

## Sulla incompatibilità della “clausola ISDS” degli “intra-EU” BITs con il diritto dell'Unione europea: il caso Achmea

di Maria Rosaria Calamita

**Title:** The ISDS clause in “intra-EU” BITs is contrary to EU law: Case C-284/16 Achmea

**Keywords:** Achmea, Bilateral Investment Treaties (BITs); Investor-State Dispute Settlement (ISDS).

1. – La domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) nel caso Achmea ha offerto ai giudici di Lussemburgo la possibilità di esprimersi circa la compatibilità della c.d. “clausola ISDS” (*Investor State Dispute Settlement*) con il diritto dell'Unione. Tale clausola, di solito contemplata nei trattati bilaterali di investimento (BITs, acronimo inglese di *Bilateral Investment Treaties*), abilita un privato investitore che ritenga leso un proprio diritto previsto in uno di tali trattati a citare in causa l'*host State*, cioè lo Stato che ospita l'investimento. La pronuncia *de qua* si riferisce agli accordi sottoscritti tra Stati membri dell'UE, escludendo invece la valutazione relativa alla compatibilità delle clausole compromissorie inserite negli accordi conclusi con i Paesi terzi, attualmente oggetto di una apposita richiesta di parere (Opinion 1/17), formulata dal Belgio il 7 settembre 2017, pendente dinanzi alla Corte.

La questione analizzata nel caso Achmea è di notevole importanza alla luce, da un lato, dell'attuale vigenza di circa 190 trattati bilaterali di investimento sottoscritti tra gli Stati membri e, dall'altro, dei numerosi procedimenti arbitrali sorti in base a tali trattati. Non va peraltro sottaciuto come la presenza all'interno dei BITs della clausola compromissoria sia considerata pressoché unanimemente come un elemento imprescindibile degli accordi sugli investimenti (v., per tutti, G. Vallar, *L'arbitralità delle controversie tra l'investitore di uno Stato membro ed un altro Stato membro. Alcune considerazioni a margine del caso Eureko/Achmea v. the Slovak Republic*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4, 2014, 850).

2. - Il BIT concluso nel 1991 tra Paesi Bassi e Cecoslovacchia (da qui in poi, il BIT), oggetto della pronuncia in esame, prevede, all'art. 8, una clausola in base alla quale ogni controversia insorgente tra le Parti deve essere risolta amichevolmente, ovvero, laddove non si raggiunga una soluzione concordata entro sei mesi, attraverso il ricorso ad un arbitrato basato sul regolamento UNCITRAL.

Nel 1992, all'indomani dell'accordo di Bratislava, che sancì il pacifico smembramento della Cecoslovacchia e la conseguente fine del vecchio Stato bi-nazionale, la Slovacchia dichiarò, in uno scambio di lettere con i Paesi Bassi del 9 dicembre 1994, di voler succedere alla Cecoslovacchia negli obblighi derivanti dal BIT siglato nel 1991 (cfr., per maggiori approfondimenti sulla successione della Repubblica Ceca e della Slovacchia

negli accordi sottoscritti dalla Cecoslovacchia, V. Mikulka, *The Dissolution of Czechoslovakia and Succession in Respect of Treaties*, in *Development and International Co-operation*, 1996, 45 ss.).

Nel 1994 la Slovacchia avviò un processo di trasformazione del proprio sistema assicurativo, aprendo il mercato anche agli operatori privati e inaugurando un modello pluralistico degli enti abilitati alla fornitura di servizi di assicurazione. Seguirono una serie di provvedimenti legislativi, tra i quali anche le leggi n. 580 e 581 del 2004, entrate in vigore nel 2005, finalizzate all'apertura del mercato delle assicurazioni in conseguenza dell'ingresso della Slovacchia nell'UE. Si tratta di norme che hanno trasformato le regole relative alla redistribuzione dei contributi di assicurazione sanitaria riscossi e che hanno modificato la forma giuridica di tutte le compagnie di assicurazione (statali o private) in società per azioni. Il quadro della copertura assicurativa sanitaria in Slovacchia ebbe così quali protagoniste tre compagnie autonome e concorrenti: la Všeobecná zdravotná poisťovňa, cioè la società assicurativa con socio unico lo Stato slovacco (con 3.5 milioni di assicurati), Dôvera (con 1.4 milioni di assicurati) e la Union zdravotna poisťovna (con 400 mila assicurati); quest'ultima era una filiale dell'Achmea, società appartenente ad un gruppo assicurativo olandese.

