



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale
(*ordinamento ex D.M. 270/2004*)
in Sviluppo Economico e dell'Impresa

Tesi di Laurea

—

Ca' Foscari
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

Le nuove competenze dell'Unione Europea in materia di investimenti diretti esteri

Relatore

Prof. Fabrizio Marrella

Laureando

Matteo Quaggiotto
Matricola 837080

Anno Accademico

2012 / 2013

INDICE

INTRODUZIONE	5
CAPITOLO PRIMO	
I TRATTATI DI INVESTIMENTO IN EUROPA: PASSATO E PRESENTE	9
<i>Sezione I</i>	
GLI STATI MEMBRI E L'APPROCCIO COMUNITARIO AGLI IDE	
1.1 Caratteristiche generali del fenomeno degli IDE in Europa	9
1.2 Le competenze preesistenti in materia d'investimento	14
1.3 Casi di incompatibilità tra TBI europei e diritto CE	22
1.4 Il coinvolgimento della Commissione UE negli arbitrati Eastern Sugar ed Eureko	28
<i>Sezione II</i>	
LISBONA: IL TRATTATO PER L'ALLARGAMENTO DELLE COMPETENZE EUROPEE	
1.5 Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e gli articoli dedicati agli IDE	35
1.6 "Verso una politica globale europea sugli investimenti": le linee di principio della Commissione Europea	41
1.7 Le dichiarazioni del Consiglio e del Parlamento Europeo	47
1.8 Un modello unico per i futuri accordi UE	51
1.9 Analisi dei tre criteri per avviare negoziati TBI proposti dalla Commissione	56
1.10 Le sfide che l'UE deve affrontare	59
CAPITOLO SECONDO	
I FUTURI ACCORDI DI INVESTIMENTO E LA LORO COMPATIBILITA' CON IL DIRITTO UE	63
<i>Sezione I</i>	
IL CAMPO D'APPLICAZIONE DELLE NUOVE COMPETENZE NEL DIRITTO UE	
2.1 I nuovi TBI e le possibili incompatibilità con il diritto UE	63
2.2 Le definizioni proposte dal diritto dell'Unione	66
2.2.1 Investimento	67
2.2.2 Investitore	69
2.2.3 Trasferimento dei capitali	71
2.2.4 Stabilimento	74
2.3 La questione dei limiti imponibili alla nuova competenza dell'Unione in materia di IDE	75
2.4 Le competenze nella regolamentazione della fase post-investimento	80

Sezione II

IL DIRITTO EUROPEO RAPPORTATO AL QUADRO NORMATIVO
INTERNAZIONALE IN MATERIA DI INVESTIMENTI

2.5 Diritto convenzionale degli investimenti e diritto primario comunitario	84
2.6 Il rapporto tra diritto europeo e diritto degli investimenti internazionali: cittadinanza europea e <i>societas europaea</i>	89
2.7 Le diverse clausole di protezione dell'investitore e la loro introduzione nei futuri TBI europei	92
2.7.1 Trattamento nazionale	95
2.7.2 Trattamento Nazione più Favorita	96
2.7.3 Trattamento giusto ed equo	98
2.7.4 Clausola ombrella	100
2.7.5 Espropriazione	100
2.8 Le deroghe alle libertà agli investimenti	104

CAPITOLO TERZO

**LA QUESTIONE DELL'UTILIZZO DELL'ARBITRATO COME POSSIBILE
MECCANISMO PER LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE** **109**

Sezione I

LE DIVERSE PROSPETTIVE IN CASO DI CONTROVERSIE INTERNAZIONALI

3.1 Tribunali arbitrali e Stato: trasparenza e garanzie all'investitore	109
3.2 La prevalenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nell'interpretazione del diritto UE	116
3.3 L'esclusione dell'Unione Europea dalla corte arbitrale ICSID e gli altri possibili forum per la risoluzione delle controversie internazionali	121
3.4 Il Trattato sulla Carta dell'energia: punto di partenza per la definizione delle responsabilità degli Stati Membri in caso di contenziosi	126

CONCLUSIONI **133**

BIBLIOGRAFIA **138**

INTRODUZIONE

“L’Europe constitue pour l’heure une entité originale, sui generis, imprecis et évolutive. Quel que soit l’angle (historique, géographique, culturel, politique, économique, etc) sous lequel on la considère, elle est essentiellement diverse et instable”. [Sabine Urban]

Il fenomeno degli investimenti internazionali è incrementato e potenziato in particolar modo sin dalla prima metà del XIX secolo, sostenuto soprattutto dall’intensificarsi del commercio mondiale tra gli Stati. Dapprima, le attività economiche che ne rappresentavano lo sviluppo e l’incremento costante consistevano nel semplice trasferimento di importanti flussi di capitali. In seguito, a partir dalla seconda metà del XIX secolo, il fenomeno è stato oggetto di una particolare evoluzione, nonché l’inclusione tra le diverse attività di investimento i trasferimenti non solo di tipo monetario, bensì di tecnologie e conoscenze. L’investimento è stato allora rivalutato come un’operazione oggettivamente positiva e beneficiaria di una particolare attenzione per salvaguardare in particolar modo il soggetto investitore. Più tardi, nella prima metà del XX secolo, l’investimento estero si è esteso ai diritti connessi alla proprietà intellettuale e soprattutto alla libera circolazione dei capitali. A partire da quel momento, tutto ciò che poteva essere considerato un investimento rientrava nelle attività che necessitavano di una particolare protezione in virtù di quanto disposto dal diritto internazionale degli investimenti. La tendenza odierna è sempre più indirizzata verso uno sviluppo delle tipologie di produzione delle imprese, distinguibili come non vincolate alla necessaria partecipazione per mezzo di capitali. Si tratta per queste imprese di esternalizzare le proprie attività, favorendo l’investitore nel potere di controllo di una determinata attività economica senza assumere un rischio finanziario troppo importante. Storicamente i flussi di capitali hanno principalmente caratterizzato i rapporti tra i soli Paesi sviluppati, tuttavia, a partire dagli anni duemila si è assistito ad un cambio di direzione degli interessi economici mondiali. Difatti, sono i Paesi in via di sviluppo la nuova frontiera degli investimenti diretti esteri. In generale, tutti gli Stati cercano di attrarre con

sempre maggior successo gli investimenti diretti esteri, in quanto portatori di risorse addizionali, tecnologie e conoscenza utili per sviluppare e potenziare lo sviluppo dell'economia domestica.

Tuttavia, gli IDE sono spesso soggetti all'influenza delle decisioni politiche attuate dallo Stato ospitante l'investimento. Per tale ragione, l'adozione di accordi bilaterali e multilaterali in materia di investimenti diventa necessaria per assicurare la protezione dei flussi di investimenti esteri. Molti degli Stati membri dell'Unione Europea hanno con successo negoziato e concluso numerosi trattati bilaterali di investimento, come verrà in seguito esposto, atti a garantire la salvaguardia dei diritti dell'investitore dinanzi alla possibilità di espropriazione, trattamento non equo e sentenze giurisprudenziali non *super partes*. Tali accordi disciplinano le relazioni tra gli stessi Paesi europei, nonché con Stati terzi estranei alla realtà economica del vecchio continente. Eppure, sin dalla conclusione del primo trattato istituyente la Comunità Economica Europea si è profilata all'orizzonte la questione della competenza della Comunità prima e dell'Unione poi, circa gli investimenti diretti esteri. La successiva annessione di nuovi Stati membri ha accelerato il processo di riesame della natura e dell'estensione della competenza delle istituzioni comunitarie in tale campo. Il processo di definizione delle competenze è stato oggetto di un rapido mutamento nel corso degli anni, in virtù delle molteplici disposizioni contenute nei trattati europei conclusi e in virtù delle molteplici sentenze della Corte UE a tal proposito. Tra le innovazioni apportate al regime giuridico europeo in materia di investimenti diretti esteri non può certamente sfuggire la revisione decorsa con l'entrata in vigore nel 2009 del Trattato di Lisbona (TdL). Il TdL ha conferito all'Unione Europea competenze esplicite ed esclusive in materia di investimenti diretti esteri, introducendo gli stessi entro il dominio della politica commerciale comune dell'Unione. La nuova competenza si estende alla conclusione di accordi internazionali nonché all'adozione di nuove norme. È ipotizzabile che l'esercizio di questa competenza comporterà la progressiva sostituzione dei TBI sottoscritti dagli Stati membri e delle norme nazionali atte a garantire l'ammissione degli investimenti stessi. Ciò nonostante le precise implicazioni della nuova competenza esclusiva dell'Unione rimangono abbastanza controverse, dapprima in virtù della mancanza di una definizione

