

# La strategia di opposizione dell'Unione Europea all'arbitrato internazionale degli investimenti derivante da TBI intraunionali

di *Alessandra Sardu*

**Abstract: The EU opposition strategy against international investment arbitration deriving from Intra-EU BITs** – The aim of this article is to analyze in a critical manner the reasons underlying the European institutions strategy of opposition to intra-EU Investor-State Arbitration based on intra-EU BITs. The interventions of the European Commission and the recent CJEU's Achmea ruling have established the incompatibility of intra-EU investment arbitration with EU law. However, these directives of the European institutions, which have left many questions unresolved and have not clearly defined the post-Achmea scenario, have not been uniformly implemented by Member States, national courts and arbitral tribunals.

2581

---

**Keywords:** Intra-EU Investor-State Arbitration; Intra-EU BITs; Achmea judgment; AG Wathelet Opinion in Case c-284/16; Incompatibility of intra-EU Investor-State Arbitration and EU law.

## 1. La pratica dei TBI tra gli Stati membri

Gli Stati membri dell'Unione Europea vantano una tradizione risalente di Trattati Bilaterali sugli Investimenti (di seguito "TBI")<sup>1</sup>, da quello più datato stipulato nel 1961 tra la Germania e la Grecia, fino al più recente tra la Lituania e la Croazia del 2008. I TBI attualmente in vigore nell'Unione Europea sono 196<sup>2</sup>.

I TBI contengono clausole di risoluzione delle controversie che prevedono frequentemente il ricorso a tribunali arbitrali ad hoc o istituzionali, direttamente da parte del privato investitore contro lo Stato di investimento. L'arbitrato ha sempre rappresentato un modo privilegiato di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati membri, soprattutto perché conferendo la competenza

---

<sup>1</sup> I Trattati Bilaterali sugli Investimenti, c.d. *Bilateral Investment Treaties*, sono accordi conclusi tra due Stati per promuovere e proteggere gli investimenti posti in essere da investitori di nazionalità di uno Stato, c.d. "home State", nel territorio dello Stato di destinazione dell'investimento, c.d. "host State" (Per una visione d'insieme v. A.Tanzi, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Vicenza, 2019, 548ss.; M. Jacob, *Investments, Bilateral Treaties*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ed. telematica, giugno 2014; C. Schreuer, *Investment, International Protection*, in *Max Planck Encyclopedia*, cit., giugno 2013).

<sup>2</sup> Questo dato è riportato al par.3 delle Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet presentate il 19 settembre 2017, Corte giust., sent. 6-3-2018, c-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV*.

giurisdizionale a un tribunale arbitrale neutrale, mette le parti al riparo delle ingerenze dei rispettivi Stati nelle decisioni dei propri organi giurisdizionali nazionali<sup>3</sup>.

Negli ultimi anni le istituzioni europee hanno messo in campo un'opposizione radicale e intransigente nei confronti dei TBI interni all'Unione Europea. Un ruolo determinante è stato svolto dalla Commissione Europea, che è intervenuta in qualità di *amicus curiae* in numerosi arbitrati e procedimenti giurisdizionali<sup>4</sup>, e ha attivato diverse procedure di infrazione rivolte agli Stati membri per porre fine ai rispettivi TBI intraunionali e impedire l'esecuzione dei lodi arbitrali<sup>5</sup>. E' in seguito intervenuta in un caso recente la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (di seguito "CGUE"), con una sentenza che mina fortemente il ruolo dell'arbitrato degli investimenti all'interno dell'Unione Europea, stabilendo l'incompatibilità tra gli arbitrati di investimento derivanti dai TBI intra-UE e il diritto dell'Unione Europea<sup>6</sup>.

Questa crociata delle istituzioni europee ha suscitato reazioni contrapposte. Essa risulta sostanzialmente inconciliabile con la posizione espressa quasi unanimemente dai tribunali arbitrali intervenuti a vario titolo sulla questione<sup>7</sup>, che hanno rifiutato di declinare la propria giurisdizione sulla base di eccezioni fondate sul diritto unionale<sup>8</sup>. Molti Stati hanno invece mantenuto una posizione ambigua, da un lato appoggiando la tesi della Commissione<sup>9</sup>, ma poi nei fatti non dando seguito all'ordine di porre fine ai propri TBI<sup>10</sup>, dato che nel momento in cui si

<sup>3</sup>V. sul tema e per ulteriori approfondimenti M.Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, 1993, 9; G. Laborde, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, in *J. Int'l Dispute Settlement*, 2010, 102; L. Galanti, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, in *Riv. arb.*, 2017, 427.

<sup>4</sup> Per un'analisi dettagliata di quest'aspetto si rinvia al par.2.1.

<sup>5</sup>V. *infra* par.2.1.

<sup>6</sup>V. *infra* par.2.2.

<sup>7</sup>V. *Anglia Auto Accessories Limited c. Repubblica Ceca*, caso SCC n. V 2014/181, 10 marzo 2017; *Jan Oostergetel e Theodora Laurentius c. Slovenia*, caso UNCITRAL, decisione sulla giurisdizione, 30-04-2010; *WNC c. Repubblica Ceca*, caso PCA n. 2014-34, 22-02-2017; *European American Investment Bank AG c. Slovenia*, caso PCA n. 2010-17, decisione sulla giurisdizione, 22 ottobre 2012.

<sup>8</sup>V. sul tema S.Wilske-C.Edworthy, *The Future of Intra-European Union BITs: A Recent Development in International Investment Treaty Arbitration against Romania and Its Potential Collateral Damages*, in *J. Int'l Arb.*, 2016, 346ss.

<sup>9</sup>La questione dell'incompatibilità tra i TBI e il diritto unionale, era già stata sollevata, seppur in maniera non dettagliata, nell'Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments (ECFIN/CEFCPE(2006)REP/56882, del 15 novembre 2006), in cui viene affermato che "The EFC takes note that there are currently around 150 Bilateral Investment Treaties (BIT) still in force between the EU ;Member States, while part of their content has been superseded by Community law upon accession. In order to avoid legal uncertainties and unnecessary risks for Member States in the unclear situation, Member States are invited to review the need for such BITs agreements; and inform the Commission about the actions taken in this context so that progress can be reviewed by the EFC by the end of 2007".

<sup>10</sup>Nel Comunicato stampa della Commissione Europea del 18 giugno 2015, "La Commissione chiede agli Stati membri di porre fine ai trattati bilaterali di investimento intraunionali", disponibile su [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_it.htm), quest'ultima ha precisato di aver ripetutamente chiesto per diversi anni agli Stati membri di porre fine ai TBI intraunionali,

scrive risulta che siano pochi gli Stati ad aver terminato tutti i TBI intraunionali, tra cui l'Irlanda, l'Italia e la Romania<sup>11</sup>.

In passato non si era registrata un'uniformità di vedute tra gli Stati membri in merito all'arbitrato internazionale degli investimenti intra-UE. Essi risultavano idealmente divisi in due gruppi, in base alla loro realtà economica. Il primo gruppo era rappresentato dai cosiddetti *capital-exporting States*<sup>12</sup>, che difendevano la tesi della compatibilità dei TBI intra-UE con il diritto unionale. Si tratta dei paesi di maggiore provenienza degli investitori, quali l'Austria, la Finlandia, la Francia, la Germania e i Paesi Bassi<sup>13</sup>, che non sono stati mai o assai raramente citati come convenuti in arbitrati internazionali di investimento. Il secondo gruppo era rappresentato dai cosiddetti *capital-importing States*<sup>14</sup>, che sostenevano la tesi dell'incompatibilità dei TBI interni con i Trattati sull'Unione Europea (di seguito "TUE") e sul funzionamento dell'Unione Europea (di seguito "TFUE"). Questi Paesi sono stati citati come convenuti in numerosi arbitrati internazionali. La Repubblica Ceca detiene il record delle citazioni come convenuto.<sup>15</sup> Tuttavia questa posizione utilitaristica degli Stati membri può ritenersi superata dalla dichiarazione sulle conseguenze giuridiche del caso Achmea<sup>16</sup>, sottoscritta da Stati di entrambi i gruppi, e in cui si sancisce definitivamente l'incompatibilità tra l'arbitrato degli investimenti intra-UE e il diritto unionale, e la volontà degli Stati membri di terminare i TBI intraunionali entro la fine del corrente anno.

Le ragioni che hanno indotto le istituzioni europee ad assumere posizioni così nette sono numerose, e si basano sostanzialmente sull'esigenza di preservare l'autonomia, l'uniformità e l'efficacia del diritto dell'Unione Europea, che sembrerebbero essere messi fortemente in discussione dall'esistenza dei TBI intra-UE e dalla pratica degli arbitrati<sup>17</sup>.

Quest'articolo si propone di ricostruire e analizzare criticamente le motivazioni addotte dalle istituzioni europee alla base della strategia di opposizione all'arbitrato degli investimenti basato sui TBI intraunionali. Saranno poi analizzate le possibili implicazioni sul futuro dell'arbitrato degli investimenti all'interno dell'Unione Europea.

---

senza tuttavia che seguissero azioni in tal senso (il comunicato è disponibile su [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_it.htm#\\_ftn3](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_it.htm#_ftn3)).

<sup>11</sup>*Ibid.*

<sup>12</sup>M. R. Calamita, *Sulla incompatibilità della "clausola ISDS" degli "intra-EU" BITs con il diritto dell'Unione europea: il caso Achmea*, in *DPCE-Online*, 2018, 470 ss.

<sup>13</sup>Questi dati sono riportati nelle Conclusioni dell'avvocato generale M. Wathelet, *cit.*, par. 35 ss. Per la dottrina v., tra tanti, Calamita, *Sulla incompatibilità della "clausola ISDS"*, *cit.*, 467 ss.

<sup>14</sup>Calamita, *Sulla incompatibilità della "clausola ISDS"*, *cit.*, 470.

<sup>15</sup>*Conclusioni Wathelet*, *cit.*, par. 34.

<sup>16</sup>Declaration of the Representatives of the Government of the Member States of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union, disponibile su [https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en). Per ulteriori approfondimenti sulla, v. *infra* par. 3.

<sup>17</sup>Corte giust., sent. 6-03-2018, c-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, par. 59 disponibile su <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3184505>.

## 2. La strategia di opposizione delle istituzioni europee

La strategia di opposizione delle istituzioni europee all'arbitrato degli investimenti sulla base di TBI intraunionali si è andata evolvendo. In un primo momento è intervenuta la Commissione Europea utilizzando una serie di strumenti per contrastare in ogni sede possibile l'utilizzo dei TBI intraunionali e il ricorso all'arbitrato da essi scaturente, quali l'intervento come *amicus curiae* in procedimenti arbitrali e giurisdizionali, l'attivazione di procedure di infrazione e il ricorso alla procedura dell'articolo 108 del TFUE<sup>18</sup>. E' in seguito intervenuta la CGUE, che con la pronuncia del caso *Achmea*, che verrà dettagliatamente illustrata in seguito<sup>19</sup>, ha aperto nuovi scenari che si prospettano decisivi per i futuri assetti dell'arbitrato internazionale degli investimenti in ambito europeo.

### 2.1. La posizione della Commissione Europea

La Commissione Europea ha in passato incoraggiato l'uso dei TBI intra-UE, ritenendoli strumenti necessari per preparare l'adesione all'Unione Europea dei paesi dell'Europa centrale e orientale<sup>20</sup>. Difatti gli accordi di associazione conclusi tra l'Unione Europea e diversi paesi candidati, quali la Croazia<sup>21</sup>, la Polonia<sup>22</sup>, la Romania<sup>23</sup> e l'Ungheria<sup>24</sup>, prevedevano che questi paesi concludessero dei TBI con gli Stati membri, come è poi accaduto. La Commissione Europea ha in seguito mutato orientamento, sostenendo la tesi dell'incompatibilità dei TBI intraunionali con i Trattati UE e FUE<sup>25</sup>. Nell'udienza del caso *Achmea*, la Commissione ha tentato di giustificare questo mutamento di posizione adducendo che i TBI erano accordi necessari per preparare l'adesione dei paesi candidati, e che quindi la loro esistenza trovava giustificazione esclusivamente durante il periodo di associazione<sup>26</sup>. Tuttavia, come osservato dall'avvocato generale Wathelet nelle conclusioni relative al caso *Achmea*<sup>27</sup>, quest'assunto è difficilmente conciliabile con la realtà, considerando che i trattati di adesione in questione non contengono

<sup>18</sup>V. *infra*, par.2.1.

<sup>19</sup>V. *infra*, par.2.2.

<sup>20</sup>V. sul tema le conclusioni dell'avvocato generale M. Wathelet, *cit.*, par.40.

<sup>21</sup>Cfr. art. 85, § 2, dell'Accordo di stabilizzazione e di associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Croazia, dall'altra, firmato a Lussemburgo il 29 ottobre 2001 (GU 2005, L 26, 3)

<sup>22</sup>Cfr. art. 73, §2, dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Polonia, dall'altra, firmato a Bruxelles, il 16 dicembre 1991 (GU 1993, L 348, 2).

<sup>23</sup>Cfr. art. 74, §2 dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Romania, dall'altra, firmato a Bruxelles il 1 febbraio 1993 (GU 1994, L 357, 2).

<sup>24</sup>Cfr. art. 72, §2, dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Ungheria, dall'altra, firmato a Bruxelles, il 16 dicembre 1991 (GU 1993, L 347, 2).

<sup>25</sup>Si v. tra le altre Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Tutela degli investimenti Intra-UE*, 19 luglio 2018, COM(2018)547, p.2; Comunicato stampa della Commissione Europea del 18 giugno 2015, *cit.*

<sup>26</sup>*Achmea*, *cit.*, par.41.

<sup>27</sup>Conclusioni dell'avvocato generale M. Wathelet, *cit.*, par. 40.

alcuna clausola in cui si preveda di porre fine ai TBI intraunionali sulla base della loro incompatibilità con i Trattati UE e FUE una volta completata l'adesione. E dunque, questo mutamento di orientamento della Commissione, in alcuni casi a distanza di molti anni, genera un notevole stato di incertezza su chi vi aveva fatto legittimamente affidamento<sup>28</sup>.

La Commissione ha sostanzialmente la sua posizione ricorrendo prevalentemente a tre strumenti: (i) intervenendo in qualità di *amicus curiae* in una serie di procedimenti pendenti, (ii) attivando la procedura di infrazione ex articolo 258 TFUE, (iii) comminando l'ingiunzione di sospensione ex articolo 11 (1) del Regolamento CE 659/1999 e dando corso alla procedura ex articolo 108 del TFUE.

In merito al primo profilo, sono numerosi gli arbitrati in cui la Commissione è intervenuta utilizzando lo strumento processuale dell'*amicus curiae*<sup>29</sup>. In dottrina c'è chi ha sottolineato come il ruolo della Commissione Europea sia stato utile nella misura in cui non si è limitata a chiarire l'ambito di applicazione e i contenuti del diritto unionale, ma ha fatto sempre valere l'esigenza che l'interpretazione dei TBI data dai tribunali arbitrali dovesse essere conforme agli obblighi degli Stati previsti dal diritto unionale<sup>30</sup>. L'intervento della Commissione non è stato soltanto funzionale a coadiuvare i tribunali arbitrali nell'interpretazione del diritto unionale al fine di assicurarne un'applicazione uniforme, ma anche a rivendicare la competenza esclusiva propria in materia e la giurisdizione esclusiva della CGUE<sup>31</sup>. Attraverso lo strumento dell'*amicus curiae*, la Commissione ha avuto modo di prospettare quali conseguenze sarebbero derivate dall'adozione di un lodo contrario all'interpretazione del diritto unionale da essa fornita<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup>Ivi, par.41.

<sup>29</sup>V. tra gli altri *Electrabel S.A. c. Ungheria*, ICSID Case n. ARB/07/19; *AES Summit Generation Ltd. C. Ungheria*, ICSID Case No. ARB/07/22; *Micula c. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20; *Achmea B.V. c. Repubblica Slovenia*, PCA Case No. 2008-13; *U.S. Steel Glob. Holdings I B.V. c. Repubblica Slovenia*, PCA Case No. 2013-6; *European American Inv. Bank AG c. Repubblica Slovenia*, PCA Case No. 2010-17; *Iberdrola Energia S.A.c. Guatemala*, ICSID Case No. ARB/09/5; *Charanne B.V. c. Spagna*, SCC Case No.062/2012; *Antin Infrastructure Svcs. Lux. c. Spagna*, ICSID Case No. ARB/13/31; *Eiser Infrastructure Ltd. c. Spagna*, ICSID Case No. ARB/13/36; *EDF International S.A. c. Ungheria*, UNCITRAL Rules Award, 4 dicembre 2014; *Easter Sugar B.V. c. Repubblica Ceca*, SCC Case No. 088/2004; *Hellenic Shipyards, Prinvest Holding SAL, Prinvest Shipbuilding SAL Holding and Horn-Beteiligung GmbH c. Grecia*, ICC case 18675/GZ/MHM/AGF/ZG.

<sup>30</sup>F.D. Simoes, *A Guardian and a friend? The European Commission's participation in investment arbitration*, in *Mich. State Int'l L. Rev.* 2017, 273.