Nel 2006 il neo eletto Primo ministro Robert Fico decise di imprimere una direzione diversa alla politica slovacca: fu così che vennero approvati alcuni provvedimenti volti ad evitare che le compagnie di assicurazione attive nel settore sanitario distribuissero gli utili tra i soci, obbligandole a reinvestirli nello stesso sistema sanitario. Questa decisione fu oggetto di numerose critiche e ricorsi: innanzitutto, la Commissione europea avviò una procedura d'infrazione (n. 2008/4268) nei confronti della Slovacchia, ritenendo che il divieto di distribuzione degli utili imposto alle compagnie di assicurazione, in base all'articolo 15, paragrafo 6, della legge n. 581/2004, costituisse una limitazione ingiustificata alla libera circolazione dei capitali garantita dall'articolo 63 del TFUE. La Corte Costituzionale Slovacca, successivamente, con la sentenza del 26 gennaio 2011, dichiarò l'incostituzionalità della previsione, costringendo, così, il Governo a modificare nuovamente la normativa, attraverso la legge n. 250/2011, al fine di consentire alle compagnie assicurative di tornare a dividere gli utili.

3. – Il 1 ottobre 2008 l'Achmea aveva nel frattempo avviato un ricorso dinanzi all'UNCITRAL contro tali misure (v. PCA Case No. 2008-13, cosiddetto "Achmea I"), sulla base dell'art. 8 par. 3 del BIT e dell'art. 3 del Regolamento UNCITRAL (relativo alle modalità di notifica di avvio del procedimento). La società olandese aveva infatti ritenuto che il repentino *revirement* nella politica attuata dal Primo Ministro Fico costituisse una violazione del trattamento giusto ed equo degli investimenti esteri (art. 3 del BIT), e del diritto di trasferimento dei capitali (art. 4 del BIT). L'Achmea aveva altresì sostenuto che i provvedimenti attuativi di siffatta politica fossero causa di un'espropriazione indiretta, ai sensi dell'art. 5 del BIT, in quanto in grado di vanificare gli investimenti intrapresi dalla società nel sistema assicurativo slovacco (si parla, in questo caso, di espropriazione indiretta per indicare la circostanza in cui, pur in assenza di un provvedimento esplicitamente ablativo, l'investitore viene privato, in tutto o anche solo parzialmente, del capitale remunerativo dell'attività imprenditoriale svolta sul territorio dello Stato ospitante. Ciò soprattutto quando tale risultato è il frutto dell'applicazione di norme dichiaratamente volte a regolare l'attività economica nel Paese. V., sul tema e per ulteriori approfondimenti, S.H. Nikièma, *L'espropriation indirecte en droit international des investissements*, Ginevra, 2012, F.M. Palombino, *Il trattamento giusto ed equo degli investimenti stranieri*, Bologna, 2012; nonché J. Hepburn, *Domestic Law in International Investment arbitration*, Oxford, 2017).

