

# UNIONE EUROPEA ED INVESTIMENTI DIRETTI ESTERI

Fabrizio MARRELLA<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’elaborazione del diritto UE degli investimenti diretti esteri nel quadro della nuova architettura istituzionale: *fluctuat nec mergitur* ... – 3. La sorte degli accordi bilaterali sugli investimenti conclusi tra Stati membri (c.d. *BITs intra-UE*). – 3.1. L’applicabilità del Trattato sulla Carta dell’energia alle situazioni intracomunitarie. – 4. La sorte dei BITs già in vigore tra Stati membri e Stati terzi. – 5. Considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione

Tra le innovazioni più significative introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di politica commerciale comune, si rileva che il Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (d’ora in avanti TFUE) ha attribuito all’Unione europea la competenza espressa ed esclusiva in materia di investimenti diretti esteri<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Università “Cà Foscari” Venezia ed *European Inter-University Center for Human Rights and Democratisation* (EIUC).

<sup>2</sup> L’art. 3, par. 1, lett. e, TFUE stabilisce che la UE ha competenza esclusiva nel settore della politica commerciale comune. A propria volta, l’art. 207, par. 1, TFUE, dispone che: “[l]a politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi, e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, gli investimenti esteri diretti, l’uniformazione delle misure di liberalizzazione, la politica di esportazione e le misure di protezione commerciale, tra cui quelle da adottarsi nei casi di dumping e di sovvenzioni. La politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell’azione esterna dell’Unione”. La competenza in materia di investimenti diretti esteri, nel quadro della politica commerciale comune, emerge formalmente per la prima volta quale competenza espressa ed esclusiva all’art. III-315 del Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa (in *GUUE* C 310 del 16 dicembre 2004, p. 142), il quale tuttavia non è entrato in vigore. Al riguardo, va comunque osservato che una competenza esterna, a carattere almeno concorrente con quella degli Stati membri, poteva essere riconosciuta alla CE in base alla teoria dei poteri impliciti muovendo dalle norme sulla libera circolazione (interna) dei capitali in combinazione con quelle esistenti in materia di politica commerciale comune. Militano in tal senso, sia pure *mutatis mutandis*, il celebre *dictum* della Corte di giustizia nel caso *AETS* (sentenza del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* 1971, p. 263, punti 12-19 e cfr. GIARDINA, *Sulla competenza a stipulare della Comunità economica europea*,

Le ragioni sottese a detto ampliamento di competenze sono ben note: da tempo la UE ha assunto il ruolo di primo attore mondiale, sia in termini di destinazione degli investimenti diretti esteri, sia in termini di investimenti diretti presso Stati terzi<sup>3</sup>. Inoltre, è emerso con sempre maggiore evidenza, sia nella prassi che in dottrina, che la disciplina del commercio internazionale e quella degli investimenti diretti esteri sono intimamente collegate<sup>4</sup>. L'espansione delle competenze UE in materia di investimenti appare, altresì, come una necessità geopolitica, stante la competizione economica globale, particolarmente accesa tra macro-Stati (quali USA, Cina, India e Brasile), e la perdita di potere negoziale dei singoli Stati membri UE, inclusa l'Italia che, complice anche la crisi economica globale, da *BIT maker* rischia di diventare un Paese *BIT taker*.

Se la UE è il primo attore del commercio mondiale, non v'è dubbio che la centralizzazione delle competenze in capo ad essa (anche) in materia di investimenti diretti esteri, costituisca una necessità per promuovere più efficacemente gli interessi degli Stati membri non più *uti singuli* bensì *uti socii*, interessi che, peraltro, non sono solo economici ma anche non economici, secondo quanto viene indicato dalle disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione di cui all'art.21 del TUE<sup>5</sup>. Quest'ultima norma indica quale paradigma dell'azione esterna, anche nel settore della politica commerciale comune e quindi anche in materia di investimenti diretti esteri, “democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità uma-

in *RDI*, 1971, pp. 609-623 e TIZZANO, in *Foro it.*, 1971, IV, c. 339-362, nonché in ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, 2 ed., Torino, 2010, p. 28 ss.); il parere del 26 aprile 1977, n. 1/76 (*Racc.* 1977, p. 755); nonché, più recentemente, le sentenze *Open sky* del 5 novembre 2002, cause riunite C-467/98, C-468/98; C-471/98, C-472/98, C-475/98 e 476/98, *Commissione c. Danimarca, Svezia, Belgio, Lussemburgo, Austria e Germania*, in *Racc.* 2002, I-9519, I-9575, I-9681, I-9741, I-9797, I-9855.

<sup>3</sup> Lo riporta la Commissione europea al sito: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/investment/> Cfr. il *World Investment Report 2012* dell'UNCTAD al sito: [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/WIR2012\\_WebFlyer.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/WIR2012_WebFlyer.aspx) (consultato il 20/03/2013).

<sup>4</sup> Si consenta di rinviare a GALGANO, MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3 ed., Padova, 2011, ove ulteriori riferimenti.

<sup>5</sup> Emblematico del nuovo corso dell'azione esterna dell'Unione, l'art.21 TUE prevede che l'Unione, *inter alia*: “definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di:...e) incoraggiare l'integrazione di tutti i paesi nell'economia mondiale, anche attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali”, nonché “h) promuovere un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata e il buon governo mondiale”.

na, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale”.

È noto che la materia degli investimenti diretti esteri, effettuati da persone private fisiche e giuridiche in uno Stato diverso da quello di cui hanno la nazionalità, si colloca all'interno del settore del diritto internazionale avente ad oggetto il trattamento degli stranieri e dei loro beni, costituendone uno sviluppo peculiare, caratteristico della seconda metà del '900<sup>6</sup>.

È infatti a partire dalla fine degli anni '50 del secolo scorso che gli Stati – ed in particolare gli Stati che oggi sono membri della Unione – hanno elaborato apposite norme di diritto internazionale pattizio in materia di ammissione, trattamento, protezione e garanzia degli investimenti diretti esteri. Dette norme, a cui si collegano pure quelle circa la disciplina delle espropriazioni e delle nazionalizzazioni di beni stranieri, sono state previste soprattutto in trattati bilaterali al fine di salvaguardare l'esistenza e la consistenza nel tempo degli investimenti diretti esteri limitando, di conseguenza, la sfera di libertà dello Stato ospite nell'esercizio della propria sovranità economica e territoriale. A tali norme di diritto materiale sono state affiancate altre norme volte a regolare la risoluzione delle controversie nascenti dai BITs in via arbitrale: norme attivabili direttamente dall'investitore straniero nei confronti dello Stato ospite<sup>7</sup>.

Per le stesse ragioni e a differenza di quanto è avvenuto in materia commerciale attraverso l'istituzione della Organizzazione mondiale del

<sup>6</sup> In argomento, *inter multos*, v. GIARDINA, *Gli accordi bilaterali sugli investimenti e l'accordo interamericano di libero scambio*, in *Enc. idrocarburi*, Treccani, IV, 2007, p. 539 ss. e i riferimenti *ivi* citati. V. pure, con vari accenti e tra una vasta letteratura, CARREAU, JUILLARD, *Droit international économique*, Parigi, 5 ed., 2013, p. 432 ss.; MIGLIORINO, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Milano, 1989; MARCHISIO, voce *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, in *Dig. pub.*, 1993, pp. 567-588; JUILLARD, *L'évolution des sources du droit des investissements*, in *RCADI*, 1994, v. 250, pp. 9-216; SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in *RCADI*, 1997, v. 269, pp. 251-469; MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e sulla protezione degli investimenti*, Torino, 2003; BENCHENEB, *Sur l'évolution de la notion d'investissement*, in *Mélanges Ph. Kahn*, Paris, 2000, p. 177 ss.; DOLZER, SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, p. 79 ss.; DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, CUP, 2009; SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, Oxford, OUP, 2010; GALGANO, MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, *op. cit.*, A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, 3 ed Padova, 2010, p. 310 ss.; nonché FOCARELLI, *Diritto internazionale*, 2 ed., I, Padova, 2012, p. 627 ss. e rif. *ivi* citati.

<sup>7</sup> In argomento si consenta di rinviare a MARRELLA, *L'individu et le droit international économique*, in *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle*, a cura di SOREL, Paris, 2011, pp. 191-238 ove riferimenti.

commercio, la materia degli investimenti diretti esteri (d'ora in avanti IDE) si è dimostrata particolarmente sensibile nell'ottica dei singoli Stati – ed anche della c.d. società civile – com'è dimostrato dal clamoroso fallimento di ogni tentativo, sinora perseguito, volto a regolare questo settore attraverso uno strumento multilaterale a vocazione globale<sup>8</sup>.

Così, l'Unione Europea, conformemente all'art. 2, par. 1, TFUE, è stata dotata delle competenze necessarie per porre in atto una politica commerciale comune in grado di gestire adeguatamente le molteplici problematiche nascenti dal commercio internazionale contemporaneo<sup>9</sup>.

Orbene, combinando le norme di cui sopra con quelle che, formalmente, attribuiscono la personalità giuridica di diritto internazionale alla UE<sup>10</sup>, non v'è dubbio che quest'ultima sia un ente abilitato a stipulare accordi internazionali bilaterali e multilaterali in materia di investimenti diretti esteri con Stati terzi.

<sup>8</sup> Basti pensare ai risultati dei negoziati dell'Uruguay Round ove la materia degli investimenti diretti esteri ha ricevuto solo una disciplina parziale ed embrionale attraverso l'accordo TRIMs ed il GATS (cfr. al riguardo PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, p. 221 ss. e 375 ss.), nonché cfr. CARREAU, JUILLARD, *Droit International économique*, cit., p. 184 ss. e 318 ss.. Ancor peggio è accaduto all'iniziativa dell'OCSE, nel 1998, volta all'adozione di un accordo multilaterale sugli investimenti che è fallita miseramente aprendo così il varco allo sviluppo di accordi bilaterali e regionali *in subiecta materia* che dura ancor oggi.

<sup>9</sup> Va ricordato che, in un recente passato, alla Commissione spettava negoziare in via bilaterale o multilaterale-regionale, oltre alle questioni commerciali solo quelle attinenti alla c.d. fase di *pre-establishment*, ossia di accesso al mercato, lasciando ai singoli Stati membri la facoltà di fissare le norme di trattamento, protezione e garanzia, in via bilaterale. Tra una letteratura vastissima, in argomento v.: PESCATORE, *Les relations extérieures des Communautés Européennes*, in *RCADI*, 1961, vol. 103, pp. 1-244.; BOULOUIS, *La jurisprudence de la CJCE relative aux relations extérieures des Communautés*, in *RCADI*, 1978, vol. 160, pp. 335-394; DEMARET (dir.), *Relations extérieures de la Communauté Européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, Bruges, 1988; MENGOZZI, *Le relazioni esterne della Comunità Europea, il principio di sussidiarietà e le esigenze di cooperazione poste dalla globalizzazione dell'economia*, in *Le relazioni esterne dell'Unione Europea nel nuovo millennio*, a cura di DANIELE, Milano, 2001; DASHWOOD, MARESCEAU, *Law and Practice of EU External Relations*, CUP, 2008; EECKHOUT, *External relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, OUP, 2004; LOUIS, DONY, *Relations extérieures*, 2 ed., *Commentaire Mégret*, Bruxelles, 2005; AMADEO, *Unione europea e treaty making power*, Milano, 2005; ZANGHI, PANELLA, *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, 2009. V. altresì: LANG, *Art. 133*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, a cura di POCAR, Padova, 2001, pp. 565-572; CANNIZZARO, *Art. 133*, in *Commentario ai trattati sull'Unione e la Comunità europea*, a cura di TIZZANO, Milano, 2003, pp. 756-762.

<sup>10</sup> Art. 47 TUE. V. pure l'art. 184 del Trattato Euratom ma il cui studio esula dal presente scritto.

L'Unione europea, secondo quanto previsto all'art. 3, par. 1, lett. e), TFUE, ha competenza *esclusiva* in materia di politica commerciale comune e pertanto, può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione, conformemente all'art. 2, par. 1, TFUE, così come, peraltro, è stato precisato dal recentissimo Reg. n. 1219/2012, del 12 dicembre 2012<sup>11</sup>.

