efficace sistema di monitoraggio. Gli impegni proposti prevedono un sistema di sorveglianza efficace. In particolare, prevedono un meccanismo di composizione delle controversie che comporta da una parte un sistema di arbitrato privato e, dall'altra parte, la giurisdizione dell' autorità italiana garante per le comunicazioni su materie chiave come l' accesso alla piattaforma e l' offerta all' ingrosso"*.

maggiormente rilevanti per questa peculiare fattispecie arbitrale e che verranno in questa sede esaminati.

La prima questione ad essere trattata riguarda l'eccezione sollevata da parte convenuta in merito all'incompetenza del tribunale arbitrale e ciò per due motivi. Il primo relativo all'asserita estraneità delle domande formulate da parte attrice all'ambito di applicazione della convenzione arbitrale. Tale argomento è stato però considerato afferente direttamente il merito della controversia. Con il secondo motivo, invece, di eccepiva che il diritto fatto valere da RTI non fosse identificabile come posizione giuridica qualificata riconosciuta a terzi né che RTI stessa potesse essere qualificata quale terzo rispetto al rapporto controverso. In relazione a tale eccezione il Tribunale arbitrale esaminava preliminarmente il rapporto tra poteri di controllo, sorveglianza e sanzione della Commissione UE ed il ruolo invece da attribuirsi all'arbitrato in materia di attuazione degli impegni assunti in sede di autorizzazione di concentrazioni. In particolare, il Tribunale ritiene di dichiarare in modo chiaro che il ruolo ed i poteri della Commissione e degli arbitrati previsti nelle decisioni di autorizzazioni alle concentrazioni sono tra di loro complementari non sovrapponendosi nella loro attività. In altre parole, nel lodo in commento è riconosciuto il ruolo autonomo e complementare degli arbitrati che lungi da essere meccanismi di controllo e vigilanza della Commissione sono veri e propri arbitrati ai quali è attribuita la responsabilità di attuare e risolvere le controversie tra privati in relazione agli obblighi di concorrenza ed in particolare quelli derivanti dagli impegni assunti dall'impresa concentrata. Ciò non è in alcun modo interferente né si sovrappone con il ruolo e le prerogative della

Commissione UE la quale mantiene integralmente i propri poteri di controllo, vigilanza e sanzione proprie del *public enforcement*. In tal senso, il Tribunale afferma che “*in reality the Arbitral Tribunal and the Commission’s powers do not impede on each other, but complement each other*”(98). Ciò detto il Tribunale rigetta l’argomentazione di parte convenuta, essendo infondata e meramente semantica, secondo la quale rientrerebbe nella clausola arbitrale la sola ipotesi di controversie vertenti sull’attuazione degli impegni e non di sola violazione degli stessi. Successivamente, è affrontata l’eccezione di incompetenza del tribunale sia *ratione materiae* che *ratione personae*. In riferimento a tale eccezione, parte convenuta riteneva che oggetto dell’arbitrato potevano essere soltanto diritti qualificati in favore di terzi e derivanti dagli impegni assunti mentre RTI non poteva essere considerata come parte terza. In realtà, il Tribunale rileva che la clausola compromissoria contenuta negli impegni ha una portata applicativa particolarmente ampia, volta a farvi rientrare l’insieme degli obblighi assunti dall’impresa concentrata sia nei confronti della Commissione che dei terzi. Pertanto, non rilevarebbe il carattere generale o specifico degli obblighi sostanziali violati quanto il fatto che gli stessi non siano stati rispettati. Ne consegue che secondo il Tribunale la clausola arbitrale deve essere intesa come capace di ricomprendere ogni violazione degli obblighi sostanziali previsti ed assunti con gli impegni e la stessa sarà azionabile da qualsiasi terzo il quale ritenga di avere subito una lesione dei propri diritti quale conseguenza della violazione degli impegni stessi. Pertanto, il Tribunale ritiene che RTI abbia diritto ad agire in forza dell’art.

---

<sup>98</sup> Lodo CCI del 17 febbraio 2012, in Rivista dell’Arbitrato, 1/2013, pp. 201-248;



8.1 degli impegni e quindi “*namely not to be prevented by Respondent to acquire and broadcast World-wide Sports Rights covered by the Commitments*”.

Ciò detto, il Tribunale rigetta l’ulteriore eccezione di incompetenza di non arbitrabilità della controversia promossa da RTI. Infatti, NewsCorp riteneva non arbitrabile la controversia in quanto vertente su di un violazione degli impegni assunti e non in relazione alla loro attuazione con riferimento a specifici e qualificati diritti attribuiti a terzi. Ciò comporterebbe, quindi, la competenza esclusiva della Commissione nell’esercizio dei propri poteri di vigilanza, non delegabili, in quanto relative all’accertamento delle violazioni e l’imposizione di sanzioni e misure coercitive. In realtà, il Tribunale, richiamando quanto prima affermato, rigetta la soluzione formale e meramente semantica della distinzione tra violazione ed attuazione degli impegni assunti. Infatti, la violazione di un impegno assunto dall’impresa concentrata potrà essere considerata sia come infrazione rilevante per la Commissione UE la quale potrà agire autonomamente per sanzionare tale condotta inadempiente, sia come infrazione e violazione dei diritti dei terzi individuati nella decisione della Commissione, quali soggetti interessati al rispetto degli impegni da parte dell’impresa concentrata. Infatti, i terzi potranno agire nei confronti dell’impresa concentrata azionando la via arbitrale od in alternativa attraverso le ordinarie vie legali. Pertanto è evidente la distinzione dei due piani di azione tra *public enforcement* e *private enforcement*. In merito, poi, all’eccezione di non arbitrabilità della controversia ai sensi del diritto italiano, NewsCorp riteneva trattarsi di diritti indisponibili di competenza esclusiva della Commissione UE afferendo ad

interessi di carattere pubblico. Invero, il Tribunale arbitrale rigetta la predetta eccezione richiamando quanto già affermato in relazione alla natura ed agli effetti della clausola arbitrale, ribadendo che la stessa clausola conferisce ai terzi il diritto di adire la via arbitrale per le ipotesi di violazione degli impegni assunti dalla impresa concentrata. Viene quindi ribadita l'esclusione della rilevanza pubblicistica della questione essendo una controversia tra privati che gli stessi avrebbero, peraltro, potuto far decidere anche innanzi ad un giudice nazionale.

La migliore dottrina si è posta la questione degli effetti o meno vincolanti in termini di arbitrabilità della controversia discendente dall'adozione della decisione della Commissione UE in materia di concentrazione ed assunzione di impegni<sup>(99)</sup>. In altre parole, ci si è chiesti se l'arbitrabilità delle controversie vertenti sulla violazione degli impegni assunti contenuta nella decisione della Commissione non debba prevalere su ogni possibile previsione contraria della legge nazionale di uno Stato Membro. A tale quesito si ritiene corretto dare risposta affermativa sia per il general principio di prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale dei singoli Stati Membri, sia per la fondamentale importanza della materia di diritto della concorrenza a cui consegue la straordinaria intensità dei poteri attribuiti alle istituzioni comunitarie ed in particolar modo alla Commissione Ue. Ragionando in senso contrario si rischierebbe di avere un'applicazione non uniforme e contraddittoria delle regole europee con gravissimi effetti sull'uniformità ed integrazione del sistema e del mercato unico. Se tale ragionamento può essere

---

<sup>99</sup> Radicati di Brozolo, *Il primo lodo in materia di controllo delle concentrazioni comunitarie*, cit., p. 239.

condiviso, si dovrebbero valutare quali conseguenze vi sarebbero nel caso di una sede arbitrale il cui diritto nazionale non ritenga arbitrabile le predette controversie. In tali casi, si potrebbe giungere sino a ritenere possibile per la Commissione UE di riesaminare la propria decisione sugli impegni richiedendo all'impresa concentrata una modifica al fine di renderlo conforme a quanto assunto. In tal senso, si potrebbe pensare alla scelta di una diversa sede arbitrale in Stato ove non vi sia una normativa ostile all'arbitrabilità delle predette controversie. Quanto, poi, alle domande riconvenzionali, RTI contestava la competenza del Tribunale arbitrale ritenendo che la clausola arbitrale non potesse esser invocata dall'impresa concentrata ma solo dai terzi danneggiati dalla condotta inadempiente dell'impresa stessa e che l'accettazione della clausola arbitrale non comportava l'estensione del proprio consenso su ogni controversia comunque rientrante nella clausola stessa. Diversamente, Newscorp ammetteva la competenza degli arbitri ed in tal senso richiamava la disciplina dell'arbitrato in materia di investimenti ove sono normalmente ammesse le domande riconvenzionali. Il Tribunale riteneva esistente la competenza per tutte le domande secondarie in quanto afferenti all'attuazione degli impegni, salvo che la domanda riconvenzionale della Soc. Newscorp con la quale si denunciava il carattere eccessivamente "acceso" del tono e delle parole delle dichiarazioni rese alla stampa da parte attrice.

Una volta affermata la propria competenza, il Tribunale Arbitrale provvedeva all'esame delle domande di merito, principale e riconvenzionale.

Iniziando dalla domanda principale, parte attrice denunciava la violazione dell'art. 8.1 degli impegni assunti da Newscorp in

quanto quest'ultima aveva acquistato i diritti esclusivi per la trasmissione della Coppa del Mondo di calcio per l'anno 2010, successivamente rifiutando di concederli in licenza a RTI per la ritrasmissione sulle proprie reti a pagamento. Si rendeva quindi necessario stabilire se l'acquisto dei diritti esclusivi per la trasmissione della Coppa del Mondo 2010 rientrassero o meno nell'area di applicazione degli impegni e, segnatamente, di quanto previsto dal paragrafo 8.1. Questo, infatti, vietava a NewsCorp l'acquisto di diritti esclusivi per la trasmissione di eventi sportivi internazionali indicati come *World-wide Spots Rights*, tra cui "*major international live sports events expected, as the date of the contract granting the broadcasting rights, to feature Italian teams and/or sportsmen/sportswomen in a leading role*". Innanzitutto, il Tribunale arbitrale riteneva necessario procedere ad un'interpretazione degli impegni assunti dall'impresa concentrata non isolandoli dal contesto e, quindi, non esaminandoli separatamente alla luce del diritto sostanziale applicabile. Infatti, il Collegio arbitrale provvedeva ad esaminare il procedimento decisionale della Commissione, i motivi per cui si erano ritenuti soddisfacenti determinati impegni assunti dall'impresa ed i profili di diritto della concorrenza e di tutela del mercato che erano stati determinanti per la decisione finale. Ne consegue l'impossibilità di prescindere dalla lettura e dall'analisi delle considerazioni rese dalla Commissione nel valutare gli impegni offerti dall'impresa interessata alla concentrazione. Impegni che costituiscono parte integrante della Decisione la quale è sottoposta al normale criterio di interpretazione delle fonti normative in ambito europeo e della gerarchia delle fonti stesse. In tal senso, sembra interessante riportare delle osservazioni generali contenute nella predetta