Lo Stato slovacco, invece, aveva chiesto al collegio arbitrale UNCITRAL di dichiararsi incompetente a esprimersi sulla vicenda *ratione materiae*, in quanto gli investimenti della società olandese non rientravano tra quelli previsti all'art. 1, lett. a) del

BIT (comprendente beni mobili e immobili e relativi diritti, investimenti di portafoglio, diritti in materia di proprietà intellettuale e concessioni in materia di sfruttamento di risorse naturali) ed erano stati effettuati in violazione delle norme interne dello Stato ospitante. Sempre in merito alla competenza, la Slovacchia aveva poi sollevato un’ulteriore obiezione, ritenendo che, sebbene con l’ingresso nell’UE gli accordi bilaterali da essa sottoscritti fossero rimasti in vigore, ciò non poteva pregiudicare la supremazia del diritto dell’Unione e, di conseguenza, non spettava al tribunale arbitrale pronunciarsi su una sua eventuale violazione (il riferimento era all’art. 344 TFUE, il quale prevede che gli Stati membri si impegnino a «non sottoporre una controversia relativa all’interpretazione o all’applicazione dei trattati a un modo di composizione delle controversie diverso da quelli previsti dal trattato stesso»).

Nel lodo emanato in data 7 dicembre 2012 gli arbitri chiamati a decidere la controversia rigettarono tutte le obiezioni presentate dalla Slovacchia non solo affermando la propria competenza a decidere sul caso, ma rilevando l’effettiva violazione del BIT da parte della resistente con conseguente pregiudizio dei diritti dell’Achmea. Pertanto, il collegio condannò lo Stato slovacco a versare, in favore della società assicurativa olandese, un importo pari a 22.1 milioni di euro a titolo di risarcimento.

Come noto, le sentenze arbitrali sono definitive, quindi vincolanti e non soggette ad appello. L’unico rimedio esperibile dalla Slovacchia per sottrarsi all’obbligo di risarcimento a favore dell’Achmea, era pertanto quello di depositare richiesta di annullamento del lodo presso il Tribunale competente dello Stato nel cui territorio aveva avuto luogo l’arbitrato: Francoforte sul Meno.

È il caso di osservare come il codice di procedura civile tedesco, all’art. 1059, preveda solo un controllo limitato dei lodi arbitrali, che riguarda, in particolare, la validità dello stesso alla luce della legge o della convenzione arbitrale applicabile e il rispetto dell’ordine pubblico. L’*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*, l’Alta Corte Regionale tedesca competente, rigettò il ricorso della Slovacchia, cosicché a quest’ultima non restò che rivolgersi al *Bundesgerichtshof*, la Corte Suprema Federale, che, a sua volta, depositò una richiesta di parere alla Corte di Giustizia, affinché si esprimesse sulla compatibilità della clausola compromissoria con il diritto dell’Unione. Più nello specifico, il remittente domandava se il caso di specie implicasse, da parte del collegio arbitrale istituito, l’interpretazione del diritto dell’Unione, spettante unicamente agli organi giurisdizionali indicati all’art. 344 TFUE. Conseguentemente, si chiedeva se il collegio arbitrale potesse essere considerato alla stregua di un organo giurisdizionale dell’Unione ai sensi dell’art. 267, § 2 TFUE e, dunque, abilitato a proporre ricorso incidentale alla CGUE. Infine, se l’art. 18 TFUE, che vieta ogni discriminazione in base alla nazionalità, dovesse essere interpretato nel senso che il meccanismo previsto all’art. 8 del BIT, permettendo ai soli investitori olandesi e slovacchi di ricorrere all’arbitrato, fosse causa di discriminazione nei confronti degli investitori degli altri Stati membri.

