

Sulla competenza dell'Unione europea a stipulare accordi di libero scambio: il caso dell'*EU-Singapore Free Trade Agreement*

di Maria Rosaria Calamita

Title: On the European Union competence to conclude FTAs: the case of the EU-Singapore Free Trade Agreement

Keywords: EU-Singapore Free Trade Agreement (EUSFTA), non-direct foreign investment, Investor-State Dispute Settlement (ISDS).

1. – Nel 2013 l'Unione europea siglava con Singapore l'*EU-Singapore Free Trade Agreement* (EUSFTA), uno dei primi trattati di libero scambio cosiddetti «di nuova generazione»: un accordo commerciale che, oltre alle tradizionali norme sulla riduzione dei dazi doganali e degli ostacoli non tariffari nel settore degli scambi di merci e di servizi, prevede anche una serie di disposizioni in materie ad esso connesse, quali la protezione della proprietà intellettuale, gli investimenti, gli appalti pubblici, la concorrenza, lo sviluppo sostenibile e i sistemi di risoluzione delle controversie insorgenti non solo tra Stati parte ma, anche, tra Stato e investitore estero, persona fisica o giuridica: si tratta dei cosiddetti meccanismi *Investor-State dispute settlement* (ISDS).

Nel 2014, in seguito alle divergenze di opinioni manifestatesi in occasione delle consultazioni in seno al Comitato per la politica commerciale, la Commissione propose domanda di parere alla Corte di Giustizia (CGUE), ai sensi dell'art. 218, par. 11 del TFUE (*Decisione della Commissione europea del 30 ottobre 2014, Requesting an opinion of the Court of Justice pursuant to article 218 (11) TFEU on the competence of the Union to sign and conclude a Free Trade Agreement with Singapore*), affinché questa si esprimesse sulla competenza dell'Unione a concludere da sola l'accordo (senza, cioè, la partecipazione e la ratifica da parte degli Stati membri). Il Parlamento europeo e, soprattutto, la Commissione erano convinti che la competenza dell'UE a concludere trattati commerciali di questo tipo fosse esclusiva (European Commission, *Towards a comprehensive European International investment policy*, Communication, COM (2010), 343). Per contro, il Consiglio, nonché tutti gli Stati membri che avevano presentato osservazioni dinanzi alla Corte nel corso della procedura, sostenevano che alcune disposizioni dell'EUSFTA fossero di competenza concorrente se non, addirittura, esclusiva degli Stati membri.

La Corte di Giustizia, con il parere 2/15 del 16 maggio 2017, accogliendo in parte le conclusioni depositate nel merito dall'avvocato generale Eleanor Sharpston (Corte di Giustizia dell'Unione europea, *Conclusioni dell'avvocato generale nella procedura di parere 2/15, 21 dicembre 2016*), afferma che l'EUSFTA va considerato come un accordo misto (cioè un accordo che l'UE deve stipulare insieme agli Stati membri, poiché esso include disposizioni che incidono su materie di competenza condivisa con gli stessi). Ne consegue che, per la sua conclusione, sarà necessaria non solo la ratifica del Parlamento europeo, ma anche quella dei Parlamenti degli

Stati parte, così come già previsto nel caso dell'*EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement* (il cosiddetto CETA, approvato dal Parlamento europeo il 15 febbraio 2017, con 408 voti a favore, 254 contrari, 33 astenuti ed entrato in applicazione provvisoria lo scorso 21 settembre).

L'accordo di libero scambio con il Canada, cioè, è stato *ab origine* considerato dalla Commissione come un accordo in forma mista. Pertanto, affinché sia possibile addivenire alla sua entrata in vigore definitiva, sarà necessario attendere che tutti i Paesi membri lo ratifichino in base alle rispettive procedure interne.