decisione al par. 2.1, pag. 57, *“La nuova entità deterrà una posizione monopolistica sul mercato della pay-TV e una posizione quasi-monopsonistica nei mercati inerenti l’ acquisto dei canali televisivi, dei film premium, dei diritti per le squadre di calcio nazionali e dei canali televisivi, mentre deterrà una posizione dominante per l’ acquisto di altri eventi sportivi non inclusi nella legge italiana di attuazione della direttiva “Televisione senza frontiere, considerati come eventi sportivi internazionali. 228. L’ ambizione e l’ obiettivo principale alla base di qualunque pacchetto di rimedi dovrebbe essere la creazione delle condizioni necessarie alla sussistenza di una concorrenza efficace e/o allo sviluppo di una concorrenza potenziale. In un caso come quello di cui trattasi, detto obiettivo deve essere perseguito abbassando le barriere d’ ingresso sul mercati interessati e creando vincoli competitivi che fungano da fattori disciplinanti e limitanti per l’ operatore dominante. Il pacchetto di rimedi proposto da Newscorp è stato concepito e costruito in vista di questo obiettivo ultimo”*. Il Tribunale arbitrale, esaminando la determinazione del mercato rilevante posta nella Decisione della Commissione UE, giunge alla conclusione che la Coppa del Mondo di calcio non rientrerebbe tra quegli eventi sportivi di portata mondiale interessati dagli impegni assunti da Newscorp ai sensi del par. 8.1 degli impegni stessi. In particolare si riporta quanto previsto nella Decisione ai paragrafi 64-66, *“La Commissione ha asserito in casi precedenti<sup>28</sup> che esiste un mercato separato per l’ acquisto di diritti di trasmissione esclusivi per gli eventi calcistici che si svolgono ogni anno a cui partecipano squadre nazionali (il*

*campionato nazionale, principalmente la prima divisione e le coppe, la Champions League e la Coppa UEFA). Le televisioni in chiaro partecipano al processo di gara per i diritti sulla Champions League e sulla Coppa UEFA. 65. Questo mercato può essere distinto dall' acquisto di diritti di trasmissione per gli eventi calcistici che non si svolgono regolarmente a cui partecipano squadre nazionali, come il campionato mondiale o il campionato europeo, che vengono venduti da organizzazioni differenti. In qualche misura, le televisioni in chiaro partecipano al processo di gara per questi diritti. Questi dati sono stati confermati dall' indagine di mercato condotta in relazione al presente caso. Ai fini di questo caso, il mercato interessato è quello dell' acquisto dei diritti di trasmissione esclusivi per gli eventi calcistici che si svolgono ogni anno a cui partecipano squadre nazionali (il campionato nazionale, principalmente la prima divisione e le coppe, la Champions League e la Coppa UEFA). L' indagine di mercato ha confermato chiaramente che questo tipo di contenuti calcistici costituisce di per sé un contenuto "motivante per gli operatori della pay-TV. Inoltre, in considerazione delle caratteristiche di questo tipo di contenuti e dei relativi prezzi (che sono evidentemente superiori a quelli di altri eventi sportivi a svolgimento regolare a cui partecipano le squadre nazionali), l' acquisto dei diritti di trasmissione esclusiva per questi eventi calcistici regolari a cui partecipano le squadre nazionali può essere considerato un mercato di prodotti separato, chiaramente distinguibile da altri mercati di acquisto di contenuti". Conseguentemente, il Tribunale rigettava le argomentazioni di parte attrice secondo la quale gli impegni assunti da NewsCorp sarebbero dovuti essere interpretati in maniera estensiva ovvero*

ricomprendendo tutti i principali eventi sportivi internazionali, in quanto soltanto in tale modo si sarebbe potuto assicurare la *“flexibility [of the market definition] as it has to apply to every relevant sports content emerging from 2003 to 2001”*<sup>(100)</sup>. Il Tribunale, quindi, confermava che gli Impegni vanno valutati *“by reference to the structure and particular characteristics of the market in which the competition concerns arise”* ed in *“connection and dependance between the Commitments and the Decision”*<sup>(101)</sup>. Pertanto, si concludeva ritenendo che la Decisione non abbia dato rilevanza ai mercati degli eventi sportivi in generale ma soltanto a quelli svolgentesi con cadenza annuale. Un passaggio di particolare interesse, che consegue a quanto sopra riportato, si ha quando il Tribunale afferma che in sede di esame degli impegni ed al fine di valutarne l’eventuale violazione, l’arbitro non può considerare un mercato diverso da quello individuato e definito dalla Commissione nel pronunciare la Decisione. Ne consegue che, qualora dei terzi dovessero ritenere che gli impegni assunti dall’impresa concentrata siano insufficienti a garantire la concorrenza in mercati che, seppur aventi una qualche rilevanza, non sono stati interessati dalla Decisione della Commissione, potranno comunque tutelare i propri diritti presentando apposita denuncia alle Autorità garanti nazionali o ancora meglio alla stessa Commissione UE<sup>(102)</sup>.

Ciò detto, il Tribunale conclude nel senso che Newscorp non aveva assunto alcun obbligo a non acquistare i diritti esclusivi di

---

<sup>100</sup> Radicati di Brozolo, *Il primo lodo in materia di controllo delle concentrazioni comunitarie*, cit., p. 242.

<sup>101</sup> Radicati di Brozolo, *Il primo lodo in materia di controllo delle concentrazioni comunitarie*, cit., p. 243.

<sup>102</sup> Radicati di Brozolo, *Il primo lodo in materia di controllo delle concentrazioni comunitarie*, cit., p. 243

trasmissione della Coppa del Mondo di calcio 2010 né di concederne in licenza la trasmissione ad operatore terzi. In ultimo, il Tribunale rigetta anche la domanda riconvenzionale in tema di asserita violazione dell'obbligo di confidenzialità circa l'esistenza dell'arbitrato. Precisa il Tribunale che non vi è alcun riscontro normativo che supporti un tale obbligo per la parte attrice né nella clausola arbitrale né nel regolamento CCI né nel diritto italiano.

Dall'esposizione di quanto sopra, il lodo reso nella controversia RTI v. SKY risulta di particolare interesse sia perché è il primo lodo in materia di arbitrato per violazione degli impegni assunti in sede di decisione sull'autorizzazione di operazioni di concentrazione sia in quanto ha esaminato tutti i fondamentali aspetti di questa particolare forma di arbitrato. In particolare, si è avuto modo di accertare che gli impegni assunti in sede di autorizzazione di concentrazioni da parte dell'impresa concentrata sono fonti di diritti e obblighi non solo verso la Commissione UE ma anche, e soprattutto, verso i terzi i quali siano direttamente interessati dal rispetto degli impegni stessi. Ne consegue che lo strumento arbitrale potrà essere utilizzato da tutti i terzi beneficiari degli impegni ed in relazione a qualsiasi controversia afferente la violazione degli stessi. Si è così ribadita la distinzione tra *public enforcement* di cui è titolare la Commissione UE e *private enforcement* affidato anche allo strumento arbitrale per le controversie tra privati. In tal senso, così come la Commissione non potrebbe influire sul procedimento arbitrale, il Tribunale arbitrale, nel lodo in esame, ha esattamente ritenuto di non potere dare interpretazioni modificative degli impegni né di poterne estendere gli effetti ad ambiti e situazioni



non previsti dalla decisione della Commissione. Il lodo che decide la questione relativa alla violazione degli impegni deve essere, quindi, considerato come un lodo ordinario, soggetto alla normativa nazionale ed eventualmente europea applicabile. Ciò anche per quanto concerne le modalità ed i motivi di impugnazione. Dall'altra parte, la Commissione potrà sempre autonomamente esercitare i propri poteri pubblicistici al fine di adottare le misure sanzionatorie di condotte poste dall'impresa concentrata in violazione degli impegni assunti. In definitiva, l'arbitrato sugli impegni assunti nelle concentrazioni risulta essere un valido strumento volto a garantire efficacemente l'attuazione degli impegni stessi nei rapporti tra impresa concentrata e terzi beneficiari degli impegni assunti. Infatti, tale fattispecie arbitrale deve essere correttamente qualificata come un ordinario arbitrato vertente su controversie relative ad obbligazioni commerciali sorte tra parti private<sup>( 103 )</sup>. Le caratteristiche precipue, invece, possono essere indicate nella natura semi obbligatoria dello stesso e dall'essere rivolto ad una platea di terzi qualificati ma non determinabili a priori. In tal senso, per l'impresa concentrata l'accettazione della clausola arbitrale è condizione vincolante al fine di ottenere l'autorizzazione alla concentrazione da parte della Commissione UE o comunque dell'Autorità Garante nazionale competente. Dall'altra parte, l'impresa concentrata si obbliga ad accettare la risoluzione arbitrale delle controversie afferenti alla violazione degli impegni assunti in sede di autorizzazione della concentrazione ed aventi come beneficiari tutti i terzi che si troveranno a rientrare in una di quelle categorie individuate dalla

---

<sup>103</sup> Radicati L.G., *Arbitration in EC Merger Control: Old wine in a new bottle*, cit., pp. 8-9.

decisione dell’Autorità garante. Ciò detto, la fattispecie arbitrale in discussione dovrà essere qualificata come pienamente rientrate nella ordinaria disciplina arbitrale per gli arbitrati di natura commerciale. Diversamente, non convince altro orientamento che vorrebbe qualificare la previsione della risoluzione arbitrale delle controversie afferenti la violazione degli impegni assunti in sede di autorizzazione alla concentrazione quale peculiare strumento attribuito alla Commissione UE per monitorare e garantire l’esatta esecuzione della propria decisione in materia di concentrazioni<sup>(104)</sup>. In particolare, la predetta dottrina ritiene che la Commissione UE, nelle ipotesi oggetto di esame, possa realizzare una delega dei propri pubblici poteri in favore del tribunale arbitrale. Quest’ultimo, quindi, eserciterebbe, in luogo della Commissione, tali poteri regolatori come un vero e proprio “*prolonged arm of the Commission*”<sup>(105)</sup>. Pertanto, si tratterebbe di un meccanismo di controllo utilizzato dalla Commissione per garantire l’esatta esecuzione degli impegni assunti dall’impresa concentrata sostanziandosi nell’esercizio di prerogative e poteri pubblicistici e regolatori che la Commissione ritiene efficiente delegare all’organo arbitrale<sup>(106)</sup>. In realtà, per come sopra detto, si ritiene non condivisibile tale orientamento in quanto l’arbitrato previsto in occasione di violazioni degli impegni assunti dall’impresa concentrata non dovrà né potrà essere assimilato ad uno strumento di *public enforcement* essendo lo stesso un meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie di natura privatistica tra parti private. Si tratta, quindi, di arbitrati vertenti su questioni privatistiche ed in relazione al quale non vi è

---

<sup>104</sup> Blessing M., *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*, cit..

