

## **Introduzione**

Lo scorso anno, nella causa C-284/16 “Achmea”, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea è intervenuta sulla spinosa questione della permanenza dei trattati bilaterali d’investimento intraeuropei. La Corte ha ritenuto incompatibile con il diritto UE, una clausola compromissoria, contenuta nella specie nel BIT Paesi Bassi/Slovacchia sulla tutela degli investimenti, che prevede una procedura arbitrale di risoluzione delle controversie nascenti tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro dell’Unione. Con il presente elaborato si propone di analizzare la sentenza in riferimento e le sue significative implicazioni. Nel primo capitolo, dopo una breve disquisizione sulla nascita del diritto degli investimenti, si illustreranno gli istituti giuridici connessi alla decisione, cioè l’arbitrato internazionale nelle sue varie declinazioni (arbitrato istituzionalizzato e non) e relativi vantaggi, e i trattati bilaterali (internazionali) d’investimento, segnatamente quelli intra-UE oggetto nel giudizio in esame, con riguardo ai dati statistici e segnalando inoltre la particolare posizione della Commissione europea. Si procederà nel capitolo secondo con l’esame dettagliato della decisione, soffermandosi su ogni singolo passaggio dell’iter motivazionale seguito dai giudici UE e ancor prima dal giudice del rinvio, segnalando poi l’opinione dell’Avvocato generale e concentrando particolare attenzione sul legame con il principio di autonomia dell’ordinamento giuridico dell’Unione. Infine, nel terzo e conclusivo capitolo, una volta indagata la portata ed il significato della sentenza, si segnaleranno i profili problematici rispetto all’estensibilità del principio dell’incompatibilità delle clausole compromissorie ad altri trattati di cui

l'Unione è parte, segnatamente il Trattato sulla Carta dell'energia e l'accordo economico commerciale e globale con il Canada (CETA). Si osserverà, altresì, a che punto siano i lavori relativi alla proposta di istituzione di una corte multilaterale permanente nel contesto di un sistema istituzionalizzato in materia di investimenti all'interno del territorio dell'Unione e le interrelazioni che essa presenta con il diritto internazionale degli investimenti e la prassi arbitrale.

# **I Contesto giuridico: i trattati bilaterali di investimento intra-UE.**

**Sommario:** 1. Il diritto degli investimenti nel diritto del commercio internazionale. - 1.1 I trattati bilaterali di investimento (BITs). - 2. I meccanismi di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati (ISDS mechanism). - 2.1 L'arbitrato internazionale quale metodo di soluzione delle controversie. - 2.2 L'arbitrato istituzionalizzato (ICSID). - 2.3 I vantaggi dell'arbitrato internazionale. - 3. I trattati bilaterali d'investimento intra-Ue. 3.1 La posizione ostile della Commissione Europea. - 3.2 Alcuni dati statistici sui trattati bilaterali di investimento intra-UE. - 4. Il caso *Achmea*: BIT Paesi Bassi/Cecoslovacchia e procedimento principale.

## **1. Il diritto degli investimenti nel diritto del commercio internazionale.**

Nell'odierno settore, fortemente eterogeneo, del diritto del commercio internazionale, il diritto degli investimenti stranieri fatica a emergere in maniera chiara, difettando di fonti convenzionali che ne abbiano codificato i principi regolatori e gli aspetti fondamentali. Inizialmente, le questioni riguardanti gli investimenti sono state disciplinate riflettendo le priorità e le esigenze di tutela degli interessi degli Stati esportatori di capitali tramite l'impiego precipuo di norme consuetudinarie. L'obiettivo principe di questa regolazione era la protezione degli investitori stranieri dalle ingerenze dello Stato ospite dell'investimento che potevano interferire con la produttività dell'investimento stesso. Mentre la nascita del diritto del commercio internazionale è stata individuata dagli studiosi, a opinione quasi unanime, al periodo basso-medievale (XI secolo circa) con il manifestarsi dei primi corpi di regole necessari a ordinare gli scambi commerciali fiorenti nelle zone geografiche del Mediterraneo<sup>1</sup>, gli accordi bilaterali d'investimento sono un fenomeno relativamente recente databile al periodo postbellico. Sostanzialmente, dalla fine del Medioevo al secondo dopoguerra, i trattati commerciali non si occupavano dell'investitore ma si focalizzano