2. – L'Unione europea, infatti, non è nuova alla sottoscrizione di accordi sul commercio e gli investimenti esteri; tuttavia il problema della competenza a stipulare non si è posto nel caso dei precedenti KOREU ed EVFTA (il primo, l'*EU-Korea Free Trade Agreement*, è l'accordo di libero scambio entrato in vigore nel 2011 tra Unione europea e Corea, mentre l'*EU-Vietnam Free Trade Agreement* è stato negoziato in tempi brevissimi - tra il 2012 e il 2015 - tra UE e Vietnam). Questo perché, al contrario dell'EUSFTA, l'EVFTA e il KOREU non "invadono" materie, per così dire, "sensibili" per gli Stati, come quelle relative agli investimenti diversi da quelli diretti esteri (i cosiddetti IDE, per i quali cfr. il successivo § 4) e ai sistemi ISDS. Va però anche ricordato come quello in commento non costituisca il primo caso di richiesta di parere rivolta alla Corte in materia commerciale. È infatti celebre il parere 1/94 del 15 novembre 1994, reso dall'allora Corte di Giustizia delle Comunità Europee, al fine di porre termine al contrasto sorto tra Commissione, da un lato, Consiglio e alcuni Stati membri, dall'altro, alla vigilia della firma dell'atto finale dell'Uruguay Round, che avrebbe sancito l'ingresso della Comunità europea nell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC). La Commissione riteneva, infatti, che tutti gli accordi OMC rientrassero nella competenza esclusiva comunitaria, sulla base dell'applicazione del principio del parallelismo tra competenze interne ed esterne e di un'interpretazione estensiva della nozione di politica commerciale comune. D'altra parte, invece, il Consiglio e otto degli allora dodici Stati membri della CE si esprimevano a favore dell'esistenza di una competenza degli Stati a concludere il GATs e l'Accordo TRIPs, oltre che alcuni accordi sugli scambi di merci. La Corte, con il parere 1/94, rilevò l'esistenza di una competenza esclusiva della Comunità nella conclusione di tutti gli Accordi allegati relativi agli scambi di merci; invece, con riferimento alla materia dei servizi e a quella della tutela della proprietà intellettuale, la Corte affermò l'esistenza di competenze ripartite. Pertanto, alla luce del parere espresso, anche l'Accordo OMC si configura come un accordo misto, cui partecipano contemporaneamente l'Unione e i suoi membri (per approfondimenti sul parere 1/94 reso dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee cfr. P. Picone, A. Ligustro, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2002, 54 ss.).

3. – Nel parere 2/15 la Corte compie un'approfondita disamina delle materie oggetto dell'EUSFTA, individuando, volta per volta, le competenze spettanti in via esclusiva all'Unione e quelle che, invece, appartengono al novero delle competenze condivise con gli Stati membri. *In limine* va sottolineato come il parere in commento, così come affermato al punto 30 dello stesso, sia volto unicamente a individuare la natura delle competenze prese in esame, e non si esprima, invece, sulla compatibilità delle disposizioni previste dal trattato con il diritto dell'Unione.

La base giuridica per l'analisi operata dai giudici è rappresentata dagli artt. 3, par. 1, lett. e) TFUE, a norma del quale l'UE dispone della competenza esclusiva nel settore della politica commerciale comune, e 207, par. 1 TFUE, che specifica come tale politica sia fondata su principi uniformi e si iscriva nell'azione esterna dell'Unione. La Corte sottolinea come la semplice circostanza che un atto dell'UE, così come un accordo da essa concluso, possa avere talune implicazioni sugli scambi con uno o più Stati terzi, non significa automaticamente che tale atto o accordo vada considerato come rientrante nella politica commerciale comune (punto 36). Infatti,

così come specificato dalla giurisprudenza in materia (v. sentenze del 18 luglio 2013, *Daiichi Sankyo e Sanofi-Aventis Deutschland*, C-414/11, EU:C:2013:520, punto 51, e del 22 ottobre 2013, Commissione/Consiglio, C-137/12, EU:C:2013:675, punto 57, nonché parere 3/15 (*Trattato di Marrakech sull'accesso alle opere pubblicate per le persone non vedenti e con disabilità visive*), del 14 febbraio 2017, EU:C:2017:114, punto 61), un atto dell'Unione rientra in tale politica qualora esso riguardi specificatamente gli scambi suddetti, cioè, quando esso sia destinato a promuoverli, facilitarli o disciplinarli, con effetti diretti e immediati sugli stessi. Pertanto, sulla base di tali premesse, i giudici hanno ritenuto l'EUSFTA come appartenente alla competenza esclusiva dell'UE con riferimento al trattamento nazionale, all'accesso delle merci al mercato e alle materie strettamente connesse alla difesa commerciale come, ad esempio, le misure antidumping e compensative, gli ostacoli tecnici al commercio (capo 4), le misure sanitarie e fitosanitarie (capo 5), le materie inerenti al comparto doganale e alla facilitazione degli scambi commerciali (capo 6), agli ostacoli non tariffari al commercio e agli investimenti nella produzione di energia rinnovabile (capo 7). Rientrano, inoltre, in questo gruppo anche le materie relative agli appalti pubblici (capo 10), alla proprietà intellettuale (capo 11), alla concorrenza (capo 12), al commercio e allo sviluppo sostenibile (capo 13), nonché, infine, tutto quanto connesso al commercio elettronico (capo 8).