4. – Come noto, il ricorso al rinvio pregiudiziale consente ai giudici degli Stati membri, nell’ambito di una controversia della quale sono investiti, di interpellare la Corte di Giustizia in merito all’interpretazione del diritto dell’Unione. Durante il procedimento, gli Stati e la Commissione sono abilitati a presentare osservazioni a favore o contro le argomentazioni addotte dall’organo giurisdizionale remittente. Va osservato come Cipro, Estonia, Grecia, Italia, Lettonia, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Spagna e Ungheria abbiano presentato, insieme alla Commissione, osservazioni a sostegno della tesi della Slovacchia, volte a dimostrare l’incompatibilità della clausola ISDS presente negli “intra-EU” BITs con il diritto dell’UE. Si tratta di Paesi che spesse volte sono stati citati in giudizio da imprese straniere dinanzi a collegi arbitrali. Di contro, Stati come Finlandia e Paesi Bassi (che non sono mai stati citati in giudizio in cause di questo tipo), la Francia e l’Austria (citate una volta soltanto) e la Germania (citata in soli tre casi), ritengono tale clausola coerente con il sistema di diritto dell’Unione. Gli orientamenti di questi due

gruppi di Stati non sono legati unicamente alle loro diverse esperienze in sede contenziosa, ma sono anche determinati da ragioni economico-politiche più sostanziali. I Paesi assertori dell'incompatibilità della clausola ISDS, infatti, sono quelli che, tendenzialmente, versano in difficoltà economiche e stentano la ripresa dopo il trascorso decennio di crisi. Essi costituiscono altresì il gruppo dei c.d. *capital-importing States*, cioè, quegli Stati sui quali si concentra la maggior parte del flusso di investimenti "intra-europeo". È allora evidente come, per essi, il rischio di reiterate condanne in sede arbitrale e i conseguenti obblighi di corrispondere risarcimenti alle imprese straniere potrebbero ripercuotersi sull'equilibrio del bilancio statale. Si pensi, solo per citare uno tra gli esempi più eclatanti, al caso della Spagna, condannata il 4 maggio 2017 dal Tribunale ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Dispute*), al pagamento di un risarcimento del danno pari a 128 milioni di euro a favore dell'impresa Eiser Infrastructur e della sua controllata, Energia Solar Luxemburg, per violazione dell'*Energy Charter Treaty* (v. Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36. Per approfondimenti si rimanda a E. Bonafé, A. Piebalgs, *The New International Energy Charter: Sustainable Energy Transition, Investment Dispute Resolution and Market Regulation*, in *Policy Brief – Florence School of Regulation*, n. 33/2017, 6 ss.). Al contrario, gli Stati membri favorevoli all'applicazione del Sistema ISDS sono per lo più *capital-exporting States*. Questi ultimi, pertanto, non corrono rischi particolarmente gravi nell'applicazione della clausola compromissoria così come oggi concepita: da un lato, infatti, essendo dotati di una forte solidità finanziaria sarebbero meglio in grado di affrontare eventuali condanne in sede arbitrale, e del resto si è già constatato lo scarso numero di volte in cui essi vengono citati in giudizio. Ciò è dovuto anche ad una maggior stabilità della loro attività legislativa, che consente agli investitori stranieri di operare all'interno di un quadro giuridico chiaro e coerente, difficilmente impugnabile dinanzi alle corti abilitate per lesione del legittimo affidamento.