<sup>105</sup> Blessing M., *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*, cit., p. 172.

<sup>106</sup> Carbone S.M., *Antitrust Commitments and Arbitration in European Law*, cit., pp. 8-10.

alcuna delega né esercizio di poteri pubblicistici né vi è alcun controllo o possibile intervento vincolante della Commissione UE sulla procedura arbitrale. Infatti, anche le risultanze istruttorie non avranno alcun valore vincolante per la Commissione, la quale resterà sempre libera di avviare proprie investigazioni al fine di verificare l'esistenza degli estremi e condizioni per un intervento sanzionatorio pubblicistico. Diversamente, gli arbitri provvederanno a garantire l'attuazione degli impegni assunti dall'impresa concentrata sul piano privatistico e, quindi, a tutela delle categorie di terzi individuate con la decisione della Commissione. Terzi i quali riterranno di essere stati danneggiati da una eventuale violazione degli impegni stessi. In altre parole, è necessario che sia determinato esattamente il confine tra le funzioni e poteri pubblicistici esercitati dalla Commissione e l'attuazione sul piano privatistico degli impegni da parte dei tribunali arbitrali, in modo da evitare ogni possibile confusione o sovrapposizione di funzioni<sup>(107)</sup>. In tal senso, la Commissione UE dovrà attenzionare le ipotesi più gravi di violazione degli impegni ed, in particolare, i cd. impegni strutturali ovvero quelli che incidono in modo consolidato su di una situazione di mercato e sulla struttura dell'impresa concentrata, così ad esempio gli obblighi di disinvestimento da determinate società o operazioni o settori di mercato. In tali casi, la Commissione dovrà certamente intervenire al fine di verificare la rilevanza della violazione ed imporre le dovute sanzioni. Diversamente, lo strumento arbitrale sarà previsto per l'esame delle ipotesi di violazioni meno gravi quali quelle solitamente afferenti ai c.d. impegni comportamentali ovvero agli impegni che si sostanziano nell'imporre all'impresa

---

<sup>107</sup> Carbone S.M., *Antitrust Commitments and Arbitration in European Law*, cit., p. 10.

concentrata l'assunzione di determinate iniziative o disponibilità nei confronti dei concorrenti nel mercato rilevante al fine di evitare storture alla concorrenza derivanti dall'autorizzata concentrazione stessa<sup>(108)</sup>. In tali casi, infatti, la controversia sarà afferente alla violazione di obblighi, quali ad esempio il permettere l'accesso ad una struttura essenziale, i cui beneficiari sono terze imprese concorrenti appartenenti alle categorie individuate nella decisione di autorizzazione della concentrazione, le quali potranno far valere le proprie pretese di natura privatistica in sede arbitrale. Come prima chiarito, la Commissione UE rimane comunque competente ad adire i propri poteri pubblicistici di investigazione e sanzione anche in riferimento a tale categoria di violazioni ed infatti solitamente viene inserita nelle decisioni che prevedono il ricorso all'arbitrato la seguente frase rituale per cui la clausola arbitrale "*shall not effect the powers of the Commission to take decisions in relation to the Commitments in accordance with its powers under the Merger Regulation and TFEU*"<sup>(109)</sup>. Potrà, comunque, verificarsi che impegni comportamentali siano considerati dalla decisione della Commissione come condizione per l'autorizzazione alla concentrazione con la conseguenza che in caso di loro violazione la Commissione UE potrà intervenire nel giudizio arbitrale al fine di apportare un proprio contributo interpretativo, sempre su richiesta delle parti o del tribunale arbitrale<sup>(110)</sup>. Diversamente, per il caso di violazioni di impegni strutturali, i terzi danneggiati potranno ritenere di agire mediante lo strumento arbitrale al fine

---

<sup>108</sup> Blanke, *International Arbitration and ADR in Conditional Merger Clearance Decisions*, cit, par.46-016;

<sup>109</sup> Carbone S.M., *Antitrust Commitments and Arbitration in European Law*, cit., p. 10

<sup>110</sup> Blanke, *International Arbitration and ADR in Conditional Merger Clearance Decisions*, cit, par.46/070.

di ottenere la condanna dell'impresa concentrata all'integrale risarcimento del danno. I predetti terzi interessati potranno essere sia appartenenti a categorie ben determinate e qualificate sia riferirsi a ogni soggetto terzo che sia stato danneggiato dal mancato rispetto ed attuazione degli impegni assunti dall'impresa concentrata<sup>(111)</sup>. Quindi, in generale il terzo, solitamente un'impresa concorrente o clienti dell'impresa concentrata, sarà individuato in quanto portatore di una posizione giuridica qualificata quale beneficiario sia degli impegni assunti dalla predetta impresa concentrata che della clausola arbitrale contenuta nella decisione di autorizzazione<sup>(112)</sup>. Pertanto, la clausola arbitrale, in tale contesto, potrà essere qualificata come un'offerta unilaterale di arbitrato assunta dall'impresa concentrata ed avente quale destinatari tutti i terzi aventi un concreto e legittimo interesse al rispetto degli impegni assunti dall'impresa concentrata<sup>(113)</sup>. Come sopra detto, i terzi interessati potranno sia essere specificatamente determinati nella decisione di autorizzazione della concentrazione o, diversamente, esserne individuate in generale le categorie di appartenenza. Infatti, ciò che rileva è che il terzo dia prova di essere titolare di una posizione giuridica qualificata e, quindi, di un legittimo e concreto interesse a che venga data puntuale attuazione agli impegni assunti dall'impresa concentrata ed all'utilizzo dello strumento arbitrale per l'ipotesi di violazione degli impegni stessi<sup>(114)</sup>. In realtà, quindi, l'arbitrato in discussione deve più esattamente farsi rientrare nell'ordinaria disciplina di tale istituto. In tal senso,

---

<sup>111</sup> Blanke, cit, par.46-046.

<sup>112</sup> Blanke, cit, par.46-046.

<sup>113</sup> Blanke, cit, par.46-050.

<sup>114</sup> Carbone S.M., *Antitrust Commitments and Arbitration in European Law*, cit., p. 14.

saranno validi i ragionamenti sopra argomentati in merito alla necessità che gli arbitri, in determinate condizioni, applichino la rilevante normativa antitrust al caso concreto, anche d'ufficio, essendo la stessa intesa quale disciplina rientrante nell'ambito dell'ordine pubblico<sup>(115)</sup>. In eguale modo, dovranno attentamente valutarsi tali profili in sede di esame del lodo per impugnazione o riconoscimento ed esecuzione in merito al grado ed intensità di scrutinio dello stesso da parte delle corti nazionali ovvero se sia sufficiente verificare che la questione concernente il diritto della concorrenza sia stata valutata o lo stesso sia stato applicato anche se in modo non del tutto corretto ovvero se sia necessario un riesame pieno nel merito della vicenda ivi compreso il riesame dei dati fattuali. Invero, come si è precedentemente rilevato, un eventuale riesame a fronte di una non corretta applicazione del diritto antitrust da parte degli arbitri, dovrebbe essere ammissibile soltanto quando sia posto in pericolo *"the essential political, social or economic interests protected by the rule"* come ricordato dall'International Law Association<sup>(116)</sup>. In definitiva, dovendo tutelare i fondamentali principi di autonomia e definitività della decisione arbitrale, sia in sede di impugnazione che per il riconoscimento ed esecuzione di un lodo, dovranno contemperarsi le diverse esigenze di salvaguardia dell'autonomia arbitrale e di rispetto della normativa antitrust. In tal senso, il richiamo al regime previsto ed alla prassi relativa alle previsioni della Convenzione Di New York del 1958 ed in particolare all'art. V, par. 2, in particolare la lett b), ove è statuito che *"Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the*

---

<sup>115</sup> Carbone S.M., *Antitrust Commitments and Arbitration in European Law*, cit., p. 15-18.

<sup>116</sup> Carbone S.M., *Antitrust Commitments and Arbitration in European Law*, cit., p. 15.

*competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: a) the subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country or b) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country”*. Pertanto, l'arbitrato in materia di violazione degli impegni assunti dall'impresa concentrata si presenta come un ordinario arbitrato in materia di obbligazioni commerciali sottoposto alle regole generali e ciò anche per quanto concerne la particolare disciplina dell'attuazione della normativa antitrust.

D'altronde, se non vi fosse la previsione di una clausola arbitrale nella decisione di autorizzazione alla concentrazione, il terzo il quale si ritenga danneggiato dalla violazione degli impegni assunti da parte dell'impresa concentrata potrebbe, quale prima ipotesi, rivolgersi alla Commissione UE. Invero, tale soluzione non si appaleserebbe come soddisfacente in quanto la Commissione UE non sarebbe idonea sia per mancanza di mezzi che per obiettivi perseguiti, a dare una risposta alle richieste proprie di una controversia civilistica tra due parti private. Infatti, anche a seguito del deciso rafforzamento del decentramento nell'attuazione del diritto della concorrenza previsto con il Regolamento 1/2003, la Commissione UE vede concentrare i propri sforzi, oltre che nell'indicare linee guida per l'esatta e corretta applicazione del diritto della concorrenza all'interno dell'area europea anche nel perseguire le ipotesi di violazione del diritto della concorrenza aventi una maggiore rilevanza ed importanza. Pertanto, una volta verificata l'esistenza di una grave violazione degli impegni assunti da un'impresa concentrata, la Commissione potrà certamente imporre una multa o modificare le

condizioni a cui era sottoposta l'autorizzazione o addirittura giungere sino alla sua revoca ma difficilmente potrebbe prendere in considerazioni profili quali il risarcimento dei danni cagionati dall'impresa concentrata al terzo. La seconda ipotesi per il terzo che volesse denunciare la condotta dell'impresa concentrata in quanto contraria agli impegni assunti, consiste nell'adire il giudice nazionale. E' evidente che in tale ipotesi dovrà determinarsi la corte nazionale avente giurisdizione sul fatto e dovrà sottoporli alle incertezze di tempi e risultato proprie del giudizio ordinario innanzi ad un giudice generalista. E' evidente che nessuna delle due ipotesi risulta essere soddisfacente al fine di tutelare i diritti dei terzi interessati al rispetto degli impegni assunti in sede di autorizzazione alla concentrazione. Infatti, se gli impegni prescritti dalla Commissione ed assunti dalla impresa concentrata sono finalizzati ad evitare effetti e condotte anticoncorrenziali conseguenti alla concentrazione, si deve correttamente considerare che la clausola arbitrale contenuta negli impegni stessi rappresenti il più efficace strumento procedurale di protezione del mercato e dei terzi dalle possibili conseguenze negative per la concorrenza che possano discendere dalla concentrazione autorizzata<sup>(117)</sup>. In altri termini, l'arbitrato si pone come fondamentale strumento di tutela del mercato e dei terzi a fronte del pericolo di effetti anticoncorrenziali derivanti dalla concentrazione autorizzata. E' evidente, peraltro, che, ove non vi sia stata una precedente accettazione della clausola arbitrale, i terzi beneficiari della previsione potranno scegliere di adire il giudice nazionale anziché l'arbitrato e con ciò di fatto rinunciando a tale ipotesi di risoluzione delle controversie. Diversamente,

---

<sup>117</sup> Radicati L.G., *Arbitration in EC Merger Control: Old wine in a new bottle*, cit., pp. 10.



l'impresa concentrata avendo assunto gli impegni non potrà rifiutare l'arbitrato pur potendo, naturalmente, sollevare le ritenute eccezioni in sede di arbitrato stesso, siano esse riguardanti la competenza arbitrale che, ad esempio, la legittimazione dei terzi beneficiari.