Non rientrano, al contrario, nell'esclusiva competenza dell'UE, necessitando così dell'approvazione degli Stati membri, le disposizioni dell'EUSFTA relative agli investimenti diversi dagli IDE (capo 9), alla risoluzione delle controversie (capo 9, sez. B e capo 15) e alla trasparenza (capo 14), intesa come facilità di accesso, per gli Stati membri e i cittadini, a qualsiasi misura di applicazione generale connessa ad un aspetto rilevante dell'accordo (punto 281), materie sulle quali ci si soffermerà ora in maniera più specifica.

4. – Per quanto attiene innanzitutto agli investimenti (capo 9), l'EUSFTA detta disposizioni volte a regolare «qualsiasi tipo di attivo patrimoniale che presenti le caratteristiche di un investimento, compresi l'impegno di capitale o di altre risorse, l'aspettativa di guadagno o di utili, l'assunzione di un rischio o una certa durata» (art. 9.1.). Risulta, così, evidente come questa disposizione dell'accordo con Singapore faccia riferimento non solo agli IDE (cioè, gli investimenti effettuati da persone fisiche o giuridiche aventi lo scopo di creare o di mantenere legami durevoli e diretti fra l'investitore di fondi e l'impresa cui tali fondi sono destinati ai fini dell'esercizio dell'attività economica), ma anche alle altre tipologie di attività connesse ai movimenti di capitale come, ad esempio, gli investimenti di portafoglio (quelli, cioè, consistenti nell'acquisizione di titoli societari senza l'intento di esercitare un'influenza sulla gestione e sul controllo della stessa), gli investimenti immobiliari o il ricorso al prestito. Ora, se non vi sono dubbi circa la competenza esclusiva dell'Unione sugli IDE (ai sensi dell'art. 207, par. 1 TFUE), problemi di interpretazione erano stati da più parte sollevati con riferimento agli investimenti diversi da quelli diretti (sul punto cfr. R. Cafari Panico, F. Di Benedetto, *Recent Developments in the Most Controversial Aspects of EU International Investment Agreements: Portfolio Investments and Investor-State Dispute Settlement*, in *Transnational Dispute Management*, 2016, 3, nonché, più in generale sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e UE, N.J. Calamita, *The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Steps*, in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 39, Issue 3, 2012). La Corte di Giustizia, con il parere in commento, fa chiarezza anche su questo punto: secondo i giudici, infatti, l'esplicito riferimento, contenuto nell'art. 207, par. 1, agli "investimenti diretti esteri" esprime senza ambiguità la volontà degli Stati membri di non includere altre tipologie di investimenti esteri nella politica commerciale comune (punti 83, 225 e 238); pertanto, la sezione A del capo 9 dell'accordo (quella, cioè, relativa agli investimenti diversi dagli IDE) non può essere approvata dall'Unione da sola (punto 244), in quanto incidente su una materia, quella degli investimenti diversi dagli IDE, di competenza condivisa con gli Stati membri.

Un'altra importante questione riguarda la disposizione dell'EUSFTA (di cui all'art. 9.10) in base alla quale gli accordi bilaterali di investimento (BITs, acronimo inglese di *Bilateral Investment Treaties*, per i quali si rimanda ad un "classico" sul tema, a cura di G. Sacerdoti, *Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection*, in *Recueil del Cours*, t. 269, 1997; *adde*, più di recente, v. G. Sacerdoti, P. Acconci, M. Valenti, A. De Luca, *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, 2014) tra gli Stati membri dell'UE e Singapore sarebbero stati abrogati a partire dall'entrata in vigore del trattato previsto. Secondo le osservazioni presentate dagli Stati, tale decisione rientrerebbe nella loro competenza esclusiva. La Corte, invece, ritiene che, quando l'Unione negozia e conclude con uno Stato terzo un accordo riguardante un settore per il quale ha acquisito una competenza esclusiva, essa si sostituisce agli Stati membri (punto 248), potendo così succedere negli impegni internazionali da essi precedentemente contratti con riferimento agli investimenti diretti esteri. Tale disposizione era già prevista all'interno del Regolamento (UE) n. 1219/2012 del Parlamento europeo, che stabilisce *Disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi tra Stati membri e paesi terzi in materia di investimenti*, il quale – pur autorizzando gli Stati membri, a condizioni rigorose, a mantenere in vigore o persino a concludere accordi bilaterali in materia di IDE con uno Stato terzo – stabilisce che, una volta approvato un accordo tra l'UE e uno Stato terzo, tale autorizzazione viene meno.