Nell'affrontare, sia pure per sommi capi, questo tema particolarmente complesso, va rilevato subito che l'esercizio della nuova competenza dell'Unione in materia di IDE comporta la soluzione di delicati problemi di diritto internazionale e di diritto UE, non potendosi prescindere da altri accordi internazionali già in vigore e comprendenti: a) oltre 170 BITs conclusi tra Stati membri, *inter se*, prima dell'adesione di uno di essi alla UE; b) circa 1200 BITs tra Stati membri e Stati terzi<sup>12</sup>; c) gli accordi già conclusi prima dalla CEE, poi dalla CE e infine dalla UE, anteriormente e successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel quadro della politica commerciale comune<sup>13</sup> e nell'esercizio di competenze sia esclusive che miste, compresi gli accordi GATS e TRIMs in ambito OMC ed, in particolare, il Trattato sulla Carta dell'energia.

<sup>11</sup> Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, in *GUUE* L 351 del 20 dicembre 2012, p. 40.

<sup>12</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2012*, al sito: <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf> (consultato il 20/03/2013).

<sup>13</sup> Si tratta, com'è noto, di trattati internazionali bilaterali o multilaterali variamente denominati come accordi di partenariato, di libero scambio, cooperazione o associazione, il cui testo è accessibile attraverso il sito della DG Trade. V. ad es. gli accordi con i paesi ACP; accordi di partenariato euro-mediterraneo; di libero scambio con la Svizzera, l'accordo con la Corea del Sud (firmato il 6 ottobre 2010 e in applicazione provvisoria dal 1° luglio 2011); accordi di associazione con il Cile, con i Paesi dell'America Centrale (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama), parafato il 22 marzo 2011; o ancora con la Colombia e Perù; Messico; o ancora le Unioni doganali con Turchia, Andorra e San Marino, e così via. Alcuni di questi accordi possono contenere disposizioni specifiche in materia di investimenti a proposito della regolazione della c.d. "presenza commerciale" degli operatori economici. Cfr. ad es. gli art. 67, 68 e 70 dell'accordo di partenariato economico tra gli Stati del Cariforum, da una parte, e la Comunità europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, del 15 luglio 2008 (*GU L* 289/I/3, del 30 ottobre 2008, al sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:289:0003:1955:IT:PDF>) (consultato il 20/03/2013). In dottrina v. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, 2 ed., OUP, 2012, p. 439 ss.

Nei limiti del presente scritto, ci occuperemo solo delle prime due questioni poiché sono quelle che hanno attratto maggiormente l'attenzione della dottrina<sup>14</sup>.

Per articolare il tema in trattazione occorre osservare che le nuove competenze dell'Unione di cui all'art. 207 TFUE pongono almeno due difficoltà: da un lato, quella della concreta elaborazione di una vera e propria *politica europea degli investimenti* che, espressa attraverso appropriate norme di diritto pattizio, soddisfi le aspettative degli investitori e sia accettabile dagli Stati terzi con cui la UE si troverà a negoziare; dall'altro lato, quella dell'esigenza che detta politica sia allineata con i più generali obiettivi di politica estera dell'UE, inclusi, in particolare, gli obiettivi non economici quali quelli della tutela dei diritti umani, dello sviluppo sostenibile e della tutela globale dell'ambiente.

Contemporaneamente ed in parallelo, la UE si trova ora ad affrontare una difficile fase transitoria così come disciplinata dal precitato Reg.

<sup>14</sup> Cfr. MAURO, *Accordi internazionali sugli investimenti e Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 403-430; nonché BOURGEOIS, SMITS, *La politique commerciale commune*, in *Encyclopedie Dalloz, Rep. Droit comm.*, Paris, 2003; KARL, *The Competence for Foreign Direct Investment – New Powers for the European Union?*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2004, pp. 413-448; CEYSSENS, *Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2005, pp. 259-292; RADU, *Foreign Investors in the EU - Which 'Best Treatment'? Interactions Between Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *European Law Journal*, 2008, pp. 237-260; EILMANSBERGER, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2009, pp. 383-429; DE MESTRAL, *The Lisbon Treaty and the Expansion of EU Competence over Foreign Direct Investment and the Implications for Investor-State Arbitration*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010*, a cura di SAUVANT (ed.), OUP, 2010, pp. 365-396; JUILLARD, *Investissements et droit communautaire (A propos des accords bilatéraux d'investissement conclus entre Etats Membres et Pays tiers)*, in *Mélanges Ph. Manin*, Paris, 2010, p. 445 ss.; DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, 2011; DE LUCA, *New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty: Investment liberalization vs. Investment Protection*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, a cura di SAUVANT (ed.), OUP, 2011, pp. 165-215; HINDELANG, MAYDELL, *The EU's Common Investment Policy - Connecting the Dots*, in *International Investment Law and EU Law*, a cura di BUNGENBERG, GRIEBEL, HINDELANG (eds), Heidelberg/New York, 2011, pp. 1-28; BUNGENBERG, *The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics*, in *International Investment Law and EU Law*, a cura di BUNGENBERG, GRIEBEL, HINDELANG (eds), Heidelberg/New York, 2011, pp. 29-42; REINISCH, *The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon"*, in *International Investment Law and EU Law*, a cura di BUNGENBERG, GRIEBEL, HINDELANG (eds), Heidelberg/New York, 2011, pp. 43-54; SHAN, ZHANG, *The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy*, in *European Journal of International Law*, 2011, pp. 1049-1073; BARATTA, *La politica commerciale comune dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. comm. int.*, 2012, pp. 403-421.

n. 1219/2012. Pertanto, dopo aver premesso alcune considerazioni sulla necessaria ricerca di un equilibrio interistituzionale nella messa in opera delle competenze in materia di IDE, si illustreranno nei paragrafi successivi alcuni aspetti concernenti la sorte degli accordi bilaterali sugli investimenti (BITs) già in vigore, sia tra Stati Membri UE (c.d. *BITs intra UE*) sia tra singoli Stati Membri e Stati terzi (c.d. *BITs extra UE*), alla luce del nuovo strumento normativo e della prassi recente.

Questi ultimi aspetti, di enorme rilevanza economica, costituiscono, sul piano giuridico, una peculiare dimostrazione della natura pluridimensionale dell'Unione europea e della persistenza della sua matrice inter-statuale di base. In altre parole, secondo quanto osservato da un'autorevole dottrina, l'Unione europea, anche dopo il Trattato di Lisbona, "si presenta innanzitutto come gruppo di Stati ancora indipendenti, coinvolti in un processo di integrazione delle rispettive basi economiche e sociali in un coordinamento sempre più stretto sul piano politico"<sup>15</sup>. La materia degli investimenti diretti esteri, a nostro avviso, costituisce una conferma di siffatta affermazione.

## 2. L'elaborazione del diritto UE degli investimenti diretti esteri nel quadro della nuova architettura istituzionale: fluctuat, nec mergitur...

L'elaborazione del diritto dell'Unione in materia di investimenti diretti esteri in base alle nuove competenze espressamente previste dal Trattato di Lisbona è avvenuta in un contesto caratterizzato da una forte tensione interistituzionale.

Già negli anni in cui l'Unione si apprestava ad annoverare 27 Stati membri, dal 2004 al 2007, iniziarono ad emergere le prime perplessità circa la sorte dei trattati bilaterali, compresi i BITs, che gli Stati di nuova adesione avevano concluso in epoca precedente<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> M.L. PICCHIO FORLATI, *L'Unione europea*, in *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, vol. 3, Torino, 2011, p. 169 ss. ove ampi riferimenti.

<sup>16</sup> Cfr. la lettera inviata dalla Commissione al governo della Repubblica Ceca, il 13 gennaio 2006, riprodotta nel lodo arbitrale parziale, del 27 marzo 2007, reso nella controversia *Eastern Sugar B.V. vs The Czech Republic* (SCC No. 088/2004), Partial Award [http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259\\_0.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259_0.pdf) (consultato il 20/03/2013) su cui si tornerà nel prosieguo di questo scritto. In detta lettera, si indica che "the concern of the Commission services on BITs in general was raised with the Czech Republic in very early contacts with DG ECFIN, in the Chapter 4 screening process in 1998, at a specific TAIEX seminar on the subject with all candidate countries, including the Czech Republic, on 17 January 2000, and subsequently in the external relations chapter of the negotiation process. As you are undoubtedly aware, the Commission services

La posizione costante della Commissione è sempre stata quella per cui, in caso di conflitto tra disposizioni contenute nei c.d. BITs intra-UE e norme dell'ordinamento comunitario, queste ultime dovevano prevalere in ogni caso: ciò in quanto le prime sarebbero risultate incompatibili con il mercato unico europeo o comunque sarebbero risultate discriminatorie in quanto frutto di accordi bilaterali non automaticamente estendibili a tutti gli investitori dell'Unione.

Pertanto, gli Stati membri avrebbero dovuto procedere rapidamente alla denuncia dei BITs *inter se* in considerazione del nuovo contesto storico e del loro potenziale conflitto con il diritto dell'Unione. Emblematiche di questo approccio sono le osservazioni presentate il 7 luglio 2010 durante l'arbitrato *Eureko c. Slovacchia*: i BITs intra-UE costituiscono un "anomaly within the EU internal market" e pertanto "[e]ventually, all intra-EU BITs will have to be terminated. Commission services intend to contact all Member States again, urging them to take concrete steps soon"<sup>17</sup>.

Passando ora al tema delle nuove competenze esterne in materia di politica commerciale comune di cui all'art. 207 TFUE, va osservato che la Commissione ha illustrato gli obiettivi, i criteri e il contenuto della nuova politica degli investimenti dell'UE, in una comunicazione del 7 luglio 2010, dal titolo "Verso una politica globale europea degli investimenti internazionali"<sup>18</sup> a cui ha affiancato, in pari data, una proposta di regolamento che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali di investimenti conclusi fra Stati membri e paesi terzi<sup>19</sup>.

were primarily concerned with conflicting provisions in pre-accession BITs with third countries that could prevail over EU measures, concerns that still remain".

<sup>17</sup> *Eureko B.V. v. the Slovak Republic* (PCA Case No. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010, punti 177 e 182, ove si aggiunge che "[f]urthermore, while the Commission is in favour of consensual solutions with EU Member States, as guardian of the EU treaties it cannot exclude eventually having to resort to infringement proceedings against certain Member States", v. il sito <http://italaw.com/documents/EurekovSlovakRepublicAwardJurisdiction.pdf> (consultato il 20/03/2013).

<sup>18</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 7 luglio 2010, dal titolo "Verso una politica globale europea degli investimenti internazionali" (COM(2010)0343). V. altresì la comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo "EUROPA 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" (COM(2010)2020) e la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 9 novembre 2010, dal titolo "Commercio, crescita e affari mondiali – La politica commerciale quale componente essenziale della strategia 2020 dell'UE" (COM(2010)0612).

<sup>19</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi da Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, COM(2010)344 def..

Dalla lettura di questi atti, emerge che la Commissione interpreta in modo estensivo le norme del TFUE, e quindi l'ambito della propria competenza esclusiva, anche in ordine a questioni che il TFUE regola in modo ambiguo. Nel Trattato, manca infatti una definizione precisa degli investimenti diretti esteri, questione certamente non *de minimis* per la dottrina specialistica<sup>20</sup>, pur se ricavabile per analogia dalle norme relative alla libera circolazione dei capitali nel mercato interno.

Né quelle stesse norme precisano se le relative competenze esclusive si estendano dalle questioni relative alla promozione fino a quelle concernenti la protezione e, soprattutto, alla garanzia degli investimenti esteri<sup>21</sup>, questione assai spinosa data l'inesistenza di un ente di garanzia europeo e la compresenza di enti siffatti nei singoli Stati membri.

Insomma, se è certo che, attraverso le nuove competenze, l'Unione può negoziare con gli Stati terzi non più solo la materia della liberalizzazione e dell'accesso al mercato, bensì anche la fase c.d. *post-establishment*, è altrettanto certo che l'esercizio in concreto delle nuove competenze esclusive, anche alla luce del precitato Reg. n. 1219/2012, presenta luci ed ombre che potrebbero presto portare ad un contenzioso con gli Stati membri.

Le conclusioni del Consiglio, del 25 ottobre 2010, su una politica globale europea degli investimenti internazionali mostrano, infatti, una certa freddezza rispetto all'entusiasmo della Commissione, sottolineando lo *status quo* dei BIT o extra-UE, ossia quelli già conclusi dagli Stati membri con Stati terzi<sup>22</sup>.

In tale atto, infatti, il Consiglio rileva che il nuovo quadro giuridico europeo, e quindi anche le nuove competenze in materia di IDE, non dovrebbero avere un impatto negativo sulla protezione degli investitori e sulle garanzie di cui essi beneficiano in base agli accordi esistenti.