Va rilevato che, secondo un'interpretazione dottrina, nell'ipotesi in cui sia l'impresa concentrata a dovere iniziare un'azione nei confronti di un terzo beneficiario degli impegni assunti, ad esempio per non avere questi corrisposto l'ammontare previsto per la concessione dell'utilizzo di determinate infrastrutture messe a disposizione dall'impresa stessa, quest'ultima non risulterebbe vincolata dalla clausola arbitrale salvo che ve ne sia stata in precedenza una formale accettazione da parte del terzo<sup>(118)</sup>. Ne conseguirebbe, quindi, che l'impresa concentrata sarebbe tenuta ad adire il giudice nazionale, avente giurisdizione nel caso concreto, così di fatto precludendo al terzo la possibilità di adire la via arbitrale al fine di esperire le azioni riconvenzionali relative ad eventuali violazioni degli impegni assunti dalla stessa impresa concentrata<sup>(119)</sup>. Orbene, non si ritiene di potere condividere tale argomentazione e ciò sotto diversi profili. Infatti, da una parte, ritenere che l'impresa concentrata possa prescindere dall'utilizzo dello strumento arbitrale, qualora ad essere in discussione sia la condotta del terzo beneficiario che si asserisca inadempiente, contrasterebbe con la stessa ratio dell'introduzione in via generale della clausola arbitrale in sede di accettazione degli impegni quale prescelto strumento di *private enforcement* volto a garantire il pieno

---

<sup>118</sup> Radicati L.G., *Arbitration in EC Merger Control: Old wine in a new bottle*, cit., p. 11

<sup>119</sup> Radicati L.G., *Arbitration in EC Merger Control: Old wine in a new bottle*, cit., p. 11.

rispetto del diritto della concorrenza. Infatti, come si è dimostrato nel presente lavoro, l'introduzione della clausola arbitrale in sede di accettazione degli impegni da parte dell'impresa concentrata risponde all'esigenza di ricercare uno strumento che, concorrendo al controllo del rispetto della normativa anti trust, garantisca una risoluzione delle relative controversie tale da superare le inevitabili difficoltà di coordinamento tra le giurisdizioni nazionali, stante il carattere transnazionale dei rapporti economici rilevanti, e nel contempo permettendo agli interessati un accesso semplificato alla procedura contenziosa con decisione finale resa da parte di arbitri dotati di specifica professionalità. Dall'altra parte, la predetta tesi si porrebbe in contrasto anche con il generale principio di *favor* per la soluzione arbitrale, in forza del quale, ove non esplicitamente escluso, si è tenuti ad attribuire alla clausola arbitrale un'interpretazione tale da garantirne la più ampia applicazione possibile. Infatti, diversamente pensando, si imporrebbe un'illogica restrizione all'operatività della clausola arbitrale limitandola soltanto alle questioni direttamente scaturenti dall'inadempimento o non esatto adempimento degli impegni da parte dell'impresa concentrata escludendo, invece, altre situazioni immediatamente correlate con la vicenda principale. In tal senso ed in riferimento alla questione in questa sede discussa, è del tutto evidente come si avrebbe un'ingiustificata discriminazione nell'escludere dalla efficacia della clausola arbitrale le condotte dei terzi beneficiari degli impegni, qualora gli stessi risultino essere inadempienti in relazione agli accordi conclusi con l'impresa concentrata in esecuzione delle previsioni contenute negli impegni assunti dall'impresa stessa. Per tali motivi e ritenendo assolutamente

preferibile un'interpretazione dell'istituto arbitrale in sede di impegni assunti dall'impresa concentrata quanto più ampia possibile, e quindi tale da ricomprendere tutte le condotte comunque immediatamente riferibili a quanto disposto ed imposto dagli impegni stessi, risulterebbe più aderente alla ratio dell'istituto nonché al suo aspetto pratico ed operativo, ritenere che anche nell'ipotesi di asserito inadempimento da parte del terzo beneficiario di accordi conclusi in esecuzione degli impegni assunti dall'impresa concentrata, quest'ultima sarà comunque vincolata ad adire la via arbitrale azionando la clausola prevista nel testo degli impegni. Ciò soltanto, infatti, si potrà garantire un'uniforme trattazione della materia nei suoi aspetti oggettivi e soggettivi, evitando un'indesiderabile e penalizzante parcellizzazione del contenzioso, certamente foriera di difficoltà ed incertezze interpretative e decisionali.

Per quanto sopra, quindi, l'arbitrato avente ad oggetto violazioni degli impegni assunti in sede di autorizzazione di concentrazione da parte della Commissione UE, è da qualificarsi come un arbitrato afferente obbligazioni commerciali secondo le regole ordinarie proprie di questi arbitrati. Così troverà applicazione la legge nazionale della sede dell'arbitrato mentre il merito non potrà fare a meno di applicare il diritto europeo della concorrenza ed in particolare quanto previsto dalla decisione della Commissione UE contenente gli impegni assunti dall'impresa concentrata. In questo senso, la Commissione potrà in ogni caso provvedere a proprie investigazioni in merito ad asserite violazioni degli impegni in modo autonomo e con propri mezzi al fine di giungere ad eventuali sanzioni, modifiche o nei casi più gravi revoche della decisione di autorizzazione. In nessun modo, invece, gli arbitri

potranno essere considerati come ausiliari o facenti funzioni della Commissione né risponderanno alla stessa per il loro operato né il lodo potrà essere considerato come prova decisiva dell'esistenza di una violazione rilevante ai fini dell'azione di garanzia della Commissione stessa. Pertanto, pur essendo possibile delle cooperazioni in termini di intervento quale esperto o *amicus curiae* da parte della Commissione, l'arbitrato manterrà i propri caratteri di autonomia ed indipendenza. In definitiva, si può concludere nel senso che l'arbitrato avente ad oggetto asserite violazioni degli impegni assunti da un'impresa in sede di autorizzazione di concentrazioni da parte della Commissione UE, caratterizzato dal carattere vincolante unicamente sull'impresa concentrata e dall'essere la clausola arbitrale destinata a tutti i terzi beneficiari individuati, specificatamente o per categorie di appartenenza, nella decisione di autorizzazione della concentrazione, è da qualificarsi come un ordinario arbitrato commerciale da intendersi quale strumento attraverso cui garantire il *private enforcement* degli impegni assunti.

## CONCLUSIONI

Le considerazioni svolte nei precedenti capitoli hanno consentito di delineare i rapporti esistenti tra il diritto della concorrenza ed il diritto dell'arbitrato.

Si è, infatti, iniziato con l'analisi della prima ed essenziale questione relativa alla arbitrabilità delle controversie antitrust. In tal senso, è stata ripercorsa la nascita ed evoluzione del diritto della concorrenza negli Stati Uniti d'America, dallo *Sherman Act* del 02.07.1890 al *Clayton Antitrust Act* del 05.06.1914, al *Robinson-Patman Act* del 1936 e quindi al *Hart-Scott-Rondino Act* del 1976, sino a richiamare le più importanti decisioni giurisprudenziali tra le quali la Sentenza 391 F.2d 821 del 1968, causa *America Safety Equipment Corp c. JP Maguire & Co.*, e la successiva e decisiva Sentenza 473 U.S. 614 del 1985 causa *Mitsubishi Motors Corporation c. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*. Quest'ultima ha avuto il pregio di superare la storica avversione all'arbitrabilità delle questioni di diritto della concorrenza, tra l'altro, formulando la tesi del *second look*. Successivamente, la giurisprudenza statunitense ha esteso tali risultati anche alle questioni di diritto della concorrenza totalmente domestiche.

Si è, quindi, continuato dimostrando come le elaborazioni giurisprudenziali statunitensi siano state di fondamentale importanza per l'evoluzione della materia in ambito europeo. In particolare, si è dapprima considerata la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea la quale, ancora oggi, non ha adottato una statuizione espressa in materia di arbitrabilità delle controversie antitrust. Invero, si ritiene di poter affermare, unitamente alla maggioranza della dottrina, che l'arbitrabilità sia

stata in realtà ammessa implicitamente dalla Corte quale precedente logico in alcune delle sue più importanti decisioni, quale ad esempio la Sentenza del 01.06.1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton*. In tal senso, si è richiamata una recente decisione della Corte di Appello Svedese, causa n. T 4487-12 del 23.10.13, con la quale è stata espressamente riconosciuta l'arbitrabilità delle controversie afferenti gli effetti civili del diritto della concorrenza tra le parti.

Per quanto concerne la giurisprudenza italiana, si è richiamata la Sentenza della Corte di Appello di Milano del 13.09.02, causa Istituto Biochimico Italiano c. Madaus AG, confermata dalla successiva Corte di Appello di Milano del 15 luglio 2006, con la quale è stata espressamente ammessa l'arbitrabilità delle controversie antitrust. In particolare, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che non devono essere confuse tra di loro le categorie dei diritti indisponibili, e quindi non arbitrabili, con quella delle norme imperative. In tal senso, le disposizioni in materia di diritto della concorrenza, pur essendo qualificabili come imperative perché afferenti l'ordine pubblico, non hanno ad oggetto diritti indisponibili, con la conseguenza che ben potranno essere oggetto di arbitrato. Tale generale ammissione di arbitrabilità viene esclusa soltanto ove la pattuizione arbitrale sia chiaramente volta ad eludere il diritto della concorrenza, nel qual caso la pattuizione dovrebbe considerarsi del tutto nulla.