chiara della nozione “investimento diretto estero”. Le molteplici parole spese dalle istituzioni europee su tale questione lasciano ugualmente ampio margine di interpretazione circa le formalità procedurali atte a garantire la conclusione degli accordi internazionali. In particolar modo ci si riferisce alla possibilità di concludere accordi cosiddetti misti, coinvolgenti quindi anche gli Stati membri, ovvero accordi che prevedono come sola parte negoziatoria l’Unione Europea. Una simile problematica sorge anche in merito alla competenza degli Stati membri di poter continuare a concludere accordi bilaterali internazionali in tal materia, nonché in riferimento alla possibilità di applicare restrizioni all’ammissione degli investimenti esteri sul loro territorio.

Il presente elaborato si propone di esaminare alcune delle più importanti questioni interpretative derivanti dall’adozione della nozione “investimento diretto estero” entro la politica commerciale comune dell’Unione, con una particolare attenzione alla precisazione del campo di applicazione della nuova competenza europea in tal materia. Si analizzeranno dapprima sotto un’ottica più economica le caratteristiche generali del fenomeno degli IDE in Europa, per poi focalizzare l’attenzione sulle pre-esistenti competenze dell’Unione in materia di investimenti diretti esteri, in virtù di disposizioni riguardanti lo stabilimento, il movimento di capitali e il commercio di servizi. Non verranno certamente tralasciate le più importanti questioni sollevate innanzi alla Corte UE nella relazione esistente tra il diritto comunitario e i contenuti dei più importanti TBI intra-UE ed extra-UE. La presentazione di alcuni casi giurisprudenziali faciliterà la comprensione del ruolo della Commissione in materia di investimenti diretti esteri, ma soprattutto la posizione della Corte UE in merito all’interpretazione dei trattati europei rispetto ai più importanti forum arbitrali internazionali. L’analisi dell’evoluzione delle competenze in materia di IDE nei diversi documenti emanati dalle istituzioni europee, quali la Commissione, il Parlamento e il Consiglio, favorirà una più chiara comprensione delle problematiche e delle soluzioni procedurali previste in tale campo, nonché il rapporto che i diversi soggetti facenti parte dell’UE dovranno statuire al fine di garantire il successo nella conclusione di nuovi accordi internazionali.

Il filo logico perseguito nel presente elaborato prevede in successione l’analisi delle più importanti definizioni in campo legislativo dei concetti di

investimento, investitore, trasferimento dei capitali e stabilimento. In virtù delle possibili definizioni proposte entro il diritto europeo potranno essere individuate delle incompatibilità con quanto l'Unione intende perseguire al tavolo di negoziazione dei futuri accordi di investimento. Il processo di identificazione delle problematiche che potranno sorgere in materia di IDE avrà come focus anche l'analisi della nuova competenza dell'Unione, nonché l'interpretazione del possibile raggio d'azione della stessa nella regolamentazione degli investimenti in fase di post-stabilimento. Le disposizioni contenute nei trattati non verranno lette nella sola chiave interpretativa delle incompatibilità tra la nuova competenza dell'UE e il diritto europeo, bensì entro anche un contesto molto più ampio quale il diritto internazionale degli investimenti. Oggetto di analisi sarà il rapporto tra il diritto convenzionale degli investimenti e il diritto primario comunitario, nonché le più importanti clausole di protezione dell'investitore previste da entrambi e da includere necessariamente nei futuri TBI europei.

L'ultima sezione del presente elaborato si focalizzerà altresì sul più importante aspetto concernente il diritto internazionale degli investimenti, ovvero la protezione dei diritti dell'investitore attraverso il meccanismo dell'arbitrato internazionale. Sorge a partire da tale questione la problematica dell'accesso dell'UE ai forum arbitrali internazionali quali l'ICSID, nonché il grado di trasparenza assicurato da tale giurisprudenza in materia di investimenti. Un ottimo spunto di discussione viene infine presentato nell'ultima parte in merito alle disposizioni previste per la risoluzione delle controversie entro il Trattato sulla Carta dell'Energia. Trattato che prevede come parti segnatrici non i soli Stati membri, ma anche l'Unione Europea, con conseguenze che possono fungere da esempio in merito alla ripartizione delle responsabilità dinanzi a contenziosi tra investitore e Stato.

L'ultima parte del presente elaborato cercherà di offrire delle conclusioni in merito al complesso campo della competenza esclusiva dell'UE in materia di investimenti diretti esteri, nonché alcuni spunti e suggerimenti per la risoluzione di problematiche riferibili al rapporto tra il diritto europeo e il diritto internazionale degli investimenti, con particolare focus sul arbitrato internazionale.

CAPITOLO PRIMO

I TRATTATI DI INVESTIMENTO IN EUROPA: PASSATO E PRESENTE

Sezione I

GLI STATI MEMBRI E L'APPROCCIO COMUNITARIO AGLI IDE

1.1 Caratteristiche generali del fenomeno degli IDE in Europa

Per molto tempo la protezione degli investimenti esteri e il diritto europeo hanno seguito vie perfettamente parallele. Le due discipline, sin dalla formazione della Comunità Europea, si sono vicendevolmente ignorate: il diritto degli investimenti si è caratterizzato per la stipulazione di convenzioni internazionali bilaterali, mentre il diritto europeo si è preoccupato di regolamentare la nascita e lo sviluppo del mercato interno. Al momento della negoziazione del trattato di Roma che dava vita alla Comunità Economica Europea nel 1957, non era stato previsto di conferire alla stessa una competenza in materia di IDE¹. Questo perché il regime della proprietà e la definizione dei criteri di nazionalità delle persone fisiche o morali e d'accesso al territorio rimanevano di competenza di ciascuno stato, e perciò sembrava normale che questi ultimi continuassero a concludere i loro propri TBI. Per un periodo di oltre quarant'anni, gli Stati Europei hanno conservato le loro competenze, concludendo moltissimi trattati bilaterali per la promozione e la protezione degli investimenti con Stati terzi alla comunità. Di fronte all'assenza di un regime comunitario debitamente riferito a tale materia, gli investimenti esteri europei sono attualmente disciplinati da un totale di 1407² TBI: ci sono 325 trattati bilaterali intracomunitari di cui, per ora, solo 191 sono stati conclusi tra gli Stati Membri (intra-UE TBI) e 1229 destinati alla regolamentazione dei rapporti di investimento tra Paesi UE e Stati terzi (extra UE TBI). Un totale di 569 trattati

(¹) A. De Mestral *The Lisbon Treaty and the expansion of EU competence over foreign direct investment*, 7th Biennial Conference of the European Community Studies Association, 2008, p. 2.

(²) Ahmad Ali Ghuri, *Resolving incompatibilities of bilateral investment treaties of the EU member States with the EC Treaty: individual and collective options*, *Europena Law Journal*, Vol 16, n°6, novembre 2010, p. 807.

sono stati conclusi dagli Stati Membri in una fase antecedente alla loro annessione all'Unione Europea, mentre circa 838 sono stati conclusi durante il loro periodo di adesione alla UE. Ciò significa in pratica che, potenzialmente, 1229 trattati, cioè la metà dei 2700 trattati di protezione degli investimenti che esistono nel mondo, sono toccati dalle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona entrato in vigore nel 2009. Quest'ultimo apporta modifiche sostanziali soprattutto in riferimento alla suddivisione delle competenze su aspetti importanti quali la negoziazione, la conclusione e l'applicazione degli accordi bilaterali di investimento³.

