

Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional

Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Duarte G. Henriques

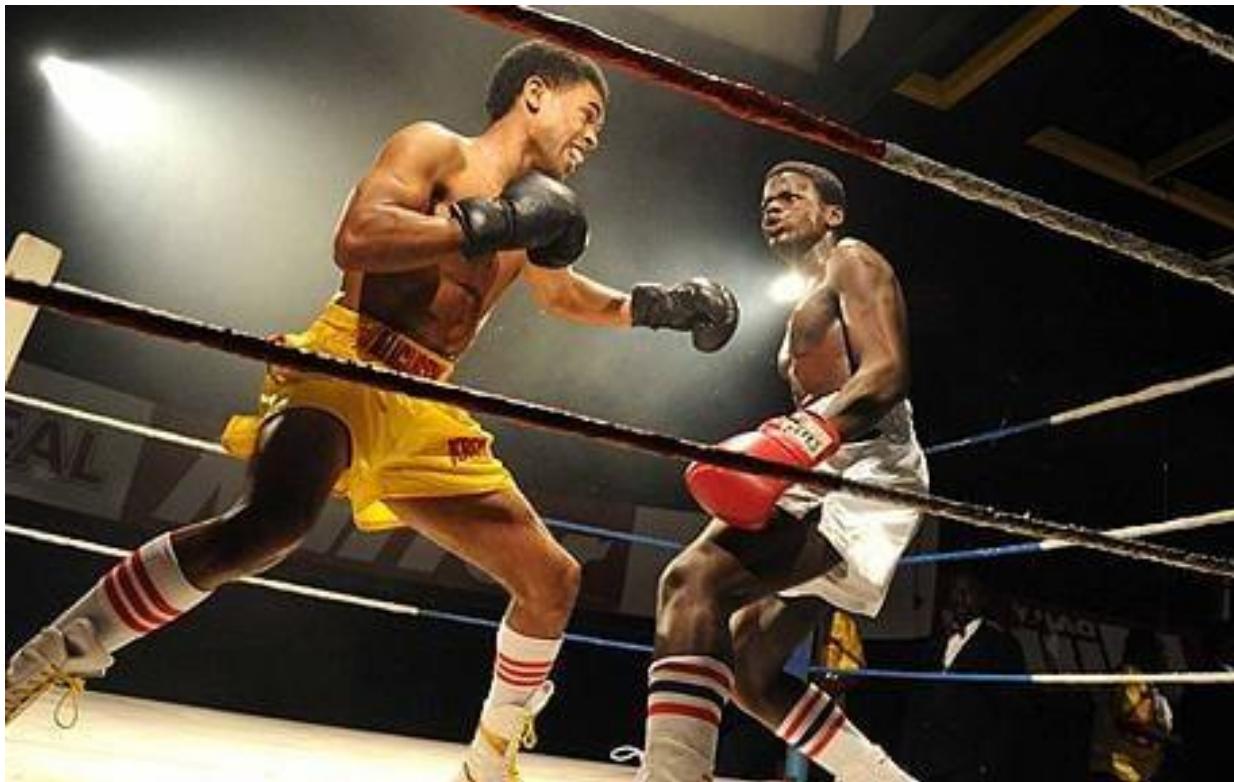
San Sebastian – 20 September 2017

When drafting the arbitration agreement ...

Which law ?

Which seat ?

First, you fight hard ...



... Then you win !

BCH ADVOGADOS
LAWYERS



... And then, what?



I FOUND THE PERFECT SPOT FOR MY AWARD!

imgflip.com

BCH ADVOGADOS
LAWYERS

Monetize your award !

- Sale to investors ("third-party funder") ?
- Securitisation and collateralisation ?
- Enforcement ?

Enforcement | Execution

- Tracing assets
- Freezing orders
- Liquidation – sale assets

El gordo !



Is it that easy ?

No ...

Domestic Awards

Equated to Domestic Court Decisions (No prior recognition)

Exceptions

Switzerland | “certificate of enforceability”

Slovenia | prior recognition

France | “exequatur”

What about “International Awards” ?

What is it, “international” | “foreign” arbitral award ?