Una volta affermata la generale arbitrabilità delle controversie antitrust, ci si è chiesti se gli arbitri chiamati a decidere un tale caso debbano o meno rilevare anche d'ufficio l'esistenza di una questione afferente il diritto antitrust e, quindi, trattarla e deciderla. La risposta deve essere in senso affermativo. Invero,

nonostante non sia possibile individuare uno specifico obbligo che imponga agli arbitri di sollevare tali questioni anche in assenza di una espressa volontà delle parti, è anche vero, però, che il tribunale arbitrale è tenuto nei confronti delle parti ad emanare un lodo che sia valido, efficace e suscettibile di riconoscimento ed esecuzione anche in Stati terzi. Tale obbligo è espressamente previsto dall'art. 41 del Regolamento arbitrale ICC. Orbene, è evidente che qualora gli arbitri omettano di sollevare una questione in materia di antitrust, si avrebbe il fondato rischio di vedere vittoriosamente esperita l'impugnazione del lodo per l'annullamento dello stesso ovvero l'opposizione al riconoscimento e/o esecuzione in uno Stato terzo per contrarietà all'ordine pubblico. Infatti, come riconosciuto dalla CGUE, con la nota Sentenza *Eco Swiss*, la disciplina antitrust è stata qualificata come rientrante nell'ordine pubblico. Ciò detto, ci si è chiesti come debbano procedere gli arbitri per la individuazione del diritto della concorrenza rilevante nel caso concreto. La risposta che si ritiene preferibile è nel senso per cui gli arbitri dovranno applicare la legge dello Stato, o eventualmente degli Stati, al cui interno il lodo troverà esecuzione e produrrà effetti sul regime della concorrenza nel mercato di riferimento. Gli arbitri, quindi, dovranno porre un esame concreto e pragmatico al fine di determinare quale disciplina antitrust risulti essere effettivamente interessata al caso concreto, nella prospettiva della esecuzione del lodo e della produzione dei suoi effetti anticoncorrenziali, tenendo a mente che potranno essere rilevanti anche più normative antitrust di più Stati tutti egualmente interessati dagli effetti prodotti da un lodo.

In merito al ruolo da attribuire alla volontà delle parti nella determinazione della disciplina del diritto della concorrenza applicabile al caso concreto, si è detto che potranno verificarsi quattro ipotesi principali. La prima ove le parti abbiano indicato una determinata legge applicabile ed in tal caso gli arbitri dovranno comunque verificare che tale legge sia effettivamente rilevante per il caso oggetto di decisione. La seconda è per il caso in cui una delle parti abbia richiesto l'applicazione di una determinata legge antitrust ed in tal caso non vi è dubbio che gli arbitri dovranno verificare la rilevanza della legge così indicata. Altra ipotesi è quella in cui le parti nulla hanno detto in merito, per cui dovranno essere gli arbitri ad individuare la legge antitrust applicabile. In ultimo, le parti potrebbero avere espressamente escluso l'applicazione della normativa antitrust. In tal caso, gli arbitri si troverebbero nella difficoltà di dovere attendere alla volontà delle parti e, dall'altra parte, di dovere rendere un lodo valido ed efficace. Peraltro, nel caso in cui gli arbitri omettano volutamente di sollevare delle rilevanti questioni antitrust, gli stessi potrebbero essere tacciati di condotta illecita ed anticoncorrenziale, come statuito dal Tribunale di primo Grado dell'UE nella causa T-99/04 *Treuhand v. Commission*.

Una volta determinata la posizione degli arbitri nei confronti delle questioni afferenti il diritto della concorrenza che possano sorgere in una controversia posta alla loro attenzione, si è esaminato il diverso aspetto del controllo successivo del lodo relativo a questioni antitrust ed esercitato da parte del giudice nazionale in sede di impugnazione del lodo o di opposizione al riconoscimento e/o esecuzione del lodo straniero. In particolare, ci si è chiesti se tale controllo debba tradursi in un vero e proprio



riesame della decisione, c.d. tesi massimalista, o se si debba limitare ad una verifica di logicità e congruità della stessa, c.d. tesi minimalista. La preferenza deve essere accordata a quest'ultima ipotesi. Infatti, la pretesa di volere verificare non solo se la questione antitrust sia stata considerata e decisa ma anche se ne sia stata data una corretta soluzione aprirebbe la strada ad un riesame del merito del lodo da parte delle singole corti nazionali in aperto contrasto con i principi generali disciplinanti l'istituto arbitrale. Peraltro, è noto come l'applicazione della normativa antitrust presenti una difficoltà elevata essendo necessarie particolari conoscenze tecniche e specialistiche. Inoltre, l'attività di analisi e delimitazione dei rilevanti mercati concorrenziali portano a risultati dotati comunque di un'ineliminabile grado di discrezionalità. Ne consegue che non vi è alcuna certezza di potere ottenere una decisione di maggiore coerenza o correttezza da parte del giudice nazionale generalista rispetto alle pronunzie poste dal tribunale arbitrale composto da esperti della materia e del settore economico interessato. E' evidente, inoltre, che, da una parte, l'Autorità pubblica di garanzia della concorrenza potrà agire sanzionando la condotta che dovesse risultare essere in violazione del diritto antitrust applicabile nel caso concreto mentre, dall'altra parte, i terzi che si ritenessero danneggiati dalla condotta anticoncorrenziale potranno ben adire le vie giudiziali per ottenerne il risarcimento dei danni.

In conformità alla c.d. tesi minimalista, sembra muoversi la giurisprudenza sia statunitense, si pensi alla decisione del caso *Mitsubishi*, che europea, ad esempio con la fondamentale la sentenza della CGUE nel caso *Eco Swiss*. In particolare, con la decisione della Corte di Appello di Parigi nel caso *Thalès v.*

*Euromissile*, si è avuto modo di specificare che non tutte le infrazioni della normativa antitrust risultano essere rilevanti per l'ordine pubblico ma soltanto quelle qualificabili quali "*flagrant, effectif et concret*". Tale posizione ripresa dalle corti nazionali europee, tra le quali quelle italiane, tedesche, belga, greche, è stata da ultimo confermata dalla Corte di Appello svedese con la sentenza del 23.10.13, caso n. 4487-12, *Systembolaget Aktiebolag v. The Abosolut Company Aktiebolag*.

Ciò detto, si è avuto modo di precisare che le corti nazionali dovrebbero limitarsi alla lettura delle motivazioni del lodo al fine di verificare che le questioni antitrust siano state considerate e adeguatamente trattate. Qualora la motivazione sia assente o comunque carente, un controllo sui fatti di causa potrà essere ammesso soltanto qualora vi siano gravi e concordanti indizi tali da far sorgere il ragionevole sospetto dell'esistenza di una concreta, effettiva e seria violazione del diritto della concorrenza. L'onere della prova dell'esistenza di una tale violazione del diritto antitrust dovrà essere soddisfatto dalla parte che agisce con l'impugnazione del lodo o in opposizione al riconoscimento e/o esecuzione.

Ciò detto, si è cercato di ricostruire lo stato esistente dei rapporti tra arbitrato, Autorità pubbliche garanti della concorrenza aventi competenza nel caso concreto e CGUE. Innanzitutto, è stato dimostrato come a seguito del Reg. del Consiglio n. 1/2003, portante la disciplina di modernizzazione del diritto della concorrenza, la possibilità per gli arbitri di applicare nella sua interezza l'art. 101 TFUE deve essere senza dubbio riconosciuta. Ne consegue che anche gli arbitri potranno concedere nel caso concreto le esenzioni di cui al paragrafo 3 dell'art. 101 TFUE.

Diversamente, deve darsi conferma della non ammissibilità del rinvio pregiudiziale alla CGUE ex art 267 TFUE da parte degli arbitri i quali non sono considerati come organi giurisdizionali di uno degli stati membri come tradizionalmente statuito dalla CGUE nella decisione della causa Nordsee, C.102/81, del 1982 confermata, tra le altre, dalla decisione del 27 gennaio 2005, causa C-125/04. Invero, si è rilevato come in una recentissima ordinanza, del 13 febbraio 2014 nella causa C-555/13, la CGUE abbia fornito alcune precisazioni in merito agli elementi da considerarsi al fine di potere ritenere ricevibile un rinvio pregiudiziale posto da un tribunale arbitrale. In particolare, la CGUE richiede che il tribunale arbitrale sia istituito per legge, che abbia carattere permanente, che emetta decisioni vincolanti per le parti e la cui competenza non dipenda dall'accordo delle parti. La Corte precisa, ulteriormente, che la possibilità per le parti di variare la forma, composizione e le norme processuali del tribunale arbitrale e che questo sia sciolto successivamente all'emissione del lodo non preclude la qualificazione dello stesso come permanente qualora la sua istituzione trovi la fonte nella legge e la normativa nazionale definisca ed inquadri le norme processuali applicate. A fronte della predetta decisione, sembra legittimo, quindi, ritenere che la CGUE abbia voluto porre le basi per un processo di apertura ad una posizione meno intransigente in materia di rinvio pregiudiziale. Evoluzione da sempre auspicata dalle posizioni dottrinarie più evolute, ritenendo l'estensione del rinvio pregiudiziale anche in sede arbitrale quale strumento necessario per assicurare l'esatta e uniforme applicazione del diritto europeo.

Ci si è posta, altresì, la domanda se il regime di cooperazione dettato dal Regolamento del Consiglio n. 1/2003 tra Commissione UE e giurisdizioni nazionali sia estensibile o meno anche ai tribunali arbitrali. La risposta deve essere negativa. Ciò in quanto tali meccanismi di cooperazione sono vincolanti in forza dell'obbligo di cooperazione ex art. 4, par. 3, del TUE il quale fa riferimento soltanto ai rapporti tra UE e Stati Membri. Deve essere rilevato, però, come l'attività e le decisioni rese dalla Commissione UE potranno comunque influenzare l'attività degli arbitri. In particolare, si è considerata una prima ipotesi consistente nella possibilità che la Commissione UE o l'Autorità pubblica garante nazionale intervengano nel processo arbitrale quale *amicus curiae*. Una tale situazione, sia che si traduca in un apporto di conoscenze e dati tecnici relativi ad un determinato mercato rilevante sia che si sostanzi nel rendere interpretazioni o pareri su determinati aspetti controversi della vicenda e delle norme antitrust applicabili, deve essere ritenuta un fattore positivo ai fini della pronuncia di un lodo valido ed efficace, in particolare, in prospettiva del suo riconoscimento ed esecuzione. E' vero, però, che un tale intervento, le cui risultanze non potranno essere mai vincolanti per gli arbitri così come lo stesso lodo non potrà vincolare le eventuali decisioni successive adottate dall'Autorità pubblica garante, sarà pacificamente legittimato soltanto ove le parti dell'arbitrato si siano accordati nel senso di ammetterlo. Diversamente, si deve escludere sia che l'Autorità garante possa presentare d'ufficio proprie osservazioni in un procedimento arbitrale, in analogia a quanto previsto presso le giurisdizioni nazionali dall'art. 15 par. 3 del Reg. 1/2003, mentre gli arbitri, in assenza di un accordo tra le parti, in principio non potranno