<sup>31</sup> Nel caso *Electrabel S.A. c. Ungheria*, ICSID Case n. ARB/07/19, come riportato nel Procedural Order 4 del 28 aprile 2019, la Commissione porta all'attenzione del tribunale arbitrale la questione della sua giurisdizione a decidere una controversia tra un investitore e uno Stato membro scaturente dal Trattato sulla Carta dell'Energia, ivi incluso su materie che sostanzialmente ricadrebbero nella competenza della Commissione.

<sup>32</sup> Nell'arbitrato *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. c. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, la Commissione, intervenuta come *amicus curiae*, aveva fatto presente al tribunale arbitrale che l'esecuzione di un lodo che impone a uno Stato membro di ripristinare dei regimi di investimento considerati incompatibili con il mercato interno non avrebbe potuto aver luogo in quanto contrasterebbe con le regole della politica dell'UE in materia di aiuti di Stato.

La Commissione Europea è intervenuta come *amicus curiae* anche in alcuni procedimenti giurisdizionali, tra cui un procedimento di annullamento di un lodo ICSID innanzi alla Corte d'Appello statunitense<sup>33</sup>, e un procedimento di opposizione all'esecuzione di un lodo ICSID intentato innanzi al Tribunale di Bucarest, tutt'ora pendente<sup>34</sup>. In tutti questi casi, la Commissione ha cercato di affermare il suo ruolo di "guardiana" dei Trattati europei<sup>35</sup>.

In merito al secondo profilo, le prime procedure di infrazione ex art. 258 TFUE in quest'ambito risalgono al 2015, e sono state avviate dalla Commissione Europea nei confronti di alcuni Stati membri, tra cui Paesi Bassi, Romania, Repubblica Slovena e Svezia<sup>36</sup>. La Commissione ha chiesto a questi paesi di porre fine ai TBI intraunionali. La procedura di infrazione è stata avviata dopo diverse interlocuzioni intercorse negli anni con i suddetti Stati, e in generale con tutti gli Stati membri, in cui la Commissione aveva prospettato l'incompatibilità dei TBI con il diritto unionale, senza che tuttavia seguisse alcuna azione<sup>37</sup>. Le argomentazioni poste alla base del ragionamento della Commissione tendono a evidenziare che i TBI conferiscono diritti su base bilaterale solo agli investitori di alcuni Stati membri, e questo sarebbe contrario ai principi del mercato unico, che invece in materia di investimenti transfrontalieri prevede che tutti gli Stati siano soggetti alle stesse norme dell'UE. Il principio della nazionalità che è alla base dei TBI si tradurrebbe in una discriminazione nei confronti di alcuni investitori cui non sarebbe accordata la stessa protezione degli altri privilegiati dalle relazioni bilaterali. La Commissione ha inoltre affermato che non sussisterebbe alcuna esigenza di ricorrere all'arbitrato in quanto all'interno dell'UE esiste un sistema completo di rimedi giurisdizionali<sup>38</sup>, in grado di offrire una tutela giurisdizionale effettiva per i diritti degli investitori in conformità al diritto unionale<sup>39</sup>. Come evidenziato dal Commissario per la stabilità finanziaria Jonathan Hill, i TBI intraunionali risulterebbero superati e superflui all'interno del mercato unico europeo, avendo soltanto l'effetto di frammentarlo e di generare potenziali conflitti con la legislazione europea in materia di investimenti transfrontalieri<sup>40</sup>.

<sup>33</sup>*Brief for European Commission as Amici Curiae in Support of Defendant-Appellant, Micula v. Romania*, No. 15 Misc. 107 (LGS), 2015 WL 5257013, ¶ 1 (S.D.N.Y. 2015), appeal filed, No. 15-3109 (2d Cir. 2015), disponibile su <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7096.pdf>

<sup>34</sup>Tribunale di Bucarest, *Romania c. Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L.*, 26 maggio 2014, disponibile su [http://ec.europa.eu/competition/court/tribunalul\\_bucuresti\\_1\\_ro.pdf](http://ec.europa.eu/competition/court/tribunalul_bucuresti_1_ro.pdf)

<sup>35</sup>*Brief for European Commission, cit.*, parr.11-12.

<sup>36</sup>Comunicato stampa della Commissione Europea del 18 giugno 2015, *cit.*

<sup>37</sup>*Ibid.*

<sup>38</sup> A norma dell'articolo 19 par.1 del TUE gli Stati membri hanno l'obbligo di fornire rimedi sufficienti ad assicurare la tutela giurisdizionale effettiva nei campi che rientrano nel diritto dell'UE.

<sup>39</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Tutela degli investimenti, cit.*, 22.

<sup>40</sup>Comunicato stampa della Commissione Europea del 18 giugno 2015, *cit.*

In merito al terzo profilo, la Commissione ha emesso un'ingiunzione di sospensione ex articolo 11(1) del Regolamento CE 659/1999<sup>41</sup> nei confronti della Romania, parte soccombente nell'arbitrato ICSID *Micula c. Romania*<sup>42</sup>. È utile ripercorrere brevemente i fatti del caso. A seguito dell'abrogazione degli incentivi all'investimento previsti dalla normativa romena EGO<sup>43</sup>, cinque ricorrenti hanno iniziato un arbitrato ICSID contro la Romania sulla base del TBI Romania-Svezia. Nel corso del procedimento arbitrale, la Commissione europea è intervenuta in qualità di *amicus curiae* affermando che gli incentivi previsti dalla EGO 24 erano da ritenersi incompatibili con le norme comunitarie in materia di aiuti a finalità regionale, e che qualunque decisione intesa a ristabilire i privilegi aboliti dalla Romania con l'eliminazione di tale normativa, o a risarcire i ricorrenti della perdita di tali privilegi, si sarebbe tradotta nella concessione di un nuovo aiuto incompatibile con il Trattato FUE. La Commissione faceva inoltre valere che non avrebbe potuto avere luogo l'esecuzione di un lodo che imponesse alla Romania di ripristinare tali regimi di investimento incompatibili col mercato interno, in quanto ciò sarebbe in contrasto con le regole unionali in materia di aiuti di Stato<sup>44</sup>. Il tribunale arbitrale ICSID condannava la Romania al pagamento della somma di 178 milioni di euro nei confronti dei ricorrenti per violazione della clausola sul trattamento giusto ed equo contenuta nel TBI Romania-Svezia. La Romania aveva dato parziale adempimento al lodo effettuando una compensazione tra parte del risarcimento concesso ai ricorrenti dal Tribunale e le imposte dovute alle autorità rumene da una delle società ricorrenti<sup>45</sup>, a seguito del quale è stata destinataria di

---

<sup>41</sup>L'ingiunzione di sospensione prevista all'articolo 11 del Regolamento 165/1999 è una decisione con cui la Commissione ordina ad uno Stato membro di sospendere l'erogazione di ogni aiuto concesso illegalmente, fino a che essa non decida in merito alla compatibilità dell'aiuto con il mercato comune (Cfr. articolo 11 del Regolamento CE n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999 recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE, in Gazzetta ufficiale n. L 083 del 27/03/1999, p. 0001-009).

<sup>42</sup>*Micula, ICSID Case, cit.*

<sup>43</sup>La normativa EGO 24 è stata adottata dalle autorità rumene con l'ordinanza governativa d'emergenza n. 124/1998 del 2 ottobre 1998. Essa concedeva una serie di incentivi, quali ad esempio l'esenzione dal pagamento dei dazi doganali e dell'imposta sul valore aggiunto per macchinari e il rimborso dei dazi doganali su materie prime, a coloro che decidevano di investire in regioni sfavorite, (Cfr. par. 5 della sentenza del Tribunale dell'Unione Europea (Seconda Sezione), sent. 18-06-2019, cause T-624/15, T-694/15 e T-704/15, *European Food SA et al. c. Commissione Europea*). Questa normativa veniva poi sostituita dalla EGO 75, entrata in vigore il 1 luglio 2000, a seguito della decisione n.244/2000 del Consiglio per la concorrenza adottata il 15 maggio 2000 in cui si constatava che alcuni incentivi offerti nell'ambito della EGO 24 dovevano essere considerati come aiuti di stato al funzionamento e pertanto dovevano essere eliminati in quanto causavano una distorsione della concorrenza. Nel 2000 la Romania avviava i negoziati di adesione all'Unione. Quest'ultima nella posizione comune del 21 novembre 2001 rilevava che gli strumenti previsti dalla EGO non erano compatibili col diritto unionale (Cfr. par.11, *European Food SA, cit.*). Pertanto, al fine di completare i negoziati di adesione all'Unione Europea, la Romania abrogava tutti gli incentivi concessi in forza della EGO, ad eccezione dello strumento dell'imposta sugli utili. Quest'abrogazione è stata effettiva dal 22 febbraio 2005, e il 1 gennaio 2007 la Romania ha aderito all'Unione Europea.

<sup>44</sup> Cfr. par. 17, *European Food SA, cit.*

<sup>45</sup>Decisione (UE) 2015/1470 della Commissione del 30 marzo 2015 relativa all'aiuto di Stato S.A.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) cui la Romania ha dato esecuzione al lodo arbitrale *Micula/Romania* dell'11 dicembre 2013 (GU L 232/43 del 4.9.2015), punto 3.

un'ingiunzione di sospensione ex articolo 11(1) del Regolamento 659/1999 da parte della Commissione. Con quest'ingiunzione la Commissione intimava alla Romania di sospendere qualsiasi azione che potesse dar luogo all'attuazione o all'esecuzione della parte del lodo non ancora corrisposta, in quanto sarebbe equivalso al pagamento di un aiuto di Stato illegale, e ciò fino a quando la Commissione non avesse adottato una decisione finale sulla compatibilità dell'aiuto di Stato col mercato interno. All'ingiunzione ha poi fatto seguito la decisione di avvio del procedimento di cui all'articolo 108(2) del TFUE <sup>46</sup>in relazione alla parziale attuazione del lodo da parte della Romania e all'eventuale ulteriore attuazione o esecuzione del lodo. La Commissione ha ritenuto che il pagamento del risarcimento agli investitori attraverso l'attuazione e l'esecuzione del lodo costituisca un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107 del TFUE. Dunque, nel ragionamento della Commissione, qualora l'attuazione di un TBI intraunionale impedisca l'applicazione del diritto dell'Unione, le disposizioni di diritto primario dell'Unione quali gli articoli 107 e 108 del TFUE devono prevalere<sup>47</sup>. Tale decisione della Commissione è stata impugnata dai ricorrenti innanzi al Tribunale dell'Unione Europea, che si è recentemente pronunciato<sup>48</sup>. Il Tribunale, dopo aver vagliato approfonditamente tutti gli argomenti dei ricorrenti<sup>49</sup>, ha disposto l'annullamento della decisione della Commissione. Il Tribunale ha rilevato che tutti i fatti alla base della controversia<sup>50</sup>, fino al ricorso al tribunale arbitrale, hanno avuto luogo prima dell'adesione della Romania all'Unione Europea. Nello specifico, il lodo arbitrale mirava a compensare in modo retroattivo l'abrogazione della normativa EGO avvenuta nel 2005, stabilendo dunque l'ammontare del

---

<sup>46</sup>L'articolo 108 comma 2 del TFUE prevede che qualora la Commissione costati che un aiuto concesso da uno Stato non sia compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107, essa debba adottare una decisione in base alla quale stabilisce che lo Stato interessato debba sopprimerlo o modificarlo entro un dato termine (Cfr. art. 108 (2) della Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in Gazzetta ufficiale n. 115 del 09/05/2008, p. 0092)

<sup>47</sup> Decisione (UE) 2015/1470 della Commissione del 30 marzo 2015 relativa all'aiuto di Stato S.A.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) cui la Romania ha dato esecuzione al lodo arbitrale Micula/Romania dell'11 dicembre 2013 (GU L 232/43 del 4.9.2015), par.104.

<sup>48</sup> Il presidente della Seconda Sezione ampliata del Tribunale ha deciso in data 7 febbraio 2018 di riunire ai fini della fase orale le decisioni T-694/15, T-694/15 e T-704/15 ai sensi dell'articolo 68, paragrafo 2, del regolamento di procedura (Cfr. par.50, *European Food SA, cit.*).

<sup>49</sup> Per un'analisi approfondita della sentenza in questione si rinvia a J.Hepburn, *Micula brothers score enforcement victory, as EU General Court annuls Commission's decision to prohibit Romania from paying ICSID award*, in *IAReporter*, 18 giugno 2019; G. Croisant, *Micula Case: The General Court Quashes the Commission's Decision and Rules that the Award is Not State Aid*, in *Kluwer Arbitration Blog* 19 giugno 2019, disponibile su <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/19/micula-case-the-general-court-quashes-the-commissions-decision-and-rules-that-the-award-is-not-state-aid/>

<sup>50</sup> Cfr. par.71 della sentenza *European Food SA, cit.*, dove il Tribunale specifica che "risulta dagli antefatti delle controversie che tutti i fatti connessi all'EGO, vale a dire l'adozione dell'EGO da parte della Romania, l'ottenimento da parte delle società ricorrenti dei certificati che consentivano loro di beneficiare degli incentivi previsti da detta EGO e le infrazioni commesse dalla Romania in tale occasione nonché il ricorso al tribunale arbitrale dai ricorrenti in arbitrato, hanno avuto luogo prima dell'adesione della Romania all'Unione il 1° gennaio 2007"



danno subito dai ricorrenti per violazioni commesse dalla Romania in epoca antecedente alla sua adesione all'Unione Europea<sup>51</sup>. Sul punto il Tribunale ha precisato che il fatto che il lodo sia stato emesso nel 2013, quindi in epoca posteriore all'adesione della Romania all'Unione Europea, non varrebbe a qualificarlo “come aiuto nuovo e a fondare quindi la competenza della Commissione e l'applicabilità del diritto dell'Unione per tutti gli eventi sopravvenuti in passato, vale a dire i fatti all'origine delle controversie che sono anteriori all'adesione della Romania all'Unione”<sup>52</sup>. La Commissione avrebbe dunque erroneamente applicato in maniera retroattiva le sue competenze ai sensi dell'articolo 108 TFUE e del regolamento n.659/1999 a fatti anteriori all'adesione della Romania all'Unione, e avrebbe altresì erroneamente qualificato “la misura di cui trattasi come aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE”<sup>53</sup>. Difatti il lodo si sarebbe limitato ad accertare l'esistenza di un diritto al risarcimento che è sorto nel 2005, e dunque non avrebbe avuto “l'effetto di far nascere l'applicabilità del diritto dell'Unione e della competenza della Commissione a tale periodo anteriore”<sup>54</sup>. Il lodo non può dunque essere considerato, per i periodi anteriori all'adesione, come il risarcimento del diritto di un aiuto illegittimo o incompatibile con il diritto dell'Unione. Da ciò la Commissione fa discendere che la decisione impugnata è da ritenersi illegittima “in quanto ha qualificato come vantaggio e aiuto ai sensi dell'articolo 107 TFUE l'attribuzione, da parte del tribunale arbitrale, di un risarcimento diretto a compensare i danni derivanti dal ritiro delle misure di incentivi fiscali, quantomeno per il periodo precedente la data di entrata in vigore del diritto dell'Unione in Romania”<sup>55</sup>. E' plausibile che questa sentenza, quantunque sia ancora impugnabile innanzi alla Corte di Giustizia, avrà degli effetti determinanti sui vari giudizi per l'esecuzione del lodo attualmente sospesi, tra cui quello innanzi alla Corte Suprema inglese<sup>56</sup>.

La posizione espressa dalla Commissione nelle varie sedi fin qui considerate è stata avvalorata e ripresa in quasi tutti i suoi elementi dalla CGUE nel caso che analizzeremo nel prossimo paragrafo.

## **2.2. La posizione della CGUE**

In questo clima, è recentemente intervenuta la CGUE che si è pronunciata sulla compatibilità tra i TBI e il diritto dell'Unione Europea. Quest'intervento, quanto mai atteso, consentirà alle corti nazionali di portare a termine tutti quei giudizi di

---

<sup>51</sup> Cfr. parr.74-75 *European Food SA*, cit.

<sup>52</sup> Ivi, par.77.

<sup>53</sup> Ivi, parr. 79 et seq.

<sup>54</sup> Ivi, par.104.

<sup>55</sup>Ivi par.108.

<sup>56</sup> *Micula and others (Respondents/Cross-Appellants) v Romania (Appellant/Cross-Respondent)*, Case ID: UKSC 2018/0177, disponibile su <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0177.html>.

esecuzione dei lodi arbitrali sospesi in attesa di conoscere un orientamento unitario della Corte sul tema<sup>57</sup>.

Nel caso *Achmea*<sup>58</sup>, un tribunale arbitrale UNCITRAL condannava la Repubblica di Slovacchia al pagamento di circa 22 milioni di euro in favore di Achmea, società appartenente a un gruppo assicurativo olandese, per aver adottato delle misure legislative, tra cui il divieto di distribuzione degli utili e il divieto di trasferimenti, costituenti violazioni degli articoli 3 (trattamento giusto e equo) e 4 (libero trasferimento) del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia entrato in vigore nel 1992.