---

<sup>1</sup> Repubbliche Marinare e Fiandre (Amsterdam, Bruges e Anversa).

esclusivamente sulla figura del commerciante. È solo agli inizi degli anni sessanta che si assiste alla vera rivoluzione disciplinare, grazie al processo di decolonizzazione, con il quale i sistemi giuridici coloniali si separano dagli ordinamenti delle potenze coloniali madri che sino allora avevano garantito sufficiente protezione agli investimenti effettuati nei territori delle colonie. Volendo conseguire un'indipendenza economica, i paesi in via di sviluppo cominciarono a rivendicare la loro sovranità sulle risorse e sulle attività del proprio territorio, ricorrendo a tal fine a misure di nazionalizzazione e/o espropriazione verso gli investitori stranieri; al tempo stesso l'esistenza delle norme consuetudinarie in precedenza create dagli stati colonizzatori fu contestata giacché non prodotte con la partecipazione degli stati colonizzati. Codesta fase ha dato avvio ai processi d'internazionalizzazione costruiti sulle esportazioni di capitali, accentuando al contempo le esigenze di sviluppo dei paesi di nuova indipendenza e rendendo lampante la divergenza tra stati dotati di abbondanza di capitali e Stati in cronica carenza di questi. La disparità e l'arretratezza socioeconomica tra paesi ha così favorito l'impiego dell'investimento privato straniero che, in questo modo, ha assunto sempre più, un ruolo preponderante nel processo di sviluppo economico dei paesi emergenti e non solo. Difficilmente, uno Stato segnato da un'economia arretrata, o insufficiente al fabbisogno della popolazione, potrebbe accedere al capitale e alle conoscenze tecniche per conseguire un fiorente sviluppo economico, senza profittare delle opportunità che fornisce l'investimento straniero (offre valuta estera, eleva il reddito nazionale e accresce l'efficienza dell'economia) che può dunque svolgere un ruolo cruciale in quest'ambito. Tuttavia esistono anche diversi problemi che caratterizzano l'investimento privato nei paesi in via di sviluppo. Non è un caso, infatti, che la scelta di effettuare o meno un investimento straniero in un determinato paese, si ponderi in effetti sugli aspetti positivi e negativi che esso produce. La natura di queste ponderazioni ruota, senza meravigliarsi, intorno a profili

economici e politici. Dal punto di visto politico, qualunque disequilibrio o crisi di governo genera un'instabilità nociva all'investitore privato, la cui finalità, all'inverso, consiste essenzialmente nella remunerazione di capitali investiti in un quadro di stabilità contrattuale garantita. Se, ad esempio, sale al potere un partito di orientamento politico opposto a quello che lo ha preceduto, è probabile che il primo prenda delle decisioni che ribaltino completamente le politiche per gli investimenti messe in atto dal gruppo avversario. Siffatto scenario crea inevitabilmente un'insicurezza globale che inibisce gli investimenti. Perciò, in mancanza di un'uniforme normativa internazionale che disciplina il fenomeno della libera circolazione (internazionale) dei capitali, ciascun paese può regolare autonomamente la disciplina degli investimenti. Nel corso degli anni, gli Stati hanno adottato diverse normative di tenore più o meno generale sugli investimenti stranieri, non sempre tutte di segno garantista. Accanto alle legislazioni di "incitamento"<sup>2</sup> che fissano un regime preferenziale per gli investimenti stranieri, si sono sviluppate anche legislazioni in senso contrario che frenano gli investimenti riservandogli un trattamento decisamente sfavorevole; si vedano in questo senso, ad esempio, le leggi che limitano il trasferimento e la ripartizione degli utili derivanti dagli investimenti<sup>3</sup>, quelle che impongono vincoli costitutivi per specifiche forme giuridiche sociali ovvero riservano le concessioni in determinati settori alle sole imprese nazionali, nonché le misure di nazionalizzazione e di esproprio. Tra le normative d'incitamento, invece, solitamente rientrano le garanzie costituzionali di rispetto della proprietà, le garanzie legislative contro la nazionalizzazione o l'esproprio, quelle sul diritto di rimpatriare il capitale investito o di trasferire i profitti