In particolare, il Consiglio: “[g]iven that the bilateral investment agreements concluded by the Member States with third parties are, so far, the main source of protection and legal security for the European investor abroad, STRESSES that the new legal framework should not negatively affect investor protection and guarantees enjoyed under the existing agreements. This priority must be met in the Regulation to be adopted in order to establish transitional arrangements for bilateral investment

<sup>20</sup> Cfr. i riferimenti alla nota 6. Adde PIRIS, *The Lisbon Treaty. A legal and political analysis*, Cambridge, 2010, p. 281.

<sup>21</sup> Su cui v. GALGANO, MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p.827 ss. ove riferimenti.

<sup>22</sup> Cfr: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/fo-  
raff/117328.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/fo-<br/>raff/117328.pdf) (consultato il 20/03/2013).

agreements between Member States and third countries. In accordance with Article 351 of the Treaty on the Functioning of the European Union, bilateral investment agreements concluded by Member States should continue to afford protection and legal security to investors till they are replaced by at least equally effective EU agreements”<sup>23</sup>.

Pertanto, appare evidente che, dal punto di vista del Consiglio – che è quello degli Stati membri –, l’attribuzione di nuove competenze esclusive in capo all’Unione non equivale ad un’attribuzione della totalità delle competenze in materia di investimenti diretti esteri. Restano in vigore, infatti, i BITs conclusi tra Stati membri e Stati terzi precedentemente al Trattato di Lisbona, fermo restando il diritto-dovere dell’Unione di procedere all’elaborazione della politica europea degli investimenti attraverso nuovi trattati da concludere con Stati terzi ed altri soggetti di diritto internazionale.

La posizione del Parlamento europeo presenta, a propria volta, delle caratteristiche peculiari tali da distinguersi sia da quella assunta dalla Commissione, che da quella del Consiglio.

Al riguardo, va osservato che, in tempi recenti e pur con i limiti fissati dall’assetto giuridico-istituzionale previgente, il Parlamento Europeo si era interessato ai rapporti tra commercio internazionale e tutela dei diritti umani con una serie di risoluzioni che hanno evidenziato un crescente attivismo. Basti il riferimento, sia pure, *en passant*, alle risoluzioni del 20 settembre 1996 sulla comunicazione della Commissione circa il richiamo al rispetto dei principi democratici e dei diritti umani negli accordi fra la Comunità e i paesi terzi (COM(1995)0216) e del 14 febbraio 2006 sulla clausola concernente i diritti umani e la democrazia negli accordi dell’Unione europea<sup>24</sup>; la ris. del 25 ottobre 2001 sulla trasparenza e la democrazia nel commercio internazionale<sup>25</sup>, che esige il rispetto delle norme sociali fondamentali dell’Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) da parte dell’OMC, e l’accettazione, da parte dell’Unione europea, delle decisioni dell’OIL, compresi i possibili ricorsi per sanzioni relative a gravi violazioni di norme sociali fondamentali; la ris. del 25 aprile 2002 sulla comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul ruolo dell’Unione europea nella promozione dei diritti umani e della democratizzazione nei paesi terzi (COM(2001)0252)<sup>26</sup>; la ris. del 15 novembre 2005 sulla dimensione sociale della globaliz-

<sup>23</sup> *Id.*, punto 9.

<sup>24</sup> GUCE, C 320 del 28 ottobre 1996, p. 261.

<sup>25</sup> GUCE, C 112 E del 9 maggio 2002, p. 326.

<sup>26</sup> GUCE, C 131 E del 5 giugno 2003, p. 147.

zazione<sup>27</sup>; la ris. del 5 luglio 2005 sullo sfruttamento dei bambini nei paesi in via di sviluppo, con particolare enfasi sul lavoro minorile<sup>28</sup>; la sua risoluzione del 6 luglio 2006 su commercio equo e sviluppo<sup>29</sup>; la ris. del 22 maggio 2007 sull'Europa globale: aspetti esterni della competitività<sup>30</sup> in risposta alla comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo in tema di «Europa globale: competere nel mondo. Un contributo alla strategia per la crescita e l'occupazione dell'UE» ed infine la ris. del 23 maggio 2007 per «Promuovere la possibilità di un lavoro dignitoso per tutti» fino alla ris. del 25 novembre 2010<sup>31</sup>, ove il Parlamento ha chiesto l'inclusione di norme sociali ed ambientali negli accordi commerciali dell'Unione europea, in particolare negli accordi bilaterali.

Con il Trattato di Lisbona, il Parlamento Europeo è stato dotato di nuovi importanti poteri, non solo per quanto riguarda la legislazione e il bilancio dell'UE ma anche in materia di accordi internazionali compresi, ora, i BITs. La generalizzazione della procedura di codecisione ha portato, così, a collocare il Parlamento europeo su una posizione di sostanziale parità rispetto al Consiglio e le risoluzioni di cui sopra hanno assunto un nuovo afflato in questi nuovi assetti. Come se non bastasse, le nuove norme introdotte dal Trattato di Lisbona hanno inciso anche sul procedimento di conclusione degli accordi internazionali, compresi i futuri BITs dell'Unione, giacché, se in passato la Commissione era tenuta a dare una sommaria informazione al Parlamento, ora quest'ultimo può richiedere alla Commissione un flusso di informazioni efficace al fine di poter accedere con immediatezza ai documenti pertinenti ed alle stesse riunioni del *team* dei negoziatori UE<sup>32</sup>.

È in siffatto contesto che il Reg. n. 1219/2012 è stato faticosamente elaborato ed è il risultato di un complesso dialogo interistituzionale da cui sta prendendo forma il diritto europeo degli investimenti.

### 3. La sorte degli accordi bilaterali sugli investimenti conclusi tra Stati membri (c.d. BITs intra UE)

Secondo quanto osservato da un'autorevole dottrina, la data di inizio

<sup>27</sup> GUUE, C 280 E del 18 novembre 2006, p. 65.

<sup>28</sup> GUUE, C 157 E del 6 luglio 2006, p. 84.

<sup>29</sup> GUUE, C 303 E del 13 dicembre 2006, p. 865.

<sup>30</sup> GUUE, C 102 E del 24 aprile 2008, p. 128.

<sup>31</sup> GUUE, C 102 E del 24 aprile 2008, p. 321 e GUUE, C 99 E del 3 aprile 2012, p. 31.

<sup>32</sup> V. art. 218 TFUE.

del diritto internazionale degli investimenti può farsi risalire al 1959<sup>33</sup>, anno in cui venne concluso il primo BIT tra Germania e Pakistan. A quell'epoca, infatti, tra gli Stati fondatori delle Comunità Economiche Europee non erano ancora stati conclusi dei BITs, almeno nel significato in cui intendiamo questo termine oggi<sup>34</sup>.

Invero, va rilevato che una peculiare disciplina degli investimenti diretti esteri tra i primi Stati membri si trovava – e si trova oggi – in tutte quelle norme relative al divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità (18 ss. TFUE), quelle sulla libera circolazione dei capitali (art. 63 TFUE) e quelle sulla libertà di stabilimento di cui agli artt. 49 ss. TFUE<sup>35</sup>. In materia di espropriazione, il riferimento era – e resta – l'art.

<sup>33</sup> Cfr. ad es. SCHREUER, DOLZER, *Principles of International Investment Law*, cit., p. 6 ss.; CARREAU e JUILLARD, *Droit International économique*, cit., p. 432 ss. Per l'Italia v. VERRUCOLI, CARBONE, *La disciplina italiana relativa alla protezione degli investimenti*, in *Riv.dir.int.priv.proc.*, 1978, p. 641 ss.

<sup>34</sup> Cfr. WEHLAND, *Intra-EU investment Agreements and Arbitration: is European Community Law an obstacle?*, in *ICLQ*, 2009, pp. 297-320. Solo la Germania aveva concluso due BITs, con la Grecia ed il Portogallo, rispettivamente nel 1981 e 1986, ossia prima della loro adesione alla CE ma non sono noti contenziosi insorti a tale riguardo.

<sup>35</sup> Com'è noto, oltre alla libertà di stabilimento di cui agli artt. 49 ss. TFUE, le disposizioni di diritto originario che regolano la libera circolazione dei capitali sono previste agli artt. 63 ss. TFUE. In particolare, ai sensi dell'articolo 63 del trattato, "sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri". Sebbene il trattato non definisca i "movimenti di capitali", tale nozione si ricava, oltre che dalla dottrina (cfr. ad es. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, 7 ed., Padova, 2012, p. 575 ss. ove riferimenti), dai grandi orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. le sentenze del 31 gennaio 1984, cause riunite C-286/82 e C-26/83, *Luisi e Carbone*, in *Racc.* 1984, p. I-377, punto 21; del 16 marzo 1999 nella causa C-222/97, *Trummer e Mayer*, in *Racc.* 1999, p. I-1661, punti 20 e 21; sentenze del 4 giugno 2002 nella causa C-367/98, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.* 2002, p. I-4731, punto 37, nella causa C-483/99, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 2002, p. I-4781, punto 36 e nella causa C-503/99, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2002, p. I-4809, punto 37; sentenze del 13 maggio 2003 nella causa C-463/00, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* 2003, p. I-4581, punto 52 e nella causa C-98/01, *Commissione c. Regno Unito*, in *Racc.* 2003, p. I-4641, punto 39, nonché 12 dicembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, punto 182; 24 maggio 2007, *Holbock*, C-157/05, punto 35), e dalla fondamentale Dir. (CEE) n. 88/361 del 24 giugno 1988 (in GUCE L 178 dell'8 luglio 1988, p. 5) inclusa la relativa nomenclatura allegata (in particolari i punti I e III di cui all'allegato I e le note esplicative di detto allegato). Le limitazioni consentite nei rapporti fra Stati membri sono quelle riguardanti la normativa tributaria, in cui è possibile una distinzione tra i contribuenti in base al luogo di residenza o di collocamento del loro capitale e quelle riguardanti l'informazione amministrativa o statistica o le misure dettate da ordine pubblico o di pubblica sicurezza. L'investimento diretto transfrontaliero, in quanto forma di partecipazione ad un'impresa per mezzo di una partecipazione azionaria e l'acquisto di titoli sul mercato dei capitali rappresentano un "movimento di capitali" ai sensi dell'articolo 63 TFUE. Pertanto, ricadono nel divieto le norme nazionali limitative l'acquisto di pacchetti azionari di controllo o comunque che non consentono un'efficace partecipazione alla gestione di una società, nonché eventuali norme che sono atte a dissuadere gli investitori di altri Stati membri

1 del primo Protocollo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)<sup>36</sup>. La tutela dei diritti dell'investitore intra-UE si trova, peraltro, oggi rafforzata dall'art. 6, par. 2, TUE, che dispone il rinvio alla Carta dei diritti fondamentali UE e, all'art. 17, estende la tutela della proprietà privata ricomprendendovi anche la proprietà intellettuale.

Il quadro normativo, operante principalmente attraverso il TUE, il TFUE ed il diritto derivato, costituisce una sorta di "diritto comune degli investimenti intra-UE" ed il rispetto delle sue norme, al pari delle altre disciplinanti il mercato unico europeo, è assicurato dalla Corte di Giustizia.

Ne discende che se, ad esempio, un imprenditore italiano vuole effettuare un investimento diretto estero in Francia, per costituirvi una filiale produttiva, quell'investimento sarà tutelato, *in primis*, attraverso le norme dell'ordinamento dell'Unione (compresi i suoi meccanismi giurisdizionali), senza bisogno di sollecitare altri particolari strumenti di diritto internazionale pattizio.

Tuttavia, una situazione diversa si verifica per quegli imprenditori dei "vecchi" Stati membri che abbiano effettuato investimenti diretti esteri in Paesi di recente adesione alla UE quali, ad esempio, gli imprenditori italiani in Romania<sup>37</sup>.

Dopo la caduta del muro di Berlino, negli anni '90, numerosi furono, infatti, i BITs conclusi tra gli Stati membri e gli Stati di futura adesione, mentre questi ultimi si affrettavano a riorganizzare il proprio sistema economico per completare la transizione post-comunista<sup>38</sup>.

fino ad incidere sull'accesso al mercato. Esempio di misure statali vietate sono quelle che subordinano ad un'autorizzazione preventiva un investimento diretto estero. Pertanto, le norme di cui all'art. 63 TFUE vanno al di là dello standard classico del trattamento nazionale, previsto anche nei BITs ma non ricomprendono tutte le tutele fissate attraverso gli altri standard di trattamento, protezione e garanzia ampiamente sviluppati nei BITs.

<sup>36</sup> Protocollo addizionale (n. 1) alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi il 20 marzo 1952 (entrato in vigore il 18 maggio 1954) e modificato a Strasburgo l'11 maggio 1994 (entrato in vigore il 1° novembre 1994) cfr. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/009.htm> (consultato il 20/03/2013).