L'investimento oggetto delle nuove disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), non deve essere concepito come una mera operazione commerciale, giacché essa si manifesta in un singolo e istantaneo scambio di beni o servizi. L'investimento internazionale è piuttosto un'attività che si rende concreta sul lungo periodo, realizzato da un investitore con lo scopo di ricavarne un profitto; investitore che determinerà la natura stessa dell'internazionalità dell'operazione poiché non presenta la nazionalità dello Stato che riceve il capitale⁴. Gli Stati, nella conclusione di accordi bilaterali con altri Paesi, diventano soggetti centrali del traffico economico internazionale col fine ultimo di tutelare i soggetti economici transnazionali che si trovano nel territorio dello stato ospitante e al contempo salvaguardare il proprio potere economico a livello internazionale. Il diritto che nasce dall'insieme degli accordi conclusi da questi soggetti pubblici internazionali ha un obiettivo eccezionalmente preciso: la protezione degli investitori contro il rischio sovrano. Il rischio che lo Stato che accoglie l'investimento, adotti un comportamento inatteso nella relazione che si crea tra questo soggetto e l'investitore in quanto straniero. Quindi il diritto degli investimenti internazionali non si applica che in riferimento ad un comportamento dello Stato che mette in opera misure discriminatorie.

³ Vedasi artt. 206-207 TFUE.

⁴ S. Cuendet, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement: contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, 2010, p. 22.

A questo proposito, nella maggior parte delle economie mondiali, si assiste ad un crescente fenomeno di conclusione di nuovi accordi di promozione e protezione degli investimenti diretti esteri, che si riflette in ugual modo anche nella realtà economica del vecchio continente. Tale tendenza nasce fondamentalmente da una forte spinta alla globalizzazione e alla creazione di un'economia di conoscenza che incentivano una maggiore internazionalizzazione delle attività economiche professionali e di servizi. Nel ventennio trascorso, il fenomeno europeo degli investimenti, ha spinto gli operatori economici europei ad incrementare i loro investimenti soprattutto al di fuori dei confini dell'Unione Europea (*outward FDI*) per un valore cinque volte superiore agli anni '80⁵: circa 3,3 trilioni di euro. Analogamente lo *stock* di capitale proveniente da Paesi non membri dell'UE (*inward FDI*), destinato ad attività economiche sul territorio comunitario, riflette l'andamento tendenzialmente positivo e ben delineatosi, assestandosi su un valore di poco inferiore al precedente: 2,4 trilioni di euro. Pertanto, il contesto economico europeo può essere definito come un "esportatore" di capitali rispetto al resto del mondo, in quanto presenta un bilancio netto di 0,9 trilioni di euro a favore degli investimenti extra confini europei. Il consistente ammontare di investimenti aventi come destinazione finale realtà economiche ugualmente interne ed esterne ai confini UE, implica un elevato coinvolgimento degli organi legislativi europei, nonché l'insieme di tutti i governi nazionali degli Stati europei. Le pesanti conseguenze che un determinato flusso di capitali può generare all'interno dello Stato importatore non devono essere sottovalutate rispetto ai notevoli riflessi economici che si generano anche all'interno dello Stato esportatore di capitali. Nel primo caso la preoccupazione maggiore del *policy maker* deriva dall'eventuale perdita di controllo degli *asset* domestici, nonché la possibile instabilità macroeconomica associata ad un rapido cambiamento nei livelli di investimenti esteri. Nel secondo caso, il Paese esportatore si trova dinanzi ad un'eventuale ed eccessiva fuoriuscita di capitali dalla propria economia verso realtà produttive estere, con la conseguente percezione che gli investimenti diretti verso l'estero possano creare una situazione di depressione economica delle attività produttive nazionali. Sul

(⁵) *Impact of EU outward FDI*, Final report, Copenhagen Economics, 20 maggio 2010, p. 15.

particolare piano europeo si possono contraddistinguere due visioni diametralmente opposte: da un lato l'operatore economico europeo concepisce come pericolosa la fuoriuscita di capitali dallo Stato in quanto implica una diminuzione e una perdita di opportunità lavorative e una minore crescita economica per il proprio paese; dall'altro lato, le imprese europee considerano l'investimento all'estero come una fase utile al fine di mantenersi competitivi all'interno del contesto economico mondiale, favorendo una migliore strategia globale imprenditoriale⁶.

Nello specifico, la bilancia dei pagamenti riferita ai dati sugli investimenti delle imprese europee verso l'estero⁷, confermano un elevato ritorno economico, circa l'8,7%, superiore rispetto alle imprese estere che scelgono di investire all'interno del contesto UE, 6,8%. I capitali investiti dalle imprese dell'Unione in attività economiche oltre i confini europei hanno generato più di 200 miliardi di euro nel 2006, in raffronto ai 125 miliardi di euro generati dagli investimenti effettuati da società non-UE all'interno dell'area comunitaria. L'elevato ritorno economico deriva principalmente da importanti impieghi di capitale in economie avanzate, come il Nord America, Australia e la Nuova Zelanda, le quali raccolgono circa il 55% del totale investito⁸. Le economie emergenti, quali l'India e la Cina, attirano in misura sempre maggiore gli IDE europei, ma rappresentano esclusivamente il due per cento del totale degli investimenti. Una ragione plausibile di tale andamento deriva dal contesto economico che caratterizza il continente asiatico fin dall'inizio del boom economico iniziato quindici anni or sono, un mercato prevalentemente orientato alla produzione ed esportazione di massa accompagnato da una scarsa domanda di capitale estero. Tale situazione non deve tuttavia essere valutata come stazionaria e poco vivace, soprattutto di fronte alla dinamicità della domanda interna che questi Paesi condividono in contrapposizione allo scorso decennio. Non a caso, nonostante la scarsa percentuale di capitali destinati ad attività operative in Cina e India, le imprese europee ricercano con maggior costanza un approccio produttivo e di servizi

(⁶) V. supra nota 5, p. 25.

(⁷) Vedere Eurostat (2008), *European Union Foreign Direct Investment Yearbook 2008*, European Commission, Eurostat Pocketbooks, p 20-21.

(⁸) V. supra nota 5, p 17.

delocalizzati in queste aree. Il recente fenomeno di sviluppo esponenziale dell'economia asiatica non può comunque essere paragonato alla lunga storia di investimenti in Paesi più avanzati, nonché in economie maggiormente consolidate, come nel Nord America. Sorprendentemente, lo stock di capitale europeo destinato invece ad investimenti in Africa si presenta in termini percentuali superiore rispetto ai due stati dapprima considerati: in questo caso la quota percentuale è pari al 5% sul totale investito.

Indipendentemente dai Paesi di destinazione, gli operatori economici europei valutano l'investimento all'estero come un fattore importantissimo, utile al fine di aumentare i profitti, migliorare la gestione dei costi di struttura, favorire l'inserimento in nuovi mercati e accrescere il proprio *know how* in relazione ai propri concorrenti. In particolar modo, la ricerca di nuovi mercati spinge gli operatori a stabilirsi in importanti economie basate sull'esportazione, ove la presenza in loco potrebbe garantire una migliore comprensione dei bisogni e necessità dei clienti specifici, e le relazioni con gli stessi possono essere migliorate. A ciò si accompagna una maggiore efficienza nella gestione e un accesso preferenziale a fattori produttivi o risorse presenti esclusivamente in quell'area, favorendo in questo modo anche il perfezionamento delle conoscenze assimilate dal soggetto economico⁹.

Al fine di favorire la rapida crescita in termini di redditività e competitività gli agenti economici europei non limitano l'investimento diretto estero a contesti economici diversi dalla zona UE, all'opposto, i capitali vengono convogliati anche entro l'area comunitaria. Gli investimenti intra UE, nel periodo compreso dal 1994 al 2007, sono passati da 500 miliardi di euro a 4,500 miliardi di euro, con un incremento di molto superiore se paragonato all'andamento degli *outward FDI*, risultando essere alla fine del 2007 il doppio rispetto a questi ultimi¹⁰.