---

<sup>2</sup> Carreau-Juillard-Flory, *Droit international économique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1980, cit. p. 479 « Le développement de certains États dépend pour une large part de l'afflux des capitaux étrangers. Les réglementations d'incitation se proposent d'attirer et d'orienter les investissements étrangers.».

<sup>3</sup> Come nella sentenza 6 marzo 2018, *Achmea*, causa C -284/16, ECLI:EU:C:2018:158. V. par.4 del cap. I di questo elaborato.

accumulati, le garanzie che prevedono esenzioni da tasse e imposte, così come la previsione di sottoporre ad arbitrato internazionale le controversie che eventualmente dovessero insorgere, sottraendole in tal modo dalla giurisdizione nazionale.

In sintesi, la frammentarietà delle legislazioni si riverbera sull'affidabilità dell'intero sistema d'investimenti stante la totale, e discrezionale, libertà dello Stato di modificare la sua legislazione senza violare per questo il diritto internazionale. Un investitore straniero sarà quindi restio a rischiare un investimento in un clima d'incertezza giuridica. Dal punto di vista economico, l'investitore si premurerà di verificare nello Stato destinatario degli investimenti l'esistenza di un "clima favorevole"<sup>4</sup> ossia quell'insieme di molteplici fattori, non solamente economici, ma anche di ordine giuridico, politico, e sociale che formano il quadro entro il quale gli operatori stessi si trovano a dover agire in un determinato Stato e in un determinato momento. Mentre per lo Stato ospite la preoccupazione maggiore, con riguardo al profilo economico, sarà quella di evitare posizioni di monopolio o di produzione di profitti eccessivi che, anziché favorire, impediscono lo sviluppo delle forze economiche nazionali, sotto il profilo giuridico cauterà le prerogative di sovranità che l'assicurazione di un flusso di capitali, di tecnologie e di capacità manageriali potrebbero compromettere. La ricerca del clima favorevole agli investimenti costituisce perciò una tappa fondamentale per l'investitore. Prima di tentare un investimento, egli s'interesserà di tracciare un prospetto, il più accurato possibile, dei vantaggi e degli svantaggi cui presumibilmente andrà incontro. All'esito positivo di questo esame, e solo se lo riterrà proficuo, procederà all'investimento.

---

<sup>4</sup> Cfr. Fatourus, *Gouvernement guarantees to foreign investors*, New York-London, 1962, p.34 e ss.

## 1.1 I trattati bilaterali d'investimento (BITs)

La dimensione economica del trasferimento di capitali e delle tecnologie, accompagnata dall'incertezza dei regimi politici del paese che ospita l'attività d'investimento, ha stimolato l'esigenza di predisporre degli strumenti contrattuali in grado di offrire garanzie idonee agli investimenti. È questa una – se non la – delle ragioni d'essere degli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti (*Bilateral Investments Treaty* in prosieguo "BITs" o in italiano Trattati Bilaterali d'Investimento –TBI-), i quali, pur essendo strumenti recenti nell'ambito delle relazioni economiche internazionali, sono comunque diventati il principale strumento giuridico di protezione per l'investitore straniero. Un trattato bilaterale sugli investimenti è un accordo che stabilisce i termini e le condizioni per gli investimenti da parte di cittadini e società di un paese in un altro paese. Tali accordi obbligano ciascuno dei due Stati contraenti a stabilire e applicare un determinato trattamento agli investimenti dell'altro Stato contraente, prevedendo una serie di precise garanzie in proposito, tra le quali tipicamente si include il trattamento giusto ed equo e non discriminatorio, la protezione da espropriazione illegale, il trasferimento gratuito di fondi e la più generale piena protezione e sicurezza. I trattati bilaterali d'investimento, anticipati dagli accordi *Friendship, Commerce and Navigation (FNC's)*<sup>5</sup> dell'esperienza statunitense che possono essere considerati i predecessori, sono stipulati tra due Stati al fine di ammettere nel territorio dell'uno gli investitori dell'altro. Rispetto a questi accordi che inserivano scarse disposizioni relative agli investimenti in trattati di natura essenzialmente commerciale, il modello dei BITs si caratterizza per la circostanza che esso