richiedere un contributo da parte dell'Autorità pubblica. Invero, ciò potrebbe essere ammesso soltanto se gli arbitri dovessero ritenere concreto e reale il rischio di pronunciare un lodo destinato ad essere annullato o non riconosciuto e/o eseguito per palese contrasto con la normativa antitrust. In tal caso, si ritiene preferibile ammettere un intervento dell'Autorità pubblica tramite produzione di memorie scritte su richiesta degli arbitri e sempre che tali scritti successivamente oggetto di esame e contraddittorio tra le parti dell'arbitrato. La seconda ipotesi considerata è quella relativa agli effetti di una decisione resa dall'Autorità pubblica garante ed avente ad oggetto i medesimi fatti e condotte dell'arbitrato. In tali casi, si deve ritenere che gli arbitri dovranno almeno considerare la decisione amministrativa in quanto adottata in applicazione delle medesima normativa antitrust. Peraltro, si è visto che qualora il provvedimento amministrativo destinato ad una delle parti sia divenuto definitivo, gli arbitri potranno considerare quanto accertato in quella sede come vincolante. Nello stesso modo, se il provvedimento dell'Autorità pubblica risulti vincolante per gli organi giurisdizionali dello Stato interessato, l'adozione di un lodo in contrasto con la precedente decisione dell'Autorità garante potrà fondatamente esporre il lodo all'annullamento od al rigetto del riconoscimento e/o dell'esecuzione da parte delle corti nazionali vincolate dal provvedimento amministrativo. In tal senso, da ultimo, la Sentenza della Corte di Appello svedese del 23.10.13, nel caso *Systembolaget Aktiebolag*, ha ritenuto che l'annullabilità del lodo possa essere ritenuta anche in ipotesi di violazioni non gravi del diritto della concorrenza ma la cui condotta sia stata già sanzionata da una precedente decisione del

giudice nazionale o dell'Autorità garante nazionale. Pertanto, si deve concludere escludendo un'analogia applicazione all'arbitrato della disciplina relativa alla cooperazione tra autorità pubbliche garanti ed organi giurisdizionali mentre gli arbitri dovranno attentamente considerare l'interpretazione ed attuazione data al diritto della concorrenza da parte delle Autorità pubbliche garanti e dall'autorità giudiziaria.

Successivamente, si è esaminata la particolare ipotesi di arbitrato avente ad oggetto le controversie nascenti dalle violazioni degli impegni assunti da un'impresa in sede di autorizzazione alla concentrazione concessa dalla Commissione UE, ai sensi del Regolamento del Consiglio n. 139 del 20.01.04. Al fine di procedere ad un'esatta qualificazione della predetta ipotesi arbitrale, si è rilevata la necessità di mantenere ben distinti i piani di *public enforcement* e di *private enforcement* del diritto della concorrenza. Negando accoglimento alla tesi che vorrebbe tale meccanismo arbitrale quale strumento di controllo della Commissione UE, si è, quindi, ritenuto preferibile intendere l'arbitrato avente ad oggetto gli impegni assunti dall'impresa concentrata quale ordinario arbitrato commerciale avente due fondamentali peculiarità. La prima consistente nell'essere obbligatorio soltanto per una delle parti ovvero per l'impresa concentrata, la quale si troverà in una situazione di offerta unilaterale ad arbitrare le controversie relative agli impegni assunti. La seconda caratteristica è quella per cui i terzi beneficiari della previsione arbitrale sono individuati tra coloro che risultino rientrare in determinate categorie indicate nel provvedimento di autorizzazione della Commissione. Questi terzi qualificati potranno, e non dovranno, scegliere di avvalersi della clausola

compromissoria contenuta nella decisione di autorizzazione della concentrazione. Quanto sopra ha trovato conferma nel recente Lodo ICC del 17.02.12, causa Reti Televisive Italiane v. SKY Italia srl, il quale ha rappresentato la prima decisione arbitrale in materia di impegni assunti in sede di concentrazione. In tale occasione, il Collegio arbitrale ha avuto modo di affrontare tutte le questioni principali afferenti tale ipotesi di arbitrato. In particolare, il Collegio arbitrale ha condivisibilmente affermato che il ruolo degli arbitrati in tali contesti sia da considerarsi come autonomo e complementare a quello della Commissione UE ed alla quale, quindi, non si sovrappongono. Pertanto, viene confermato come tali arbitrati debbano qualificarsi quale forma di *private enforcement* del diritto della concorrenza nella risoluzione delle controversie insorte tra privati. Viene, altresì, chiarito che della clausola compromissoria contenuta negli impegni deve darsi un'interpretazione ampia tale da ricomprendere ogni violazione degli obblighi sostanziali previsti ed assunti con gli impegni stessi e che tale clausola arbitrale sarà, quindi, azionabile da ogni terzo qualificato il quale riterrà di essere stato danneggiato dalla condotta illecita dell'impresa concentrata. Peraltro, una medesima violazione degli impegni potrà legittimare sia l'azione del terzo che l'adozione di provvedimenti amministrativi da parte dell'Autorità pubblica garante. Si tratta, quindi, di un ordinario arbitrato vertente su controversie relative ad obbligazioni commerciali sorte tra parti private e caratterizzato, da una parte, dalla obbligatorietà unilateralmente posta in capo all'impresa concentrata e, dall'altra parte, dai destinatari consistenti in terzi qualificati, quali beneficiari degli obblighi assunti dall'impresa concentrata, siano essi puntualmente individuati od appartenenti

a determinate categorie previste nella decisione di autorizzazione della concentrazione. Ne consegue, quindi, che tali arbitrati saranno sottoposti alla ordinaria disciplina prevista per le decisioni in materia di antitrust ed ivi compreso il regime di controllo successivo del lodo in sede di impugnazione o riconoscimento e/o esecuzione nonché di determinazione della disciplina di merito applicabile. In definitiva, tale ipotesi di arbitrato è da qualificarsi come un ordinario arbitrato commerciale utilizzato quale valido ed efficace strumento attraverso cui garantire ed attuare il *private enforcement* degli impegni assunti in sede di autorizzazione delle concentrazioni.



## **BIBLIOGRAFIA**

### **ARTICOLI E MONOGRAFIE**

Auletta F. (a cura di), *Sull'arbitrato: studi offerti a Giovanni Verde*, a cura di, Jovene ed., Napoli, 2010, pp. 1- 974

Bastianon, *Arbitrato commerciale internazionale e diritto antitrust*, in Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza, a cura di Pace F. Lorenzo, Ed. Jovene, 2013, pp. 368-375;

Baker – Stabile, *Arbitration of Antitrust Claims: Opportunities and Hazards for Corporate Counsel*, in *The Business Lawyer*, 1993, Vol. 48, Fasc. 2, pp. 395-436;

Beechey, *Arbitrability of Antitrust/Competition La Issues –Common law*, in *Arbitration International*, 1996;

Benedettelli M., *Communitarization of International Arbitration: A new spectre haunting Europe?*, in *Arbitration International*, 2011, pp. 583 – 622;

Bennett S., *The American Approach to Arbitrability*, in *Dispute Resolution Journal*, 2003, fasc. 2, pp. 8-16; Lowenfeld A., *The Mitsubishi case: another view*, in *Arbitration International*, 1996, fasc. 3, pp. 178-190;

Bensaude D., *Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile: Defining the limits of scrutiny of awards based on alleged violations of European*

*Competition Law*, in *Journal of International Law*, 2005, pp. 239-244;

Bernardini, *L'Arbitrato commerciale internazionale aspetti generali*, in *Contratti e Commercio Internazionale*, 2008, pp. 1-22.

Bernini G., *In tema di norme a tutela della libertà di concorrenza: il caso Italia*", in *Riv. Int. Sc. Soc.*, 1998, p. 259.

Bettoni E., *La giurisprudenza svedese in materia di arbitrato e diritto antitrust: arbitrabilità, interpretazione restrittiva dell'ordine pubblico ed approccio minimalista*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, fasc. 2, pp. 523-528;

Blanke, *The Role of EC Competition Law in International Arbitration: a Plaidoyer*, in *European Business Law Review*, 2005, pp. 169-181;

Blanke, *The use and utility of international arbitration in EC Commission Merger Remedies*, Europa Law Publishing, 2006;

Blanke, : *Defining the limits of scrutiny of awards based on alleged violations of European Competition Law – A replique to Denis Bebsaude's "Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile"*, in *Journal fo International Arbitration*, 2006, pp. 249-257;

Blanke, *The Case for Supranational Arbitratio – Idea and Porspects*, in *European Business Law Review*, 2008, pp. 17-41;

Blanke, Actions under articles 101 and 102 TFUE in International Arbitration, in Singapore Academy of Law Journal, 2010, fasc. 22, pp. 539 – 582;

Blanke, *International Arbitration and ADR in Conditional EU Merger Clearance Decisions*, in EU and US Antitrust Arbitration, a cura di Blanke e Landolt, Wolters Kluwert, 2011, pp. 1605 e ss;

Blanke, *Antitrust Arbitration under the Arbitration Act 1996: A Commentary*, in European Business Law Review, 2011, pp. 119-169

Blanke – Landolt (eds), *EU and US Antitrust Arbitration: a Handbook for Practitioners*, Kluwer, 2010, pp. 2464;

Blanke, *The application of EU Law to arbitration in the UK: A study on practice and procedure*, in European Business Law Review, 2014, pp. 1-66;

Blessing, *Arbitrability of Intellectual Property Disputes*, in Arbitration International, 1996;

Blessing, *Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration*, in Journal of International Arbitration, 1997, 4, pp. 23 – 40;

Blessing, *Choice of Substantive Law in International Arbitration*, in Journal of International Arbitration, 1997, pp. 39 – 65;

Blessing, *Arbitration Antitrust and merger control issues*, Swiss commercial law series, 14/2003, [http://de.baerkarrer.ch/publications/4\\_3\\_14.pdf](http://de.baerkarrer.ch/publications/4_3_14.pdf)

Biamonti L., *Commercial Arbitration and the italian and EC antitrust legislation with an Emphasis on intellectual property rights*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2011, fasc. 2, pp. 457-480;

Bridgeman, *The Arbitrability of Competition Law Disputes*, in *European Business Law Review*, 2008, pp. 147-174;

Brown – Houck, *Arbitrating International Antitrust Disputes*, in *World Competition*, 1989, pp. 19-32;

Brulard – Quintin, *European Community Law and Arbitration – National Versus Community Public Policy*, in *Journal of International Arbitration*, 2001, pp. 533 – 547;

Canale, *Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, fasc. 4, pp. 1223-1246;

Caporale, *L'arbitrato ed il diritto antitrust: verso un'estensione della competenza arbitrale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1993, fasc. 3, pp. 727-736;

Carbone S.M., *Antitrust Commitments and arbitration in European Law*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1/2013, pp. 1-18;

CCI, *Arbitration and Competition*, Report Adopted by Working Party and approved by Executive Board of the ICC on 4 April 1984, in *World Competition*, 1984, pp. 37-40;

CCI, *Competition and Arbitration Law*, Parigi, 1993; Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer-Boston, 1993;

Crane, *Optimizing Private Antitrust Enforcement*, in *Vanderbilt Law Review*, 2010, Vol. 63, Issue 3, pp. 673-724;

D'Alessandro E., *Processo arbitrale e diritto comunitario*, in *Giustizia Civile*, 2000, fasc 7.8., pp. 1903-1914.