<sup>37</sup> E v. in proposito l'accordo sulla reciproca promozione e protezione degli investimenti, con protocollo, firmato a Roma il 6 dicembre 1990, reso esecutivo in Italia con L. 14 dicembre 1994, n. 704 (in G.U. 27.12.1994 n. 301 Suppl. ord).

<sup>38</sup> Emblematico è il caso della Repubblica Ceca che dal 1991 al 2012 ha ratificato ben 71 BITs tra cui ben 18 BITs intra UE (con Austria, Belgio e Lussemburgo, Bulgaria, Cipro, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania, Spagna, Svezia, Regno Unito). Cfr. il rapporto UNCTAD 2012 al sito: <http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx> (consultato il 20/03/2013).

Come si era accennato all'inizio del presente scritto, una volta ultimato nel 2004 e nel 2007 l'allargamento ai Paesi dell'Europa orientale, si presentò il problema della compatibilità o comunque del coordinamento di quei BITs, precedentemente conclusi con alcuni Stati membri, rispetto all'ordinamento dell'Unione europea.

La Commissione, concentrando la propria attenzione sui BITs tra Stati membri e Stati terzi – di cui si dirà tra poco –, aveva in parte sottovalutato la questione dei BITs intra-UE, convinta che la soluzione ovvia sarebbe stata quella di una rapida denuncia degli oltre 170 BITs esistenti alla luce del primato del diritto UE, del principio di leale cooperazione e del nuovo contesto storico<sup>39</sup>.

Senonché, detto approccio si è rivelato eccessivamente ottimistico, giacché gli Stati membri che avevano concluso i predetti BITs non hanno

<sup>39</sup> Il 13 gennaio 2006, la Commissione aveva inviato al governo della Repubblica Ceca una lettera in cui si indicava che: “based on ECJ jurisprudence. Article 307 EC is not applicable once all parties of an agreement have become Member States. Consequently, such agreements cannot prevail over Community law. For facts occurring after accession, the BIT is not applicable to matters falling under Community competence. Only certain residual matters, such as diplomatic representation, expropriation and eventually investment promotion, would appear to remain in question. Therefore, where the EC Treaty or secondary legislation are in conflict with some of these BITs’ provisions – or should the EU adopt such rules in the future – Community law will automatically prevail over the non-conforming BIT provisions”. Per quanto concerne gli effetti dell’accessione sui BITs esistenti la Commissione rilevava che: “However, the effective prevalence of the EU *acquis* does not entail, at the same time, the automatic termination of the concerned BITs or, necessarily, the nonapplication of all their provisions. Without prejudice to the primacy of Community law, to terminate these agreements, Member States would have to strictly follow the relevant procedure provided for this in regard in the agreements themselves. Such termination cannot have a retroactive effect...In particular, in order to avoid any legal problem with regard to an arbitration procedure, existing BITs between member States should, as mentioned above, therefore be terminated”. Il passo viene riportato nel lodo arbitrale parziale reso nella controversia *Eastern Sugar B.V. vs The Czech Republic* (SCC No. 088/2004), Partial Award, 27 March 2007, pp. 25-26 (v. il sito: [http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259\\_0.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259_0.pdf)) (consultato il 20/03/2013). Successivamente cfr. ad es. il Commission Staff Working Document, *Capital Movements and Investments in the EU*, Commission Services’ Paper on Market Monitoring, 3 febbraio 2012, SWD(2012) 6 final, p. 3: “The relationship of BITs between Member States (“Intra-EU BITs”) with EU law remains a cause for concern. With the accession of new Member States in 2004 and 2007, a number of former third country BITs became Intra-EU BITs. In February 2011 there were 176 such agreements in total within the EU. The Commission has repeatedly explained its view that Intra-EU BITs are incompatible with EU law particularly because they appear discriminatory as between investors and from different Member States and because they can lead to parallel jurisprudence through arbitration procedures on matters covered by EU rules without the Court of Justice of the EU (CJEU) being able to exercise its functions of guardian of the EU legal system”.

manifestato affatto una chiara volontà di denunciarli, o comunque procedono a denunciarli molto lentamente ed in ordine sparso<sup>40</sup>.

La tesi della Commissione, ora come allora, fa leva su due argomenti principali: a) i BITs intra-UE, contemplando norme di trattamento e protezione degli investimenti effettuati da investitori di Stati membri dati (quelli con i quali il BIT intra-UE è in vigore), violano il principio di non discriminazione tra investitori dei diversi Stati membri; b) gli stessi BITs, prevedendo la possibilità di adire collegi arbitrali internazionali, finiscono con il creare un sistema giurisdizionale parallelo a quello previsto dall'ordinamento dell'Unione.

Va detto altresì che, pur riconoscendo una astratta fondatezza ai due argomenti della Commissione ora richiamati, la situazione concreta è assai complessa e, comunque, in virtù dei fondamentali principi della certezza del diritto e della *Rule of law*, le comprensibili pretese della Commissione andrebbero, quantomeno, coordinate con le altrettanto legittime aspettative degli investitori privati.

Dette legittime aspettative non possono certo essere disattese con un colpo di spugna del legislatore dell'Unione da un giorno all'altro od attraverso la Corte di Giustizia, giacché non può essere sottaciuto che la protezione offerta dai BITs è parzialmente diversa e potenzialmente più ampia di quella offerta dal diritto UE. Inoltre, si tratta di diritti già acquisiti dagli investitori incluso, in particolare, quello di ricorrere ad arbitrato internazionale contro lo Stato ospite dell'investimento in caso di controversie: un meccanismo di ricorso che, come tale, è invece assente in via generale nel diritto UE e che consente a privati specializzati di decidere dette controversie con neutralità, imparzialità ed indipendenza senza essere legati alle parti in causa, *in primis* allo Stato membro ospite dell'investimento<sup>41</sup>. Come già precisato<sup>42</sup>, sul piano materiale, gli stan-

<sup>40</sup> V. al riguardo: 2008 Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, (ECFIN/CEFCPE(2008)REP/55806) al sito: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st17/st17363.en08.pdf> (consultato il 20/03/2013), laddove viene rilevato (punti n.16-17) che: "The EFC report of 2007 mentioned the issue of the remaining bilateral investment treaties between Member States (BITs) and the concerns of the Commission, which invited Member States to review the need for such BITs agreements. Since the accession of Bulgaria and Romania, there have been and still are about 190 such agreements. The EFC took note that it remains the responsibility of Member States that have been informed of the Commission's concerns to address the issue through bilateral actions. -17. Most Member States did not share the Commission's concern in respect of arbitration risks and discriminatory treatment of investors and a clear majority of Member States preferred to maintain the existing agreements".

<sup>41</sup> WEIL (*Ecrits de droit international*, Paris, 2000, p. 409), nel trattare la struttura generale dei BITs, parlava a tale proposito di un "menage à trois", dove due parti sono gli

dard di tutela offerti dai BITs, possono andare al di là di quelli offerti dal diritto UE, offrendo maggiori garanzie all'investitore, come avviene, ad esempio, attraverso le molteplici applicazioni, in giurisprudenza arbitrale, del principio del trattamento giusto ed equo o di quello della "full protection and security"<sup>43</sup>.

D'altra parte, anche ponendosi unicamente nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione, va pure osservato che l'eventuale incompatibilità tra disposizioni normative dei diversi trattati deve essere palese e va valutata attraverso il raffronto tra BITs intra-UE ed il diritto UE, originario o derivato<sup>44</sup>. Non verificandosi un'incompatibilità palese, ne segue che va operato il massimo coordinamento tra le diverse disposizioni normative.

In relazione a quanto detto sopra, sono stati attivati i primi procedimenti arbitrali basati su BITs intra-UE, procedimenti iniziati da imprenditori domiciliati in Europa occidentale nei confronti di Stati dell'Europa orientale e celebrati prescindendo dal conforto derivante da meccanismi di rinvio pregiudiziale come quelli previsti, per i giudici nazionali, dall'art. 267 TFUE<sup>45</sup>.

Stati (d'origine e di destinazione dell'investimento) e la terza parte, è l'investitore privato. Se, nel diritto internazionale contemporaneo, lo scopo fondamentale dei BITs è proprio quello di favorire e sviluppare gli investimenti dei privati non è possibile non tenerne conto in modo adeguato, soprattutto in caso di revisione o denuncia; pena la fuga dei capitali dallo Stato ospite. Anche per tali ragioni, l'arbitrato assume un ruolo centrale nel diritto del commercio internazionale contemporaneo: cfr. CARELLA, *Le fonti dell'arbitrato*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale e internazionale*, Padova, 2010, p. 549 ss.

<sup>42</sup> AZOULAI, BEN HAMIDA, *La protection des investissements par le droit primaire. Droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire: étude comparée des régimes et des approches*, in *Le droit européen et l'investissement*, a cura di KESSEDIAN, Paris, 2009, p. 69 ss.

<sup>43</sup> Per una sintesi v. il dossier dell'UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, UNCTAD/DIAE/2011/5, 2012.

<sup>44</sup> GAJA, ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2010, p. 236. V. però ad es. il Regolamento CE n. 1408/71 sulla sicurezza sociale, in *GU L* 149, del 5 luglio 1971, p. 34-37 che contiene una lista di trattati conclusi dagli Stati membri che vengono abrogati *ipso iure* tramite l'art. 6 del regolamento *de quo*.

<sup>45</sup> È ben noto che, per giurisprudenza sinora costante, solo un giudice di uno Stato membro e non un collegio arbitrale può adire la Corte di Giustizia. V. al riguardo: sentenza del 23 marzo 1981, causa C-102/81, *Nordsee*, in *Racc.*, p. 1109; 1° giugno 1999, causa C-126/97, in *Racc.*I-3055 (v. in particolare il punto 32); 27 gennaio 2005, causa C-125/04, *Guy Denuit e Betty Cordenier c. Transorient - Mosaïque Voyages e Culture SA*, in *Racc.* 2005, p. I-923.

Attualmente si contano almeno tredici procedimenti arbitrari e di essi non è certo possibile trattare in modo esaustivo in questa sede<sup>46</sup>.

Gli arbitri che hanno deciso controversie relative a BITs intra-UE li hanno applicati in quanto trattati appartenenti all'ordinamento internazionale e non a quello dell'Unione. Il che equivale a dire che la mera appartenenza alla UE di entrambi gli Stati contraenti di un BIT non è stata di per se idonea ad infirmare la validità o l'efficacia di quel medesimo BIT od a sostituire ad esso il diritto UE; salvo beninteso il possibile verificarsi nel tempo di una situazione di acquiescenza.

Appare certo che la Commissione ha promosso la tesi dell'estinzione *ipso iure* dei BITs intra-UE invocando l'applicazione del principio del primato del diritto UE e manifestando non poche perplessità circa la stessa procedibilità dei predetti arbitrati. Infatti, secondo la Commissio-

<sup>46</sup> Si ha notizia dei seguenti procedimenti arbitrari (siti consultati il 20/03/2013): *InterTrade v. Rep. Ceca* (sulla base del BIT tra Germania e Rep.Ceca, cit. da TETJE, *Bilateral Investment treaties between EU member States. Challenges in the Multilevel System of Law*, in *TDM*, v. 10, n. 2, 2013); *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Rep. Ungheria*, ICSID Case No. ARB/03/16 (sulla base del BIT tra Cipro e l'Ungheria), Lodo del 2 Ottobre 2006, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>; *Binder v. Rep. Ceca*, (arbitrato UNCITRAL sulla base del BIT tra Germania e Rep. Ceca), lodo del 1° luglio 2011 (non ancora pubblicato); *Eastern Sugar B.V. v. Rep. Ceca*, SCC Case No. 088/2004 (sulla base del BIT tra Paesi Bassi e Rep. Ceca), Lodo parziale del 27 Marzo 2007 e lodo finale del 12 Aprile 2007, in <http://italaw.com/cases/documents/369>, con un commento di PODESTÀ in *Riv. dir.int.priv.proc.*, 2008, p. 1055; *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13 (sulla base del BIT tra Regno Unito e Romania), Lodo del 8 ottobre 2009, <http://italaw.com/documents/EDFAwardandDissent.pdf>; *Eureko B.V. v. Republic of Poland* (sulla base del BIT tra Paesi Bassi e Polonia), lodo parziale del 19 agosto 2005 (impugnato dinanzi al Tribunale di prima istanza di Bruxelles il 23 novembre 2006), [http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0303\\_0.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0303_0.pdf); *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20 (sulla base del BIT tra Svezia e Romania), lodo parziale del 24 Settembre 2008, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf>; *Achmea B.V.* (in precedenza *Eureko B.V.*) *v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, (sulla base del BIT tra Paesi Bassi e Repubblica slovacca), in <http://italaw.com/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf>; *Austrian Airlines v. Slovak Republic*, (arbitrato UNCITRAL sulla base del BIT tra Austria e Rep. Slovacca, lodo del 20 ottobre 2009, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0048.pdf>); *HICEE B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case 2009-11, (sulla base del BIT tra Paesi Bassi e Repubblica federale Ceca e Slovacca) lodo finale del 17 ottobre 2011, [http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0402\\_0.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0402_0.pdf); *EURAM Investment Bank AG v. Slovak Republic*, (arbitrato UNCITRAL *ad hoc*, lodo del 22 ottobre 2012, inedito); *Georg Nepolsky v. Czech Republic*, (arbitrato UNCITRAL sulla base del BIT tra Germania e Repubblica Ceca, lodo del febbraio 2010, inedito); *Peter Franz Vöcklinghaus v. Czech Republic*, (basato su un BIT tra Germania e Rep. Ceca), (procedimento iniziato nel marzo 2008 e tuttora in corso). A tali procedimenti vanno aggiunti quelli iniziati sulla base del Trattato sulla Carta dell'energia su cui v. la nota 52 s.

ne, ammettendo la sopravvivenza dei BITs intra-UE, si finirebbe per operare al di fuori dell'ordinamento UE, perpetrando una discriminazione tra investitori di diversi Stati membri UE, a seconda della vigenza o meno di speciali BITs a loro favore.