---

<sup>5</sup> I trattati di amicizia, navigazione e garanzia degli investimenti rappresentano il primo esempio di accordo bilaterale relativo alla protezione degli investimenti, anche se l'ambito di applicazione di questi risultava in principio molto ampio e focalizzato sugli aspetti commerciali degli scambi per cui le disposizioni sugli investimenti erano poco sviluppate. Il primo trattato di amicizia, commercio e navigazione risale al 6 febbraio 1778, firmato dagli Stati Uniti e dalla Francia.

riguarda esclusivamente l'ammissione e il trattamento degli investimenti stranieri, nonché la relativa disciplina delle controversie. A differenza dei BITs, gli FNCs non contenevano alcuna norma relativa al diritto dell'investitore di ricorrere all'arbitrato per la soluzione delle proprie controversie con lo Stato ospite. La trasformazione si registra alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, quando i paesi industrializzati decidono di stipulare questa "nuova" tipologia di trattati in risposta alla politica ostile all'ammissione degli investimenti stranieri, adottata in quel periodo dai paesi di recente indipendenza e in via di sviluppo, determinati ad affrancarsi da qualunque tipo di dipendenza dai paesi industrializzati ed ex colonizzatori. L'esigenza degli Stati emergenti, di sottoporre a un rigido controllo gli investimenti stranieri, di modo che gli operatori economici di ciascun Stato signatario potessero godere dei diritti garantiti nell'altro Stato parte dell'accordo, contrastava con la filosofia propria ai trattati di scambi commerciali che favorivano la libera circolazione dei capitali privati affidandola al flusso spontaneo delle forze di mercato. Mentre all'inizio, tali accordi erano quindi finalizzati a disciplinare le relazioni intercorrenti tra paesi con un diverso livello di sviluppo economico, i BITs sono ormai conclusi indistintamente tra tutti gli Stati, presentino essi un'economia più o meno industrializzata; la rete convenzionale coinvolge, dunque, la quasi totalità degli Stati. In aggiunta, la maggior parte dei trattati d'investimento bilaterali di oggi dà agli investitori la vantaggiosa possibilità di un ricorso diretto all'arbitrato internazionale contro il paese interessato, qualora si verifichi una violazione dei loro diritti ai sensi del trattato. Trattandosi di accordi internazionali, è proprio il carattere internazionalistico di questi che obbliga lo Stato destinatario degli investimenti a tenere fede alle garanzie – a tutto vantaggio per l'investitore – in essi contenute, se non intende violare il diritto internazionale. Rispetto alla figura dell'investitore, si può affermare che lo scopo di un BIT è quello di ristabilire la sua fiducia verso lo Stato ospitante – in genere Stati in via di sviluppo economico –, grazie