L'andamento dei flussi di investimenti diretti esteri che coinvolgono direttamente e indirettamente i Paesi Membri dell'Unione Europea è stato contraddistinto da un persistente incremento nel corso dell'ultimo decennio e, nonostante il contesto macroeconomico globale sia caratterizzato da incertezze

(⁹) V. supra nota 5, p. 17.

(¹⁰) V. supra nota 5, p. 17.

economiche e finanziarie, non si prospetta un'inversione di tendenza o una diminuzione degli IDE. Ad ogni modo, sulla base di quanto presentato fin d'ora si può ipotizzare che il *gap* esistente in termini di costi di produzione tra Europa e Paesi emergenti continuerà ad essere valutato come un differenziale importante incentivante verosimilmente l'investimento *out*, nonché il trasferimento di capitali atti a garantire la presenza di operatori europei entro mercati in rapida crescita produttiva ed economica.

1.2 Le competenze preesistenti in materia d'investimento

L'Unione Europea, nel lungo periodo antecedente l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non era limitata dall'agire in materia di investimenti diretti esteri, giacché i trattati in vigore conferivano rilevanti poteri sia in riferimento al movimento di capitali all'interno della Comunità, sia verso l'esterno. L'articolo 133 del TCE relativo alla politica commerciale comune, modificato in seguito dal TdL, non presentava riferimenti espliciti agli investimenti diretti esteri, tuttavia è risultato essere utile come base di competenza per alcuni aspetti che li concernevano. L'art 133.1 disponeva che "la politica commerciale comune è fondata su dei principi uniformi, soprattutto in quello che concerne la conclusione d'accordi commerciali, l'uniformazione delle misure di liberalizzazione". Negli anni '70 la Corte di Giustizia ha valutato che la competenza esterna della Comunità in materia di politica commerciale comune era una competenza esclusiva¹¹. Essa ha optato per un'interpretazione estensiva per delineare il raggio d'azione di questa competenza, con lo scopo finale di permettere alla Comunità di difendere efficacemente i suoi interessi commerciali all'estero e di proteggere il mercato interno contro le distorsioni della concorrenza. In un noto parere la Corte disponeva che in base alle competenze interne affidate alla Comunità, al fine di realizzare un determinato obiettivo "la Comunità è competente ad assumere gli impegni internazionali necessari per raggiungere tale obiettivo, anche in mancanza di espresse

(¹¹) Corte UE, 31 marzo 1971, Caso 22/70, Commissione c. Consiglio, *Accordo Europeo sul Trasporto stradale*, Racc., 1971, p. 263.

disposizioni al riguardo¹²". Secondo la Corte, l'articolo 133 non presentava una lista perfettamente esaustiva degli strumenti di politica commerciale, in particolar modo, le misure di liberalizzazione non sono necessariamente applicate al commercio in senso stretto, piuttosto anche a quelle attività che realizzano lo sviluppo economico, gli investimenti appunto¹³. Esse potrebbero interessare ugualmente gli investimenti in ragione di un legame necessario tra commercio e gli investimenti stessi. In particolar modo, il Parere 1/78 precisa al par. 4 che "la politica commerciale comune non potrebbe più essere condotta efficacemente se la Comunità non disponesse pure dei mezzi d'azione più elaborati, usati per lo sviluppo del commercio internazionale", gli accordi internazionali. La Corte precisa come la stabilità della politica commerciale debba essere valutata secondo una prospettiva più ampia che non deve essere vincolata alla sola pianificazione delle restrizioni quantitative della merce o alla regolamentazione delle dogane, tale interpretazione restrittiva causerebbe delle perturbazioni negli scambi internazionali, creando delle disparità nella cooperazione internazionale in campo economico. Per questo motivo, l'azione della Comunità non deve essere limitata dal non poter intervenire in materia di investimenti quando questa rientri nel campo di applicazione e negli obiettivi della politica interna. La Comunità si è dunque vista riconoscere la competenza necessaria per concludere accordi commerciali aventi certi effetti sugli investimenti esteri, tale competenza deve però garantire la giusta rappresentanza nelle relazioni internazionali degli Stati Membri, definendone la posizione in quanto membri della Comunità e in quanto rappresentanti dei propri territori¹⁴. Ogni Stato è libero di partecipare alla negoziazione dell'accordo non tanto come membro della CE, bensì potrà agire come rappresentante internazionale dei territori che rappresenta, non influenzando così sulla soluzione del problema relativo alla delimitazione delle sfere di

(¹²) Corte UE, Parere 1/76, *Accordo relativo all'istituzione di un fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna*, Parere del 26 aprile 1977, par. 1.

(¹³) Corte UE, Parere 1/75, *Accordo relativo a norme sulle spese locali*, Parere dell'11 novembre 1975, par. 4-5; Parere 1/78 *Accordo internazionale sulla gomma naturale*, Parere della Corte del 4 ottobre 1979, par. 4.

(¹⁴) Corte UE, Parere 1/78, par. 9.

competenza nell'ambito della comunità. Sempre secondo la Corte, la negoziazione e la conclusione degli accordi internazionali deve svolgersi in una stretta collaborazione tra gli Stati Membri e le istituzioni comunitarie in modo da garantire l'unità nella rappresentanza internazionale e il perfetto adempimento degli impegni assunti¹⁵.

L'approccio giurisprudenziale favorevole ad un'interpretazione estensiva della politica commerciale comune che ha caratterizzato i molti pareri della Corte di Giustizia Europea a partire dagli anni '70 fino agli inizi degli anni '90, è mutato in relazione alle pressioni degli Stati Membri che avevano ripetutamente indicato le loro preferenze per delle formule di competenze non esclusivamente assegnate alla Comunità, bensì suddivise tra le diverse istituzioni comprese quelle degli Stati Membri. Nel Parere 1/94¹⁶ espresso in relazione alla competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale, la Corte ha indicato che le regolamentazione delle barriere tecniche al commercio previste da accordi multilaterali relativi al commercio dei prodotti, ricadono perfettamente all'interno della politica commerciale comune e perciò tale accordo può essere stipulato solo dalla Comunità, sebbene tale materia sia di competenza anche dei singoli Stati membri. Al contrario, le diverse modalità di fornitura di servizi previste dal GATS¹⁷ non riguardano l'insieme delle materie disciplinate dalla politica commerciale comune, per questo motivo, la conclusione di tale accordo deve essere ripartita tra la Comunità e i suoi Stati Membri. Stessa valutazione viene espressa dalla Corte in riferimento alla conclusione del TRIP al par. XV, ove si comprende che l'assegnazione di una competenza esclusiva alla Comunità

(¹⁵) Corte UE, Parere 2/91, *Convenzione n°170 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego di sostanze chimiche sul lavoro*, Parere della Corte del 19 marzo 1993, par. 6.

(¹⁶) Corte UE, Parere 1/94, *Competenza della Comunità a stipulare accordi in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale*, Parere della Corte del 15 novembre 1994, par. 18.