Tuttavia, si può rilevare che i principi del primato del diritto UE<sup>47</sup> e della leale cooperazione tra Stati membri possono incidere sull'effettiva applicazione di un BIT intra-UE limitatamente a quelle fattispecie ove si ravvisi un palese conflitto tra specifiche norme del medesimo BIT e del diritto dell'Unione. Diversamente, deve ritenersi che sopravvivano le altre norme del BIT, diverse ma compatibili con il diritto UE, ivi comprese quelle che prevedono che le eventuali controversie tra investitori privati e Stati membri siano risolte tramite arbitrato transnazionale, con esclusione della cognizione del giudice statale<sup>48</sup>.

Pertanto, restando valida ed efficace la clausola arbitrale, ben hanno fatto gli arbitri a decidere le controversie nascenti da BIT intra-UE, anche alla luce dell'eventuale incompatibilità degli accordi bilaterali con il diritto UE, giacché è dovere dell'arbitro quello di pronunciare un lodo suscettibile di *exequatur*.

Questa impostazione, oltre a spiegare come mai i predetti arbitrati si siano celebrati o siano in corso, ha soprattutto l'ulteriore pregio di fare salve le aspettative più che legittime degli investitori privati intra-UE e di favorire, per questa via, gli ulteriori passi della costruzione comunitaria.

È in quest'ottica che, ci sembra, diviene possibile interpretare il nuovo approccio della Commissione manifestato in una dichiarazione consegnata all'*Oberlandsgericht* di Francoforte, relativamente al caso *Achmea (Eureko) c. Paesi Bassi* in occasione della pronuncia del 10 maggio 2012<sup>49</sup>.

Va notato che, in questa controversia, la Slovacchia si era rivolta al giudice tedesco – il *situs arbitri* era Francoforte – sostenendo l'avvenuta estinzione del BIT e quindi la carenza di giurisdizione del collegio arbi-

<sup>47</sup> Cfr. la Dichiarazione n. 17 allegata all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona. Siamo comunque lontani, ci sembra, dal modello di primato di cui all'art.103 della Carta dell'ONU: qui nei rapporti tra Stati membri (anche se è meno pacifico nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi) si ha che *lex posterior specialis non derogat priori generali*.

<sup>48</sup> Non si ravvisa in diritto UE un divieto generale- che sia oggetto di primato ed efficacia diretta- di arbitrare queste ed altri tipi di controversie, dato che sono frequenti le clausole arbitrali sia negli accordi esterni della UE, sia nei contratti della UE. Cfr. l'art. 350 TFUE a proposito della c.d. clausola BENELUX.

<sup>49</sup> Sentenza del 10 maggio 2012, 26 SchH 11/10, v. il sito <http://www.italaw.com/documents/26schh01110.pdf> (consultato il 20/03/2013).

trale. Il giudice tedesco, nel rigettare la tesi della Slovacchia, notava che la stessa Commissione riteneva nella predetta dichiarazione che il diritto dell'Unione non è vincolante in caso di arbitrato internazionale<sup>50</sup>; che l'art. 344 TFUE era applicabile solo nel contenzioso tra Stati e non in quello transnazionale tra Stati e privati; e che non vi era nemmeno bisogno di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in base a ciò che in Francia si direbbe la teoria de l'*acte clair*.

In relazione alle considerazioni di cui sopra, è da accogliere positivamente la soluzione di cui al Reg. n. 1219/2012 ove si precisa nel *considerando* n. 13 che “non dovrebbe applicarsi agli accordi in materia di investimenti conclusi tra gli Stati membri”.

### 3.1. L'applicabilità del Trattato sulla Carta dell'Energia alle situazioni intracomunitarie

Anche il Trattato sulla Carta dell'Energia (ECT) può essere invocato nelle controversie intra-UE in materia di investimenti diretti esteri. In tale prospettiva, la tesi della Commissione riguardo l'esistenza di una discriminazione tra gli operatori dei diversi Stati membri perde completamente di fondamento giacché tutti gli Stati membri dell'Unione sono, al tempo stessi, parti contraenti del Trattato sulla Carta dell'Energia e, parallelamente, possono essere convenuti in giudizio arbitrale senza passare attraverso i meccanismi giurisdizionali degli Stati membri o della stessa Unione<sup>51</sup>.

È noto che, nel predetto Trattato, viene disciplinata sia la materia degli investimenti che quella dei relativi meccanismi di risoluzione delle

<sup>50</sup> Sentenza cit., p. 17: “In die gleiche Richtung gehen auch die Äußerungen in der zuletzt eingereichten Stellungnahme der Kommission vom 13.10.2011. ... Danach gründet sich das Misstrauen der Kommission gegen die Zuständigkeit von Schiedsgerichten im Zusammenhang mit Investor-Staat-Streitigkeiten vor allem auf den Umstand, dass Schiedsrichter nicht verpflichtet seien, EU-Recht zu respektieren und auch keine Möglichkeit hätten, den EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen”.

<sup>51</sup> Il Trattato sulla Carta dell'Energia (*Energy Charter Treaty*) è stato firmato a Lisbona il 17 dicembre 1994 da cinquantadue Parti Contraenti, fra le quali la Comunità Europea e tutti gli Stati che allora ne erano membri, la Federazione Russa (che ha applicato il trattato sino al 18 ottobre 2009) e altri Stati creatisi, dopo il dicembre 1991, dalla disciolta Unione Sovietica, oltre agli Stati dell'Europa orientale, altri Stati europei, la Turchia, il Giappone e l'Australia (che però non l'ha ancora ratificato). Per la lista aggiornata delle Parti Contraenti, lo stato delle ratifiche del Trattato, del Protocollo sulla Efficienza Energetica e i Connessi Aspetti Ambientali e dell'Emendamento del 1998 alle disposizioni del Trattato concernenti il commercio, nonché degli Stati che applicano questi strumenti in via provvisoria, v. il sito <http://www.encharter.org> (consultato il 20/03/2013). In dottrina, v. per tutti GIARDINA, *Il Trattato sulla Carta dell'energia del 1994*, in *Enc. Idrocarburi*, Treccani, vol. IV, 2007, p. 551.

controversie. Una parte specifica del Trattato, la Parte III, è infatti dedicata alla promozione e alla protezione degli investimenti ed all'art. 1, vengono definite alcune nozioni fondamentali come quelle di *investimento* e di *investitore*, anche alla luce del dibattito concernente la sovranità sulle risorse naturali (art. 18).

Così la società svedese *Vattenfall* ha agito contro la Germania, uno Stato membro originario dell'Unione, sulla base del Trattato sulla Carta dell'energia, pur se Svezia e Germania sono Stati membri della UE<sup>52</sup>.

Ed altri contenziosi arbitrali internazionali si sono verificati a carico di alcuni Paesi dell'Europa dell'est i quali erano già parti contraenti del Trattato sulla Carta dell'energia. Quei Paesi, una volta completata l'adesione alla UE, si trovarono obbligati – spesso su richiesta della Commissione – a dover adottare specifiche misure volte ad adattare il loro ordinamento giuridico all'ordinamento dell'Unione, a prescindere dagli obblighi previsti dal Trattato sulla Carta dell'energia<sup>53</sup>.

Un esempio emblematico è offerto dall'Ungheria la quale diede avvio alla privatizzazione del settore dell'energia negli anni '90 fornendo, nel contempo, alcuni aiuti di Stato alle società che operavano in tale settore. Una volta divenuto Stato membro della UE nel 2004, il governo ungherese dovette porre termine ai predetti aiuti di Stato in conformità con il diritto europeo della concorrenza introducendo, nel contempo, delle tariffe regolate.

Tre investitori privati, le società AES, Electrabel<sup>54</sup> e EDF (società francese) hanno attivato appositi procedimenti arbitrali contro l'Ungheria lamentando la violazione del predetto Trattato sulla Carta dell'energia, trattato a cui, si badi bene, partecipa la stessa UE.

<sup>52</sup> *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG (Sweden and Europe) v. The Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6 (ECT), lodo dell'11 marzo 2011, in <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0890.pdf> (consultato il 20/03/2013). Il collegio arbitrale era composto da Marc Lalonde (presidente), Sir Franklin Berman e la prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler. La controversia è stata risolta in via transattiva.

<sup>53</sup> Cfr. *Electrabel S.A. v. Rep. Ungheria*, ICSID Case No. ARB/07/19, lodo del 30 novembre 2012, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf> (consultato il 20/03/2013), ove (punto 4.199) “the Tribunal recognises that it is an international tribunal established under the ECT and the ICSID Convention, in an international arbitration with no seat or legal place within the European Union and with its award potentially enforceable under the ICSID Convention both within and without the European Union. The Tribunal does not consider that any of these factors affect its conclusions as regards the law applicable to the Parties' arbitration agreement, the Tribunal's jurisdiction and the merits of their dispute”.

<sup>54</sup> Cfr. *Electrabel S.A. v. Rep. Ungheria*, ICSID Case No. ARB/07/19, cit.. Qui, il collegio arbitrale era composto da: la prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, la prof. Brigitte Stern, e V.V. Veeder.

Nel caso *AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erözü KFT c. Ungheria*, il lodo del 23 settembre 2010<sup>55</sup> rivela che la Commissione europea aveva richiesto al collegio arbitrale di intervenire in qualità di *amicus curiae*, ai sensi dell'art. 37 del regolamento di arbitrato ICSID, data la sussistenza di alcuni importanti profili di diritto UE in tale controversia.

La controversia, come si è detto poc'anzi, trae origine dall'adozione, nel 2006 e nel 2007, di una serie di misure destinate a reintrodurre tariffe obbligatorie per la vendita di elettricità. Si trattava, peraltro, di misure adottate a seguito di un acceso dibattito politico sulla privatizzazione del settore energetico ed in particolare sugli ingenti profitti conseguiti da alcune imprese straniere che operavano, attraverso i loro investimenti, sul mercato ungherese dell'energia elettrica.

Dai lodi finora pubblicati emerge che alcuni arbitri hanno considerato che, una volta integrato negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, il diritto dell'Unione va considerato alla stregua del diritto interno e non più del diritto internazionale<sup>56</sup>. Da ciò discende che vale in questo contesto l'art. 27 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, in base al quale “[u]na parte non può invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato”, nella fattispecie, il Trattato sulla Carta dell'energia.

Un approccio solo parzialmente diverso, e più sibillino, si rinviene nel lodo *Electrabel* ove gli arbitri, nell'osservare che l'ECT non si era estinto a causa della mera appartenenza alla UE dello Stato convenuto e

<sup>55</sup> ICSID Case No. ARB/07/22, al sito: [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1730\\_En&caseId=C114](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1730_En&caseId=C114) (consultato il 20/03/2013). Arbitri della controversia erano B. Stern, W. Rowley e Werner von Wobeser (presidente).