La Repubblica Slovacca impugnava il lodo innanzi alla corte della sede dell'arbitrato, ossia il Tribunale superiore del Land di Francoforte sul Meno in Germania. Il ricorso veniva respinto, e tale decisione veniva impugnata innanzi alla Corte Federale di Giustizia Tedesca. In tale contesto, la ricorrente sosteneva che il lodo dovesse essere annullato per contrarietà all'ordine pubblico, così come la clausola arbitrale che aveva dato luogo a tale pronuncia. Nello specifico, la Repubblica Slovacca faceva valere che il collegio arbitrale non aveva tenuto conto di disposizioni di diritto unionale di rango superiore in materia di libera circolazione dei capitali, non avendo lo stesso il potere di investire la CGUE di una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art.267 TFUE. In merito alla nullità della clausola arbitrale contenuta nel TBI, la ricorrente sosteneva che tale accordo fosse contrario agli articoli 18, 267 e 344 del TFUE.

La Corte Federale di Giustizia non ritenendo di poter dedurre una risposta dalla giurisprudenza esistente, decide di sospendere il procedimento e sottoporre alla CGUE tre questioni pregiudiziali, al fine di chiarire se la clausola di risoluzione delle controversie contenuta all'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia dovesse ritenersi contraria al TFUE ed in particolare agli articoli 18, 267 e 344 dello stesso. La CGUE tratta le questioni nell'ordine inverso rispetto al quale le vengono prospettate, e non ritiene di doversi pronunciare sulla questione pregiudiziale inerente all'articolo 18 che si riferisce al principio di non discriminazione.

La CGUE afferma che l'articolo 8 del TBI pregiudica l'autonomia del diritto dell'Unione. E che gli articoli 267 e 344 TFUE debbano essere interpretati nel senso che ostano a una clausola di risoluzione delle controversie contenuta in un accordo internazionale tra gli Stati membri, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un arbitrato contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale.

Il ragionamento espresso dalla CGUE ruota dunque intorno a due norme fondamentali del diritto unionale, ossia gli articoli 267 e 344 del TFUE, che hanno la funzione di assicurare l'uniforme ed effettiva applicazione del diritto unionale. La CGUE articola il suo ragionamento in tre punti.

---

<sup>57</sup>V. sul tema e per maggiori approfondimenti J. Dahlquist, *Analysis: Now that first EU court has set aside an intra-EU BIT award due to Achmea ruling, we look at the fate of three other awards*, in *IARReporter*, 12 novembre 2018.

<sup>58</sup>*Achmea*, cit.

La prima questione che la Corte si trova a dover affrontare è quella di dover stabilire se la controversia derivante dal TBI possa essere relativa all'applicazione e all'interpretazione del diritto unionale e dunque rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 344 TFUE.

Questa norma può essere considerata espressione del principio dell'autonomia del sistema giuridico dell'Unione Europea, giacché essa prescrive che gli Stati membri si debbano impegnare a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso<sup>59</sup>.

La CGUE ritiene che nel caso di specie le parti abbiano invece sottoposto al tribunale arbitrale delle questioni che riguardano l'interpretazione e l'applicazione dei trattati stessi<sup>60</sup>. La CGUE osserva che anche volendo considerare che la giurisdizione dei tribunali arbitrali sia limitata a verificare la sussistenza di violazioni del TBI, il diritto unionale può comunque venire in rilievo<sup>61</sup>. Nello specifico, il tribunale arbitrale deve applicare il diritto degli Stati membri contraenti del TBI, e ogni accordo vigente tra gli stessi. E il diritto dell'Unione per sua natura deve essere considerato come facente parte del diritto in vigore in ogni Stato membro.<sup>62</sup> Per questa ragione la Corte ritiene che il tribunale arbitrale si trovi a doversi esprimere sull'applicazione e sull'interpretazione del diritto unionale, e che sussista quindi una violazione dell'articolo 344 TFUE. Questo passaggio del ragionamento della CGUE si discosta notevolmente da quanto affermato dall'avvocato generale<sup>63</sup>, che nelle conclusioni basa la sua analisi su due argomenti principali. In primo luogo, l'Avvocato Generale osserva che dalla giurisprudenza della Corte si evince che l'articolo 344 si riferisce alle controversie tra Stati membri, e a quelle tra gli Stati membri e l'Unione, e non alle controversie tra privati e Stati membri, sebbene anche in quest'ultimo caso il giudice sia tenuto ad applicare il diritto unionale<sup>64</sup>. Per chiarire meglio la portata di quest'affermazione, Wathelet cita un esempio particolarmente eloquente, quello del sistema giurisdizionale della Cedu<sup>65</sup>. Se si ritenesse che le controversie tra privati e Stati sottoposte alla Cedu rientrassero nell'ambito di applicazione dell'articolo 344 TFUE, si verificherebbe un inevitabile contrasto e un'insanabile incompatibilità tra il sistema Cedu e il TFUE. La Commissione aveva obiettato a quest'osservazione ritenendo che le controversie tra investitori e Stati membri

<sup>59</sup> Cfr. art. 344 del TFUE, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008E344&from=EN>

<sup>60</sup> *Achmea*, cit., par. 42.

<sup>61</sup> *Achmea*, cit., parr. 40 ss.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> Le conclusioni dell'avvocato generale hanno suscitato pareri contrastanti in dottrina e tra gli addetti ai lavori. V. sul tema I. Dimitrov, *Digesting the AG Wathelet Opinion in Case c-284/16 Slovakische Republik v Achmea BV. Is It A Trap?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 7 ottobre 2017; E. Buczkowska, P. Treder, W. Sadowski, *The House Always Wins Remarks on AG Wathelet's Opinion in the C-284/16 Achmea Case*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 22 novembre 2017; A. de Luca, *The Intra EU-BITs in the Opinion of AG Wathelet between Light and Shadow*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 4 febbraio 2018.

<sup>64</sup> *Conclusioni Wathelet*, cit., parr. 146 ss.

<sup>65</sup> *Ivi*, par. 151.

debbano in realtà essere considerate come controversie tra Stati membri, in quanto avviando un arbitrato sulla base del TBI l'investitore non esercita un diritto proprio ma un diritto che il TBI conferisce al suo Stato d'appartenenza<sup>66</sup>. Tuttavia questa tesi, anche nota come "derivative model"<sup>67</sup>, è attualmente minoritaria rispetto a quella denominata "direct model", secondo cui i TBI conferiscono diritti direttamente agli investitori<sup>68</sup>. In secondo luogo, l'avvocato generale osserva che se anche si volesse ritenere che l'articolo 344 TFUE debba applicarsi nei rapporti tra privati e Unione Europea, resterebbe comunque da chiedersi se la controversia nascente dal TBI sia effettivamente inerente all'interpretazione o all'applicazione dei trattati<sup>69</sup>. La Commissione Europea aveva ritenuto che l'articolo 344 TFUE trovasse applicazione nel caso Achmea per analogia con quanto affermato nella sentenza Commissione c. Irlanda<sup>70</sup>. In questa sentenza, così come nel parere 2/13<sup>71</sup>, la CGUE aveva ritenute che le controversie erano relative all'interpretazione e all'applicazione dei Trattati UE e FUE anche se rientravano in accordi internazionali<sup>72</sup>. Tuttavia Whatelet non condivide queste conclusioni della Commissione, affermando che le stesse siano da ritenersi valide soltanto se riferite ai due casi menzionati. Nel primo caso, ossia nella controversia Commissione c. Irlanda, l'Unione Europea era parte della Convenzione delle

<sup>66</sup> La posizione della Commissione viene riportata nelle Conclusioni dell'avvocato generale Wathelet, *cit.*, al par. 154.

<sup>67</sup> Per un maggiore approfondimento delle teorie del "derivative model" e del "direct model" V. Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009, 17 ss. La Corte di Giustizia nel caso Achmea fa proprio quest'approccio teorico, seguendo dunque l'impostazione della Commissione che nelle sue difese fa riferimento in particolare a due lodi arbitrali: *Loewen Group & Raymond L. Loewen c/ Stati Uniti d'America*, caso ICSID n. ARB/98/3, 26 giugno 2003, § 233, che è generalmente considerato l'emblema dell'approccio derivativo, e *Archer Daniels Midland Company e Tate & Lyle Ingredients America Inc. c/ Messico*, caso ICSID n. ARB/04/05, 21 novembre 2007, par. 178).

<sup>68</sup> La tesi del "direct model" è ormai prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza. Per maggiori approfondimenti v. Z. Douglas, *cit.*, 17 ss.; J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", in *ICSID Review of Foreign Investment L.J.*, 1995, 256; T. Walde, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty", in *Arb. Int'l*, 1996, 435-437; G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant l'Etat", in *Rev. de l'arb.*, 1995, 3. In giurisprudenza, a favore del direct model possono essere rinvenute sia pronunce delle corti nazionali, tra cui *Occidental Exploration & Production Company c. Ecuador* [2005] EWCA Civ 1116, [2006] QB 432, § 22, e Corte int., *Germania c. Stati Uniti d'America*, in *Rec.*, 2001, 466, par. 78, che quelle di tribunali arbitrali, tra cui *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, caso ICSID n. ARB/01/8, decisione sulla giurisdizione, 17 luglio 2003, par. 45; *American Manufacturing & Trading Inc. c/ Repubblica dello Zire* caso ICSID n. ARB/93/1, 2 febbraio 1997, par. 6.06; *Corn. Products International, Inc. c/ Messico*, caso ICSID n. ARB/04/01, 15 gennaio 2008, §§ 174-176; *Cargill Inc. c/ Messico*, caso ICSID n. ARB/05/2, 18 settembre 2009, par. 424-426; *European American Investment Bank AG c/ Slovenia*, caso PCA n. 2010-17, decisione sulla giurisdizione, 22 ottobre 2012, par. 445.

<sup>69</sup> Cfr. par. 73 delle *Conclusioni Wathelet*, *cit.*

<sup>70</sup> Ivi, par. 161. Si tratta della sentenza Corte giust., sent. 30-05-2006, c-459/03, *Commissione c. Irlanda*.

<sup>71</sup> Corte giust., parere 18-12-2014, n. 2/13, disponibile su <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=IT>. Con questa domanda di parere, la Commissione europea chiedeva alla CGUE se il progetto di accordo sull'adesione dell'Unione Europea alla Cedu, firmata a Roma il 4 novembre 1950, fosse compatibile con i Trattati unionali.

<sup>72</sup> Cfr. par. 163 delle *Conclusioni Wathelet*, *cit.*

Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982, e dunque quest'ultima faceva parte del diritto unionale. Nel secondo caso, ossia nel parere 2/13, l'Unione Europea si apprestava ad aderire alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che quindi avrebbe a sua volta fatto parte del diritto dell'Unione<sup>73</sup>. A parere dell'avvocato generale il caso *Achmea* si differenzerebbe da entrambi i casi citati, in quanto l'Unione Europea non è parte del TBI da cui è sorta la controversia, e dunque quest'ultimo non è da ritenersi parte del diritto unionale<sup>74</sup>. Pertanto la competenza esclusiva della CGUE garantita dall'articolo 344 TFUE non sarebbe in alcun modo messa in discussione<sup>75</sup>. E a nulla varrebbe nemmeno l'argomento della Commissione per cui il diritto dell'Unione rilevarebbe in quanto facente parte del diritto applicabile alle controversie tra investitori e Stati parti di detto TBI. A tal proposito, *Wathelet* osserva che non esiste alcuna norma di diritto unionale che impedisce agli arbitri di prendere in considerazione e di applicare il diritto dell'Unione<sup>76</sup>. Tuttavia, il fatto che il diritto dell'Unione faccia parte del diritto applicabile alle controversie tra investitori e Stati ai sensi del TBI, non implica che tali controversie siano relative all'interpretazione e applicazione dei Trattati UE e TFUE, dal momento che l'ambito di applicazione del TBI e le norme giuridiche introdotte da quest'ultimo non sono identici a quelli dei Trattati UE e FUE<sup>77</sup>. In altri termini, il tribunale arbitrale non sarebbe competente a statuire sulle presunte violazioni del diritto dell'Unione in quanto tali. Infatti, il compito del collegio arbitrale non è quello di accertare se lo Stato membro abbia violato i suoi obblighi derivanti dai Trattati UE e FUE e dal diritto unionale nei confronti dell'investitore. Al contrario, esso è tenuto a statuire sulle presunte violazioni del TBI da parte dello Stato che ospita l'investimento, e il diritto dell'Unione è uno degli elementi pertinenti di cui tener conto al fine di valutare il comportamento dello Stato riguardo a detto TBI<sup>78</sup>. L'ambito di applicazione del TBI è più ampio di quello dei Trattati UE e FUE, e le norme giuridiche introdotte da quest'ultimo non hanno equivalenti nel diritto dell'Unione, sebbene alcune di essi possano sovrapporsi a norme del diritto unionale, senza tuttavia giungere a risultati incompatibili con i Trattati UE e FUE<sup>79</sup>. Queste considerazioni non sono però accolte dalla CGUE, che ritiene che anche supponendo che il tribunale arbitrale sia chiamato a pronunciarsi solo su un'eventuale violazione del TBI, esso deve tenere conto del diritto della parte contraente interessata e di qualsiasi accordo pertinente tra le parti<sup>80</sup>. Da ciò deriverebbe che “tenuto conto della natura e delle caratteristiche del diritto dell'Unione...tale diritto deve essere considerato al contempo come facente parte del diritto in vigore in ogni Stato membro e in

<sup>73</sup> Cfr. par.164 delle *Conclusioni Wathelet*, cit.

<sup>74</sup> Ivi, par.167.

<sup>75</sup> Ivi, par.168.

<sup>76</sup> Ivi, parr.169ss.

<sup>77</sup> Ivi, par.173.

<sup>78</sup> Ivi, parr.174 ss.

<sup>79</sup> Ivi, par.181.

<sup>80</sup> *Achmea*, cit., par.40.

quanto derivante da un accordo internazionale tra gli Stati membri”<sup>81</sup>. Per questa ragione, la CGUE ritiene che il tribunale arbitrale è chiamato a interpretare o applicare il diritto unionale, ivi incluse le disposizioni concernenti le libertà fondamentali<sup>82</sup>.

Alla luce di queste conclusioni, la CGUE ritiene di dover esplorare il secondo profilo, ossia se sussistendo il rischio di pregiudicare l'autonomia del diritto unionale, gli arbitri hanno la possibilità di richiedere un rinvio pregiudiziale alla CGUE.

Lo strumento del rinvio pregiudiziale è previsto all'articolo 267 TFUE per garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. E' uno strumento che consentendo il dialogo tra i giudici nazionali e la CGUE, mira ad assicurare l'unità dell'interpretazione del diritto dell'Unione, e garantire la coerenza e l'autonomia di tale diritto. La CGUE ritiene che i tribunali arbitrali non debbano essere considerati come una giurisdizione di uno Stato membro, dato il loro carattere derogatorio rispetto alla giurisdizione statale<sup>83</sup>. Dunque, i tribunali arbitrali non sarebbero legittimati a proporre rinvio pregiudiziale alla CGUE<sup>84</sup>. Wathelet aveva invece concluso in senso opposto, ritenendo che il collegio arbitrale UNCITRAL dovesse essere considerato giudice di uno Stato membro ai sensi dell'articolo 267 TFUE, al pari di quanto era stato stabilito per la Corte del Benelux nella causa *Parfums Christian Dior*.<sup>85</sup> Il vantaggio di una simile impostazione starebbe nel fatto che se i collegi arbitrali sono equiparati alle corti nazionali degli Stati membri, essi si inseriscono nel dialogo giurisdizionale e sono tenuti ad applicare il diritto dell'Unione, e a rispettare i suoi principi fondanti, quali il primato del diritto unionale sui diritti degli Stati membri e su qualsiasi impegno internazionale assunto tra gli Stati membri, ivi inclusa l'efficacia diretta di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini europei e agli stessi Stati membri. A ciò andrebbe aggiunto che in caso di mancata o errata applicazione del diritto unionale da parte dei tribunali arbitrali istituiti dagli Stati membri, si potrebbe far valere la responsabilità degli Stati membri interessati”<sup>86</sup>.

La CGUE passa poi all'esame della terza questione, ossia se l'uniformità e l'efficacia del diritto unionale possano comunque essere salvaguardati laddove il lodo sia soggetto al controllo delle corti nazionali, e siano queste ultime ad avere la facoltà di proporre rinvio pregiudiziale alla CGUE. La Corte osserva che il

<sup>81</sup>Ivi, par.41.

<sup>82</sup>Ivi, par.42.

<sup>83</sup>Ivi, parr.45 ss. .

<sup>84</sup> Per un'analisi approfondita del tema si rinvia a M. Benedettelli, *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favor, ostilità o indifferenza?*, in *Verso un "ordine comunitario" del processo civile: pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, a cura di Boschiero, Bertoli, Napoli, 2008, p. 111 ss.; S. Biavati, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 432; A. Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, p. 786 ss.; M. Gregori, *L'applicazione del diritto dell'Unione da parte degli arbitri. Riflessioni e prospettive in tema di rinvio pregiudiziale*, in *Ricerche giuridiche*, 3, 2, 2014, pp. 295-312.