Quid iuris, dunque, per quanto riguarda gli impegni assunti dagli Stati, per mezzo di precedenti accordi bilaterali, nei confronti di Singapore? L'art. 351 del TFUE (in base al 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») consente agli Stati membri di mantenere fede agli impegni presi pur in presenza di nuovi accordi siglati dall'UE in nome e per conto degli Stati membri con Paesi terzi. Tuttavia la Corte sottolinea come, nel caso di specie, sulla base dell'art. 9.10, Singapore abbia prestato il proprio assenso affinché gli accordi bilaterali siglati con i singoli Stati membri perdano la loro efficacia a partire dall'entrata in vigore dell'EUSFTA e, di conseguenza, non può che rientrare nella politica commerciale comune la competenza a cancellare gli impegni precedentemente contratti dai Membri dell'Unione con Singapore in materia di investimenti diretti esteri.

5. – Di grande importanza anche il tema della competenza dell'Unione a vincolare gli Stati membri al sistema di risoluzione delle controversie previsto all'interno dell'accordo, con riferimento alle controversie nate nel corso della sua interpretazione e applicazione. L'EUSFTA, infatti, prevede sia arbitrati di tipo interstatale (coinvolgenti, cioè, gli Stati parte) sia arbitrati relativi a controversie tra Stati e investitori (ISA, acronimo inglese di *Investor-State Arbitration*). Per quanto riguarda questi ultimi, è l'art. 9.15 a consentire agli investitori (persone fisiche o giuridiche) la possibilità di citare in giudizio uno Stato membro dell'accordo, senza che questi possa in alcun modo opporvisi e senza essere obbligato ad adire preventivamente le autorità giudiziarie dello Stato ritenuto causa del pregiudizio (per un approfondimento sul tema della tutela dei privati negli accordi commerciali v., nello specifico, più di recente, G. M. Ruotolo, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, Bari, 2017).

Come detto, l'Unione può contrarre impegni nelle materie di cui ha la competenza esclusiva e può dettare disposizioni istituzionali a contorno di tali impegni, fatto che non incide sul riparto di competenze, in quanto trattasi di disposizioni meramente ausiliarie (punto 276); tuttavia, in questo caso, la previsione di un regime in grado di abilitare i singoli a chiamare in giudizio gli Stati, benché collegata e ancillare rispetto alla regolamentazione della materia degli investimenti di cui al capo 9 dell'EUSFTA, finisce inevitabilmente con l'invadere una competenza tipicamente esclusiva degli Stati membri, quella - cioè - relativa all'applicazione dei nuovi regimi giurisdizionali e/o arbitrati e che, per certo, non può essere considerata alla stregua

di una disposizione ausiliaria. La Corte, perciò, ritiene che anche tale regime rientri nella competenza concorrente (punti 285-293).

L'introduzione di un meccanismo di risoluzione delle controversie tra Stato e investitori nel sistema dell'Unione ha destato ancor più preoccupazioni nel caso del CETA, all'interno del quale è prevista la costituzione di un vero e proprio tribunale settoriale, l'*International Court System* (ICS), volto alla risoluzione delle contese insorgenti dall'interpretazione e dall'applicazione del trattato con riguardo alla materia degli investimenti (per un approfondimento sul sistema ICS all'interno dell'accordo UE-Canada si rimanda ad un nostro recente contributo dal titolo *La "clausola ISDS" negli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2/2017, 307-340). A tal proposito va segnalata la richiesta di parere, depositata lo scorso 6 settembre, da parte del Governo federale belga, in accordo con i Governi regionali, al fine di valutare la compatibilità dell'ICS con i Trattati europei, anche alla luce del parere 2/15. È pertanto evidente l'importanza della valutazione che la Corte sarà chiamata a formulare nei prossimi mesi: essa costituirà, infatti, la chiave di volta nello sviluppo futuro dei rapporti commerciali, e dei trattati da essi derivanti, dell'UE con gli Stati terzi, soprattutto con riferimento al ruolo degli investitori privati.