(¹⁷) Consumo all'estero che comporta il trasferimento del beneficiario verso il territorio del Paese membro dell'OMC; la presenza commerciale, cioè di una consociata o succursale sul territorio del Membro dell'OMC dove il servizio deve essere reso; la presenza di persone fisiche di un Paese membro dell'OMC grazie alle quali un prestatore stabilito in un paese membro fornisce servizi sul territorio di qualsiasi altro paese membro.

permetterebbe alle istituzioni europee di svincolarsi dagli obblighi a loro imposti sul piano interno in riferimento alla procedura da seguire per la tutela della proprietà intellettuale e le modalità di voto in materia. La Corte mantiene dunque come fondamentale la competenza propria degli Stati per quanto concerne la libera circolazione delle persone e il loro diritto allo stabilimento, nonché il loro diritto all'investimento nel campo dei servizi: elementi importanti in un'operazione di investimento. Il Parere 2/92¹⁸ del '95 ha confermato la posizione adottata nel Parere 1/94 indicante che le disposizioni sulla politica commerciale comune non conferiscono alla Comunità una competenza esclusiva per l'offerta del trattamento nazionale a degli investitori esteri. Più in generale, secondo i termini dei due pareri appena citati, la semplice esistenza di una competenza interna per legiferare in materia di stabilimento sulla base dell'art. 42 par. 2 del TCE potrebbe giustificare una competenza esterna esclusiva entro il dominio corrispondente. In tal caso, una società estera costituita sul territorio nazionale di uno Stato Membro può beneficiare della libertà di stabilimento, nella maniera più completa entro la Comunità; parimenti tale società beneficerà del trattamento nazionale in applicazione dell'art 12 TCE. Una volta stabilitesi sul territorio comunitario, le società estere hanno accesso alle diverse forme di risoluzione delle controversie garantite dalle giurisdizioni nazionali e nell'ipotesi anche la Corte di Giustizia¹⁹; nonché avranno accesso anche alle disposizioni sui capitali e i pagamenti che coprono le transazioni tra gli Stati membri e i Paesi terzi²⁰. Sulla base delle disposizioni normative appena citate, De Mestral²¹ indica che secondo la Direzione Generale del Mercato Interno, tali disposizioni sono sufficienti a stabilire una competenza della comunità per negoziare con Paesi terzi degli accordi di investimento. Al contrario, la Direzione

(¹⁸) Corte UE, Parere 2/92, *Competenza della Comunità o di una sua istituzione a partecipare alla terza revisione del principio di trattamento nazionale OCSE*, Parere della Corte del 24 marzo 1995.

(¹⁹) Art. 230, 234 TCE.

(²⁰) Art 56, 60 TCE.

(²¹) V.V. A. De Mestral in *The Lisbon Treaty and the Expansion of EU Competence over Foreign Direct Investment*, 7th Biennial Conference of the European Community Studies Association, 2008, p. 14.

Generale nello Scambio del Commercio Estero è d'opinione dissimile, valutando che una base giuridica esplicita è necessaria.

Il Trattato di Amsterdam del 1997 coglie l'occasione per introdurre un'importante evoluzione in materia di competenze comunitarie, aggiungendo un ulteriore paragrafo all'art. 133 ed estendendo le competenze di negoziazione a titolo della politica commerciale anche in materia di proprietà intellettuale a condizione che il Consiglio lo decida all'unanimità e il Parlamento ne sia consultato. In seguito, il Parere 2/00²² ha confermato che l'interpretazione estensiva del campo della politica commerciale non deve avere come conseguenza quella di privare d'effetto altre disposizioni del Trattato e che non è accettabile che una disposizione avente uno scopo ben definito venga interpretata in maniera eccessivamente estensiva con il solo obiettivo di trarne benefici a favore di una nuova competenza comunitaria esclusiva.

L'ultima rilevante evoluzione in materia di competenze riferite alla conclusione di accordi internazionali si individua nell'ultimo importante trattato antecedente il Trattato di Lisbona, il Trattato di Nizza del 2003. Esso prescrive molto più chiaramente rispetto al Trattato di Amsterdam che le disposizioni sugli accordi commerciali si applicano ugualmente alla negoziazione e alla conclusione d'accordi entro il dominio del commercio di servizi e di aspetti commerciali della proprietà intellettuale. Tale disposizione diventa così la sola competenza esterna esplicita che rientra all'interno del campo degli investimenti diretti esteri. Tale competenza non deve però essere considerata come esclusiva se non in rare occasioni, poiché è precisato al paragrafo seguente che, per la negoziazione di accordi entro questi domini, il consiglio decide all'unanimità quando questo accordo comprende delle disposizioni per le quali l'unanimità è richiesta per l'adozione di regole interne" o "quando un tale accordo porta su un dominio entro il quale la comunità non ha ancora esercitato sue competenze".

Alla Comunità, da quanto previsto nel TCE, si riconosceva un numero limitato di poteri per la conclusione di accordi aventi come focus la protezione degli investimenti internazionali. Sulla base dei diversi Pareri della Corte può apparire che una competenza esplicita nasca solo in riferimento ad aspetti che

(²²) Corte UE, Parere 2/00, *Competenza nella conclusione del Protocollo di Cartagena*, Parere della Corte del 6 dicembre 2001, par. 6.

interessano l'investimento entro il campo di applicazione della politica commerciale comune, e che tali aspetti si colleghino principalmente all'investimento nel settore dei servizi²³. Di fronte a tale considerazione si può assumere che la Comunità Europea disponga di competenze esplicite, implicite, ma anche complementari, nella precisa materia degli investimenti diretti esteri. Inoltre secondo la Corte, l'azione interna ed esterna di regolamento del flusso degli investimenti deve nascere da una stretta collaborazione e da una perfetta sintonia con gli Stati Membri, in quanto il potere attribuibile alla Comunità non è così forte da eliminare le corrispettive competenze di ciascun Paese europeo. Da ciò si deduce che la Comunità non aveva un potere interno sufficientemente ampio nel campo degli investimenti tale da poter esercitare, in forma pienamente indipendente, anche un potere in ambito internazionale. Il collegamento esistente tra le diverse operazioni realizzabili entro i confini comunitari e le operazioni extra-UE, assegnavano alla Comunità una competenza implicita, ma non esclusiva in materia di investimenti diretti esteri. Complesso è tracciare accuratamente un raggio d'azione di tale competenza implicita nell'ambito dei flussi di capitali esteri, essendo le opinioni della Corte non esaustive in tutti gli aspetti rilevanti della materia. Prima del TdL, la possibilità di negoziazione e conclusione di accordi internazionali era condivisa dalle istituzioni europee e gli Stati Membri. Precisamente la condivisione non si manifestava nel solo senso della competenza giuridicamente condivisa, ma anche nel senso che la CE dipendeva in modo complementare dalle capacità pratiche dei Paesi europei nella negoziazione e attuazione di accordi veri e propri²⁴. Alla necessità giuridica si lega altresì una convenienza politica.

La Comunità si è vista assegnare in molteplici occasioni il mandato, esercitando il proprio potere, di includere diverse disposizioni normative riferite ad investimenti esteri diretti nello spazio di diversi negoziati aventi come soggetti intermediari principali gli Stati stessi. Degli esempi potrebbero essere gli accordi di stabilizzazione con i Paesi balcanici, gli accordi di associazione con i Paesi mediterranei, di accordi di partnership e cooperazione

(²³) T. Eilmansberger, *Bilateral investment treaties and EU law*, Common Market Law Review, vol. 46, , 2009, p. 389.

(²⁴) V. supra nota 23, p. 396.

con gli Stati creati dalla ex Repubblica Sovietica, alcuni accordi con le economie emergenti quali Messico, Sud Africa e Cile, e in particolar modo negli accordi CARIFORUM-EU e Trattato sulla Carta dell'Energia.

L'ambizione della riformata Unione Europea e la convinzione che, a seguito dei processi di allargamento della stessa nel 2004 e 2007, diversi Stati non avessero le competenze pratiche per la conclusione e il mantenimento di trattati bilaterali sugli investimenti, porta il Consiglio all'adozione di un importante documento, il "Minimum Platform on Investment" (MPol)²⁵. L'Unione si proponeva l'obiettivo di assumere un ruolo più attivo in materia di investimenti diretti esteri e perseguire un ambizioso approccio in riferimento agli accordi di protezione degli investimenti nel breve futuro. Il documento intende costituire il capitolo tipo sull'investimento dei futuri accordi di libero scambio con i Paesi terzi ai quali la Comunità farà parte. L'MPol ha come oggetto delle sue disposizioni, la versione classica degli investimenti diretti esteri, nonché la situazione in cui l'investitore detiene la proprietà e il controllo. È possibile capire che tale documento esclude dall'interesse di regolamentazione della Comunità gli investimenti qualificati "di portafoglio", ossia gli investimenti per mezzo di capitali che non garantiscono il controllo della società interessata. Essa considera esclusivamente le attività a fine economico e commerciale ed esclude espressamente le attività sovrane di uno Stato. La chiara innovazione dell'MPol deriva principalmente dall'esteso campo di copertura rispetto ai classici TBI, in quanto lo stesso MPol copre non solo il periodo di accesso al mercato, ma anche quelle fasi che si identificano con il post-stabilimento. Quanto agli standard di protezione, l'MPol garantisce, per le operazioni a carattere economico nei settori di attività facenti oggetto della serie già presentata, l'applicazione cumulativa di tre principi: l'accesso al mercato, il trattamento nazionale e quello riservato agli investimenti denominato della nazione la più favorita. La disposizione riferita all'accesso al mercato richiede che le parti non adottino o mantengano alcuna limitazione sul numero dei possibili insediamenti sul territorio, sul numero delle operazioni e le quantità di produzione, e sulla

(²⁵) Adottato il 27 novembre 2006 dal Consiglio dell'Unione Europea (documento non pubblicato del Consiglio n°15375/06)

partecipazione di capitali²⁶. Per quanto concerne l'articolo riferito al "*National Treatment*", esso dispone quanto segue:

"each party shall grant to establishments and investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords to its own like establishments and investors".