<sup>85</sup>Corte giust., sent. 4-11-1997, c-337/95, *Parfums Christian Dior SA c. Parfums Christian Dior BV*.

<sup>86</sup>Cfr. parr.134-5 delle Conclusioni Wathelet, *cit.*

controllo giurisdizionale sul lodo può essere esercitato soltanto nella misura in cui la legge della sede lo contempra, e sulla base di motivi limitati<sup>87</sup>. La Corte aveva precedentemente statuito in alcune pronunce riguardanti l'arbitrato internazionale commerciale che questa forma di controllo limitato è giustificabile e serve a garantire l'efficacia del procedimento arbitrale, purché vengano rispettate le disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione che a loro volta esaminate nell'ambito di tale controllo, possono poi essere eventualmente oggetto di rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte.<sup>88</sup> Tuttavia nel caso *Achmea* la CGUE afferma che mentre tale controllo è sufficiente a garantire l'unità del diritto unionale nel caso dell'arbitrato internazionale commerciale, non si può affermare lo stesso in connessione all'arbitrato internazionale degli investimenti, in quanto i due procedimenti sarebbero distinti rispetto alla propria origine, derivando il primo dall'autonomia della volontà delle parti in causa, e il secondo da un trattato<sup>89</sup>. Questo passaggio della sentenza risulta di difficile comprensione, e gli elementi utilizzati per stabilire un diverso regime tra arbitrato internazionale commerciale e arbitrato internazionale degli investimenti appaiono, a parere di chi scrive, deboli sotto due profili principali. In primo luogo, va osservato che non sempre un procedimento di arbitrato degli investimenti trova la sua origine in un TBI. Talvolta le clausole arbitrali possono essere contenute nei cosiddetti *State Contracts*<sup>90</sup>, in cui uno Stato e un investitore decidono di derogare alla giurisdizione delle corti statali in un contratto, al pari di quanto accade in un arbitrato internazionale commerciale. In entrambi i casi, la fonte del procedimento arbitrale è l'autonomia delle parti. In secondo luogo, non è chiara l'asserita relazione tra l'origine del procedimento di arbitrato e la misura del controllo delle corti statali che deve essere assicurato per garantire l'unità del diritto unionale. In altri termini, la CGUE afferma che mentre nell'arbitrato commerciale il controllo limitato esercitato dalle corti nazionali è giustificato dall'esigenza di efficacia del procedimento arbitrale, non può dirsi lo stesso di un arbitrato degli investimenti scaturente da un TBI intraunionale, in quanto quest'ultimo non trova la propria fonte nell'autonomia della volontà delle parti ma in un trattato. A parere di chi scrive, ben dovrebbero invece valere per un arbitrato degli investimenti UNCITRAL le stesse considerazioni espresse dalla CGUE per l'arbitrato internazionale commerciale, nella parte in cui essa stabilisce che nell'ambito del controllo effettuato dalle corti statali debbano essere esaminate le disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione, che a loro volta possono essere oggetto di un rinvio pregiudiziale. Il controllo delle disposizioni fondamentali del diritto unionale può essere garantito nella stessa misura sia nell'arbitrato internazionale

---

<sup>87</sup>*Achmea*, cit., par.53.

<sup>88</sup>Corte giust., sent. 1-06-1999, c-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*; Corte giust., sent. 26-10-2006, c-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*.

<sup>89</sup>*Achmea*, cit., par.55.

<sup>90</sup>R.Dolzer, *Principles*, cit., 72 ss.; P. Weil, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique", in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, 1974, 301 ss.

commerciale che nell'arbitrato internazionale degli investimenti che si svolge secondo il Regolamento UNCITRAL, come nel caso Achmea, o di altre istituzionali arbitrali quali ad esempio la ICC (*International Chamber of Commerce*) o la SCC (*Stockholm Chamber of Commerce*). Difatti in queste ipotesi, la qualifica dell'arbitrato internazionale come commerciale o di investimento non determina alcuna differenza sul quadro processuale applicabile e sull'entità del controllo che le corti nazionali possono esercitare, che può essere effettuato sia nell'ambito di un ricorso di annullamento avverso il lodo, sia nell'ambito di un'opposizione a una domanda di riconoscimento e di esecuzione di tale lodo. Inoltre, in alcune leggi nazionali quali quella italiana<sup>91</sup>, il controllo delle corti sulla validità del lodo può riguardare anche il merito della controversia<sup>92</sup>, dunque consentendo alle corti una piena verifica in merito all'applicazione del diritto unionale.

In queste sedi, i giudici nazionali possono sia esaminare questioni di diritto unionale<sup>93</sup>, sia decidere se adire la CGUE ai sensi dell'articolo 267 TFUE per ottenere l'interpretazione o la valutazione delle norme di diritto europeo<sup>94</sup>. Nel caso di specie, le parti hanno scelto di applicare il Regolamento di Arbitrato UNCITRAL<sup>95</sup>, e in conformità all'articolo 16 dello stesso, il collegio arbitrale ha fissato la sede dell'arbitrato a Francoforte<sup>96</sup>. Il codice di procedura tedesco prevede all'articolo 1059<sup>97</sup> che il lodo può essere oggetto di un ricorso di annullamento innanzi ai giudici tedeschi per contrarietà all'ordine pubblico. All'interno del concetto di "ordine pubblico" possono senza dubbio farsi rientrare le disposizioni fondamentali del diritto unionale<sup>98</sup>. Inoltre, in sede di annullamento del lodo il

<sup>91</sup>Codice di procedura civile, Titolo VIII "Dell'arbitrato".

<sup>92</sup>Articolo 829 c.p.c., in cui si prevede che "L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge".

<sup>93</sup> In questo senso si è pronunciata la stessa CGUE nei casi Corte giust., domanda di pronuncia pregiudiziale 23-03-1982, c-102/81, "*Nordsee*" *Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG e Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG.*, §14; Corte giust., domanda di pronuncia pregiudiziale 27-04-1994, c-393, *Comune di Almelo e altri c. NV Energiebedrijf IJsselmij NV.*, §22-23; *Eco Swiss*, cit., par.32.

<sup>94</sup>In tal senso si è pronunciata la CGUE in *Eco Swiss*, cit., §33 e *Nordsee*, cit., par.15.

<sup>95</sup>Il Regolamento di Arbitrato UNCITRAL è disponibile su <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>

<sup>96</sup>Cfr. par. 247, Conclusioni Wathelet, cit.

<sup>97</sup>V. art. 1059, § 2, punto 1, lettera d), e punto 2, lettera b) del codice di procedura tedesco.

<sup>98</sup>V. tra le altre la causa che ha dato luogo alla sentenza *Eco Swiss*, cit., che si inseriva nell'ambito di un ricorso di annullamento di un lodo arbitrale intentato innanzi alla Hoge Raad, che ha poi sollevato domanda di pronuncia pregiudiziale alla CGUE sull'interpretazione dell'art.101 TFUE (art.85 Trattato CE). La CGUE ha in quella sede qualificato l'articolo 101 TFUE come una disposizione di ordine pubblico ai sensi della Convenzione di New York, e stabilito che nei limiti in cui un giudice nazionale deve accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda siffatta se ritiene che tale lodo sia contrario all'art.101 TFUE. Ha precisato a tal proposito che "da un lato quest'articolo costituisce una disposizione indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno e dall'altro, il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito da tale articolo possano essere esaminate dai



giudice nazionale può sollevare domanda di pronuncia pregiudiziale alla CGUE per chiarire la portata delle norme di diritto unionale<sup>99</sup>, assicurando in questo modo l'uniformità del diritto dell'UE. Sarebbe stato diverso se si fosse trattato di un arbitrato ICSID, in cui il controllo di validità del lodo è esercitato da un comitato ad hoc<sup>100</sup>, e dunque la competenza giurisdizionale delle corti della sede è derogata, oppure se ci si fosse trovati a dover applicare una legge della sede che consente alle parti di rinunciare preventivamente all'impugnazione del lodo, come ad esempio la legge francese<sup>101</sup>. Ma anche in quest'ultimo caso, ossia se le parti hanno derogato alla giurisdizione della corte della sede sulla base di una norma della *lex arbitrii*, sussisterebbe ancora la giurisdizione delle corti nazionali nella fase di riconoscimento ed esecuzione del lodo che avviene ai sensi della Convenzione di New York, che prevede tra i motivi dell'articolo V, quasi sempre pedissequamente ripresi nelle leggi nazionali, la contrarietà all'ordine pubblico<sup>102</sup>, in cui rientrano anche le disposizioni che Wathelet ha qualificato di "ordine pubblico europeo"<sup>103</sup>. In quella sede, è sempre possibile vagliare la compatibilità

---

giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulla validità di un lodo arbitrale e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte".

<sup>99</sup>V. i casi che hanno dato origine alla sentenza *Eco Swiss*, cit., in cui la domanda di rinvio pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di un giudizio di impugnazione del lodo per contrasto con l'articolo 101 TFUE dallo Hoge Raad, e alla sentenza Corte giust., sent. 7-07-2016, c-567/14, *Genentech Inc. c. Hoechst GmbH e Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, in cui la domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Genentech Inc., da un lato, e la Hoechst GmbH e la Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, dall'altro, in merito all'annullamento di un lodo arbitrale relativo all'esecuzione di un contratto di licenza di diritti derivanti da brevetti intentato innanzi alla Corte d'appello di Parigi.

<sup>100</sup>Cfr. art. 52 della Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini d'altri Stati, 18 marzo 1965, disponibile al link <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19650042/200308270000/0.975.2.pdf>.

<sup>101</sup> Cfr. art. 1522 del codice di procedura francese, Capitolo IV, Titolo II, disponibile su [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com)

<sup>102</sup>Cfr. par.248 delle Conclusioni Wathelet, cit.

<sup>103</sup>Cfr. par. 247 delle Conclusioni Wathelet, cit. L'avvocato generale non fornisce però una definizione del concetto di ordine pubblico europeo. In dottrina non c'è unanimità di vedute (per un maggiore approfondimento V. O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012). Per alcuni con quest'espressione si farebbe riferimento sia all'ordine pubblico internazionale del sistema giuridico dell'Unione Europea (V. B. Nascimbene, *Riconoscimento di sentenza straniera e ordine pubblico europeo*, in *Riv. dir. intl' priv. proc.*, 659 ss.; H.P. Meidanis, *Public Policy and ordre public in the private International law of the EC/EU*, in *Eur. L. Rev.*, 2005, 95 ss.; S. Poillot Perruzzetto, *European public policy and other restrictions*, in *Riv. dir. intl'*, 2003, 343), sia all'ordine pubblico del sistema giuridico dalla Cedu (V. F. Sudre, *Existe-t-il un ordre public européen?*, in Tavernier P. (a cura di), *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruxelles, 1996, pp.39 ss.; C. Picheral, *L'ordre public européen, Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, 2001; F. Sudre, *L'ordre public européen*, in M.J.Redor (a cura di), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, 2001, 109 ss.), sia in senso più ampio, alla sintesi dei valori giuridici condivisi dai diversi Stati (Feraci, cit., 324). Per quanto riguarda il contenuto dell'ordine pubblico europeo, ossia l'individuazione dei principi che compongono questa nozione, in dottrina la tesi più convincente appare quella che utilizza il parametro generale enunciato dalla CGUE nel caso *Eco Swiss*, cit., per cui un principio può considerarsi di ordine pubblico qualora costituisca una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati dall'Unione Europea (in questo senso Feraci, cit. p.361 ss; V. anche C. Liebscher, *European Public Policy: a Black Box?*, in *J. Intl' Arb.*, 2000, 80 ss).

del lodo con il diritto unionale, e nell'eventualità proporre un rinvio pregiudiziale alla CGUE<sup>104</sup>. Sebbene il lodo abbia natura vincolante, non può essere eseguito senza che lo Stato metta a disposizione i suoi meccanismi di esecuzione<sup>105</sup>. Il rischio che venga del tutto esclusa la possibilità del rinvio pregiudiziale alla CGUE, sussiste invece quando due Stati membri decidano di fissare la sede dell'arbitrato in uno Stato non membro dell'Unione Europea, e il lodo non debba essere eseguito nell'Unione Europea. Ma anche in questo caso, non ci sono ragioni fondate per ritenere a priori che gli arbitri non applicheranno i principi fondamentali del diritto unionale in maniera corretta. Inoltre, bisogna tenere presente che c'è uno strumento peculiare del diritto unionale, che anche in questi casi consentirebbe un controllo della Commissione Europea, ossia quello previsto dagli articoli 258 e 260 TFUE, che permettono alla Commissione di perseguire uno Stato membro che si sia conformato a un lodo arbitrale incompatibile con il diritto dell'Unione<sup>106</sup>. Nella sua analisi, la CGUE non ha considerato il fatto che sebbene i tribunali arbitrali non abbiano attualmente la facoltà di proporre direttamente un rinvio pregiudiziale, in alcune leggi nazionali di arbitrato ci sono meccanismi per consentirgli di adire le corti nazionali anche durante i procedimenti arbitrali qualora ci sia la necessità di interpretare disposizioni di diritto europeo. Ci si riferisce in particolare alla facoltà concessa agli arbitri ai sensi della *Section 45* dell'*English Arbitration Act* di adire le corti inglesi che possono essere chiamate a determinare qualsiasi questione di diritto unionale<sup>107</sup>, e in questa sede eventualmente adire la CGUE per un rinvio pregiudiziale.

2598

Il caso *Achmea* cristallizza non senza contraddizioni la posizione teorica della CGUE in merito all'arbitrato degli investimenti intraunionale, sebbene essa si sia pronunciata avendo unicamente riguardo a un arbitrato internazionale UNCITRAL. Difatti questa sentenza, per le motivazioni che abbiamo analizzato, lascia diverse questioni irrisolte sia in merito all'arbitrato degli investimenti scaturenti da TBI intraunionali, sia in merito all'eventualità di estendere i suoi principi all'arbitrato scaturente da TBI extra-UE o da accordi di libero scambio negoziati dall'Unione Europea e gli Stati terzi.

In merito alla prima questione, non appare ad esempio chiaro se le conclusioni della CGUE sarebbero potute essere differenti se nel TBI fosse stato previsto il ricorso all'arbitrato ICSID anziché UNCITRAL<sup>108</sup>, oppure se la clausola sul diritto applicabile contenuta nei TBI fosse stata redatta nel senso di non includere un riferimento al diritto interno degli Stati membri.

<sup>104</sup>V. il procedimento che ha dato luogo alla pronuncia della Corte giust., sent. 13-05-2015, c-536/13, *Gazprom OAO*. La domanda di rinvio pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di un ricorso proposto dalla «Gazprom» OAO, società con sede a Mosca, avverso il diniego di riconoscimento e di esecuzione in Lituania di un lodo arbitrale reso il 31 luglio 2012.

<sup>105</sup>Cfr. par. 238 delle *Conclusioni Wathélet*, cit.

<sup>106</sup>*Ibid.*

<sup>107</sup> Cfr. *Section 45(1)* dell'*English Arbitration Act* che stabilisce che: "Unless otherwise agreed by the parties, the court may on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties) determine any question of law arising in the course of the proceedings which the court is satisfied substantially affects the rights of one or more of the parties".

<sup>108</sup>V. *infra*, par. 3.

In merito alla seconda questione, la CGUE non si pronuncia esplicitamente sull'eventuale compatibilità delle clausole arbitrali contenute in TBI tra Stati membri e Stati terzi col diritto unionale. In dottrina è stato osservato che la CGUE, stabilendo che il principio di leale cooperazione trova applicazione tra Stati membri ma non tra l'UE e i Paesi Terzi, ha lasciato intendere che il ragionamento condotto nella sentenza *Achmea* non troverebbe applicazione nella valutazione della compatibilità della clausola arbitrale inserita nei TBI sottoscritti tra Stati membri e paesi extra-UE<sup>109</sup>. Quest'interpretazione è stata confermata nelle conclusioni al parere 1/17 presentate dall'avvocato generale Bot<sup>110</sup>, il quale ha ritenuto che il ragionamento prospettato nel caso *Achmea*, ossia quello di considerare la clausola arbitrale dei TBI intra-UE come atta a pregiudicare l'autonomia del diritto unionale, sia stato ispirato principalmente dall'idea per cui il sistema giurisdizionale dell'Unione si fonda sulla fiducia reciproca e la leale cooperazione tra gli Stati membri<sup>111</sup>. Sulla base di questi principi, sussisterebbe il divieto per gli Stati membri di prevedere nelle rispettive relazioni bilaterali dei meccanismi paralleli di risoluzione delle controversie che possano riguardare l'interpretazione e l'applicazione del diritto unionale<sup>112</sup>. E considerando che il diritto unionale non impone la fiducia nei sistemi giuridici degli Stati terzi<sup>113</sup>, si può dedurre che un'eventuale clausola arbitrale inserita in un TBI extra-UE non pregiudichi né il principio della leale cooperazione né quello della fiducia reciproca tra Stati membri<sup>114</sup>.

In merito alla terza questione, ossia se i principi della sentenza *Achmea* possano essere estesi anche a un sistema di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati in materia di investimenti inserito in un accordo di libero scambio negoziato dall'Unione Europea e Stati terzi, essa è stata posta nel caso del *Ceta (Comprehensive Economic and Trade Agreement)*<sup>115</sup>, nell'ambito di una domanda di parere presentata alla CGUE dal Regno del Belgio ai sensi dell'articolo 218

---

<sup>109</sup>*Calamita*, cit., 472.