Dalhuisen J.H., *The Arbitrability of Competition Issues*, in *Arbitration International*, 1995, fasc. 2, pp. 151-167;

De Ly - Friedman - Radicati di Brozolo, *International Law Association - International Commercial Arbitration - Committee's Report and Recommendations on "Confidentiality in International Commercial Arbitration"*, in *Arbitration International*, 2012, fasc. 3, pp. 355-396.

Delli Priscoli L., *Validità ed efficacia del lodo, ordine pubblico e concorrenza*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2/2014, pp. 1-12;

Dempegiotis, *EC Competition law and international commercial arbitration: A new era in the interplay of these legal orders and a*

*new challenge for the European Commission*, in *Global Antitrust Review*, 2008, fasc. 1, pp.135 – 148;

Dempegiotis S., *EC Competition Law and International Arbitration in the light of Ec Regulation 1/2003*, 2008, pp. 365-395;

Derains, *Competition and Arbitration Law*, ICC Publication, n. 480/3, 1993

Draguiev, *Arbitrability of Competition Law Issues Reinforced*, <http://kluwarbitrationblog.com>, 10 Gennaio 2014

Evans – Decker – Gray, *Antitrust and Arbitration*, in *Competition Law International*, 2011, Vol. 7, Issue 2, pp. 7-11;

Ezrachi A., *Behavioural Remedies in EC Merger Control – Scope and Limitations*, in *World Competition*, 2006, pp. 459 – 479;

Fadlallah I ., *Nota a Cass., I civ., 4 giugno 2008, SNF c. Cytec Industries B.V.*, in *Rev. arb.*, 2008, p.473 ss..

Falvella, *Validità della clausola compromissoria e compromettibilità in materia di concorrenza*, in *Giustizia Civile*, 1997, fasc. 5, pp. 1375-1378;

Flere P., *Impact of EC Competition Law on Arbitration Proceedings*, in *Slovenian Law Review*, 2006, fasc. 3, pp. 155 – 175;

Fons Penadés M., *Beyond the prima facie effectiveness of arbitration commitments in EU merger control*, in *Common market law review*, , 2012, pp. 1915 – 1949.

Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996;

Franceschelli, *Arbitrabilità delle controversie in materia antitrust*, in *Antitrust fra diritto nazionale e comunitario*, Milano, 1996, p. 171 e ss;

Fumagalli, *Mandatory Rules and International Arbitration : an Italian Perspective*, in *ASA Bulletin*, 1998, fasc. 1, pp. 43-59;

Gaja, *Sulle norme applicabili al merito secondo la nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, *Rivista dell'Arbitrato*, 1994, pp. 433 ss.;

Giardina, *Le norme di diritto sostanziale applicabili alla controversia*, in *Nuovo Regolamento di arbitrato CCI*, Milano, 1998, pp. 46 ss;

Green P.E., Julian P. S. e Bedard J., *Arbitrability of Antitrust Claims in the United States of America*, in *European Business Law Review*, 2008, pp. 43-55;

Hanotiau, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un reexamen*, *Clunet*, 1994, pp. 946 ess;

Hanotiau and Caprasse, *Public Policy in International Commercial Arbitration*, in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, in Gaillard and Di Pietro eds., London, 2008;

Hantoniac, *Arbitrabilité et la favor arbitrandum: un reexamen*, in *Journal du droit international*, 1995;

Harris T., *The Public Policy Exception to Enforcement of International Arbitration Awards Under the New York Convention*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, pp. 9-24;

Iannuccelli P., *Il rinvio pregiudiziale e il private enforcement del diritto antitrust dell'UE*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 4/2012, pp. 709 – 729;

Idot, *Arbitrage et droit communautaire*, *Rev. Droit aff. Int.*, 1996, p. 561;

ILA Report on Public Policy,  
<http://www.newyorkconvention.org/publications/full-text-publications/general/ila-report-on-public-policy-2002>

Jarvin S., *Arbitrability of Anti-Trust Disputes: The Mitsubishi v. Soler Case*, in *World Competition*, 1985, pp. 53-65;

Komminos, *Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, in *Common Market Law Review*, 2000, pp. 459 – 478;



Komminos, *Arbitration and EU Competition Law*, in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1520105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105) 2009, pp. 1 – 49;

Komminos A. P., *Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement*, in *World Competition*, 2001, pp. 211 – 238;

Kuhn W., *Arbitrability of Antitrust Disputes in the Federal Republic of Germany*, in *Arbitration International*, 1987, pp. 226 – 239;

Kwowa – Moss, *Behavioral merger remedies: Evaluation and implications for antitrust enforcement*, in *Antitrust Bulletin*, 2012, vol. 57, issue 4, pp. 979-1014;

*L'Arbitrage et le droit europeen*, atti del colloquio CEPANI del 15.04.1997, Bruxelles, 1997;

La Mattina, *L'Arbitrato e il nuovo regolamento UE 1215/212: Vecchie questioni e nuovi problemi aperti*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, fasc 3, pp. 551-570;

Lamandini M., *Arbitrato e diritto antitrust*, in *AIDA*, 2006, Fasc. 1, pp. 95-110;

Landi N., *Arbitration of Antitrust Claims in the United States and Europe*, in *Concorrenza e mercato*, 2006, fasc. 1, pp. 455-475;

Landolt, *Modernised EC Competition law in international arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2006, pp. 1 – 365;

Landolt P., *Arbitration Awards assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements*, in *Arbitration International*, 2007, pp. 63-92;

Landolt P., *Judgment of the Swiss Supreme Court of 8 March 2006 – A Commentary*, in *European Business Law Review*, 2010, pp. 130 – 145

Laudisa L., *Arbitrabilità delle controversie internazionali*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2007, fasc. 2, pp. 219-235;

Laudisa L., *Gli arbitri ed il diritto comunitario della concorrenza*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, fasc. 3, pp. 591-602;

Levine, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third Party Participation*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2011, Vol. 29, Issue 1, pp. 200-224;

Libertini, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1998, fasc. 5, pp. 649-679.

Liebscher, *Drafting Arbitration Clauses for EC Merger Control*, in *Journal of International Arbitration*, 2004, pp. 67 – 81;

Liebscher, *Arbitration of Antitrust Disputes*, in E. Gaillard and D. Di Pietro(ed.), *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the New York Convention in practice*, London, 2008.

Luzzato, *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana*, *Rivista di Diritto interazionale privato e processuale*, 1995, p. 262;

Mayer P., *L'etendue du controle, par le juge etatique, de la conformité des setences arbitrales aux lois de police*, in *Melanges Gaudement Tallon*, Paris, 2008;

Mourre A., nota a App. Paris, 18 novembre 2004, *Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile*, in *Journ. dr. int.*, 2005, p. 357 ss..

Mourre A., *Arbitrability of Antitrust law from the European and US Perspectives*, in G. Blanke e P. Landolt ed., *EU and US Antitrust Arbitration*, Kluwer Law International, 2011, pp. 46-47;

Nazzini R., *International arbitration and public enforcement of comeptition law*, *Europeana Community Law Review*, 2004, pp. 153 e ss.

Nazzini, *parallel and sequential proceedings in Competition Law: An essay on the modes of interaction between Community and National Law*, in *European Business Law Review*, 2005, pp. 245-273;

Nazzini R., *A principle approach to arbitration of competition law disputes: competition authorities as amici curiae and the status of their decision in arbitral proceedings*, in *European Business Law Review*, 2008, pp. 89-114;

Nevin, *To Arbitrate or Not To Arbitrate...Competition Law Disputes*, in *Mediterranean Journal of Social Sciences*, Vol. 5 n. 1, 2014, pp. 641 – 648

Nisser – Blanke, *ICC Draft Best practice note on the European Commission Acting as Amicus Curiae in international arbitration proceedings*, in *European Business Law Review*, 2008, pp. 193-197;

Noussia K., *Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse*, in *Journal of International Arbitration*, 2010, pp. 277 – 294;

Ovington, *Arbitration and U.S. Antitrust Law: A Conflict of Policies*, in *Journal of International Arbitration*, 1985, pp. 53-60;

Paulsson J., *Why good arbitration cannot compensate for bad courts*, in *World Competition*, 2013, pp. 345-360;

Pinsolle, *Private Enforcement of European Community Competition Rules by Arbitrators*, in *International Arbitration Law Review*, 2004pp. 14 e ss;

Porchia, *L'applicazione degli artt. 85 – 86 del Trattato CE da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1995, pp. 851

Radicati di Brozolo L., *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, *Rivista di diritto dell'arbitrato*, 1999, fac. 4 vol 9, pp. 665-697;

Radicati di Brozolo L. G., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, *Rivista dell'arbitrato*, 2004, vol. 14 fasc 1, pp. 9-22;

Radicati di Brozolo L.G., *Antitrust: a paradigm of the relations between arbitration and mandatory rules a fresh look at the second look*, in *International Arbitration Law Review*, 2004;

Radicati di Brozolo L.G., *L'illicéité « qui crève les yeux »: critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos del'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)*, 2005, p. 529 ss

Radicati di Brozolo L.G., *Arbitrato e norme imperative: oltre l'arbitrabilità*, in *AIDA*, 2006, fasc. 1, pp. 111-116;

Radicati di Brozolo L.G., *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2006, pag. 629, fasc. 4, pp. 629-643;

Radicati di Brozolo – Mouree, *Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back*, in *Journal of International Arbitration*, 23, 2006, pp. 171 – 188;

Radicati di Brozolo, *Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle*, *European Business Law Review*, 2008, pp. 7-15;

Radicati di Brozolo – Blanke – Landolt – Rowley, *Interim Discussion*, in *European Business Law Review*, 2008, pp. 57-61;

Radicati di Brozolo L.G., *Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings*, in *EU and US Antitrust Arbitration: a Handbook for Practitioners*, G. Blake and P. Landolt eds., Kluwer, 2010, pp. 759 e ss.;

Radicati di Brozolo, *Competition Law and Arbitration*, *Competition Law International*, 2011, n. 12, pp 12-15;

Radicati di Brozolo, *Decisioni di accettazione degli impegni e private enforcement del diritto antitrust*, *Diritto del commercio internazionale*, 2011, vol. 24, fasc. 4, pp1047-1058;

Radicati di Brozolo, *Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators*, *Arbitration International*, 2011, Vol. 27, n. 1, pp. 1-25;

Radicati di Brozolo, *L'arbitrato e la proposta di revisione del Regolamento Bruxelles I*, *Rivista dell'Arbitrato*, Fasc. 2, 2011, pp.187-231

Radicati di Brozolo, *Il primo lodo in materia di controllo delle concentrazioni comunitarie*, nota a lodo ICC del 17 febbraio 2012, *Rivista dell'Arbitrato*, 1/2013, pp. 201-247;

Radicati di Brozolo L.G., *EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia*, in *Arbitration International*, 2013, fasc. 2, pp. 223-241.