<sup>56</sup> Lodo *AES* cit., § 7.2.4: “Respondent says that the fact that Claimants’ 2001 PPA was governed by the law of Hungary, now an EU member state, further underscores the need to take European Community (“EC”) competition law into account in determining whether any modification of the 2001 PPA transgressed the limits set forth in the ECT”. Rispetto a ciò, la posizione del collegio arbitrale viene così espressa (§7.6.5-§7.6.6.): “If interpretation of the ECT is required, the general rules of interpretation of the Vienna Convention, established in its Articles 31 and 32 should be applied ... Regarding the Community competition law regime, it has a dual nature: on the one hand, it is an international law regime, on the other hand, once introduced in the national legal orders, it is part of these legal orders. It is common ground that in an international arbitration, national laws are to be considered as facts. Both parties having pleading that the Community competition law regime should be considered as a fact, it will be considered by this Tribunal as a fact, always taking into account that a state may not invoke its domestic law as an excuse for alleged breaches of its international obligations”.

dello Stato di origine dell'investitore<sup>57</sup>, concludono che: "EU law (not limited to EU Treaties) forms part of the rules and principles of international law applicable to the Parties' dispute under Article 26(6) ECT. Moreover EU law, as part of the Respondent's National law, is also to be taken into account as a fact relevant to the Parties' dispute"<sup>58</sup>.

In conclusione, nonostante la contemporanea partecipazione degli Stati membri UE e della UE medesima al Trattato sulla Carta dell'energia, non è stata rilevata alcuna "successione" nei trattati, né estinzione dei medesimi che, rimanendo in vigore, hanno esposto singoli Stati membri a contenziosi arbitrali internazionali, spesso dovuti a misure poste in essere in virtù dell'appartenenza all'ordinamento dell'Unione.

#### 4. La sorte dei BITs già in vigore tra Stati membri e Stati terzi

Già nel Trattato di Roma del 1957, istitutivo della CEE, l'art. 234 faceva salvi gli accordi precedentemente stipulati dagli Stati Membri disponendo che non venivano "pregiudicati i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente all'entrata in vigore del Trattato stesso, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra".

Veniva, in tal modo, riconosciuta la compatibilità fra il Trattato CEE e gli accordi vigenti tra Stati membri e Stati terzi attraverso una clausola di compatibilità o subordinazione al fine di consentire il coordinamento e la salvaguardia degli accordi precedentemente conclusi ed evitare complessi conflitti tra trattati<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Lodo *Electrabel*, cit., punto 4.194 "The Tribunal also concludes that the ECT and the ICSID Convention were and remain valid treaties under international law legally binding upon the Respondent and validly invoked by the Claimant in this arbitration. In particular, the Tribunal decides that Article 42 of the ICSID Convention and Article 26 ECT are not in any way invalidated, suspended or terminated under international law; nor has the Respondent withdrawn from either treaty. Indeed the Claimant and the Respondent have not contended otherwise before this Tribunal.

<sup>58</sup> Lodo *Electrabel*, cit., punto 4.195, sulla premessa (punto 4.192) secondo la quale: "the Tribunal concludes that it is required to apply to the Parties' arbitration agreement and to the merits of the Parties' dispute in this case the rules of international law agreed by the Parties under Article 42(1) of the ICSID Convention; and that under Article 26(6) ECT, these rules comprise the ECT and rules and principles of international law".

<sup>59</sup> V. ad es. già MONACO, *Coordinamento tra enti internazionali*, in RDI, 1957, p. 190. In argomento, v. *inter multos*, BENTIVOGLIO, in QUADRI, MONACO, TRABUCCHI, *Commentario CEE*, III, Milano, 1965, p. 1693 ss.; ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione Europea*, Milano, 2000; DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, 4 ed., Milano, 2010, p. 190 ss.; VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 4 ed., Bari, 2013, p. 257 ss. ove ulteriori riferimenti. L'art. 344 TFUE vieta agli Stati membri di

Prima della riforma attuata tramite il Trattato di Lisbona, l'Unione aveva, peraltro, già negoziato alcune clausole in materia di investimenti inserendole nel più ampio contesto degli accordi commerciali orientati al libero accesso al mercato. Una "piattaforma europea in materia di investimenti"<sup>60</sup> esiste, infatti, da anni ma, risultando avvolta dal più fitto riserbo presso gli uffici della Commissione, non è mai stata pubblicata. Prima del trattato di Lisbona, infatti, si riteneva che la competenza in materia di investimenti diretti esteri spettasse in linea generale agli Stati membri ovvero, in casi particolari, si trattava di una competenza mista.

L'approccio generalmente seguito era fondamentalmente questo: all'Unione spettava negoziare per liberalizzare l'accesso ai mercati stranieri nel quadro delle altre competenze facenti parte della politica commerciale comune, mentre agli Stati membri, tramite i "loro" BITs spettava di fissare gli standard di trattamento, protezione e garanzia degli investimenti diretti esteri effettuati dai "loro" operatori.

Non v'è dubbio, quindi, che l'accentramento delle competenze presso la UE, comprese quelle in materia di investimenti diretti esteri, conduca ora ad una razionalizzazione del sistema ed alla fine di ciò che i tecnici dell'UNCTAD, esaminando i grafici sui BITs, chiamavano lo "spaghetti bowl" dei BITs tra Stati membri e Stati terzi.

Il coordinamento tra diversi trattati, tuttavia, deve farsi a mente dell'art. 351 TFUE ai sensi del quale:

"Le disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra.

Nella misura in cui tali convenzioni siano incompatibili coi trattati, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate. Ove occorra, gli Stati membri si forniranno reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta.

Nell'applicazione delle convenzioni di cui al primo comma, gli Stati membri tengono conto del fatto che i vantaggi consentiti nei trattati da ciascuno degli Stati membri costituiscono parte integrante dell'in-

invocare gli impegni convenzionali assunti in precedenza per sottoporre una controversia sull'interpretazione o sull'applicazione dei Trattati a una procedura di composizione diversa da quelle previste da questi ultimi (cfr. ad es. il parere 1/09 della Corte di Giustizia, del 8 marzo 2011).

<sup>60</sup> Si tratta del *Minimum Platform for Investment for the EU FTAs* su cui v. DE MESTRAL, *Is a model EU BIT possible—or even desirable?*, in <http://www.vcc.columbia.edu/content/model-eu-bit-possible-or-even-desirable> (consultato il 20/03/2013) ove riferimenti.

staurazione dell'Unione e sono, per ciò stesso, indissolubilmente connessi alla creazione di istituzioni comuni, all'attribuzione di competenze a favore di queste ultime e alla concessione degli stessi vantaggi da parte di tutti gli altri Stati membri.”

Da tali disposizioni discende che anche i BITs conclusi da parte di uno o più Stati membri con uno o più Stati terzi prima dell'entrata in vigore del Trattato CEE o comunque prima della data di adesione all'Unione, non vengono pregiudicati dal diritto UE rispetto allo Stato membro in questione.

Senonché, anche le norme di cui sopra vanno lette ed interpretate alla luce della prassi giurisprudenziale e coordinate con il Reg. n. 1219/2012 del 12 dicembre 2012 entrato recentemente in vigore.

In una prima serie di pronunce, la Corte di Giustizia ha dato un'interpretazione alquanto restrittiva delle disposizioni di cui all'art. 351 TFUE. Si tratta in particolare della sentenza del 3 marzo 2009 nella causa C-205/06 *Commissione c. Austria*<sup>61</sup>, della sentenza del 3 marzo 2009 nella causa C-249/06 *Commissione c. Svezia*<sup>62</sup> e della sentenza del 19 novembre 2009 nella causa C-118/07 *Commissione c. Finlandia*<sup>63</sup>, nelle quali la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che alcune misure specifiche previste da trattati bilaterali in materia di investimenti conclusi da Austria, Svezia e Finlandia erano incompatibili con il trattato CE e che gli Stati membri interessati non avevano preso le misure necessarie per eliminare tali incongruenze. Le predette sentenze, emesse a seguito di procedura d'infrazione attivata dalla Commissione europea, hanno tutte e tre ad oggetto la violazione rispettivamente da parte di Austria, Svezia e Finlandia dell'art. 307 CE (divenuto art. 351, secondo comma TFUE) in relazione ai numerosi accordi bilaterali sugli investimenti conclusi da parte dei predetti Stati precedentemente all'adesione all'Unione Europea, accordi volti a garantire agli investitori la più ampia libertà di trasferimento di fondi e capitali ai fini della realizzazione di investimenti nel loro territorio. La Corte, in accoglimento delle istanze della Commissione, ha dichiarato i predetti accordi internazionali incompatibili con gli artt. 57 TCE (divenuto art. 64 TFUE); l'art. 59 TCE (divenuto art. 66 TFUE) e l'art. 60 TCE (divenuto art. 75 TFUE), in quanto, com'è noto, trattasi di norme che consentono alla CE, ed ora alla

<sup>61</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 3 marzo 2009, causa C-205/06, *Commissione c. Austria*, in *Racc.*, 2009, p. I-1301.

<sup>62</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 3 marzo 2009, causa C-249/06, *Commissione c. Svezia*, in *Racc.*, 2009, p. I-1335.

<sup>63</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 19 novembre 2009, causa C-118/07, *Commissione c. Finlandia*, in *Racc.*, 2009, p. I-1335.

UE, di imporre restrizioni alla circolazione dei capitali e dei pagamenti tra Stati membri e Stati terzi in presenza di circostanze eccezionali.

Secondo la Corte, gli accordi conclusi dai predetti Stati membri si pongono in contrasto – sia pure solo potenziale! – con l'*acquis* comunitario, in quanto nel prevedere una libertà piena ed incondizionata *per se* della circolazione dei capitali, omettono di prevedere speciali disposizioni che riservino alla UE la possibilità di applicare apposite misure restrittive in materia di pagamenti e capitali, così come previsto dal diritto originario UE.

Per porre rimedio a tale contrasto, la Corte di Giustizia sottolinea che, in ottemperanza all'art. 307 CE (divenuto appunto l'art. 351, secondo comma, TFUE), detti Stati, successivamente alla loro adesione all'Unione, avrebbero dovuto *eliminare* le incompatibilità contestate, attraverso apposite procedure di rinegoziazione sino a giungere, eventualmente, alla denuncia di ciascun accordo internazionale in caso di impedimenti che avessero reso impossibile la modifica.

Tutto ciò, beninteso, oltre che per coerenza con la dottrina dell'effetto utile del diritto UE, soprattutto in virtù del dovere di *leale collaborazione* enunciato dall'art. 10 TCE (ora art. 4 TUE): dovere che impone agli Stati membri di conformarsi al diritto dell'Unione e di astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere gli scopi dei Trattati.

Appare altresì utile osservare che la Corte, nel respingere le argomentazioni contrarie, ha ritenuto che eventuali *interpretazioni conformi* al diritto comunitario degli accordi *de quibus*, effettuate in via giurisdizionale o persino arbitrale, nonché il ricorso a specifici meccanismi di diritto internazionale (quali quelli della sospensione o estinzione dei trattati, *rebus sic stantibus*) costituiscono strumenti inadeguati a garantire la necessaria certezza dell'applicazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri<sup>64</sup>.

Viene, da ultimo, rigettato anche l'argomento secondo cui il fatto che la procedura d'infrazione sia stata aperta soltanto nei confronti di alcuni Stati avrebbe implicato una discriminazione rispetto ad altri Paesi che hanno concluso analoghi accordi bilaterali di investimento. La Corte,

<sup>64</sup> Né parimenti persuasiva è apparsa alla Corte l'argomentazione della Finlandia secondo cui, in ragione della speciale clausola contenuta nei propri accordi in materia di investimenti secondo cui la tutela è garantita "nei limiti stabiliti dalla legge nazionale" di ogni Parte contraente, una volta emanata, una misura adottata dalle istituzioni comunitarie entrerebbe a far parte della legislazione nazionale in virtù del principio dell'effetto diretto. Anche tale soluzione, in quanto soggetta ad interpretazione giudiziale (ed arbitrale), non offrirebbe garanzia sufficiente per una piena ed immediata applicabilità delle disposizioni emanate a livello comunitario.

infatti, afferma che uno Stato membro non può giustificare il proprio inadempimento degli obblighi comunitari in ragione dell'inadempimento altrui. Senonché, come rilevato dall'Avv. generale Sharpston, spetta alla Commissione dare o non dare inizio ad un procedimento per infrazione nei confronti di ogni Stato membro, potere che ora viene ulteriormente precisato, *in subiecta materia*, dal Reg. (UE) n. 1219/2012 del 12 dicembre 2012.