Il principio della nazione la più favorita si applica, secondo l'MPol, sia al principio di accesso al mercato sia alle obbligazioni collegate al principio del trattamento nazionale. Infine, l'articolo denominato "*Other Agreements*" precisa che nessuna delle disposizioni dell'accordo devono essere prese in considerazione come limite ai diritti propri degli investitori in quanto disposte al pieno godimento di un più favorevole trattamento in riferimento agli accordi internazionali presenti e futuri che siano destinati a disciplinare gli investimenti tra gli Stati Membri e gli Stati terzi. La convenzione tuttavia esclude certi campi di attività predeterminate, come per esempio il nucleare e il trasporto aereo. Inoltre, esclude espressamente le misure riguardanti l'espropriazione e la risoluzione delle controversie investitore-Stato²⁷. Si può dunque affermare che il documento segue le linee generali del GATS, applicandole nel solo quadro degli investimenti. Ad ogni modo, il Consiglio si è guardato bene dal riformare in maniera più completa l'intera materia, non a caso il documento non affronta importanti questioni proprie di diritto internazionale, come il trattamento giusto ed equo, l'espropriazione, la sicurezza e la protezione, e la risoluzione delle controversie; si mantengono inalterati i poteri esclusivi degli Stati nella negoziazione di misure personalizzate in difesa dei propri investitori. Un alto grado di libertà permette alle parti di riportare alcune riserve alla messa in applicazione delle obbligazioni previste dalla stessa per quanto riguarda la libertà d'accesso al mercato e al trattamento nazionale.

Ciò detto, è possibile riconoscere come il documento MPol sancisca l'esistenza di competenze condivise in materia di negoziazione e conclusione di accordi internazionali di investimento, nonché facilita l'esercizio dell'art 57(2)

(²⁶) Art. riferito a "*Market Access*" (il documento ufficiale non prevede la numerazione degli articoli).

(²⁷) Art. riferito a "*Coverage: measures relating to expropriation and investor-to-state dispute settlement are not deemed to affect establishment*".

del TCE favorendo l'accesso al mercato e il realizzarsi di operazioni economiche anche nella fase post-stabilimento. Un obiettivo sancito più volte dalla Corte di Giustizia Europea²⁸, ossia che gli Stati Membri non sono competenti nel concludere trattati quando questi coinvolgano materie di competenze della Comunità come l'accesso al mercato, il trattamento nazionale e il principio della NPF nel campo degli IDE, e che per la prima volta viene riconosciuto da un documento di un'istituzione UE. Tale presa di posizione netta ed esplicita nella delicata materia delle competenze ha rappresentato il fattore scatenante di un nutrito insieme di controversie tra alcuni Stati europei e i loro TBI contro il diritto primario dell'Unione Europea in riferimento proprio agli investimenti diretti esteri.

1.3 Casi di incompatibilità tra TBI europei e diritto CE

Fin dalla negoziazione e stesura del primo trattato bilaterale di investimento tra Germania e Pakistan nel 1959, tale tipologia d'accordi era pensata principalmente come strumento politico, utile ad incentivare l'investimento estero e creare un contesto favorevole al loro flusso internazionale²⁹. Seguendo l'evoluzione del contesto socio-economico mondiale, i TBI hanno gradualmente guadagnato una maggiore importanza e hanno visto ampliare il loro campo d'azione, garantendo diritti sostanziali agli investitori esteri. Si sono sviluppati negli anni diversi principi fondamentali a favore di questi soggetti includendo aspetti quali: la non discriminazione, un trattamento giusto ed equo, la protezione contro l'espropriazione, il libero movimento dei capitali e l'accesso ai meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie. Molteplici attività economiche sono diventate presto oggetto di accordi internazionali che tutelano gli interessi di soggetti che scelgono di investire in realtà economiche diverse da quelle nazionali. Per quanto concerne il contesto comunitario, è chiara la marcata similarità tra i molteplici TBI degli Stati Membri tutt'oggi in vigore, essendo questi redatti sulle linee generali del

(²⁸) V. supra note 7, 8, 9, 10, 11, 13, 17.

(²⁹) V. supra nota 4, p. 13.

testo adottato dal consiglio dell'OCSE nel 1967³⁰. Tale testo ha ridimensionato il campo d'azione degli accordi internazionali in materia di investimento, favorendo la stipulazione di trattati contraddistinti da pochi articoli, 12 o 14, e da documenti brevi incentrati quasi esclusivamente sulla protezione agli investimenti, tralasciando l'aspetto dello sviluppo economico. I caratteri generali vengono ripresi in molti TBI europei, i quali si concentrano per lo più su tre diversi temi: definizione del raggio di copertura del trattato nella presente materia, presentazione delle diverse garanzie di protezione assicurate dallo Stato che accoglie l'investimento rispetto all'investitore e il suo investimento, e infine la descrizione dei meccanismi con i quali l'investitore può presentare un ricorso contro lo Stato ospitante l'investimento in causa ad una violazione di un TBI.

L'evoluzione politica internazionale ha spinto anche il diritto europeo ad interessarsi di aspetti e temi direttamente collegati alla materia degli IDE, sottovalutandone però la possibilità di intervenire fin da subito con disposizioni utili a disciplinare in toto tale campo, come già dimostrato nei paragrafi precedenti. La parcellizzazione della disciplina normativa riferita agli investimenti diretti esteri, regolata allo stesso tempo da disposizioni contenute nei TBI e da disposizioni proprie del diritto UE, ha generato incompatibilità tra i due, nonché difficoltà pratiche per gli investitori esteri e la realizzazione dei loro investimenti³¹. Una disposizione importantissima che mira ad eliminare le possibili incompatibilità, o quanto meno disciplinare le possibili incongruenze tra i due diritti, è rappresentata dall'articolo 307 del TCE³². L'articolo dispone che il diritto europeo non prevalga automaticamente sugli accordi degli Stati Membri con Stati terzi o con gli stessi Paesi europei, conclusi prima della loro annessione alla realtà comunitaria. Tuttavia, in virtù dello stesso articolo, nel caso in cui tali convenzioni siano incompatibili con i trattati europei, lo Stato Membro chiamato in causa è obbligato a mettere in atto appropriate misure atte

(³⁰) *"Draft Convention on the Protection of Foreign Property"*, testo adottato dall'OCSE, 2 ottobre 1967.

(³¹) Anca Radu, *Foreign investors in the EU – Which "Best Treatment"? Interaction between Bilateral Investment Treaties and EU law*, European Law Journal, Volume 14, n°2, March 2008, p. 240.

(³²) Art. 351 TFUE.

ad eliminare le possibili incompatibilità constatate. La Comunità ha puntato con il suo intervento, al raggiungimento di un elevato livello di armonizzazione, eppure non ha colto l'opportunità di proiettare anche verso il futuro tale disegno: l'articolo non prevede infatti che i TBI conclusi dopo l'adesione all'Unione siano oggetto di tale disposizione.