<sup>110</sup>*Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot*, 29-01-2019, Parere 1/17.

<sup>111</sup>Ivi, par. 105.

<sup>112</sup>Idem.

<sup>113</sup>Ivi, come riportato alla nota 101.

<sup>114</sup>Idem.

<sup>115</sup>Il CETA è stato stipulato tra l'Unione Europea e il Canada il 30 ottobre 2016. Nonostante la firma, non è stato ancora concluso ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 6, TFUE. Si tratta di un accordo di libero scambio di "nuova generazione", in quanto prevede oltre a misure su dazi e barriere non tariffarie, anche norme riguardanti gli investimenti, gli appalti pubblici, la concorrenza, la tutela della proprietà intellettuale e lo sviluppo sostenibile. Nello specifico si tratta del Capo 8 "Investimenti", Sezione F "Risoluzione delle controversie tra investitori e Stati in materia di investimenti". Non essendo possibile una trattazione esaustiva dell'argomento in questa sede, si rinvia alladottrina sul tema, tra cui ex multis A. Reimisch, *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards?—The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration*, in *J Intl' Ec. L.*, 2016, 761; S. Schacherer, *TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation - Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals*, in *J. Intl' Dispute Settlement*, (2016), 628.

paragrafo 11 TFUE (parere 1/17)<sup>116</sup>, cui hanno fatto seguito le conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot<sup>117</sup> e recentemente il parere 1/17 della CGUE<sup>118</sup>. La domanda di parere proposta alla Corte dal Regno del Belgio era volta a comprendere se il CETA, con riferimento al suo capo otto («Investimenti»), sezione F («Risoluzione delle controversie tra investitori e Stati in materia di investimenti»), fosse compatibile con i trattati unionali. La procedura di risoluzione delle controversie del CETA prevede la costituzione di un tribunale permanente competente a trattare le domande presentate dagli investitori nei confronti di una parte, con la possibilità di impugnare tali sentenze innanzi a un tribunale d'appello anch'esso permanente. La procedura si attiva nei casi in cui l'investitore di uno Stato membro presenta una domanda nei confronti del Canada, oppure in cui un investitore canadese presenta una domanda nei confronti di uno Stato membro e dell'Unione Europea. Ripercorriamo brevemente gli elementi del ragionamento dell'avvocato generale per poi analizzare la posizione della CGUE. Bot afferma che i principi elaborati dalla CGUE nella sentenza *Achmea* relativamente agli articoli 267 e 344 TFUE non sono applicabili al caso in questione. In primo luogo, egli si sofferma sui principi della reciprocità e della protezione equivalente. La sezione F del capo 8 del CETA è inserita in un accordo concluso dall'Unione e dagli Stati membri con uno Stato terzo<sup>119</sup>, che disciplina

<sup>116</sup>Domanda di parere presentata alla CGUE dal Regno del Belgio ai sensi dell'articolo 218 paragrafo 11 TFUE (parere 1/17), disponibile al link [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_2017.369.01.0002.01.ITA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_2017.369.01.0002.01.ITA)

<sup>117</sup>Conclusioni Bot, cit.

<sup>118</sup> Parere 1/17 della Corte, 30 aprile 2019, «Parere emesso ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 11, TFUE – Accordo economico e commerciale globale tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra (CETA) – Risoluzione delle controversie tra investitori e Stati (ISDS) – Costituzione di un tribunale e di un tribunale d'appello – Compatibilità con il diritto primario dell'Unione – Obbligo del rispetto dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione – Livello di protezione di interessi pubblici fissato, conformemente al quadro costituzionale dell'Unione, dalle istituzioni di quest'ultima – Parità di trattamento tra gli investitori canadesi e quelli dell'Unione – Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Articolo 20 – Accesso a detti tribunali e indipendenza dei medesimi – Articolo 47 della Carta – Accessibilità finanziaria – Impegno di garantire quest'ultima per le persone fisiche e per le piccole e medie imprese – Aspetti esterno e interno del requisito di indipendenza – Nomina, retribuzione e deontologia dei membri – Ruolo del comitato misto CETA – Interpretazioni vincolanti del CETA stabilite da detto comitato», disponibile su <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213502&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3100100>.

<sup>119</sup> Nella sentenza *Achmea* la CGUE ha stabilito una distinzione tra il caso in cui la possibilità di sottoporre le controversie ad un organismo che non costituisce un elemento del sistema giurisdizionale dell'Unione sia previsto in un TBI intraunionale, e quello in cui lo stesso sia previsto in accordi conclusi dall'Unione. Più precisamente, la CGUE ha affermato che «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, non è, in linea di principio incompatibile con il diritto dell'Unione» (Cfr. par.57, *Achmea*, cit.), ma che tuttavia esso deve garantire l'autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico. Queste condizioni non sarebbero assicurate nel caso in cui il meccanismo di risoluzione delle controversie sia incluso «in un accordo concluso non dall'Unione, ma dagli Stati membri» (Cfr. par.58, *Achmea*, cit.), in quanto in tal caso sarebbe rimesso in discussione «oltre al principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, la salvaguardia del carattere proprio dell'ordinamento istituito dai Trattati, garantito dalla procedura del rinvio pregiudiziale do cui all'articolo 267

quindi le relazioni tra dette parti e non le relazioni reciproche tra Stati membri. Bot sottolinea che le relazioni tra i contraenti del CETA non sono basate sulla fiducia reciproca<sup>120</sup>, ed è per questa ragione che le parti hanno inteso stipulare quest'accordo volto a definire su base di reciprocità uno standard di protezione sostanziale e procedurale. In secondo luogo, si sofferma sul diritto applicabile. A differenza del TBI del caso Achmea in cui la clausola di diritto applicabile lasciava la possibilità al collegio arbitrale di conoscere le controversie concernenti l'interpretazione e l'applicazione del diritto unionale, il CETA stabilisce che il diritto applicabile consiste esclusivamente nelle disposizioni di tale accordo, interpretate conformemente al diritto internazionale<sup>121</sup>. L'esistenza di questa norma garantirebbe il monopolio interpretativo della CGUE, e il principio di autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea, dal momento che il diritto interno degli Stati membri può essere considerato dal tribunale solo come una questione di fatto<sup>122</sup>. Nel parere 1/17 la CGUE riprende sostanzialmente le conclusioni dell'avvocato generale, senza discostarsene, e dedica alcuni brevi passaggi al tema delle divergenze esistenti tra il capo otto, sezione F del CETA e il TBI del caso Achmea<sup>123</sup>. In primo luogo, la CGUE rileva che mentre il TBI istituisce un tribunale chiamato a risolvere controversie che possono riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione,<sup>124</sup> gli organi del CETA sono competenti esclusivamente a interpretare tale accordo in conformità alla Convenzione di Vienna e alle regole e ai principi di diritto internazionale applicabili tra le parti<sup>125</sup>. In secondo luogo, la CGUE afferma che la questione della compatibilità con il diritto dell'Unione dell'istituzione di un tribunale degli investimenti debba essere risolta in maniera differente a seconda che tale meccanismo di risoluzione delle controversie sia contenuto in un TBI intraunionale o in un accordo tra l'Unione e uno Stato terzo<sup>126</sup>. Più precisamente, la CGUE afferma che “in qualunque ambito che rientri nel diritto dell'Unione, gli

---

TFUE, e non è pertanto compatibile con il principio di leale cooperazione” (Cfr. par.58, *Achmea*, cit.).

<sup>120</sup>Cfr. par.73 *Conclusioni Bot*, cit., dove asserisce “senza fare prediche o processi alle cattive intenzioni ai partner commerciali dell'Unione, non si può dare tuttavia per scontato che gli investitori dell'Unione dispongano, negli Stati terzi con i quali l'Unione intende sviluppare relazioni in materia di investimenti, di un livello di protezione equivalente da un punto di vista sostanziale e procedurale”.

<sup>121</sup>Cfr. par.122 *Conclusioni Bot*, cit.

<sup>122</sup>*Idem*.

<sup>123</sup> Non essendo possibile un'analisi approfondita del parere 1/17 della CGUE in questa sede, si rinvia a G.Croissant, *Opinion 1/17 – The CJEU Confirms that CETA's Investment Court System is Compatible with EU Law*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 30 aprile 2019; F. Batselé, *The European Investment Policy after the CETA Opinion*, 9 maggio 2019, disponibile su <http://cris.unu.edu/european-investment-policy-after-ceta-opinion>; D. Charlotin, *European Court of Justice Confirms Compatibility of CETA's Investor-State Dispute Mechanism With EU Law*, in *IAR Reporter*, 30 aprile 2019; F. de Abreu Duarte, *Autonomy and Opinion 1/17 – a matter of coherence?*, in *European Law Blog*, 31 maggio 2019.

<sup>124</sup> Cfr. par.126, *Parere 1/17*, cit.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> Ivi, par.127.

Stati membri sono tenuti al rispetto del principio della fiducia reciproca”<sup>127</sup>. Tuttavia, tale principio “relativamente al rispetto del diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice indipendente, non si applica nelle relazioni tra l’Unione e uno Stato terzo”<sup>128</sup>. Alla luce di queste motivazioni, la CGUE conclude nel senso di ritenere inapplicabili i principi della sentenza Achmea al caso in questione.

L’inserimento nel CETA di un sistema giurisdizionale istituzionalizzato per la risoluzione delle controversie in materia di investimento, come è accaduto anche per altri Free Trade Agreements<sup>129</sup>, si inserisce a pieno titolo nella strategia della Commissione enunciata in ultimo nel documento “Investimenti nel TTIP e non solo: sulla via delle riforme – Rafforzare il diritto di legiferare e passare dall’attuale arbitrato ad hoc a un tribunale per gli investimenti”<sup>130</sup>. In questa comunicazione la Commissione ha stabilito un approccio in due fasi alla riforma del sistema ISDS (“*Investor State Dispute Settlement System*”) tradizionale. La prima fase prevede l’inclusione negli accordi commerciali e di investimento dell’Unione Europea di un sistema giurisdizionale istituzionalizzato per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (anche detto “ICS”, acronimo di “*Investment Court System*”)<sup>131</sup>. La seconda fase prevede l’istituzione di un tribunale multilaterale per gli investimenti che andrà a sostituire tutti gli ICS bilaterali inclusi negli accordi commerciali e di investimento dell’Unione Europea<sup>132</sup>. A tal proposito, nel 2017 il Consiglio ha autorizzato con una decisione l’avvio di negoziati per una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle

<sup>127</sup> Nel parere la CGUE chiarisce che il principio della fiducia reciproca “impone a ciascuno di questi Stati si ritenere, salvo circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettino l’ordinamento dell’Unione, ivi compresi i diritti fondamentali, quali il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice indipendente, enunciato dall’articolo 47 della Carta”(Cfr. par.128, *Parere 1/17, cit.*).

<sup>128</sup> Cfr par.129, *Parere 1/17, cit.*

<sup>129</sup> Si v. l’E.U.S.F.T.A (EU-Singapore Free Trade Agreement), disponibile al link <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>, e l’E.U.V.F.T.A (EU-Vietnam Trade and Investment Agreement), disponibile al link <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>. Non essendo possibile approfondire in questa sede il tema, si rinvia alla cospicua dottrina, tra cui si segnala ex multis F.M.Ruotolo, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell’UE*, in *Studi sull’integrazione europea*; R.Calamita, *La clausola ISDS negli accordi commerciali di ultima generazione dell’UE*, in *DPCE 2018* e della stessa autrice *Il nuovo doppio binario della politica commerciale dell’Unione europea*, in *DPCE 4/2018*, e *Sulla competenza dell’Unione europea a stipulare accordi di libero scambio: il caso dell’EUSFTA*, in *DPCE Online*, n.3, 2017, pp.685 ss.; C. Cellerino, *Il Parere 2/15 della Corte di giustizia sull’accordo di libero scambio UE-Singapore: luci e ombre*, disponibile su [rivista eurojus.it](http://rivista.eurojus.it); D. Kleimann, *Reading Opinion 2/15: Standards of Analysis, the Court’s Discretion, and the Legal View of the Advocate General*, in *EUI Working Paper RSCAS*, n.23/2017; G. Gruni, *Towards a Sustainable World Trade Law? The Commercial Policy of the European Union after Opinion 2/15 CJUE*, in *Global Trade Custom and J.*, n.2/2018, 4 ss; L. Amkersmit, *Opinion 2/15 and the future of mixity and ISDS*, 2017, disponibile su [europeanlawblog.eu](http://europeanlawblog.eu).

<sup>130</sup> Commissione Europea, “Investimenti nel TTIP e non solo: sulla via delle riforme - Rafforzare il diritto di legiferare e passare dall’attuale arbitrato ad hoc a un tribunale per gli investimenti”. Il documento è disponibile al link <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-493-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

<sup>131</sup> Ivi, 3.

<sup>132</sup> Idem.

controversie in materia di investimenti<sup>133</sup>, che dovranno essere condotti sotto gli auspici della commissione UNCITRAL<sup>134</sup>. Dall'ambito di applicazione della decisione sono state escluse esplicitamente le controversie derivanti da trattati bilaterali di investimento conclusi tra Stati membri (ossia TBI intra-UE) e le controversie fra un investitore di uno Stato membro e uno Stato membro nel quadro del trattato sulla Carta dell'Energia<sup>135</sup>.

### **3. Le implicazioni del caso Achmea sull'arbitrato intra-UE**

La sentenza Achmea è destinata a produrre delle conseguenze notevoli per l'arbitrato degli investimenti nell'Unione Europea<sup>136</sup>. In una recente comunicazione<sup>137</sup>, la Commissione ha chiarito la portata di questa pronuncia per gli Stati membri.

Nello specifico, la Commissione si è dapprima soffermata su alcune considerazioni di ordine sistematico. In primo luogo, essa ha ribadito che le norme sostanziali dei TBI rappresentano un sistema parallelo ai trattati che si sovrappone alle disposizioni del mercato unico europeo, ostacolando la piena applicazione delle norme processuali e sostanziali del diritto dell'UE per il trattamento degli investimenti transfrontalieri nell'UE. Ha posto l'accento sul fatto che la pratica dei TBI intraunionali viola il principio di non discriminazione tra gli investitori dell'UE in quanto conferisce diritti soltanto agli investitori degli Stati tra cui intercorrono relazioni bilaterali. In secondo luogo, la Commissione ha riaffermato che il ricorso all'arbitrato sottrae alle giurisdizioni statali controversie inerenti a misure nazionali e al diritto unionale. A tal proposito, la Commissione ha asserito che gli arbitri non sarebbero in grado di applicare adeguatamente il diritto dell'UE, sia per la loro qualifica di giudici privati, sia per l'assenza di dialogo giurisdizionale con la CGUE, non essendo loro riconosciuta la facoltà di proporre rinvio pregiudiziale<sup>138</sup>. Quest'osservazione risulta di difficile dimostrazione, dal momento che la funzione di arbitro internazionale è generalmente esercitata da eminenti giuristi con una notevole expertise, e che il dialogo tra le corti non si sviluppa soltanto allorquando siano previsti strumenti processuali all'uopo, quali il rinvio pregiudiziale alla CGUE, ma anche in assenza di obblighi giuridici e in maniera

---

<sup>133</sup>COM(2017) 493, Decisione del Consiglio che autorizza l'avvio di negoziati per una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, 13 settembre 2017.

<sup>134</sup>Allegato della raccomandazione di decisione del Consiglio che autorizza l'avvio di negoziati per una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, cit., par.3.

<sup>135</sup>Ivi, nota 1.

<sup>136</sup>C.Fouchard-M-Krestin, *The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea – A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 7 marzo 2018.; F.Munari, C.Cellerino, *Eu law is live and healthy: the Achmea case and a happy good-bye to intra-EU bilateral investment treaties*, in *Sidi Blog*, 17 aprile 2018, disponibile al link <http://www.sidiblog.org/2018/04/17/eu-law-is-alive-and-healthy-the-achmea-case-and-a-happy-good-bye-to-intra-eu-bilateral-investment-treaties/>.

<sup>137</sup> Comunicazione della Commissione, *Tutela degli investimenti*, cit.

<sup>138</sup>Ivi, 2.

del tutto spontanea, considerando che le corti internazionali e i tribunali arbitrali internazionali fanno sovente applicazione del principio della “International comity”<sup>139</sup>, contribuendo in questo modo alla circolazione e all’applicazione uniforme dei principi nell’ordinamento giuridico internazionale. Si può citare l’esempio dell’arbitrato ICSID *Tulip Real Estate c. Turchia*<sup>140</sup> in cui il tribunale arbitrale ai fini della decisione della controversia, pur non essendo obbligato a osservare la regola del precedente o ad applicare la giurisprudenza di altre corti internazionali, ha preso in considerazione pronunce di altre corti internazionali, quali la Corte Internazionale di Giustizia. Questo ragionamento può essere trasposto anche ai rapporti tra i tribunali arbitrali internazionali e la CGUE, esistendo tra gli stessi un dialogo giurisdizionale spontaneo, rafforzato in alcune forme di arbitrato dalla prospettiva che il rinvio pregiudiziale può in ogni caso essere sollevato in sede di controllo giurisdizionale del lodo o di opposizione all’esecuzione dello stesso.