Con riferimento, invece, al sistema di risoluzione delle controversie tra le Parti, di cui al capo 15 dell'EUSFTA, è prevista per gli Stati la possibilità di adire in un giudizio un'altra Parte dinanzi ad un collegio arbitrale *ad hoc* o, in alternativa, chiedere la costituzione di un *panel* al *Dispute Settlement Body* dell'OMC (ferma restando l'impossibilità di attivare contemporaneamente la medesima procedura dinanzi ad entrambi gli organi giudicanti). La Corte si è sempre espressa a favore della competenza dell'Unione ad assoggettarsi alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di accordi sottoscritti con Stati terzi (v. parere 1/91 (Accordo SEE – I), del 14 dicembre 1991, EU:C:1991:490, punti 40 e 70; parere 1/09 (Accordo relativo alla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011, EU:C:2011:123, punto 74, e parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 182). Pertanto, ad avviso dei giudici aditi, l'UE sarebbe, in teoria, abilitata a sottoscrivere da sola la parte dell'accordo relativa all'applicazione del regime giurisdizionale previsto. Tuttavia, poiché le controversie insorgenti potrebbero riguardare anche la materia degli investimenti (che, invece, costituisce una competenza condivisa), la CGUE ritiene che per l'approvazione del capo 15 sia altresì necessaria l'approvazione degli Stati.

6. – Il parere in commento si rivela di straordinaria importanza per il contributo interpretativo nel quadro del riparto di competenze tra Unione e Stati membri nella conclusione degli accordi commerciali di ultima generazione. Grazie al ruolo chiarificatore svolto dalla CGUE, infatti, vengono meno tutta una serie di dubbi e incertezze nella classificazione dei trattati ad oggi stipulati o in corso di ratifica; classificazione peraltro necessaria al fine di comprendere quali siano le procedure atte alla loro conclusione e, soprattutto, quali siano gli attori in esse coinvolti.

Non solo, ma l'attuale certezza rispetto al riparto di competenze e l'ormai acclarata e necessaria partecipazione degli Stati membri, soprattutto in materie come quelle relative all'applicazione del sistema di risoluzione delle controversie, alla trasparenza e agli investimenti rende evidente come, d'ora in poi, gli organi dell'Unione saranno chiamati a tenere in maggiore considerazione l'opinione e le reticenze dei Paesi membri, con particolare riguardo alle forze politiche interne, anche di minoranza, e saranno altresì tenuti ad aprire un più largo dialogo con tali forze, al fine di evitare l'*empasse* già creatasi in precedenza, nel corso dei negoziati, ad esempio, del summenzionato accordo col Canada o del più recente accordo con gli Stati Uniti: il *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP). Se, infatti, il CETA, come visto, è in fase di applicazione provvisoria, in attesa dell'approvazione dei singoli Parlamenti degli Stati membri, il TTIP, proprio a causa della contrarietà e delle accese proteste provenienti da ampie

fasce dell'opinione pubblica, è stato (per il momento) accantonato, in seguito, soprattutto, alle nuove tendenze della politica americana nell'era del Presidente Trump (il quale, va tenuto presente, ha guadagnato grandi consensi, durante il periodo elettorale, anche grazie alla promessa di lasciare il tavolo delle trattative per la conclusione dell'accordo commerciale con l'UE (per approfondimenti sulle recenti tendenze della politica americana cfr. l'editoriale a cura di A. Ligustro, *La politica commerciale del Presidente Trump: bilancio dei primi cento giorni*, in questa stessa rivista, n. 2/2017, 165-173). Va così preso atto della crescente forza delle spinte provenienti dal basso e di quelle centrifughe interne agli Stati, in grado, se non ascoltate, di spingere i Governi, come la più recente cronaca dimostra, ad accantonare i progetti di ratifica dei trattati "megaregionali" sì faticosamente giunti al termine dei negoziati (si pensi al summenzionato caso del TTIP e, ancora, al caso del *Trans Pacific Partnership*, meglio conosciuto come TPP, l'accordo di libero scambio che gli USA avrebbero dovuto sottoscrivere con dodici Paesi affacciati sul Pacifico, tra i quali Australia, Giappone e Canada, ora a rischio di cancellazione, coerentemente con la politica adottata dal Presidente Trump).