Le eventuali incompatibilità derivanti dall'applicazione degli accordi sugli investimenti degli Stati Membri in relazione al diritto dell'Unione possono essere differenziate in due diversi livelli. Da un lato, le misure attuate da un Paese europeo in applicazione dei TBI devono essere prive di qualsiasi pregiudizio nei confronti delle disposizioni europee. Se le incompatibilità non vengono risolte in una fase precedente all'annessione, o se si presentano delle nuove incompatibilità, la Commissione ha il potere di intervenire. Più precisamente, secondo l'articolo 226 TCE³³, se la Commissione reputa "che uno Stato Membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati" essa potrà "adire la Corte di Giustizia dell'Unione Europea". Dall'altro lato, le misure attuate da uno Stato Membro in applicazione del diritto europeo, devono essere ugualmente prive di qualsiasi pregiudizio nei confronti dell'investitore estero e dei diritti ad esso riservati secondo le disposizioni dei TBI. Se questo non è il caso, lo stesso Stato può essere portato dinanzi un organo internazionale per la risoluzione delle controversie sia dall'investitore estero che da un proprio cittadino. Nel primo caso descritto, il fattore essenziale che origina l'incompatibilità è direttamente riferibile al tema delle competenze, specialmente per la conclusione di trattati bilaterali con Stati terzi su particolari clausole inerenti al libero trasferimento dei capitali. Queste clausole di libero trasferimento dei capitali che sono imposte agli Stati, vincolano gli stessi a non maltrattare l'investimento protetto, non lo nazionalizzare, di riservargli un trattamento giusto ed equo, e altresì di permettere il libero rimpatrio dei capitali. Nei numerosi trattati bilaterali gli Stati si sono anche privati della possibilità di limitare la libertà di trasferimento. Ora, in certe circostanze eccezionali, il Consiglio può chiedere agli Stati di bloccare il trasferimento dei capitali a riguardo di questo o quel Paese. Quando però i Paesi europei si

³³ Art 258 TFUE.

impegnano nei TBI con delle clausole di libertà di trasferimento di capitali senza riserva, non sono più in grado rispettare le eventuali raccomandazioni del Consiglio senza violare contemporaneamente il diritto internazionale. Si realizza un vero conflitto di norme, una vera tensione che non è generale tra il diritto comunitario e il diritto internazionale, ma si limita a questa ipotesi particolare. Al fine di regolare questo conflitto, gli Stati possono aggiungere nei trattati una precisazione destinata a rendere queste clausole compatibili con il diritto comunitario, oggi dell'UE. È sufficiente prevedere che la libertà di circolazione dei capitali possa essere limitata in certe ipotesi, a condizione tuttavia che la competenza per agire con tale limitazione sia esercitata in *bona fide*. È, in effetti, essenziale salvaguardare l'investitore dall'ipotesi in cui tale competenza possa essere utilizzata come un pretesto per nazionalizzare o danneggiare un investimento³⁴.

Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, gli Stati erano dunque liberi di esercitare la loro competenza nella negoziazione e conclusione di nuovi accordi, ma al contempo vincolati dal prendere coscienza dell'esigenza di compatibilità con le disposizioni del diritto comunitario. Nonostante ciò, la Commissione ha istituito delle procedure di infrazione, in riferimento ad incompatibilità di alcuni TBI, contro diversi Stati europei: Austria³⁵, Svezia³⁶, Finlandia³⁷ e Danimarca³⁸.

Secondo la Commissione, il TBI concluso tra Danimarca e Indonesia nel 1968 violava l'art. 307 del TCE³⁹, in quanto il Paese europeo garantiva diritti

(34) V. supra nota 31, p. 245.

(35) Corte UE, 3 marzo 2009, Caso C-205/06 *Commission of European Communities vs Republic of Austria*, ECR I-1301.

(36) Corte UE, 3 marzo 2009, Case C-249/06 *Commission of the European Communities vs Kingdom of Sweden*, ECR I-1335.

(37) Corte UE, 19 novembre 2009, Case C-118/07 *Commission of the European Communities vs Republic of Finland*, ECR I-10889.

(38) Corte UE, 5 novembre 2002, Case C-467/98 *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark*, ECR I-9519

(39) Quando la Commissione ha presentato ricorso contro la Danimarca un comunicato della stessa dichiarava: "*Denmark's attention is also drawn to the fact that its agreement with Indonesia grants non-discrimination treatment to investments, while it does not provide for a Regional*

propri dei soli investitori appartenenti alla Comunità, a soggetti economici esterni. In risposta la Danimarca ha scelto di estinguere tale trattato e concludere un nuovo accordo con lo Stato asiatico nel 2007. Per quanto concerne i casi contro l'Austria e la Svezia, la Commissione ha contestato che gli Stati non hanno perseguito i loro obblighi in quanto i TBI non prevedevano restrizioni sul libero movimento dei capitali da o verso Stati terzi come previsto dagli art 57, 59 e 60 TCE ed essi non si sono attivati per rettificare tale situazione. Risulta essere interessante riportare l'opinione del 10 Giugno 2008 dell'AG Maduro, il quale afferma che:

“the Court should declare that, by not taking all appropriate steps to eliminate the incompatibility between their pre-accession bilateral investment agreements and Article 10 EC in conjunction with Article 57(2), 59, and 60(1) EC, Austria and Sweden have failed to fulfil their obligation under Article 307 EC⁴⁰”.

Egli fa notare inoltre che la Comunità non ha ancora utilizzato l'art 57(2) per regolamentare la materia considerata e che non vi è la necessità di introdurre misure di salvaguardia previste dall'art 56 TCE, e anche se il Consiglio ha già fatto uso dell'art 60(1), ciò non è stato indirizzato verso alcun Paese terzo nel senso identificato. In risposta gli Stati hanno seguito una linea difensiva secondo la quale fino a che la Comunità non introduce delle restrizioni, qualsiasi incompatibilità sarebbe puramente ipotetica. La Commissione, d'altro avviso, contesta che l'incompatibilità è in ogni caso sufficiente a violare l'art 307 EC e obbligare così gli Stati a modificare il loro TBI. Secondo l'avviso dell'AG Maduro, l'origine dell'incompatibilità dei TBI degli Stati Membri non è direttamente individuabile nella relazione tra l'art.57(2), 59, e 60 TCE, da un lato, e art 307 TCE, dall'altro. Piuttosto, l'incompatibilità è da riscontrare :

Economic Integration Organisatio clause which would allow preferential treatment to be accorded to its immediate EU partners only, without extension to the non-EU state invlved. Thus, Denmark could be obliged to grant rights, which in specific sectors may be reserved to Community enterprises, to an invstment from a non-EU state. This could resul in further incompatibility with specific requirements of Community law in a number of sectors”. Visitare <http://europa.eu/rapid>.

⁴⁰ Opinione dell'AG Poiares Maduro, Caso C-205/06, par. 17.

“in the Member State duty of loyal cooperation enshrined in Article 10 TCE. More specifically, it is based on the notion that the agreements are liable seriously to compromise the exercise of Community competence⁴¹”.

Se questa è la causa dell'incompatibilità dei BIT conclusi da Austria e Svezia prima della loro annessione alla UE, ciò non pare essere un ragionamento completo, in quanto altri TBI di altri Stati membri che presentano disposizioni simili riguardanti il libero trasferimento dei capitali dovrebbero anch'essi essere incompatibili con il diritto europeo. “Potenzialmente numerosi TBI europei possono essere passibili di un procedimento d'infrazione della Commissione di fronte la Corte UE”⁴². Per quanto concerne il mancato operato dell'Austria e della Svezia nell'intervenire con misure atte eliminare le incompatibilità, l'AG conclude che i due Stati dovrebbero “denunciare” quei TBI anche se essa dovrebbe essere considerata come *l'ultima ratio*. Tuttavia gli interessi degli investitori degli Stati Membri possono portare i medesimi a non assentire ad un'uniformazione alle disposizioni del diritto europeo secondo linee dettate dalla UE.