La Commissione ha poi delineato quali sono gli effetti concreti derivanti dall’applicazione dei principi enunciati nella sentenza *Achmea*. Nello specifico, la Commissione ha chiarito che i TBI intraunionali e le clausole compromissorie in essi contenute sono da ritenersi incompatibili col diritto dell’UE. Da ciò deriva che le clausole compromissorie predette sono inapplicabili, e che pertanto l’inesistenza di un valido patto compromissorio determina che gli arbitri non hanno giurisdizione a conoscere la controversia per l’inesistenza di un valido patto compromissorio. Inoltre, la Commissione ha precisato che le corti nazionali dovranno annullare qualsiasi lodo arbitrale reso su tali basi, e rifiutare l’esecuzione dello stesso.<sup>141</sup> La Commissione ha invitato gli Stati a terminare formalmente i rispettivi TBI intraunionali.<sup>142</sup>

La sentenza *Achmea* ha suscitato reazioni differenti tra gli Stati membri, le corti nazionali e i tribunali arbitrali.<sup>143</sup>

<sup>139</sup>Esiste una corposa letteratura sul concetto di comity, e diverse definizioni e accezioni del termine. In diritto internazionale pubblico con il termine comity si è tradizionalmente inteso fare riferimento a tutti quegli atti posti in essere dagli Stati o dai tribunali internazionali non in quanto imposti da una norma giuridica, ma per ragioni di cortesia e di rispetto (V. T. Schultz, N. Ridi, “Comity and International Courts and Tribunals”, in *Cornell Intl’ L. J.*, 2017, 578 ss.; R. Paul, Comity in International Law, in *Harvard L. Rev.*, 1991, 3; J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 2012, 23; Comity, voce in *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 2003).

<sup>140</sup>*Tulip Real Estate Inv. & Dev. Netherlands B.V. c. Turchia*, ICSID Case No. ARB/11/28, decisione sulla giurisdizione, 5 marzo 2013, parr. 45-47.

<sup>141</sup>Comunicazione della Commissione, *Tutela degli investimenti intra-UE*, cit., 3.

<sup>142</sup>Ivi, 4.

<sup>143</sup>Per un maggiore approfondimento V. M. Davoise, *Another One BIT the Dust: Is the Netherlands’ Termination of Intra-EU Treaties the Latest Symptom of a Backlash Against Investor-State Arbitration?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 11 agosto 2018, disponibile al link <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/11/another-one-bit-dust-netherlands-termination-intra-eu-treaties-latest-symptom-backlash-investor-state-arbitration/>; R. Jacchia, D. Scavuzzo, *Investimenti intra-UE. La Corte di Giustizia limita il ricorso alle procedure arbitrali per la risoluzione di controversie sorte nell’ambito di Trattati Bilaterali di Investimento tra Stati Membri*, disponibile al link <https://www.dejalex.com/2018/09/investimenti-intra-ue-la-corte-di-giustizia-limita-il->



Per quanto riguarda la posizione degli Stati, viene in rilievo la “dichiarazione sulle conseguenze giuridiche del caso Achmea sulla protezione degli investimenti all’interno dell’Unione Europea”, presentata da ventidue Stati membri lo scorso 15 gennaio<sup>144</sup>. Nella dichiarazione gli Stati recepiscono pienamente quanto enunciato dalla CGUE nel caso Achmea, stabilendo che le clausole compromissorie contenute nei TBI tra Stati membri sono contrarie al diritto unionale e pertanto devono ritenersi inapplicabili, e di conseguenza che i tribunali arbitrali costituiti sulla base di tali clausole non hanno giurisdizione. Nella dichiarazione i suddetti Stati assumono alcuni impegni, tra cui quelli di (i) informare i tribunali arbitrali sulle conseguenze giuridiche derivanti dal caso Achmea, (ii) chiedere alle corti nazionali chiamate a decidere di procedimenti arbitrali intraunionali, ivi incluse quelle situate in paesi terzi, di annullare i suddetti lodi e di rifiutare l’esecuzione sulla base della mancanza di una valida convenzione arbitrale, (iii) informare dell’impossibilità di iniziare nuovi arbitrati degli investimenti all’interno dell’Unione, e (iv) terminare tutti i TBI intraunionali entro la fine dell’anno corrente. Essi hanno inoltre stabilito che i principi enunciati nella sentenza Achmea si estendono anche agli arbitrati intraunionali scaturenti dall’Energy Charter Treaty (di seguito “ECT”)<sup>145</sup>, in quanto quest’ultimo costituirebbe parte integrante dell’ordinamento giuridico europeo e pertanto deve essere applicato in maniera compatibile con i trattati unionali. Nella dichiarazione è in sostanza condivisa la posizione della Commissione espressa nel documento “Tutela degli investimenti intra-UE<sup>146</sup>, in cui quest’ultima aveva chiarito che la sentenza Achmea deve essere applicata anche all’arbitrato tra investitori e Stati previsto dall’articolo 26 dell’ECT per quanto riguarda i rapporti intra-UE. La Commissione aveva difatti chiarito in quella sede che l’interpretazione corretta dell’articolo 26 dell’ECT è quella secondo cui questa disposizione non prevede una clausola arbitrale tra investitori e Stato applicabile tra investitori di due diversi Stati membri dell’UE, in quanto dato il primato del diritto dell’UE, tale clausola se interpretata come applicabile a livello intra-UE risulterebbe incompatibile con il diritto primario dell’UE e pertanto inapplicabile<sup>147</sup>. A nulla rileverebbe la circostanza che l’UE abbia sottoscritto l’ECT, dal momento che a parere della Commissione la partecipazione dell’UE a tale trattato avrebbe soltanto creato diritti e obblighi tra l’UE e i paesi terzi senza influire sui rapporti tra gli Stati membri dell’UE<sup>148</sup>. Tuttavia quest’interpretazione della Commissione non è stata condivisa da alcuni Stati membri, che non ritenendo applicabili i principi della

---

ricorso-alle-procedure-arbitrali-per-la-risoluzione-di-controversie-sorto-nellambito-di-trattati-bilaterali-di-investimento-tra-stati/

<sup>144</sup> Declarations of the Representatives, *cit.*

<sup>145</sup> Il Trattato sulla Carta dell’Energia è stato sottoscritto a Lisbona il 17 dicembre 1994 da cinquantadue parti contraenti. L’articolo 26 stabilisce che le parti sottoscrivendo l’ECT hanno prestato il loro consenso incondizionato a sottoporre le controversie all’arbitrato, condotto secondo le regole di Arbitrato ICSID, UNCITRAL o SCC (il testo dell’ECT è disponibile al link: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-it.pdf>).

<sup>146</sup> Comunicazione della Commissione, *Tutela degli investimenti intra-UE*, cit., 4.

<sup>147</sup> *Idem.*

<sup>148</sup> *Ibid.*

sentenza Achmea agli arbitrati intraunionali scaturenti dall'ECT, non hanno sottoscritto la dichiarazione congiunta. Difatti sono state presentate due dichiarazioni aggiuntive, rispettivamente dall'Ungheria, e dalla Finlandia con Lussemburgo, Malta, Slovenia e Svezia<sup>149</sup>. Nella dichiarazione del 17 gennaio 2019<sup>150</sup>, l'Ungheria ha chiarito espressamente che i principi del caso Achmea riguardano soltanto l'arbitrato scaturente da TBI intraunionali, in quanto "The Achmea judgment is silent on the investor-state arbitration clause in the Energy Charter Treaty and it does not concern any pending or prospective arbitration proceedings initiated under the ECT"<sup>151</sup>. Nonostante le posizioni divergenti espresse nelle tre dichiarazioni, la Commissione non ha esitato ad attribuire alla dichiarazione dei ventidue Stati un forte valore politico<sup>152</sup>, qualificandola in un *amicus brief* recentemente presentato innanzi alla *D.C. District Court*<sup>153</sup> come la "posizione ufficiale dell'Unione Europea". Ma in realtà la questione dell'applicazione dei principi Achmea agli arbitrati tra Stati membri scaturenti dall'ECT è tutt'altro che pacifica, e l'interpretazione degli Stati dissidenti è stata peraltro adottata, come vedremo in seguito, anche da alcuni tribunali arbitrali ICSID<sup>154</sup>.

Per quanto riguarda le implicazioni del caso Achmea sull'attività giurisdizionale delle corti nazionali, è plausibile che esse saranno invitate dai rispettivi Stati di appartenenza ad annullare o rifiutare l'esecuzione dei lodi scaturenti da arbitrati per violazioni di TBI intraunionali, e che tenderanno a conformarsi a questa posizione com'è accaduto nel procedimento di annullamento innanzi alle corti tedesche da cui è originata la sentenza Achmea<sup>155</sup>. Tuttavia, ciò

<sup>149</sup>D. Charlotin, L.E. Peterson, *EU Member States announce scheme to terminate all intra-EU BITs and warn investor community to not initiate new claims*, in *IAIReporter*, 17 gennaio 2019.

<sup>150</sup>*Declaration of the Representative of the Government of Hungary, of 16 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, disponibile su <http://www.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>

<sup>151</sup>Ivi, punto 8

<sup>152</sup>Non c'è accordo in dottrina sugli effetti giuridici che possono derivare da queste dichiarazioni rilasciate dagli Stati membri. C'è chi ha rilevato che trattandosi di dichiarazioni non vincolanti, esse non hanno l'effetto di terminare i TBI o di modificare l'ECT, dal momento che questi ultimi sono trattati internazionali e contengono al loro interno le disposizioni relative alla loro modifica (V. M. El Harti Alonso, *Topical Issues in ISDS: Review of Recent Developments in the European Union*, in *Kluwearchitration blog*, 23 febbraio 2019, in riferimento alla posizione di Amy Roeburck Frey espressa durante il seminario "Topical issues in ISDS: EU Investment Law" del 7 febbraio 2019). Altri invece non hanno escluso del tutto la possibilità che queste dichiarazioni possano costituire "accordi successivi" ai sensi dell'articolo 31.3.a della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (Ivi, in riferimento alla posizione di Paschalis Paschalidis espressa durante lo stesso convegno).

<sup>153</sup>La Commissione Europea è stata autorizzata a intervenire in qualità di *amicus curiae* nell'arbitrato Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c Spagna, caso ICSID No. ARB/13/36, relativo all'esecuzione di un lodo ICSID intentato negli Stati Uniti innanzi alla D.C. District Court (si veda D. Charlotin, *European Commission Weaponize Recent Member State Declarations on Achmea in Order to Contest Enforcement of ECT Award*, in *IAReporter*, 19 marzo 2019).

<sup>154</sup>Vedi *infra* par.3.

<sup>155</sup>Corte Federale Tedesca, sent. 31 ottobre 2018, *Achmea B.V. c. Repubblica di Slovacchia*, disponibile su <https://www.italaw.com/cases/documents/6980>

non è accaduto nel recente caso *PL Holdings c. Polonia*<sup>156</sup> intentato innanzi alla Corte d'Appello Svedese nell'ambito di un procedimento di annullamento di un lodo emesso al termine di un arbitrato SCC sulla base di violazioni del TBI Lussemburgo-Polonia, in cui la Polonia è stata condannata al pagamento di un'ingente somma nei confronti dell'investitore *PL Holdings*<sup>157</sup>. La corte ha respinto le eccezioni avanzate dalla Polonia sulla base della sentenza *Achmea*, considerandole tardive. Nello specifico, la Polonia asseriva che ai sensi del diritto unionale la clausola arbitrale contenuta nel TBI era da ritenersi inesistente. La Corte ha obiettato che sulla base del Regolamento di Arbitrato della SCC le parti che intendono contestare la validità della convenzione di arbitrato devono farlo al più tardi nella comparsa di risposta. La Polonia tuttavia non aveva proceduto in tal senso, rinunciando pertanto a far valere quest'eccezione nel procedimento di annullamento del lodo<sup>158</sup>. Queste conclusioni lasciano presumere che la corte non ha aderito completamente alle indicazioni della Commissione e della CGUE, in quanto non ha ritenuto che la clausola arbitrale di un TBI dovesse ritenersi a priori e in ogni caso nulla per violazione del diritto unionale. In questa fase d'incertezza, lo strumento del rinvio pregiudiziale alla CGUE potrà essere particolarmente utile per chiarire tutti i profili dubbi legati alle implicazioni del caso *Achmea*. In questo senso, si veda il recente caso *Novenergia c. Spagna*, in cui la Spagna ha chiesto alla corte d'appello svedese, nell'ambito di un procedimento di annullamento di un lodo scaturente da un arbitrato intentato per violazioni dell'ECT, di sollevare rinvio pregiudiziale alla CGUE sulla questione della compatibilità tra l'arbitrato intraunionale ECT col diritto unionale<sup>159</sup>. Questa potrebbe essere un'occasione importante per conoscere la posizione della CGUE sull'arbitrato degli investimenti intra-UE scaturente dall'ECT.

L'attitudine delle corti che non appartengono a Stati dell'Unione Europea e che non dispongono dello strumento del rinvio pregiudiziale alla CGUE potrebbe essere diversa dalle corti degli Stati membri. Sebbene nella dichiarazione congiunta i ventidue Stati membri si siano impegnati a far valere la posizione della CGUE anche innanzi alle corti degli Stati terzi, queste ultime potrebbero sentirsi non vincolate a rispettare la sentenza *Achmea*. A tal proposito, potrà essere illuminante la soluzione del caso attualmente pendente innanzi alla US District Court of the District of Columbia, consistente in un giudizio di opposizione all'esecuzione del lodo *Novernergia* intentato dalla Spagna<sup>160</sup>.

---

<sup>156</sup>Corte d'appello Svezia, sent. 22 febbraio 2019, *PL Holdings c. Polonia*, disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10447.pdf>

<sup>157</sup>*PL Holdings S.à.r.l./ Republic of Poland*, lodo SCC V 2014/163, 28 giugno 2017, disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9378.pdf>

<sup>158</sup>Corte d'appello, *PL Holdings*, cit., parr. 5.2.3 ss. Sul punto si veda anche J. Dahlquist, *Svea Court of Appeal upholds (most of) intra-EU award against Poland, finding that state's Achmea-related objections are time-barred*, in *IAReporter*, 22 febbraio 2019.

<sup>159</sup>D. Charlotin, *Post-Achmea developments: Spain wants court to ask ECJ to rule on compatibility of Energy Charter Treaty with EU law*, in *IAReporter*, 22 maggio 2018.

<sup>160</sup>Le motivazioni della Spagna sono riportate nel "Memorandum of Law in Support of Motion to Dismiss and Deny Petition to Confirm Foreign Arbitral Award (Oral Argument Requested)", nella causa US District Court for the District of Columbia, *Novenergia II – Energy & Environment v.*

Per quanto riguarda invece le implicazioni del caso Achmea sull'attività giurisdizionale degli arbitri, la situazione appare più complessa. In linea teorica, questi ultimi non sono vincolati dalla sentenza della CGUE, sebbene nella dichiarazione i ventidue Stati membri si siano impegnati a rendere nota anche ai tribunali arbitrali quella che è la loro posizione in merito alle conseguenze giuridiche scaturenti dal caso Achmea<sup>161</sup>. E' plausibile che i tribunali arbitrali si troveranno di fronte a due alternative: declinare la propria giurisdizione, oppure assumersi il rischio che il lodo possa poi essere annullato dalle corti nazionali della sede se la stessa è situata all'interno dell'Unione Europea o che al lodo venga negata l'esecuzione, se questa deve essere realizzata in uno Stato membro<sup>162</sup>. Fino a questo momento, negli arbitrati in cui la giurisdizione del tribunale arbitrale è stata contestata a seguito della pronuncia Achmea, la tendenza dei tribunali arbitrali è stata quella di non considerare applicabile tale pronuncia. Ciò è avvenuto sostanzialmente per ragioni teoriche su cui è opportuno soffermarsi brevemente. Sono due in particolare gli arbitrati che possono illustrare la diversa prospettiva adottata dai tribunali arbitrali rispetto alle istituzioni europee nella soluzione delle complesse questioni di diritto che solleva il rapporto tra arbitrato internazionale degli investimenti e diritto unionale. Si tratta dell'arbitrato ICSID Vattenfall AB<sup>163</sup>, scaturente da una violazione dell'ECT, e dell'arbitrato ICSID UP e C.D. Holding Internationale<sup>164</sup>, scaturente da una violazione del TBI Francia/Ungheria<sup>165</sup>. Questi tribunali arbitrali hanno cercato di circoscrivere la portata della giurisprudenza Achmea, interpretandola nel senso di ritenere che i principi in essa enunciati dovessero applicarsi esclusivamente a procedure arbitrali con le stesse caratteristiche di quello analizzato nel caso Achmea, ossia arbitrati UNCITRAL (o comunque localizzati all'interno di un ordinamento giuridico nazionale), scaturenti da TBI intraunionali.