Richmond, *Arbitrating Competition Law Disputes: a matter of policy?*, <http://kluwerarbitrationblog.com>, 09 Febbraio 2012

Roach, Trebilcock, *Private enforcement of competition laws*, in *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 34, 1996, pp. 461 – 508;

Saggio, *Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali in materia di controllo e repressione delle attività anticoncorrenziali delle imprese*, in *diritto dell'Unione Europea*, 1997, pp. 14;

Scuffi, *Orientamenti consolidati e nuove prospettive nella giurisprudenza italiana antitrust*, in *Rivista di diritto industriale*, 2003, fasc. 2, pag. 95-126.

Seraglini C., *L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public*, in *Cahiers de l'arbitrage* 5 n. 2, 2005;

Seraglini, *“Le controle de la sentence au regarde de l’ordre public international pae le juge etatique: mythes et realites”*, in Cahiers de l’arbitrage n. 5, 2009, pp.32 e ss.

Sparano R. – Adducci E., *Introduzione al diritto della concorrenza*”, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=7390>.

Talbot, *Arbitration and Competition Law: The potential role of Ireland in the Privatisation of Competition Law*, in Hiberian Law Journal, 2014, Vol. 13, pp. 137-158;

Tamperi T., *Poteri del giudice nazionale, compatibilità con l’ordine pubblico e divieto di riesame del merito nel riconoscimento di lodi arbitrali stranieri*, in Rivista dell’arbitrato, 2005, fasc. 3, pp. 637-656;

Tesauro, *Diritto dell’Unione Europea*, Cedam, 2012, pp. 619 e ss.

Thieffry J., *The finality of awards in international arbitration*, in Journal of International Arbitration, 1985, pp. 27-47;

Von Houtte, *Arbitration and Arts 81 and 82 EC Treaty a State of Affairs*, in ASA Bulletin, 2005, pp. 431-448;

Von Mehren R., *The Eco-Swiss Case and International Arbitration*, in Arbitration International, 2004, fasc. n. 4, pp. 465-470;

Wagner-Von Papp, *Best and even better practices in commitment procedure after Alrosa: the dangers of abandoning the “Struggle for*



*competition law*”, in *Common Market Law Review*, 2012, fasc. 3, pp. 929-970

Wang W., *Structural Remedies in EU Antitrust and merger control*, in *World Competition*, 2011, pp. 571 – 596.

Weigand F., *Evading EC Competition Law by Resorting to Arbitration*, in *Arbitration International*, 1993, fasc, 3, pp. 249-258;

Werner, *Application of Competition Laws by Arbitrators*, in *Journal of international Arbitration*, 1995, pp. 21-26;

Wils W., *The Relationship between Puvlic Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, 2009, pp. 3-26;

Zekos Gregorios I., *Antitrust/Competition Arbitration in Eu versus U.S. Law*, in *Journal of International Arbitration*, 25(1), 2008, pp. 1-29;

#### **FONTI NORMATIVE E REGOLAMENTI**

*Sherman act*, approvato il 02.07.1890,  
[www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51&page=transcript](http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51&page=transcript)

Clayton Antitrust Act del 05.06.1914,  
<http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>  
Trattato sull'Unione Europea, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2012.326.01.0001.01.ITA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0001.01.ITA)

Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea,  
[http://europa.eu/eu-law/decisionmaking/treaties/pdf/  
consolidated\\_versions\\_of\\_the\\_treaty\\_on\\_european\\_union\\_2012\\_it.  
pdf](http://europa.eu/eu-law/decisionmaking/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_it.pdf)

Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002,  
[http://eur-  
lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:000  
1:0025:IT:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:IT:PDF)

Commissione UE - Nota sulla cooperazione tra la Commissione e  
gli Stati Membri dell'UE in applicazione degli art. 85 e 86 TCE del  
2004, Official Journal C 039 , 13/02/1993 P. 0006 – 0011.

Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, [http://eur-  
lex.europa.eu/legal-  
content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=IT;](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=IT;)

Regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione,  
[http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files\\_reme  
dies/remedies\\_notice\\_it.pdf.](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/remedies_notice_it.pdf)

Commissione UE, Decisione COMP/M.2876 Newscorp/Telepiù del  
2 aprile  
2003, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/  
m2876\\_20030402\\_600\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2876_20030402_600_it.pdf)

The Swedish Arbitration Act (1999)  
[http://www.sccinstitute.com/the-swedish-arbitration-act-sfs-  
1999121.aspxF](http://www.sccinstitute.com/the-swedish-arbitration-act-sfs-1999121.aspxF)

Regolamento di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale, <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>

## **GIURISPRUDENZA**

### **- AUSTRALIA**

*Federal Court of Australia*, Case n. NSD 396 del 29.06.12;

### **- AUSTRIA**

*Corte Suprema Austriaca*, 23 febbraio 1999, in *Rev. Arb.*, pp. 385;

### **- FRANCIA**

*Appel Paris*, 16 febbraio 1989, in *Rev. Arb.*, 1989, pp. 771;

*Appel Paris*, 19 maggio 1993, *Journal du droit international*, 1993, pp. 957;

*Appel Paris*, 30 marzo 1995, in *Rev. Arb.*, 1996, pp. 131,

*Appel Paris*, 18 novembre 2004, *Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile*, in *Journ. dr. int.*, 2005, p. 357 ss., con nota di A. MOURRE, e in *Rev. arb.*, 2004, p. 986 ss

### **- ITALIA**

*Cass. Civ.* 21 agosto 1996 n. 7733, in *Giustizia Civile*, I, 1997, p. 1373.

Cass., I civ., 4 giugno 2008, SNF c. Cytec Industries B.V., in Rev. arb., 2008, pP. 473 ss.

*App. Milano* 13 settembre 2002 n. 2002, n. 2090, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2004, p. 105;

*App. Milano* 15 luglio 2006 n. 1897, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2006, p. 744; CC 7733/1996, in *giustizia civile*, 1997, I, p. 1373;

*App. Bologna* 11 ottobre 1990, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1990, p. 80, in relazione ad un patto di non concorrenza;

*App. Bologna* 21 dicembre 1991 n. 1786, in *XVIII Yearbook Commercial Arbitration*, 1993, p. 422;

#### **- OLANDA**

*The Hague Court of Appeal*, Case n. 385138/HAZA 11-208, del 24 luglio 2013;

#### **- STATI UNITI D'AMERICA**

*American Safety Equipment Corp. V. JP Maguire & Co.*, Sentenza 391 F.2d 821 del 1968, <http://openjurist.org/391/f2d/821/american-safety-equipment-corp-v-j-p-maguire-and-co-american-safety-equipment-corp>

*Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth Inc*, Sentenza 473 U.S. 614 del 1985,

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=473&invol=614>

*Scherk v. Alberto-Culver Co.* 417 U.S. 506 del 1974,  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=417&invol=506>

*The Bremen c. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, del 1972,  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=407&invol=1>

*Genna v. Lady Foot Int. Inc.* ,1996, -2 Trade Cases (CCH) 67,  
317

*Simula v. Autoliv* della Corte di Appello del Nono Circuito n. 98-16563 del 30.04.1999, <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1211770.html>;

*Shearson - America Express Inc. v. McMahon* del 1987,  
<http://laws.findlaw.com/us/482/220.html>

*Gilmer v. Interstate - Johnson Lane Corp* del 1991,  
<http://laws.findlaw.com/us/500/20.html>

*American Central Eastern Texas Gas Co. v. Union Pacific Resources Group*, <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCOURTS-ca5-02-41010/USCOURTS-ca5-02-41010-0/content-detail.html>.

*Richards v. Lloyds of London*, Corte di Appello Federale USA 135 F.3d 1289, 9th Circ, 1998, <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1221883.html>

**- SVEZIA**

*Svea Court of Appeal*, Second Division, Case n. 4487-12, del 23.10.13, *Systembolaget Aktiebolag v. The Absolut Company Aktiebolag*,  
<http://www.jpinfo.net.se/Views/Pages/GetFile.ashx?portalId=89&cat=79590&docId=1838085&propId=1578>

**- SVIZZERA**

*Corte Suprema Svizzera*, Sent. del 06.03.06 *Terrarmata v. Tensacciai*, <http://landoltandkoch.com/wp-content/uploads/2010/12/EBLR-19-1-Landolt1.pdf>

*Trib. Federale Svizzero*, 28 aprile 1992, *Rivista dell'Arbitrato*, 1995, pp. 93;

**- UNIONE EUROPEA**

CGUE *Nordsee* , Sentenza del 23.03.1982, causa 102/81, <http://curia.europa.eu>.

CGUE *Almelo*, Sentenza del 27.04.1994, causa C-393/92, <http://curia.europa.eu>.

CGUE *Eco Swiss China Ltd c. Benetton*, Sentenza del 01.06.1999, causa C-126/97, <http://curia.europa.eu>.

CGCE- Sez. IV- 27 gennaio 2005 - Causa C-125/04, con nota di Basile D., *La nozione di << giurisdizione nazionale>> nella giurisprudenza della corte di giustizia. Aspetti problematici e profili comparativi*, in Foro Amministrativo CDS, fasc. 3, 2006, pp. 695 - 719.

CGUE Sent. BRT v. SABAM, C-127/73, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31993Y0213\(01\);](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31993Y0213(01);)

CGUE Sent. Delimitis v. Henniger Brau, C-234/89, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61989CJ0234>

*Tribunale di primo grado dell'Unione Europea*, Sent. Treuhand v. Commission, causa T-99/04, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62004TJ0099&from=EN>

*Order of the Court of Justice of the European Union*, C-555/13, 13 febbraio 2014, con nota di Pelleriti, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2014, fasc. 3, pp. 809-823.

### **LODI ARBITRALI**

*ICC 6932/1992*, in *Journal du droit international*, 1994, pp. 1065;

*ICC 7673/1993*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, pp. 431;

*ICC RTI-Reti Televisive Italiane Spa c. SKY Italia Srl*, reso a Milano il 17 febbraio 2012, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1/2013, pp. 201-248;