alla garanzia di alcuni diritti. Egli, sentendosi meno esposto a rischi derivanti dal cambiamento del panorama politico e giuridico dell' *host State* (Stato ospite), sarà più propenso a investire in esso. Rovescio della medaglia: l'assenza della fiducia reciproca tra gli Stati è a ben vedere la motivazione per la conclusione di un BIT; gli Stati segnatari concludono questi accordi proprio a causa della sfiducia intercorrente fra di essi. Già a questo punto della trattazione, è bene sottolineare come detto rapporto di sfiducia mal si coniuga con alcuni dei principi cardine dell'ordinamento dell'Unione Europea quali i principi di leale collaborazione<sup>6</sup> e, naturalmente, di fiducia reciproca. Ciò nondimeno riduce la potenzialità dei BITs. Dinanzi alla situazione di incertezza giuridica il ricorso agli accordi bilaterali sulla promozione e protezione degli investimenti è diventato il mezzo privilegiato di protezione dell'investitore e in un certo qual senso anche dello Stato stesso. Ne è una dimostrazione il numero crescente di accordi conclusi; ad oggi se ne possono contare circa 2.932 di cui 2.346 in vigore<sup>7</sup>. Dagli anni 1960 in poi, il numero dei BIT è andato in crescendo, sino ad arrivare a una media di 15-20 l'anno a partire dal 1980<sup>8</sup>. Il primo accordo sulla promozione e protezione degli investimenti risale al 25 novembre 1959 tra la Repubblica Federale di Germania e il Pakistan, un accordo che sotto numerosi aspetti ha costituito il modello al quale si sono ispirati gli Stati per la conclusione dei successivi. Fatta riserva di qualche specificità di formulazione e di contenuto non totalmente coincidente, tutti i trattati seguono un modello dal contenuto di norma omogeneo. Oltre alle disposizioni introduttive contenenti le definizioni di "investimento" e di "investitore" ai fini dell'accordo e ai requisiti soggettivi per poter beneficiare della tutela accordata dal trattato, essi contengono un elenco di determinati *standard* minimi di trattamento, su cui gli investitori fanno

---

<sup>6</sup> Art. 4 par.3 Trattato sull'Unione Europea (TUE).

<sup>7</sup> <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (ultimo accesso: aprile 2019).

affidamento quando sono in affari, quali il trattamento giusto ed equo (*fair and equitable treatment*), la protezione e la sicurezza totali (*full protection and security*), la clausola della nazione più favorita (*most favoured nation clause*), il divieto di nazionalizzare o di espropriare l'investimento nonché di adottare misure equivalenti se non per ragioni di pubblico interesse e nel rispetto delle procedure legali (*due process*), la libertà dei trasferimenti valutari e di rimpatrio dei profitti, la soluzione delle controversie tra l'investitore e l' *host State* tramite arbitrato internazionale. Tutti standard la cui portata, nella maggior parte dei casi, è stata fortemente confermata dalla giurisprudenza ICSID<sup>9</sup>. Garantendo questi livelli minimali di tutela e altri diritti, un BIT essenzialmente migliora la posizione di un investitore di uno Stato contraente sul territorio dell'altro Stato parte. Gli standard di trattamento di carattere generale non sono gli unici obblighi presenti nei trattati bilaterali, in diversi accordi sono presenti delle norme che regolano aspetti specifici, nonché le cosiddette clausole di stabilizzazione. Alla prima categoria di norme indicata appartengono quelle conosciute con l'appellativo di “*umbrella clause*” (o clausola “*pacta sunt servanda*”<sup>10</sup>). Come si evince dalla denominazione, la clausola permette di “mettere al riparo” l'investitore straniero, imponendo allo Stato contraente di rispettare gli obblighi assunti con esso iscritti nell'accordo. Essa permette un accesso diretto alla protezione dell'investimento, predisposta di volta in volta dal trattato, a seguito di violazione, più o meno ripetuta, di esso da parte di uno dei contraenti. Tipicamente, una clausola ombrello dispone come segue: “Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting

---

<sup>8</sup> Cfr. Migliorino Luigi, *Gli Accordi Internazionali Sugli Investimenti*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 10.

<sup>9</sup> Il Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative ad investimenti (in inglese International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID) è un'istituzione del Gruppo della Banca mondiale con sede a Washington.

<sup>10</sup> Secondo Bernardini Piero, *L'Arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali* (Seconda Edizione), Giuffrè Editore, Milano, 2008, cfr. p. 266.