Nell'arbitrato ICSID Vattenfall AB, il tribunale arbitrale ha rigettato l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla Germania a seguito della pronuncia della CGUE nel caso Achmea<sup>166</sup>. L'arbitrato era stato iniziato da cinque società svedesi contro la Germania a seguito della decisione di questo paese di

*Kingdom of Spain*, Civil Action No. 1:18-cv-1148, 16 ottobre 2017, disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10065.pdf>

<sup>161</sup> *Declarations*, cit.

<sup>162</sup> C. Annacker, *European Court of Justice: Investor-State Arbitration Under Intra-EU Bilateral Investment Treaties Is Incompatible With EU Law*, disponibile al link <https://www.clearygartlieb.com/news-and-insights/publication-listing/european-court-of-justice-investor-state-arbitration-under-intra-eu-bilateral-investment-treaties>

<sup>163</sup> *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue, 31 agosto 2018, disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf>

<sup>164</sup> *UP and C.D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, 9 ottobre 2018, disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>

<sup>165</sup> Decret no 87-884 du 27 octobre 1987 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire hongroise sur l'encouragement et la protection reciproques des investissements, 6 novembre 1986, in *Journal ojJiciel* du 31 octobre 1987, 12695, disponibile su <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw10018.pdf>

<sup>166</sup> *Vattenfall*, cit., par.232.

ridurre l'utilizzo dell'energia nucleare. Questa decisione avrebbe integrato la violazione di diverse disposizioni dell'ECT<sup>167</sup>. Il Tribunale arbitrale è stato quindi chiamato a pronunciarsi sulla rilevanza del caso Achmea per il giudizio in corso. Il tribunale ha chiarito in primo luogo che la sussistenza della propria giurisdizione non deve essere verificata sulla base del diritto unionale, ma avendo riguardo all'ECT, e in particolare all'art. 26 di questo trattato<sup>168</sup>. Questa norma, interpretata in conformità ai principi del diritto internazionale sull'interpretazione dei trattati previsti nella Convenzione di Vienna<sup>169</sup>, non contiene alcun divieto di ricorrere all'arbitrato intra-UE. A tal proposito, il tribunale arbitrale precisa che pur non intendendo negare l'esistenza e l'effettività del diritto unionale, il compito di un organo giudicante è esclusivamente quello di interpretare le norme, e non certo quello di riscrivere il testo di una disposizione convenzionale. Il tribunale arbitrale afferma inoltre che i principi enunciati dalla CGUE nel caso Achmea, secondo cui gli articoli 267 e 344 TFUE impediscono l'inserimento di clausole arbitrali nei TBI intraunionali, non trovano applicazione nel caso di specie in quanto a differenza del TBI, l'ECT è un trattato multilaterale di cui l'Unione Europea fa

---

<sup>167</sup>Il Tribunale ICSID nonostante l'eccezione di difetto di giurisdizione fosse stata sollevata diciotto mesi dopo lo svolgimento dell'udienza principale, decideva di pronunciarsi sulla questione considerando la sentenza Achmea come un nuovo fatto ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione ICSID (*Vattenfall, cit.*, par. 95 ss.).

<sup>168</sup>La Germania aveva avanzato una serie di argomenti per dimostrare che il tribunale arbitrale nel definire la propria giurisdizione era tenuto sulla base dell'articolo 26(6) dell'ECT e dell'articolo 42(1) della Convenzione ICSID ad applicare il diritto unionale e la sentenza Achmea. Il tribunale arbitrale ha tuttavia rilevato che entrambi gli articoli definiscono le norme sulla base delle quali il tribunale arbitrale deve decidere il merito della controversia e non la giurisdizione (*Vattenfall, cit.*, par. 121).

<sup>169</sup>Ivi, par.125. A tal proposito, il tribunale arbitrale rigetta la posizione della Commissione che aveva ritenuto che l'articolo 26 ECT dovesse essere interpretato alla luce del diritto unionale, essendo quest'ultimo ascrivibile alle "regole pertinenti di diritto internazionale applicabili nei rapporti tra le parti" come prescritte all'articolo 31(3)(c) della Convenzione di Vienna<sup>169</sup>. Il tribunale è concorde nel ritenere che il diritto unionale debba essere qualificato come diritto internazionale (*Vattenfall, cit.*, par. 140 ss.), seguendo dunque l'impostazione stabilita in precedenza (v. *Electrabel c. Ungheria, cit.*, nello specifico al par.82, in cui si afferma che "EU law is international law because it is rooted in international treaties"). Inoltre, specifica che anche la sentenza Achmea deve ritenersi parte del diritto internazionale in quanto "since the ECJ is empowered by the EU Treaties to give preliminary rulings on the interpretation of EU law, including the EU Treaties, the Tribunal considers the ECJ Judgment's interpretation of the EU Treaties likewise to constitute part of the relevant international law" (*Vattenfall, cit.*, par.148). Tuttavia, rigetta la posizione della Commissione ritenendo che nell'interpretazione di una norma di un trattato internazionale, i criteri previsti dall'articolo 31(3)(c) della Convenzione di Vienna non sono primari (*Vattenfall, cit.*, par.152). Il tribunale rileva che l'applicazione di questo criterio condurrebbe a una riscrittura del trattato, con la sostituzione del significato letterale di una norma con regole di diritto internazionale esterne al trattato che si sta interpretando (*Vattenfall, cit.*, par.154). In sostanza l'approccio della Commissione avrebbe l'effetto che una stessa norma dell'ECT possa essere interpretata in maniera differente secondo le regole di volta in volta applicabili tra le parti, e questo contrasterebbe con i principi internazionali *pacta sunt servanda* e buona fede (*Vattenfall, cit.*, par.156). Inoltre lederebbe il principio di unità del trattato per il quale esso non può che contenere una serie di espressioni e termini accettati da tutte le parti, e sulle quali si è formato il loro consenso. Il Tribunale ha posto l'accento sul bisogno di coerenza, e sulla necessità di interpretare in maniera uniforme le disposizioni del trattato (*Vattenfall, cit.*, par.156).

parte con gli Stati membri<sup>170</sup>. I termini dell'articolo 26 ECT sono sostanzialmente diversi dall'articolo 8 del TBI da cui è originato il caso Achmea, e pertanto il tribunale arbitrale è nell'impossibilità di dichiarare l'esistenza di una norma di diritto internazionale che non è stata espressamente statuita nell'ECT<sup>171</sup>. Al contrario, il tribunale osserva che l'Unione Europea, in quanto parte dell'ECT, ha accettato la possibilità che fossero iniziati arbitrati anche contro di essa ai sensi dell'articolo 26, senza fare alcuna distinzione tra investitori di Stati membri e investitori di Stati extra-UE. Se si intendeva escludere l'arbitrato intraunionale, l'articolo 26 ECT doveva essere redatto in maniera differente, contemplando esplicitamente tale esclusione.<sup>172</sup> Il tribunale arbitrale passa poi a chiarire come debbano essere risolti gli eventuali profili di incompatibilità tra l'ECT e i trattati unionali. Nello specifico, la norma che nell'ECT disciplina i casi di sovrapposizione o conflitti tra accordi è l'articolo 16. Questa disposizione prevede che in caso di conflitti, debbano applicarsi le disposizioni che sono più favorevoli agli investitori<sup>173</sup>. E nel caso di specie, il tribunale arbitrale rileva che il regime previsto dall'ECT è più favorevole di quello del diritto unionale che vieta il ricorso all'arbitrato intraunionale. Pertanto, non si può affermare che i trattati unionali costituiscano una deroga al diritto dell'investitore di ricorrere all'arbitrato previsto dall'articolo 26 ECT<sup>174</sup>. Quest'interpretazione sarebbe confermata anche dall'assenza di una "disconnection clause" all'interno dell'articolo 26 ECT, attraverso cui si sarebbe dovuto escludere esplicitamente il ricorso all'arbitrato<sup>175</sup>. Il tribunale conclude la sua analisi rilevando che se le istituzioni europee ravvisano la sussistenza di profili di incompatibilità tra il diritto unionale e l'ECT nella formulazione attuale, questi devono essere affrontati nelle sedi opportune, e questa funzione non può essere demandata a un tribunale arbitrale<sup>176</sup>. La posizione espressa nel caso Vattenfall riprende quella precedentemente adottata da altri tribunali arbitrali in casi ICSID in cui si è affermata l'irrelevanza della giurisprudenza Achmea rispetto all'ECT<sup>177</sup>.

Nell'arbitrato ICSID U.P. e C.D. Holding Internationale<sup>178</sup>, il tribunale arbitrale ha ritenuto inapplicabili i principi della sentenza Achmea in quanto riferibili a una fattispecie differente<sup>179</sup>. L'arbitrato era stato intentato da due società francesi contro l'Ungheria, condannata per aver posto in essere riforme legali e fiscali integranti espropriazione indiretta ai sensi del TBI

---

<sup>170</sup>Ivi, par.161.

<sup>171</sup>Ivi, par.162.

<sup>172</sup>Ivi, par.187.

<sup>173</sup>Ivi, parr.192 ss.

<sup>174</sup>Ivi, par.195.

<sup>175</sup>Ivi, parr.202 ss.

<sup>176</sup>Ivi, par.208.

<sup>177</sup>Si v. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Spagna*, Caso n. ARB/14/1, 16 maggio 2018. dove si afferma che Achmea "is simply silent on the subject of the ECT"; *Marfin Investment Group c. Repubblica di Cipro*, caso ICSID n. ARB/13/27, 27 luglio 2018.

<sup>178</sup>*UP e C.D Holding Internationale c. Ungheria*, caso ICSID n.ARB/13/35, 9 ottobre 2018.

<sup>179</sup>Le stesse conclusioni sono state adottate nell'arbitrato *Sodexo Pass International SAS v. Hungary*, caso ICSID No. ARB/14/20.

Francia/Ungheria. Il tribunale nel pronunciarsi sulla rilevanza del caso Achmea, pone la sua attenzione sul fatto che l'arbitrato che vi ha dato origine è un arbitrato UNCITRAL, derivante da un TBI intraunionale, e che presenta degli elementi del tutto diversi da quelli che caratterizzano un arbitrato ICSID. Nell'arbitrato Achmea difatti il procedimento è governato dalla lex arbitri scelta dalle parti tramite la designazione della sede e dalle Regole di Arbitrato UNCITRAL. Inoltre la giurisdizione sul controllo di validità del lodo è esercitata dalle corti della sede, ed è in questo contesto che è stato sollevato il rinvio pregiudiziale alla CGUE. L'arbitrato ICSID invece, seppur anch'esso scaturente da un TBI intraunionale, è una forma di arbitrato delocalizzato dagli ordinamenti giuridici statali<sup>180</sup>, governato dal diritto internazionale pubblico e, nello specifico dalla Convenzione ICSID, e in cui il criterio della sede dell'arbitrato è del tutto irrilevante ai fini della determinazione della legge che governa la procedura. Parimenti, il controllo sulla validità del lodo è sottratto alle giurisdizioni nazionali per essere affidato esclusivamente a un comitato ad hoc, la cui decisione non può essere appellata<sup>181</sup>. Inoltre, la Convenzione ICSID stabilisce agli articoli 53 e 54 che le parti contraenti si impegnano a riconoscere il lodo ICSID come vincolante e a dare esecuzione alle obbligazioni pecuniarie in esso contenute considerandolo alla stregua di una sentenza di una corte nazionale passata in giudicato. Alla luce di queste differenze strutturali, il tribunale arbitrale afferma che la sentenza Achmea non contiene alcun riferimento né all'arbitrato ICSID, né alla Convenzione ICSID. Nella sua analisi, il tribunale arbitrale non ravvisa l'esistenza di alcuna regola di diritto unionale che stabilisca l'incompatibilità di questo complesso normativo con gli obblighi previsti dalla Convenzione ICSID, o che preveda che gli obblighi internazionali previsti dalla Convenzione ICSID debbano ritenersi estinti con l'adesione dell'Ungheria all'UE<sup>182</sup>. Il tribunale osserva che non c'è stata alcuna denuncia della Convenzione ICSID ai sensi dell'articolo 17 della stessa, e che dunque non si può ritenere che a partire dall'adesione all'UE<sup>183</sup> l'Ungheria non sia più parte alla Convenzione ICSID, unica circostanza che avrebbe senz'altro comportato la rinuncia all'arbitrato in essa previsto<sup>184</sup>. Pertanto è opinione del tribunale che nella sentenza Achmea la CGUE non si sarebbe pronunciata sulla Convenzione ICSID e sull'articolo 25 della stessa, e che dunque in presenza di un

---

<sup>180</sup>V. sul concetto di delocalizzazione dell'arbitrato ICSID R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, 222 ss.; J.-Ch. Honlet, B. Legum, A. Crevon, 'ICSID Annulment', in M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch (eds.), in *International Investment Law. A Handbook*, Oxford, 2015; ICSID, *Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*, 10 agosto 2012, 7 dove viene precisato che 'One of the unique features of the ICSID system is its autonomous nature. ICSID arbitration is known as self-contained, or de-localized, arbitration because local courts in any particular State have no role in the ICSID proceeding'.

<sup>181</sup>*Up e C.D.*, cit., parr.254 ss.

<sup>182</sup>Ivi, parr. 260 ss.

<sup>183</sup> Il tribunale arbitrale osserva a tal proposito che anche volendo considerare l'ipotesi che il TBI Francia/Ungheria debba ritenersi retroattivamente terminato a far data dal maggio 2004, il TBI (incluso l'articolo che prevede l'arbitrato) rimarrebbe ancora in vita dal momento che esso contiene una "clausola di sopravvivenza", che prevede un'estensione della protezione per oltre venti anni a far data dalla sua scadenza.

<sup>184</sup>Idem.

valido consenso il tribunale arbitrale può dichiarare sussistente la propria giurisdizione. Sebbene molte delle osservazioni del tribunale arbitrale espresse in questo caso appaiano fondate, esse sono difficilmente conciliabili con la sentenza *Achmea*, che fa specifico riferimento all'arbitrato scaturente da TBI intraunionali senza distinguere tra arbitrato ICSID o UNCITRAL, e che ha l'ambizione di travolgere i TBI intra-UE anche se gli stessi, come opportunamente rilevato dal tribunale arbitrale, non sono stati terminati e dunque sono da ritenersi ancora in vigore tra le parti. Il tribunale arbitrale avrebbe potuto spingere il proprio ragionamento anche oltre, facendo riferimento alla disposizione del TBI Francia/Ungheria che individua la legge che governa il merito. Quest'analisi sarebbe stata determinante per rimarcare ancora di più il grado di delocalizzazione dell'arbitrato ICSID, che non riguarda in questo caso soltanto gli aspetti processuali ma anche sostanziali, dimostrando che il tribunale arbitrale non si sarebbe in nessun caso trovato ad applicare il diritto unionale. Difatti l'articolo 12(5) del TBI Francia/Ungheria prevede che il tribunale arbitrale debba decidere "conformement aux dispositions du présent Accord et aux règles et principes du droit international"<sup>185</sup>. Non vi sarebbe stato alcun rischio né per l'autonomia del diritto unionale, né per la competenza esclusiva della CGUE.

Questa giurisprudenza ci dà la misura del notevole stato di incertezza generato dalla sentenza *Achmea* nella comunità internazionale. Sarebbero senz'altro auspicabili degli ulteriori approfondimenti delle istituzioni europee volte a chiarificare tutti gli elementi di dubbio e di contrasto sin qui evidenziati.

In astratto, la sentenza *Achmea* è in grado di produrre ulteriori conseguenze sugli investimenti esteri all'interno dell'Unione Europea. Dal momento che le corti nazionali dovranno necessariamente conformarsi alla stessa, è dunque plausibile che ci sarà una corsa degli investitori all'estero nel tentativo di dare esecuzione ai lodi in Stati che non sono membri dell'Unione Europea. Parimenti, sarà di fondamentale importanza la localizzazione della sede dell'arbitrato, perché in principio se la stessa si trova al di fuori di uno Stato membro, le corti della sede potranno non essere vincolate dal dictum della CGUE. Questo avrà probabilmente l'effetto generale di un allontanamento degli investitori dall'Unione Europea, dal momento che la stessa potrà essere percepita, in questo clima di incertezza e di trasformazione, come un luogo non attrattivo per gli investimenti. La Commissione ha ritenuto che una simile percezione degli investitori sarebbe infondata dal momento che il diritto unionale fornirebbe obblighi sostanziali e procedurali adeguati agli investitori intra-UE, assicurando che anche altri interessi legittimi vengano debitamente presi in considerazione.<sup>186</sup> Potrebbe inoltre verificarsi che gli investitori desiderosi di investire nell'Unione Europea decidano di strutturare o ristrutturare i propri investimenti utilizzando un'impresa incorporata al di fuori dell'UE. In questo modo, gli investitori saranno protetti da un TBI tra uno Stato membro e uno Stato terzo che potrebbe non essere impattato dal caso *Achmea*. La Brexit potrebbe inoltre aprire nuovi scenari, dato che il Regno

---

<sup>185</sup>Cfr. articolo 12(5) del TBI Francia/Ungheria, cit..

<sup>186</sup>Ivi, 3.