- Award made in a state other than the State of “recognition” and “enforcement”
- “Anational” awards (ICSIC, others)

Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional

Sentencias Arbitrales Internacionales

- Se entiende por laudo extranjero el **pronunciado fuera del territorio español** | Art. 46(1) Ley Española | Son laudos extranjeros los pronunciados en un **lugar que se halle fuera del territorio peruano** | Art. 74(1) Ley Peruana
- La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las **sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias**, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución. | Art. I(1) New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 |

Recognition

- “Double Exequatur” - Conv. Geneva 1927, Brasil (before 1996), India (before 1996) - “abandoned”
- Equate to “domestic” awards (no prior recognition required): Japan, Macao, Cape Verde
- Require “exequatur” (summary proc.) : France, Belgium, Italy
- Equate to “foreign court decisions” (recognition required)

Prior Recognition

Equate to “foreign court decisions”

(recognition required)

- Application of National Procedural Rules (Portugal, Brasil, etc.)
- Application International Instruments (v.g. New York Convention 1958) (Peru, España)

Exequatur | Recognition

Ex-parte*	Adversial
France	España
Belgium	China
Egypt	Colombia
England (court leave to enforce)	Ecuador
Italy	Germany
Malaysia	India
Singapore	Mexico
	Switzerland
	UAE
	Portugal

* Court scrutiny: formal requirements; arbitrable; non violation public policy

* Subsequent appeal or opposition

The background image shows a coastal city at night, with numerous lights from buildings and streets reflected in the dark water of a bay or harbor. The city stretches along the coastline, with more lights visible further inland. The sky above is dark, suggesting it's nighttime.

*The New York Convention on the
Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral
Awards*

10 June 1958

157 Contracting States

NYC 1958

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la **autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución** de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán **condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados**, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las **sentencias arbitrales nacionales**.

Art. III CNY1958

NYC 1958 – Art. IV

1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

- a) El **original debidamente autenticado de la sentencia** o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;
- b) El **original del acuerdo** a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una **traducción** a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

Art. V - Refusal of Recognition | Enforcement

1. Sólo **se podrá** denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, **si esta parte prueba** ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
 - a) **incapacidad** de una de las partes o que **dicho acuerdo no es válido**; o
 - b) la parte **no ha sido debidamente notificada** (designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje) o **no ha podido hacer valer sus medios de defensa**; o
 - c) la sentencia se refiere a una **diferencia no prevista en el compromiso**, o contiene decisiones que **exceden de los términos** del compromiso o de la cláusula compromisoria;
 - d) la **constitución** del tribunal arbitral o el **procedimiento** arbitral no se han ajustado al **acuerdo celebrado** entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o
 - e) la **sentencia no es aún obligatoria** para las partes o ha sido **anulada** o **suspendida** por una autoridad competente del país en que ha sido dictada esa sentencia.

Art. V Refusal of Recognition | Enforcement

2. También **se podrá** denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:
 - a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia **no es susceptible de solución por vía de arbitraje**; o
 - b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían **contrarios al orden público de ese país**.

Art. V Refusal of Recognition | Enforcement

Parte Art. V(1)	Parte + Court Ex Officio Art. V(2)
Capacidad y Validez Acuerdo	Arbitrabilidad
Proceso debido	Orden Publico
Vicio procesal	
Ultra petita	
Anulación Suspensión Sentencia	

Art. V – Hot Topics

- 1. Arbitrability**
- 2. Public Policy**
- 3. Annulled Awards**
- 4. Recognition | Enforcement against Sovereign States**

Art. V – Arbitrability

Criteria – economic interest v. disposable rights

Special provisions – v.g. Corporate matters

Excluded Areas – v.g. public policy, family status

Art. V – Public Policy

Spain & Portugal

Swaps and the “economic public policy”

Portugal

Penalty clauses & prohibition of excess

Art. V – Annulled awards

General Principle

Reasons:

“Deference”

Multiplication of procedures & forum shopping

“I annul, therefore I don’t exist”

Art. V – Annulled awards

General principle
“Deference foreign courts”

1999 - Baker Marine v Chevron (US)

1999 - Martin v Calzaturificio Tecnica (US)

2007 - TermoRio v Electrificadora del Atlantico (US)

2017 – Getma Int'l v. Republic of Guinea (Organization for the Harmonization of Business Law in Africa | CCJA)

Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. v. Lao People's Democratic Republic (United States)

2009 – Malaysian arbitral award \$57 million; period for challenging award expired