5. - Nelle conclusioni depositate il 19 settembre 2017 nel caso Achmea, l'avvocato generale Melchior Wathelet ha affermato che il ricorso all'arbitrato internazionale costituisce l'unico mezzo per attribuire piena efficacia e utilità ai BITs, poiché istituisce un foro specializzato in cui gli investitori possono invocare i diritti ad essi attribuiti da tali accordi (v. par. 266). Egli, pertanto, ha ritenuto il meccanismo di soluzione delle controversie istituito dall'art. 8 del BIT compatibile sia con l'art. 344 TFUE che con l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e con l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione (v. par. 272). Questa presa di posizione ha destato forte dissenso da parte di una serie di Stati (ci riferiamo, in particolare, a Repubblica Ceca, Ungheria e Polonia) che, in seguito alla lettura di dette conclusioni, hanno chiesto una riapertura della fase orale del procedimento, al fine di depositare le loro osservazioni contrarie. Giova a questo punto ricordare come né lo Statuto della CGUE, né il suo Regolamento di procedura prevedono la possibilità, per gli Stati membri che prendono parte alle procedure avviate in seguito all'instaurazione di un giudizio incidentale, di formulare osservazioni in risposta alle conclusioni presentate dall'avvocato generale. La Corte, però, ai sensi dell'art. 83 del suo Regolamento di procedura, sentito l'avvocato generale, può comunque decidere di riaprire la fase orale, ma solo nel momento in cui i giudici ritengano di non essere stati sufficientemente istruiti o quando le osservazioni che vogliono proporsi riguardino un argomento che, fino a quel momento, non è stato oggetto di discussione tra le parti. Orbene, poiché, in questo caso, la richiesta di riapertura del procedimento era volta unicamente a manifestare il disaccordo dei Governi ceco, ungherese e polacco con le conclusioni dell'avvocato Wathelet, la Corte ha rigettato la domanda (una situazione simile si è da poco verificata anche nel corso della causa C-126/16, *Federatie Nederlandse Vakvereniging e a.*, sentenza del 22 giugno 2017, punto 30, nonché in diversi altri precedenti, come, giusto per citare qualche esempio, causa C-162/13, *Vnuk*, sentenza del 04 settembre 2014, punto 30; causa C-33/14, *Mory e a./Commissione*, sentenza del 17

settembre 2015, punto 26. La CGUE ha comunque respinto le suddette domande di riapertura della fase orale). Nel merito, poi, i giudici hanno ricordato di non essere vincolati né alle conclusioni dell’avvocato generale né alle motivazioni in base alle quali questi giunge a formularle. E, infatti, se ne distaccano completamente, decretando l’incompatibilità della clausola ISDS contenuta negli accordi bilaterali di investimento sottoscritti tra Stati membri.

6. – La CGUE prende le mosse dall’analisi congiunta della compatibilità dell’art. 8 del BIT Paesi Bassi/Cecoslovacchia con gli artt. 344 e 267 TFUE. Questa circostanza è fondamentale perché lascia intendere come, implicitamente, la Corte rigetti l’argomento del giudice remittente in base al quale l’art. 344 TFUE non avrebbe trovato applicazione nelle controversie in cui una delle parti sia un privato. Essa, inoltre, non affronta l’ulteriore questione relativa alla compatibilità della clausola compromissoria con l’art. 18 TFUE: tale analisi appare infatti superflua, non avendo il test sulla compatibilità dato esito positivo con riferimento ai primi due quesiti. Riprendendo il ragionamento già condotto nel Parere 2/13 18 dicembre 2014, relativo all’Adesione dell’Unione alla CEDU, al fine di ricostruire le tappe giurisprudenziali che hanno portato all’affermazione del principio di autonomia del diritto dell’Unione (v., in particolare, i punti 32 e 33), la Corte analizza l’art. 344 TFUE, secondo cui un accordo internazionale (nel caso di specie un BIT sottoscritto tra due Stati membri) non può pregiudicare l’ordinamento delle competenze stabilito dai trattati europei. Dalla norma, cioè, si evince chiaramente una clausola di giurisdizione esclusiva, per cui il regolamento giudiziario dinanzi alla CGUE risulta il solo procedimento esperibile per risolvere le controversie relative al diritto dell’Unione (v. *Art. 344 TFUE*, a cura di M. Forzan, in *Codice dell’Unione europea operativo*, Napoli, 2012). Quello dell’UE, infatti, si atteggia a sistema costituzionale, dunque abilitato ad elaborare principi che valgono sia al suo interno che per gli Stati membri. Molti di questi principi sono enucleati all’art. 2 del TUE, ma la Corte prende in considerazione quello di leale collaborazione tra Stati membri, di cui all’articolo 4, par. 3, co. 1 TUE che, alla luce di tale disposizione, sono tenuti ad assicurare, nei rispettivi territori, l’applicazione e il rispetto del diritto dell’UE e ad adottare, a tal fine, «ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell’Unione» (punto 34).