Unito potrebbe presto diventare una giurisdizione extra-UE, e dunque tutti gli investitori che beneficiano della nazionalità britannica potranno continuare a ricorrere all'arbitrato intraunionale usufruendo dei TBI e dell'ECT<sup>187</sup>, sempreché il Regno Unito non decida di dare seguito alla dichiarazione in cui ha manifestato la volontà di terminare i propri TBI intraunionali<sup>188</sup>.

#### 4. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni fin qui espresse, emerge che la sentenza Achmea lascia irrisolte numerose questioni. Un maggiore approfondimento della CGUE su tutti i punti in essa affrontati sarebbe stato opportuno, soprattutto in considerazione delle notevoli conseguenze che questa pronuncia è in grado di produrre.

L'aspetto che più preoccupa in questo momento gli operatori del diritto sembra quello di comprendere quali alternative ci siano all'arbitrato degli investimenti all'interno dell'Unione Europea<sup>189</sup>. Le istituzioni europee sembrano dare per scontato che il sistema giudiziario di tutti gli Stati dell'Unione Europea e il diritto unionale siano in grado di offrire un livello sufficiente e uniforme di protezione agli investimenti all'interno di tutti gli Stati membri<sup>190</sup>. Sul punto è particolarmente critica la posizione della *Swiss Arbitration Association* ("ASA"), che ritiene che questa premessa delle istituzioni europee sia una "legal fiction"<sup>191</sup>, in grado di produrre danni ingenti a tutti quegli investitori che hanno in buona fede fatto affidamento sul sistema dei TBI intraunionali, e che invece saranno costretti ad andare innanzi alle corti degli Stati che hanno adottato la misura che ha danneggiato i loro investimenti<sup>192</sup>. L'ASA fa leva in particolare sul rischio delle ingerenze governative nell'attività giurisdizionale delle corti degli Stati membri. A tal fine richiama la recente condanna della Polonia ai sensi dell'articolo 7(1) del TUE per le ingerenze del Governo volte a pregiudicare l'indipendenza e l'imparzialità delle corti nazionali<sup>193</sup>. A questa preoccupazione sollevata dall'ASA, potrebbero anche aggiungersi diversi rilievi sotto il punto di vista delle garanzie processuali del giusto processo<sup>194</sup>, che in alcuni sistemi giurisdizionali difettano o sono inferiori agli standard medi, si pensi ad esempio al profilo della ragionevole

---

<sup>187</sup>V. il report a cura di King & Woof, *Intra-EU investment arbitration in 2028: will there be any BITS at all?*, disponibile su

<https://www.kwm.com/en/it/knowledge/insights/intra-eu-investment-arbitration-in-2028-will-there-be-any-bits-at-all-20181119>.

<sup>188</sup> *Declarations of the Representatives*, cit.

<sup>189</sup>ASA Board, "The Cost of Achmea", in *ASA Bulletin* 3/2018, 553 ss.

<sup>190</sup>Comunicazione della Commissione, Tutela degli investimenti, 22. La Commissione ribadisce in quella sede che il sistema giurisdizionale dell'UE sarebbe in grado di offrire una tutela giurisdizionale effettiva per i diritti degli investitori in conformità al diritto dell'UE.

<sup>191</sup>ASA, cit., 555.

<sup>192</sup> Idem.

<sup>193</sup>ASA, cit.; V. sul tema l'EU Scoreboards 2018, disponibile su [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice\\_scoreboard\\_2018\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf), p.6

<sup>194</sup>Per una visione d'insieme, V. *EU Scoreboards*, cit.

durata del processo<sup>195</sup>. La prospettiva di doversi imbattere in processi eccessivamente lunghi potrebbe avere la conseguenza di dissuadere gli investitori dall'investire nell'Unione Europea, prediligendo Stati terzi in cui è possibile il ricorso all'arbitrato. L'oggettiva situazione di disparità dei sistemi giudiziari esistente tra gli Stati membri<sup>196</sup> e l'impossibilità di ricorrere all'arbitrato, potrebbe generare una situazione di disparità tra gli Stati membri, in quanti gli investitori potrebbero concentrare i propri investimenti in quei paesi europei in cui c'è una maggiore efficienza del sistema giudiziario, a danno di quei paesi con sistemi meno efficienti che prima potevano però proporre l'arbitrato come alternativa e incentivo agli investimenti.

Sebbene gli obiettivi per così dire "politici" dell'Unione Europea siano a lungo termine comprensibili, le istituzioni europee non sembrano aver dato il giusto peso alle ragioni per cui in materia di investimenti si sia preferito ricorrere al sistema dell'arbitrato internazionale anziché alle corti nazionali. Esse non sembrano aver adeguatamente ponderato l'importanza che l'arbitrato degli investimenti ha avuto nel tempo come fattore di attrazione degli investimenti, in settori delicati quali ad esempio quello dell'energia. L'arbitrato ha rappresentato un volano per lo sviluppo degli investimenti in quanto è dotato di caratteristiche difficilmente riscontrabili nei sistemi giurisdizionali nazionali, quali la neutralità del foro, l'expertise degli arbitri, le competenze linguistiche dei giudicanti, l'adattabilità e la flessibilità della procedura e non in ultimo l'agevole circolazione del lodo a livello internazionale.<sup>197</sup>

Le istituzioni europee hanno posto fortemente l'accento, anche nel Regolamento che istituisce un quadro per la protezione degli investimenti esteri diretti nell'Unione<sup>198</sup>, sulla necessità di dover proteggere la sicurezza e l'ordine pubblico dell'Unione Europea e degli Stati membri,<sup>199</sup> facendo propria dunque l'insofferenza che da tempo gli Stati, non solo europei<sup>200</sup>, hanno mostrato nei

<sup>195</sup>La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è trovata in diverse pronunce a sanzionare gli Stati per la durata non ragionevole dei propri processi. Tra questi figura l'Italia (V. il Report del Centro Studi della Camera dei Deputati, *"La durata ragionevole del processo"*, 22 maggio 2018, <http://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1104921.pdf>), disponibile su

<sup>196</sup>V. l'EU Scoreboard, cit., che confronta sulla base di diversi parametri l'attività giurisdizionale delle corti degli Stati membri.

<sup>197</sup>A. Henke, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, in *Dir. commercio internaz.*, 2017, 150.

<sup>198</sup>*Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union PE-CONS 72/18*, 20 febbraio 2019, disponibile su <https://www.consilium.europa.eu/media/38347/pe00072-en18.pdf>

<sup>199</sup>*Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione Europea*, 13.9.2017 COM (2017)

<sup>200</sup>Particolarmente forte furono le parole di denuncia del presidente dell'Ecuador Correa che portarono all'uscita del paese dal sistema ICSID, ritenuto un'atrocità e un retaggio del colonialismo, della schiavitù del paese dalla globalizzazione, da Washington e dalla Banca Mondiale. Le dichiarazioni di Correa sono disponibili al link <https://www.iisd.org/itn/2009/06/05/ecuador-continues-exit-from-icsid/>.

confronti dell'arbitrato degli investimenti<sup>201</sup>. Tra le critiche maggiori, vanno annoverate quelle per cui l'attuale sistema degli investimenti rappresenterebbe una minaccia alla democrazia, dal momento che gli Stati sarebbero travolti da una vera e propria paura di legiferare, dovuta al timore di poter essere trascinati in costosi arbitrati, innanzi a panel di giuristi d'affari che opererebbero in maniera poco trasparente, e la cui volontà finirebbe col prevalere su quelle dei parlamenti nazionali, arrivando al punto di comprimere tutele giuridiche da questi predisposte.<sup>202</sup> Questo fenomeno è anche descritto come “regulatory chill”<sup>203</sup>, e vedrebbe una notevole compressione della sovranità legislativa statale in ambiti rilevanti dal punto di vista pubblicistico, quali la tutela dei diritti umani e delle risorse naturali<sup>204</sup>. Inoltre, il carattere di riservatezza insito in molte procedure arbitrali sarebbe in contrasto col fatto che l'arbitrato degli investimenti tocca interessi pubblici sensibili, al punto che qualcuno ha parlato di procedure arbitrali gestite e decise “in the back rooms of democracy”.<sup>205</sup> Queste critiche che circolano nella comunità internazionale da tempo<sup>206</sup>, sono state notevolmente sottovalutate dalle istituzioni arbitrali e dai tribunali arbitrali, causando una sorta di rigetto dell'arbitrato internazionale degli investimenti. Per far fronte a queste preoccupazioni, è stato avviato in sede UNCITRAL un progetto di riforma del sistema ISDS, ai cui lavori partecipano anche l'Unione Europea e gli Stati membri<sup>207</sup>.

---

<sup>201</sup>V. sul tema N. Lavranos, *Countering Anti-ISDS Propaganda with Facts: An Uphill Battle*, in Kluwer Arbitration Blog,, 8 giugno 2015, disponibile al link <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/06/08/countering-anti-isds-propaganda-with-facts-an-uphill-battle/>; S.D.Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decision*, in *Ford.L. Rev.*, 2005, 1545 ss.; C.Brower, S.Schill, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, in *Chic. J. of Intl' L.*, 2009, 1 ss.; P. Bernardini, *The European Union's Investment Court System – a Critical Analysis*, in *ASA Bulletin*, 2017, 812 ss.

<sup>202</sup>Per un maggiore approfondimento V. A.Henke, *La crisi del sistema ISDS*, cit, 139; G.V.Harten, “Five Justifications for Investment Treaties: a Critical Discussion”, in *Trade L. & DEV.*, 2010, 22 ss.; J. D'Agostino, “Rescuing International Investment Arbitration: Introducing Derivative Actions, Class Actions, and Compulsory Joinder”, in *Va. L. Rev.*, 2012, 177 ss.;

<sup>203</sup>Con il termine “regulatory chill”, ossia “gelo normativo”, si vuole indicare quella tendenza degli Stati che innanzi al rischio continuo di essere citati in arbitrati dagli investitori sulla base dei TBI e di essere quindi esposti a ingenti risarcimenti, preferiscono non legiferare e quindi autocensurarsi nelle loro scelte politiche in settori chiave per la tutela dell'interesse pubblico (V. sul tema K. Thienara, *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*, in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, C. Brown, K. Miles (eds.), Cambridge, 2011; G.VanHarten, D.N. Scott, *Investment treaties and the internal vetting of regulatory proposals: A case study from Canada*, in *J. Intl' Dispute Settlement*, 2016, 92).

<sup>204</sup>Henke, cit., 147.

<sup>205</sup>Ivi, 144.

<sup>206</sup>Per un maggiore approfondimento V. A. Algostino, “ISDS (Investor-State Dispute Settlement) il cuore di tenebra della Global Economic Governance e il costituzionalismo”, in *Costituzionalismo.it*. 2016, 103 ss.

<sup>207</sup>I lavori del Working Group III dal 2017 al 2019 sono consultabili sul sito [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state). Alla scorsa sessione del Gruppo che si è svolta a New York il 19 aprile, l'Unione Europea e gli Stati membri hanno presentato il documento “Establishing a standing mechanism for the settlement of international investment disputes”, consultabile al sito [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc\\_157631.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157631.pdf).

Le istituzioni europee hanno inteso affermare una visione totalmente “eurocentrica” del diritto degli investimenti, arrivando a concepire il corpus di norme processuali e sostanziali dell’arbitrato internazionale degli investimenti come una limitazione all’applicazione del diritto dell’UE per il trattamento degli investimenti transfrontalieri. E questo non può che tradursi in uno scontro tra tribunali internazionali, come è accaduto nei casi ICSID sopra menzionati. Parimenti, potrebbe ravvisarsi lo scenario di un possibile conflitto tra la CGUE e la Corte EDU, qualora quest’ultima fosse adita da investitori che assumano che lo smantellamento del sistema dei TBI intraunionali si sia concretizzato in violazioni di norme della Cedu, e potrebbe trovarsi ad adottare una prospettiva diversa se non opposta a quella della CGUE.

2616

In questa situazione d’incertezza, si rende quanto mai opportuno un intervento rapido delle istituzioni europee, volto a chiarire non soltanto tutte le implicazioni del caso Achmea, soprattutto sui procedimenti arbitrari e giurisdizionali attualmente pendenti<sup>208</sup>, ma anche a definire con chiarezza il “post-Achmea”. Nella dichiarazione sulle conseguenze giuridiche del caso Achmea, i ventidue Stati firmatari si sono impegnati alla luce delle Conclusioni del Consiglio Europeo relative alla Comunicazione della Commissione sulla revisione intermedia del piano d’azione per l’Unione dei mercati dei capitali<sup>209</sup>, a intensificare lo scambio di informazioni con la Commissione al fine di valutare la necessità di revisionare i sistemi di risoluzione delle controversie ed eventualmente crearne di nuovi<sup>210</sup>. A tal proposito sarebbe auspicabile a parere di chi scrive la creazione di un sistema di risoluzione delle controversie specifico in materia di investimenti intra-UE tra Stati membri<sup>211</sup>, che sia pienamente conforme al diritto unionale e

<sup>208</sup>Questa preoccupazione è stata al centro del “*Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands*”, cit., in cui le parti hanno dato alcuni suggerimenti per trovare una soluzione di compromesso al fine di gestire la fase che porta a terminare i TBI intraunionali, e quella immediatamente successiva. Nello specifico questi Stati suggeriscono che sarebbe preferibile che gli Stati membri terminassero i TBI intraunionali attraverso un accordo multilaterale, che ai sensi dell’articolo 59 della Convenzione di Vienna possa sostituire tutti i precedenti TBI intraunionali. Peraltro questa possibilità è stata considerata nella dichiarazione dei ventidue Stati membri, nella parte in cui hanno affermato “Member States will make best efforts to deposit their instruments of ratification, approval or acceptance of that plurilateral treaty or of any bilateral treaty terminating bilateral investment treaties between Member State no later than 6 December 2019.”. Questo strumento multilaterale dovrebbe anche contenere disposizioni volte a gestire le sorti degli arbitrati e dei lodi già pendenti, e questo sempre nell’ottica di non creare gap di protezione per gli investitori che avevano fatto legittimamente affidamento sul sistema dell’arbitrato degli investimenti intraunionale (par.7 della dichiarazione, cit. e par.6 del non-paper, cit.).

<sup>209</sup>*Conclusioni del Consiglio Europeo relative alla Comunicazione della Commissione sulla revisione intermedia del piano d’azione per l’Unione dei mercati dei capitali*, 1 luglio 2017, disponibile su <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2017/07/11/conclusions-mid-term-review-capital-markets-union-action-plan/>.

<sup>210</sup>*Declaration of the Representatives*, cit.

<sup>211</sup>Questa posizione è condivisa anche dagli Stati che hanno presentato il Non-paper, cit., §11 ss., che sono a favore dell’introduzione di un “binding and enforceable settlement mechanism for investment disputes”. Secondo questi Stati, questo meccanismo di risoluzione delle controversie potrebbe presentare tre forme diverse. Le tre alternative prospettate sono le seguenti: (i) conferire ai sensi dell’articolo 273 TFUE tutte le controversie in materia di investimenti intra-UE alla CGUE, (ii) creare un sistema simile alla Unified Patent Court, che è un tribunale comune a tutti gli Stati membri contraenti, ed è parte del loro sistema

compatibile con l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, ma che sappia anche mutuare dall'arbitrato internazionale degli investimenti quelle caratteristiche che lo hanno reso per lungo tempo il modo privilegiato di risoluzione delle controversie in materia di investimenti.

---

giudiziario, con competenza esclusiva a decidere in materia di brevetti europei (non potendo trattare approfonditamente della UPC, si rinvia ex multis a R.Baratta, *The Unified Patent Court – what is the ‘common’ trait about?*, in C. Honorati (eds.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Torino, 2014, 109; T. Jaeger, R. Hilty, J. Drexler, H. Ullrich, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the 2009 Commission Proposal for the Establishment of a Unified European Patent Judiciary*, in ICC, 2009, 817; J. Alberti, *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 367; D. Harhoff, *Economic Cost-Benefit Analysis of a Unified and Integrated European Patent Litigation System*, available at [http://ec.europa.eu/internal\\_market/indprop/docs/patent/studies/litigation\\_system\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/studies/litigation_system_en.pdf), 26 February 2009, p. 16); (iii) ai sensi dell'articolo 52 della Convenzione dell'Aja del 1907, riferire tali controversie alla Corte Permanente di Arbitrato tramite la redazione di un compromesso, il cui contenuto possa essere modellato nel senso di includere tutti gli elementi che erano stati progettati per la Investment Court System del TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership), ossia arbitri permanenti, regole etiche rigide, possibilità di appellare il lodo (non potendo trattare approfonditamente delle caratteristiche dell'ICS del TTIP, le cui negoziazioni si sono tra l'altro interrotte all'indomani dell'elezione di Trump, si rinvia ex multis a Calamita, *Il nuovo doppio binario*, cit., 865 ss.; A. Renish, *Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration*, in *J. Intl' Ec. L.*, 2016, 1; A. De Nanteuil, *Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement?*, in *Journal du Droit International*, 2017, p.55; E.Fahey, *CETA and Global Governance Law: What Kind of Model Agreement Is It Really in Law?*, in *European Papers*, Vol. 2, 2017, 293; A. Henke, *La crisi del sistema*, cit., 55).