Un orientamento parzialmente diverso e meno restrittivo è stato espresso dalla Corte di Giustizia in una recente sentenza relativa al caso *Commissione europea c. Repubblica Slovacca*<sup>65</sup>, anch'esso derivante da una procedura d'infrazione. Qui, è stato sottoposto al vaglio della Corte l'Accordo in materia di promozione e tutela reciproca degli investimenti concluso nel 1990 tra la Confederazione svizzera e la Repubblica federativa ceca e slovacca. La controversia traeva origine da un contratto stipulato in data 27 ottobre 1997 –ossia prima dell'adesione della Repubblica Slovacca alla UE – tra la società svizzera Atel e l'operatore di rete di proprietà dello Stato slovacco Seps in base al quale Atel avrebbe contribuito finanziariamente alla costruzione di una linea elettrica atta a collegare la Polonia alla Slovacchia, ottenendo in cambio da parte di Seps il diritto di sfruttare la nuova linea a condizioni privilegiate rispetto ad operatori concorrenti per un periodo temporale di sedici anni, ossia fino al 30 settembre 2014.

La Commissione ravvisava in tale contratto una violazione da parte della Repubblica slovacca dell'art. 9, lett. e) e 20, n. 1, della Dir. n.2003/54/CE in materia di non discriminazione nell'accesso alla rete di trasmissione dell'energia elettrica.

La Corte di Giustizia, invece, si pronunciava a favore della tesi prospettata dalla Slovacchia ed in parte dall'avvocato generale Jääskinen, rilevando che l'accordo stipulato tra Atel e Seps costituiva un contratto di investimento, come tale, tutelato dall'Accordo sulla tutela degli investimenti concluso tra la Confederazione svizzera e la Repubblica federativa ceca e slovacca<sup>66</sup>. Orbene, poiché il predetto accordo era stato stipulato in data 5 ottobre 1990 ed era entrato in vigore ben prima dell'adesione della Slovacchia alla CE – avvenuta il 1° maggio 2004 – la Corte riteneva applicabile al caso di specie, l'art. 307 TCE (divenuto art. 351, par.1, TFUE) secondo cui gli obblighi derivanti da un trattato con-

<sup>65</sup> Sentenza del 15 settembre 2011, causa C-264/09, *Commissione c. Rep. Slovacca*, al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109601&pageIndex=0&doclan> (consultato il 20/03/2013).

<sup>66</sup> Il diritto di transito riservato ad Atel, infatti, andava considerato quale remunerazione dell'investimento effettuato dalla società svizzera.

cluso *anteriormente* alla data di adesione di uno Stato membro tra quest'ultimo e uno Stato terzo non sono pregiudicati dalle disposizioni del Trattato stesso<sup>67</sup>.

Ancora. La Corte, rigettando la tesi della Commissione secondo la quale, in capo alla Slovacchia, non sussisteva alcun obbligo di mantenere in vigore l'accordo bilaterale sino alla sua naturale scadenza, rilevava come la Slovacchia non avesse alcun potere di risolvere un contratto di diritto privato, sottoposto al diritto austriaco, al solo scopo di porre fine alla pretesa infrazione. Ciò in quanto la risoluzione del contratto o altra misura eventualmente posta in essere dalla Slovacchia alla luce della Dir. n. 2003/54/CE, avrebbe avuto come effetto quello di privare la società Atel della remunerazione del proprio investimento alterando, significativamente, il sinallagma contrattuale e violando, in tal modo, l'art. 6 dell'accordo bilaterale volto ad escludere provvedimenti di espropriazione o nazionalizzazione, anche indiretti (c.d. *creeping expropriations*).

Orbene, la fase di transizione in cui oggi ci troviamo risulta appetantita da particolari difficoltà, a cominciare, appunto, dalla sorte dei 1200 trattati bilaterali conclusi tra Stati membri e Stati terzi<sup>68</sup>, che rappresentano circa la metà di tutti i BITs esistenti nel mondo.

Indubbiamente, il problema dell'eventuale incompatibilità tra trattati va affrontato nel quadro dei problemi relativi all'efficacia dei trattati così com'è disciplinata dall'ordinamento internazionale ed in particolare dalle norme della Convenzione di Vienna del 1969<sup>69</sup>.

Non sembrano, tuttavia, sussistere più dubbi circa l'efficacia dei BITs conclusi dagli Stati membri con Stati terzi prima del 1° dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Detti trattati,

<sup>67</sup> Secondo la Corte, il trattamento preferenziale accordato ad Atel era dunque da considerarsi legittimo, giacché gli obblighi assunti dalla Slovacchia per la protezione degli investitori svizzeri in Slovacchia, pur incompatibili con le disposizioni della Direttiva 2003/54/CE, prevalevano su quest'ultima.

<sup>68</sup> UNCTAD *Investment Report 2012*, al sito: <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf> (consultato il 20/03/2013).

<sup>69</sup> V. in particolare l'art.30. Qui, del resto, non si ha un'incompatibilità automatica tra norme di trattati diversi sulla stessa materia se il conflitto tra le loro disposizioni può risolversi attraverso i principi relativi alla successione nel tempo delle norme di diritto internazionale. Così in base ai principi generali si ha che il conflitto tra le disposizioni del trattato più ampio e quello del trattato più ristretto (ad esempio, un BIT) viene evitato attraverso il principio *lex posterior specialis derogat priori generali*. In argomento v. ROCUNAS, *Engagements Parallèles et Contradictaires*, in RCADI, 1987, p. 9 ss.; DE WITTE, "Old fashioned flexibility: international agreements between Member States of the European Union", in DE BURCA, SCOTT (eds.), *Constitutional change in the EU: from uniformity to flexibility?*, Oxford, 2000, pp. 31-58; KLABBERS, *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge, 2008; nonché CARREAU, MARRELLA, *Droit International*, 11 ed., Paris, 2012, p. 201 ss..

compresi quelli conclusi dall'Italia, restano validi ed efficaci sul piano internazionale così come, sia pure *ad abundantiam*, viene puntualizzato nel *considerando* n. 5 del Reg. 1219/2012 laddove si afferma che: “[a]nche se, secondo il diritto internazionale pubblico, gli accordi bilaterali in materia di investimenti restano vincolanti per gli Stati membri e anche se saranno sostituiti progressivamente dagli accordi che saranno conclusi dall’Unione nella stessa materia, è opportuno gestire in maniera appropriata le condizioni alle quali possono essere mantenuti in vigore e i loro rapporti con la politica dell’Unione attinente agli investimenti. Tali rapporti sono destinati ad evolvere via via che l’Unione eserciterà la propria competenza”.

Né è possibile inficiare la validità dei BITs conclusi tra Stati membri e Stati terzi attraverso il diritto UE, originario ed, *a fortiori*, derivato come il Reg. 1219/2012. Piuttosto, un discorso diverso va fatto ponendosi unicamente nella prospettiva dell’ordinamento UE. Qui, se ne può mettere in discussione la compatibilità solo rispetto al diritto UE e non rispetto al diritto internazionale: il linguaggio utilizzato dalla Commissione nella Relazione alla proposta del Regolamento *de quo* non dovrebbe dare adito a dubbi laddove si dice, *expressis verbis*, che “[l]a presente proposta mantiene lo status quo e offre una soluzione transitoria autorizzando il mantenimento in vigore di accordi bilaterali in materia di investimenti conclusi tra Stati membri e paesi terzi”<sup>70</sup>.

Tale impostazione viene confermata nell’ulteriore *considerando* n. 11 del Regolamento adottato, laddove si invitano gli Stati membri ad adottare ogni misura necessaria per eliminare eventuali incompatibilità con il diritto dell’Unione e paventando, in caso contrario, il ricorso alla procedura d’infrazione di cui all’art. 258 TFUE.

Il capo II del Reg. *de quo* definisce le condizioni alle quali è “consentito” il “mantenimento in vigore degli accordi bilaterali esistenti in materia di investimenti” conclusi tra Stati membri e Stati terzi.

Lo spirito che, alla luce delle considerazioni sopra espresse, dovrebbe animare questo capo è quello della *sostituzione progressiva*, non traumatica, dei BITs dell’UE ai BITs dei singoli Stati membri<sup>71</sup>. Ma co-

<sup>70</sup> Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi da Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti, COM/2010/0344 def., par. 2. Né, pare possibile, almeno per ora, sostenere che la UE si sia sostituita *de facto* ai suoi Stati membri per quanto attiene ai loro BITs analogamente a quanto avvenne all’epoca del GATT ‘47 (in argomento cfr. ad es. MARCHISIO, *EU’s membership in International Organizations*, in *The EU as an Actor in International Relations*, a cura di CANNIZZARO, The Hague 2002, pp. 231-260.

<sup>71</sup> Qualora detti accordi fossero preesistenti all’adesione di uno Stato membro all’Unione, questo sarebbe comunque obbligato, in forza dell’art. 351, par. 2, TFUE a

me si vedrà, non mancano nel linguaggio normativo dei momenti di verticalizzazione (se non di autoritarismo verticistico) che stridono con gli ineludibili obblighi in capo agli Stati membri derivanti dall'ordinamento internazionale.

La prima fase è quella della *notifica* alla Commissione, entro l'8 febbraio 2013, di tutti i BITs che gli Stati membri intendono mantenere in vigore<sup>72</sup>. A tale norma, ne segue un'altra, di dubbia legittimità, la quale prevede che i predetti BITs tra Stati Membri e Stati terzi possano essere mantenuti in vigore “fino a quando non entri in vigore un accordo bilaterale in materia tra l'Unione e lo stesso paese terzo”. Questa formula può generare l'equivoco sopra richiamato secondo il quale un accordo internazionale bilaterale risulterebbe invalidato o reso inefficace da un altro accordo internazionale dell'Unione che però, rispetto al primo, è *res inter alios acta*. Se l'Italia ha concluso un BIT con il Bangladesh<sup>73</sup> e successivamente lo fa la UE, la soluzione più corretta non è certamente quella della sostituzione d'imperio del BIT UE sul primo BIT, bensì quella del coordinamento tra le norme dei due distinti trattati fino a quando il primo BIT non si estingua *proprio vigore*, ovvero l'Italia decida di denunciare il trattato *de quo* in base alle norme in esso contenute. Certo, l'UE può invitare lo Stato membro e lo Stato terzo, in occasione del nuovo BIT della UE, a porre fine al BIT tra loro stipulato; ciò, però, equivale a dire che resta facoltà dei due Stati contraenti decidere delle sorti del BIT tra loro precedentemente concluso, a prescindere dalla distinta o diversa volontà delle istituzioni dell'Unione.

L'art. 4 del Reg. *de quo* dispone la pubblicazione annuale nella GUUE di tutti i BITs notificati, al fine di darne pubblicità e consentirne la valutazione ad opera della Commissione. L'esame della Commissione, come prevede il successivo art. 5, è analitico ed è volto ad individuare gli eventuali gravi ostacoli che le singole disposizioni dei BITs extra UE potrebbero costituire per l'attuazione della politica commerciale comune. In tal caso, giusta l'art. 6, par. 2, “la Commissione e lo Stato membro in-

ricorrere “a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate” nella misura in cui tali convenzioni siano incompatibili coi Trattati”. Si noti, tuttavia, che nella proposta di Regolamento presentata dalla Commissione il 7 luglio 2010, i poteri di revoca dell'autorizzazione della Commissione (di cui all'art. 6 della proposta) assumevano tali dimensioni da stridere con le più fondamentali esigenze di certezza del diritto, almeno dal punto di vista degli Stati terzi.

<sup>72</sup> Art. 2 del Reg. Tale norma si applica anche agli accordi già conclusi ma non ancora entrati in vigore.

<sup>73</sup> V., a tale riguardo, l'accordo per la promozione e la protezione degli investimenti del 20 marzo 1990, reso esecutivo con L. 18 agosto 1993 n. 333 (in G.U. 31 agosto 1993 n. 204, s.o. n. 83).

interessato procedono rapidamente a consultazioni e cooperano al fine di individuare le azioni appropriate per risolvere la questione. La durata di tali consultazioni non supera i novanta giorni”.

Il capo III del Reg. *de quo* prevede la “autorizzazione a modificare o concludere” nuovi BITs tra Stati membri e Stati terzi<sup>74</sup>. Il quadro procedurale previsto dal Regolamento si basa su di un meccanismo di “autorizzazione” fondato sul presupposto che gli Stati membri notifichino alla Commissione la loro intenzione di modificare<sup>75</sup> un accordo bilaterale esistente o di concluderne uno nuovo con uno Stato terzo. Qui gli Stati membri sono tenuti a fornire la “documentazione pertinente” alla rinegoziazione o negoziazione del BIT, corredata da indicazioni sugli obiettivi e su “ogni altra informazione pertinente”, che potrà essere messa a disposizione degli altri Stati membri nel rispetto degli obblighi di riservatezza.