La piena e coerente applicazione del sistema è garantita, a norma dell’art. 19 TUE, dai giudici interni e dalla CGUE; cosicché la “chiave di volta” (punto 37) del sistema giurisdizionale concepito nell’ordinamento giuridico unionale è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale *ex art. 267*, che consente al giudice nazionale, ove sia sollevata una questione relativa all’interpretazione dei trattati, di sospendere il giudizio in attesa che la Corte si esprima sulla stessa. Poiché l’art. 8, par. 6 del BIT prevede che la controversia sia decisa tenendo conto, tra le altre disposizioni, del diritto vigente delle parti contraenti interessate, Slovacchia e Paesi Bassi, ne deriva che il collegio arbitrale è chiamato ad interpretare e applicare il diritto dell’Unione, con particolare riferimento alle disposizioni concernenti la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali (punti 32-42). Affinché ciò sia possibile è necessario verificare se il collegio *de quo* possa essere considerato alla stregua di un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, ai sensi dell’art. 267 TFUE, cioè, un organo in grado di adire la CGUE in via incidentale quando si manifesti un contrasto rispetto all’interpretazione del diritto dell’UE. Non solo, ma poiché il lodo è definitivo e non soggetto ad appello, esso non può essere sottoposto al vaglio delle Corti dei Paesi membri. Il compromesso arbitrale, dunque, prevede la devoluzione delle controversie sorte tra questi ultimi e gli investitori stranieri ad un sistema esterno a quello di cui all’art. 19 TUE. Risulta allora evidente la natura derogatoria della clausola ISDS, che finisce col pregiudicare il ruolo di garanzia della Corte di Giustizia rispetto alla piena efficacia del diritto dell’Unione. L’art. 8 del BIT, pertanto, mette in discussione la salvaguardia dell’ordinamento giuridico dell’UE e,

conseguentemente, la fiducia reciproca tra gli Stati membri (punto 59). Sempre nel merito, i giudici di Lussemburgo hanno poi distinto gli arbitrati sul commercio da quelli relativi agli investimenti: contrariamente a quanto appena stabilito nel caso in esame, essi hanno ritenuto le esigenze di efficacia dei procedimenti arbitrati in materia commerciale in grado di giustificare il carattere limitato del controllo dei lodi da parte dei giudici degli Stati membri (v., in tal senso, sentenze del 1o giugno 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, punti 35, 36 e 40, nonché del 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, punti da 34 a 39), purché le disposizioni dell'UE possano essere esaminate nell'ambito di tale controllo ed essere eventualmente oggetto di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte. È evidente come questa diversità di approccio della CGUE si basa sul fatto che, mentre l'arbitrato commerciale prevede che le parti in causa siano dei privati, persone fisiche o giuridiche; quello sugli investimenti vede la partecipazione di un privato e di uno Stato, sulla base di un trattato mediante il quale quest'ultimo ha acconsentito a sottrarre la competenza giurisdizionale ai propri organi interni con riferimento alle controversie sorte nell'applicazione del medesimo trattato, mettendo così a rischio l'autonomia e la coerenza del diritto dell'Unione (punto 54).