2010 - Enforcement begun in US (succeeded), UK (succeeded) & France

2010 (Oct) - Annulment process in Malaysia

2012 - Award set aside in Malaysia

2012 - Laos applied to vacate de judgement enforcing the award

2017 - Judgement vacated and enforcement eventually denied

2013 - Recognition granted in France

Annulment: Principle v. Exception

- An arbitral award that has been annulled does not cease to exist – Emmanuel Gaillard, Gary Born
- NYC1958 does not oblige the non-recognition but rather provides that the refusal to recognize “**may**” be decided (“puede”)
- NYC1958 favors recognition of awards once made
- “Selective deference” : annulment decisions offending basic notions of **morality** and **justice**, **due process**, or **public policy**

Recognition of Annulled Awards

1984 - Palbak Ticaret v Norsolor (**France**) (eventually moot: Austrian courts reversed annulment decision)

1988 - **Sonatrach** v Forde, Bacon & Davis (**Belgium**) (Algerian award)

1993 - Société Polish Ocean Line v Société Jolasry (**France**)

1993 - Radenska v Kajo (**Austria**)

1996 – **Chromalloy** Aeroservices v. Arab Republic of Egypt (**US**)

1997 - Omnium de Traitement et de Valorisation v. **Hilmarton** (**France**)

1997 - **Chromalloy** Aeroservices v. Arab Republic of Egypt (**France**)

2007 - Putrabali v. Rena Holding (**France**)

Recognition of Annulled Awards

Rationale

- 2007 - **Putrabali** v. Rena Holding (**France**) : Art. 1052 (now 1520) of the French Code of Civil Procedure requirements satisfied? Foreign judicial decisions are irrelevant!
- 2010 - **Yukos** v Rosneft (**The Netherlands**) : Rosneft had not refuted convincingly accusations that the annulment had been obtained in a “political trial”
- 2011 - **Yukos** v Rosneft (**United Kingdom**)
- 2016 - Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral v. **Pemex-Exploración Y Producción** (**US**) : Mexican vacatur was based on the retroactive application of Mexican law and thus “violated basic notions of justice”

Sovereign Immunity

Instruments

United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (New York - 17 January 2005)

Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961 & Vienna Convention on Consular Relations of 1963

Additional Protocol to the European Convention on State Immunity (Basel - 16 May 1972)

Sovereign Immunity

General Principle – Foreign States are immune to jurisdiction and enforcement : par in parem non habet judicio ’

Generally accepted distinction: “ius imperii” and “ius gestionis” acts

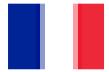
Sovereign Immunity



Switzerland - doctrine of restricted immunity of states: immunity activities (jure imperii); no immunity commercial activities (jure gestionis)



China - absolute immunity



France – immunity with exception for commercial assets or a waiver of immunity



Germany – Distinction:

- (a) enforcement - arbitration dealt with acta jure imperii or acta jure gestionis;
- (b) execution (assets) - assets used for a sovereign purpose and assets used for a commercial purpose.

Sovereign Immunity



- Foreign states are **prevented from asserting immunity** against proceedings for the **recognition** of foreign arbitral awards before Spanish courts - Organic Law 16/2015, of 27 October
- **Property of a foreign state is immune from enforcement measures unless:**
 - (a) the state has **consented**, either expressly or implicitly, to the taking of such measures;
 - (b) it has been established that the **property** is specifically in use or intended for use for commercial purposes.

Waiver ?

Decimoctavo: Arbitramiento

*En el supuesto, no deseable, de que entre la Secretaria de Estado de las Fuerzas Armadas de la *****, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, *CLAIMANT* o cualquiera de las empresas extranjeras ejecutoras del Proyecto, surgiera algún tipo de diferencia o conflicto, las PARTES contratantes aceptan desde el principio, que acudirán al arbitrio único e exclusivo de la Cámara de Comercio Internacional de Ginebra, Suiza, la cual dirimirá de acuerdo con el Código Suizo exclusivo y en única instancia, siendo su **decisión aceptada por las partes** ya que se trata de un sentencia en única instancia, **ejecutoria inmediatamente por los Tribunales** de la *****, de la Unión Europea, de Suiza, de los países donde estén registradas las empresas que intervendrán en la ejecución de las obras objeto de este CONTRATO, o de cualquier otro país que tenga jurisdicción sobre el asunto.”*

Drafting the arbitration agreement:

Which law ? Which seat ?



KEEP YOUR EYES ON THE PRIZE !!!

Recognition & Enforcement

Obrigado !!! Gracias !!! Thank you !!!

Duarte G. Henriques

San Sebastian, Nov 2017

Email: dghenriques@bch.pt
www.bch.pt