L’art. 9 precisa i poteri in base ai quali la Commissione può rifiutare l’avvio di negoziati formali da parte di uno Stato membro, in particolare nel caso in cui l’iniziativa di uno Stato membro rischi di compromettere gli obiettivi dei negoziati o della politica dell’UE. Si tratta, principalmente, di fattispecie caratterizzate da “incompatibilità con il diritto

<sup>74</sup> Cfr. a tale riguardo, le soluzioni tecniche già individuate attraverso il Regolamento (CE) n. 662/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi tra Stati membri e paesi terzi su particolari materie concernenti la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, in GU L 200 del 31 luglio 2009, p. 25 ss. Nel Reg. 1219, si rileva comunque una distonia tra le sue norme, tutte volte a dotare la Commissione di pieni poteri autorizzatori, e quelle di diritto originario di cui all’art. 2, par.1, laddove si indica, *expressis verbis*, che “Quando i trattati attribuiscono all’Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l’Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall’Unione oppure per dare attuazione agli atti dell’Unione”. Dunque l’Unione non coincide con la Commissione, come previsto dal nuovo Regolamento, salvo darne una lettura in chiave di legislazione delegata.

<sup>75</sup> Anche la modifica degli accordi esistenti è oggetto di controllo dell’Unione – *rectius* della Commissione! –, secondo quanto indicato al *considerando* n. 9 del Reg. *de quo*. A tal proposito, va sottolineato che la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire, *aliunde*, che, se un nuovo accordo internazionale, incidendo su un accordo precedente, modifichi sostanzialmente il contenuto di quest’ultimo, aggiungendo “nuovi ed importanti obblighi per lo Stato membro”, la legittimità di tali obblighi dovrà essere valutata con rispetto alle disposizioni europee in vigore al momento della loro stipula (cfr. Sentenze *Open Sky*, cit., par. 64). Va osservato che, all’art. 6 della proposta di Reg. della Commissione, del 7 luglio 2010, veniva previsto che l’autorizzazione della Commissione ad uno Stato membro poteva essere revocata se “il Consiglio non ha adottato una decisione in merito all’apertura di negoziati ai fini della conclusione di un accordo che coincide in parte o in tutto con un accordo notificato a norma dell’articolo 2”. Una norma che pare quasi una ritorsione contro lo stesso Consiglio e che, giustamente, è stata stralciata dal testo definitivo.

dell'Unione" (art. 9, c. 1, lett. *a*) o comunque di "contrasto con i principi e gli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione" (lett. *c*) od ancora di accordi che precostituirebbero "un grave ostacolo" alla negoziazione o alla conclusione di accordi bilaterali in materia di investimenti con paesi terzi da parte dell'Unione" (lett. *d*). Qualora l'"autorizzazione" venga concessa dalla Commissione, questa può "chiedere allo Stato membro" di inserire od eliminare apposite clausole onde assicurare la coerenza o la compatibilità del BIT dello Stato membro con il diritto UE.

L'art. 10 impone agli Stati membri di informare costantemente la Commissione sull'andamento dei *negoziati autorizzati*. Inoltre, la stessa Commissione può chiedere di prendere parte ai negoziati in materia di investimenti tra Stati membri e Stati terzi. Qui, la posizione della Commissione appare quindi assimilabile a quella di un osservatore in quanto, salva la diversa volontà degli Stati, le parti contraenti non possono che restare lo Stato membro e lo Stato terzo.

Chiudono il Capo terzo apposite norme riguardanti la conclusione del procedimento di negoziazione. Definito l'accordo, l'atto, prima di essere firmato, viene notificato dallo Stato membro alla Commissione che, ai sensi dell'art. 11 del Reg. *de quo*, effettua una verifica finalizzata a valutare se l'accordo comprometta i negoziati dell'UE in materia di investimenti o sia in contrasto con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione. In assenza di rilievi in merito, la Commissione autorizza la firma del BIT negoziato dallo Stato membro.

Il Capo IV definisce gli obblighi di condotta degli Stati membri per quanto riguarda gli accordi oggetto del presente regolamento. L'art. 13 dispone che gli Stati membri forniscano informazioni utili sulle riunioni organizzate con Stati terzi in merito ai BITs.

Inoltre, gli Stati membri sono tenuti ad informare immediatamente la Commissione di ogni richiesta di risoluzione delle controversie presentata nei loro confronti sulla base dei predetti BITs e a cooperare con la Commissione stessa per l'attivazione dei meccanismi di risoluzione nei confronti di uno Stato terzo<sup>76</sup>.

In caso di controversie, l'art. 13 del Reg. 1219/2012 formalizza il potere della Commissione di partecipare ad eventuali contenziosi internazionali tra lo Stato membro, l'investitore dello Stato terzo e, beninteso, quest'ultimo Stato. È da rilevare che tale partecipazione non corrisponde all'assunzione della posizione di parte nel processo internazionale bensì solo quella di *amicus curiae*. Ma si tratta di uno strano *amicus*. Infatti, la

<sup>76</sup> L'art. 15 istituisce un apposito comitato per gli accordi in materia di investimenti (art. 16) incaricato di assistere la Commissione nella gestione del regolamento e ne stabilisce le modalità di funzionamento.

Commissione, avvalendosi dei poteri sopra ricordati, può condizionare la posizione dello Stato membro in detto procedimento al fine di fare prevalere l'interesse dell'Unione, un interesse che, però può risultare trascendente a quello del singolo Stato membro, sia esso parte convenuta o, assai più raramente, parte attrice.

Ma cosa succederà una volta che la UE avrà stipulato i propri BITs e sarà parte convenuta in un procedimento arbitrale basato su tale trattato?

A ben vedere il problema non è completamente nuovo dato che la UE è già parte contraente del Trattato sulla Carta dell'energia il quale prevede un meccanismo arbitrale esperibile nei confronti di essa.

Per regolare anche questa materia ossia su come gestire le conseguenze finanziarie di eventuali contenziosi nascenti dall'applicazione dei BITs della UE, il 21 giugno 2012, la Commissione ha presentato una apposita proposta di regolamento<sup>77</sup>.

In base a detta proposta, tuttora in fase di difficile negoziazione interistituzionale alla UE, nelle controversie tra un investitore straniero e le istituzioni dell'Unione, è su di essa che incombe la responsabilità finanziaria, fermo restando che, in caso di contenzioso diretto contro uno Stato membro dell'Unione, la responsabilità finanziaria resta in capo a quest'ultimo. Ma la materia resta oggetto di forti tensioni tra le istituzioni dell'Unione e numerose sono le questioni che appaiono non ancora pienamente risolte: basti pensare, ad esempio, alla fase transitoria ove finirebbero per essere parti di BITs con lo stesso Stato terzo, sia l'Unione europea che uno Stato membro. Non è affatto semplice stabilire chi sia la parte convenuta ed eventualmente chi abbia la responsabilità, sul piano del diritto internazionale, di un particolare atto che può essere stato commesso dallo Stato membro in esecuzione di un obbligo di diritto dell'Unione<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria nei procedimenti per la risoluzione delle controversie tra investitori e Stati istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte, (COM(2012) 335 final) al sito [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc\\_149567.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc_149567.pdf) (consultato il 20/03/2013).

<sup>78</sup> Secondo la Commissione, il cui approccio si fonda sul parere n. 1/91 della Corte di giustizia, (*Racc.*, 1991, I-60709, v. spec. il punto n. 33) "se sono parti di un accordo sia l'Unione europea che lo Stato membro e occorre stabilire chi abbia la responsabilità, sul piano del diritto internazionale, di un particolare atto, la Commissione ritiene che debba essere determinante non l'autore dell'atto, bensì la competenza per la materia oggetto delle norme internazionali in questione, come stabilita dal trattato. In questa prospettiva, è irrilevante che uno Stato membro abbia competenza in forza delle norme relative al mercato interno che lo autorizzano a legiferare nella sfera nazionale". Senonché l'applicazione operativa di detto principio non mancherà di rivelarsi estremamente complessa. Certamente utili anche se non immediatamente risolutivi saranno pure i risultati

Né risulta ancora chiarito contro chi potrà essere eseguito un eventuale lodo arbitrale pronunciato contro la UE.

A differenza dei suoi Stati membri, la UE non è parte contraente né della convenzione di Washington del 18 marzo 1965, né di quella di New York del 10 giugno 1958.

Allo stato attuale del diritto positivo, se un investitore chiedesse il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo arbitrale contro la UE, si troverebbe – almeno così ci pare – a dover adire le autorità giudiziarie degli Stati membri, non potendo adire direttamente la Corte di Giustizia. Lo stesso *exequatur* potrebbe essere problematico a causa dell'art. 1 del Protocollo n. 7 sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea<sup>79</sup> finendo così per costituire una base giuridica idonea a portare il contenzioso post-arbitrale alla cognizione del giudice dell'Unione.

In sintesi, l'azione regolatoria della UE in materia di investimenti diretti esteri induce a distinguere tre fattispecie: quelle dei BITs conclusi dagli Stati membri con Stati terzi precedentemente al 1° dicembre 2009 (ossia prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) che restano internazionalmente in vigore; quella dei BITs conclusi dopo il 1° dicembre 2009 ma prima dell'entrata in vigore del Reg. 1219/2012 che restano in una sorta di "libertà vigilata" dalla Commissione; quella dei BITs futuri della Unione ove in linea di principio spetta unicamente ad essa avviare appositi negoziati con gli Stati terzi affinché si esprima appieno la nuova competenza in materia di politica commerciale comune.

Così, tra i negoziati recentemente avviati dalla Commissione, in materia di politica commerciale comune e toccanti specificamente il settore degli investimenti, vanno menzionati quelli attualmente in corso con il Canada, Singapore e l'India<sup>80</sup>. Altri appositi negoziati sono iniziati con il Giappone e sono attualmente in corso con gli Stati Uniti d'America al fine di creare una "Transatlantic Trade and Investment Partnership" che potrà realizzarsi nel prossimo futuro. Il 20 settembre 2012, la UE si è accordata con la Cina nell'avviare i negoziati per un BIT ad ampio spettro che avrà per oggetto principale la materia degli investimenti diretti esteri.

raggiunti dalla Commissione di diritto internazionale dell'ONU in materia di responsabilità delle organizzazioni internazionali. Si veda l'articolo 64 del documento A/CN.4/L.778 del 30 maggio 2011 e la relazione della Commissione del diritto internazionale, 61 sessione (A/64/10) pp. 173-175.

<sup>79</sup> Che così recita: "I beni e gli averi dell'Unione non possono essere oggetto di alcun provvedimento di coercizione amministrativa o giudiziaria senza autorizzazione della Corte di giustizia".

<sup>80</sup> V. una sintesi aggiornata al sito: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc\\_118238.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf) (consultato il 20/03/2013).

### 5. Considerazioni conclusive

L'espansione del commercio internazionale ha reso la politica commerciale comune (PCC) uno dei principali strumenti delle relazioni esterne dell'Unione Europea. Tale politica, che rientra fra le competenze espresse ed esclusive dell'Unione comporta una gestione unificata delle relazioni commerciali con i Paesi terzi, attraverso una tariffa doganale comune, regimi comuni sia in materia di importazioni ed esportazioni che di investimenti diretti esteri.

La gestione dei vari strumenti di politica commerciale, compresi i BITs dell'Unione, spetta alla Commissione che, sulla base dei mandati approvati dal Consiglio, negozia accordi commerciali con Stati terzi o organizzazioni internazionali.

Il diritto europeo degli investimenti inizia ad affermarsi in un quadro di forti tensioni tra istituzioni dell'Unione nonché rispetto agli Stati membri i quali esitano a rinunciare completamente alla propria sovranità in materia di IDE, specialmente in un contesto di crisi economica globale.

È molto probabile che, nel prossimo futuro, si assisterà all'elaborazione di un Model BIT, al pari di quanto è avvenuto per gli Stati Uniti, nel 2012, o per altri Paesi particolarmente attivi nel commercio internazionale. A differenza di molti Paesi, l'Unione dovrà integrare nel proprio modello di accordo bilaterale anche delle norme di tutela di interessi non economici, *in primis* i diritti umani, secondo quanto è previsto all'art. 21 TUE. Si tratterà, certo, di una sfida competitiva difficile ed interessante ma, se l'Unione riuscirà a mantenere la propria leadership mondiale in materia di investimenti diretti esteri, sarà anche l'avvio alla costruzione di un mondo migliore.