7. – La Corte si sofferma anche sulla distinzione tra BITs conclusi tra Paesi membri e BITs firmati con i Paesi terzi. In particolare la Corte sottolinea come il principio di leale cooperazione trovi applicazione tra Stati membri ma non tra UE e Paesi terzi, lasciando intendere che, nella valutazione sulla compatibilità della clausola compromissoria inserita nei BITs sottoscritti con Paesi extra-UE, non troverebbe applicazione il ragionamento sin qui condotto. La Corte ritiene non incompatibile con il diritto dell'Unione, quantomeno in linea di principio, un accordo internazionale che preveda l'istituzione di un giudice incaricato dell'interpretazione delle sue disposizioni e le cui decisioni vincolino le istituzioni, ivi compresa la Corte, purché sia rispettata l'autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico (punto 57). È allora difficile non pensare al CETA, l'accordo di libero scambio concluso tra Canada e UE, il quale prevede, oltre ad uno specifico capitolo sugli investimenti (capitolo 8), la costituzione di un tribunale *ad hoc*, l'*International Court System* (capitolo 8, sez. F), abilitato a dirimere le controversie che possono sorgere tra gli Stati parte del trattato e i privati investitori che ritengano lesi i loro diritti sulla base dello stesso. Il punto potrà essere chiarito prossimamente, anche se non proprio a breve: la compatibilità di un simile sistema di risoluzione delle controversie (per la cui analisi rimandiamo ad un nostro 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 ss.) con il diritto dell'Unione è ora al vaglio della Corte, la quale si esprimerà, con ogni probabilità, non prima del 2019.

Intanto possiamo svolgere qualche osservazione circa le possibili ripercussioni che seguiranno la sentenza *Achmea*. Con essa, come visto, si sancisce l'inapplicabilità della clausola compromissoria inserita nei BITs sottoscritti tra Stati membri, in quanto contraria al principio di autonomia del diritto dell'Unione. Tuttavia né la clausola ISDS né gli accordi bilaterali di investimento fanno parte di questo sistema di diritto, per cui la Corte non ha il potere di annullarli, spettando semmai ai Paesi membri il compito di denunciare immediatamente i BITs tra essi sottoscritti al fine di conformarsi alle statuizioni dei giudici di Lussemburgo.

Con riferimento, invece, agli arbitrati ancora pendenti, sarà interessante osservare se i collegi formati respingeranno le cause ancora in decisione per incompetenza o se, opzione che riteniamo francamente più verosimile, riterranno di non dover tenere in considerazione la sentenza della CGUE. Bisognerà poi chiedersi cosa succederà con riguardo ai lodi già resi (v., in tal senso, anche F. Munari, C. Cellerino, *EU Law is alive and healthy: The Achmea Case and a happy good-bye to Intra-EU Bilateral Investment Treaties*, disponibile su [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org)). *Rebus sic stantibus*, infatti, i giudici interni dovrebbero rifiutarne l'*exequatur* per contrarietà all'ordine pubblico, risultando essi in contrasto con

uno dei principi essenziali dell’Unione. Ciò vale sia per i lodi emanati sulla base delle norme UNCITRAL che per quelli resi dall’ICSID, cosicché la sentenza Achmea non potrà non travolgere anche le decisioni connesse alla violazione dell’ECT e la “clausola *grandfather*” in esso contenuta (in base alla quale i privati investitori sarebbero abilitati a citare in giudizio gli Stati per violazione del trattato sull’energia nei successivi venti anni dalla data di denuncia dello stesso). Bisognerà infine chiarire quale via dovrebbero allora percorrere gli investitori che ritengano lesi un proprio diritto garantito da un accordo sottoscritto tra l’*home State* e l’*host State*. La CGUE suggerisce quella dei tribunali dei Paesi ospitanti l’investimento, in applicazione degli art. 2 e 19 del TUE. Tuttavia, è noto lo scarso affidamento degli investitori stranieri nei confronti delle giurisdizioni nazionali, le quali a loro avviso tenderebbero a privilegiare gli interessi governativi rispetto ai propri. Nel frattempo, lo scorso 20 marzo, il Consiglio ha adottato le direttive che autorizzano la Commissione a negoziare, in nome e per conto dell’UE, una convenzione multilaterale che istituisce un tribunale *ad hoc* per la soluzione delle controversie relative agli investimenti, nel quadro dell’UNCITRAL. L’iniziativa si inserisce nel solco del nuovo approccio dell’Unione alla risoluzione di dette controversie e prevede il passaggio da un tradizionale quadro di arbitrato ad un sistema giurisdizionale.