In seguito a tali controversie, il processo di annessione di nuovi Stati alla realtà comunitaria⁴³, oltre a prevedere l'obbligo di aderire ad alcuni trattati, già per altro previsti per l'allargamento dell'Unione in passate occasioni, viene arricchito di ulteriori disposizioni e obblighi secondo i quali i nuovi Stati hanno l'obbligo di rinegoziare o denunciare gli accordi internazionali che risultano incompatibili con il diritto comunitario. La Commissione ha facilitato la cooperazione con gli Stati terzi in modo tale che i nuovi Paesi membri realizzassero appieno le loro obbligazioni. Un risultato di questo processo è che dopo una serie di revisioni occorse prima del processo di adesione alla UE ha generato una migliore armonizzazione con il diritto comunitario oggi UE, di tutti gli accordi internazionali. Una dimostrazione di strumento utilizzato per delineare al meglio le diverse competenze ripartite tra Unione Europea e Stati

⁽⁴¹⁾ Opinione dell'AG Poiares Maduro, caso C-205/06, par. 4.

⁽⁴²⁾ M. Burgstaller, “*European Law and Investment Treaties*”, Journal of international arbitration, Volume 26, issue 2, 2009, p. 16.

⁽⁴³⁾ Stati annessi nel maggio 2004: Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Rep. Ceca, slovacchia, Slovenia, Ungheria.

Membri, ma soprattutto tra diritti nazionali e diritti europei, è il documento denominato “The Understanding”⁴⁴. Esso costituisce un “political arrangement” e non un trattato secondo il diritto internazionale⁴⁵: utile ad assicurare la compatibilità tra il diritto europeo e le obbligazioni derivanti dagli accordi sottoscritti con i soli Stati Uniti d’America. Si tratta tuttavia di una reiterazione dell’art 307 TCE secondo cui gli Stati si impegnano ad attuare qualsiasi misura possibile al fine di eliminare le incompatibilità, rappresentando in questo modo una soluzione non esaustiva e limitata sia nel numero di BIT entro il quale esso ha la facoltà di intervenire, sia nel campo di disposizioni che possono essere interessate dallo stesso. Inoltre, si ritiene che gli impegni derivanti da preaccordi di questo tipo, utili all’armonizzazione dei diritti nazionali con il diritto europeo, possano essere causa di effetti negativi nel campo del diritto internazionale, nonché nella specifica materia delle competenze in ambito di investimenti diretti esteri, sia in relazione con gli Stati terzi, sia nel rapporto con gli stessi Stati europei.

1.4 Il coinvolgimento della Commissione UE negli arbitrati Eastern Sugar ed Eureko

Il preciso obiettivo dell’Unione Europea di armonizzare il diritto europeo con il diritto nazionale di ogni singolo Stato membro, in particolar modo nel campo degli investimenti diretti esteri, ha sollevato numerose questioni negli anni antecedenti l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Mentre l’insieme dei TBI dei Paesi europei conclusi con gli Stati terzi è rimasto pressoché caratterizzato da una forte predominanza degli interessi politici nazionali fino al TdL, l’area che comprende i diversi TBI intra-UE ha dato prova di essere molto più controversa. In essa, infatti, si assiste ad un *melange* complesso tra principi propri del diritto nazionale, europeo e internazionale,

(⁴⁴) *The Understanding*, 22 Settembre 2002, concerne alcuni trattati bilaterali conclusi da Stati Uniti, Repubblica Ceca, Estonia, Lettonia, Lituania, Polonia, Slovacchia, Bulgaria, Romania. Disponibile in <http://state.gov/s/l/2003/44366.htm> (visitato il 4 marzo 2013).

(⁴⁵) V. supra note 44.

coinvolgendo norme di interpretazione contenute in importanti accordi internazionali, *in primis* la Convenzione di Vienna⁴⁶. La giusta interazione tra i tre diritti appena citati, fatica a realizzarsi nelle particolari situazioni di rinnovo e di allargamento della realtà comunitaria, in particolar modo nell'annessione di nuovi Stati avvenuta nel 2004 e nel 2007, che ha arricchito di nuove variabili e difficoltà la difficile relazione. Le manifestazioni del complesso rapporto esistente tra i tre ordinamenti giuridici le si denotano negli arbitrati *Eastern Sugar* contro Repubblica Ceca⁴⁷ ed *Eureko* contro Slovacchia⁴⁸.

La Repubblica Ceca, nel primo caso citato, contesta che il TBI del 1991 tra lo Stato della Cecoslovacchia e i Paesi Bassi non fosse applicabile nella particolare fattispecie qualificante il contenzioso tra l'impresa olandese e lo Stato da poco vincolato al sistema legislativo europeo. Lo Stato ceco precisa che il tribunale arbitrale in seno al forum della CCS risulta essere non competente e che:

“on a subsidiary basis, lodge a request for preliminary ruling before the ECJ pursuant to art. 234 ECT and refer the following questions to the ECJ: 1) at what date the BIT stop being applicable; 2) if any forms necessary to render effective the substitution of the BIT by EC law and if contracting States have to formally terminate the BIT; 3) if such formal termination, assuming it is necessary, is effective immediately, with a retroactive effect, or after expiration of the notice period⁴⁹”.

Importante è notare come la Rep. Ceca non affermi espressamente che il TBI sia terminato, si limita difatti ad affermare che esso non è applicabile a seguito dell'adesione all'Unione Europea il primo maggio 2004, più precisamente invoca nel presente caso l'art 59(1) della Convenzione di Vienna⁵⁰.

(⁴⁶) *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Vienna 23 maggio 1969.

(⁴⁷) CCS, 27 marzo 2007, caso 088/2004, *Eastern Sugar BV v. Czech Republic*.

(⁴⁸) UNCITRAL, 26 ottobre 2010, caso 2008/13 *Eureko BV v. The Slovak Republic*.

(⁴⁹) V. supra nota 47, par. 25.

(⁵⁰) Articolo 59 della Convenzione di Vienna dichiara quanto segue:

Estinzione di un trattato o sospensione della sua applicazione derivanti implicitamente dal fatto della conclusione di un trattato successivo

1. Un trattato è considerato estinto quando tutte le parti di questo trattato concludono successivamente un trattato avente per oggetto la stessa materia e se risulta dal trattato

Secondo lo Stato ceco, se trattati precedenti all'adesione restano in vigore, potrebbero distorcere il principio del diritto europeo di "uguale trattamento", nonché una simultanea applicazione del TBI e del regime di investimenti intra UE potrebbe generare incompatibilità in base al principio di non discriminazione previsto dall'art. 12 TCE, dato che l'accordo conteneva disposizioni agevolanti l'operatività di investitori esteri sul territorio nazionale rispetto a quanto previsto dal diritto europeo. Allo stesso modo, l'applicazione dell'accordo violerebbe un importante vincolo, a partire dal quale l'impresa Eastern Sugar avrebbe dovuto presentare il proprio ricorso dappprincipio innanzi ad un organo della corte nazionale ceca, non assegnando in questo modo alcuna giurisdizione al tribunale arbitrale chiamato in causa. La Repubblica Ceca, nella presente controversia, confida anche nella lettera della Commissione⁵¹, ove essa descrive il proprio punto di vista, applicando il principio di supremazia del diritto europeo di fronte a disposizioni non conformi dell'accordo, ritenendo non applicabile il TBI ugualmente fondato su materia di competenza comunitaria. Analogamente, anche il caso *Eureka* si basa su simili aspetti procedurali in riferimento all'applicazione o meno delle disposizioni previste dal medesimo accordo internazionale. Nella controversia appena citata, la lettera presentata dalla Commissione si basa sulla stessa affermazione di supremazia del diritto comunitario, ma nel preciso caso si legge che:

"as a result of the supremacy of EU law vis-à-vis pre-accession treaties between Member States, conflicts between Member States, conflicts between BIT provisions and EU law cannot be resolved by interpreting and applying the relevant EU law provisions in the light of the BIT." E ancora: "only the inverse approach is possible, namely interpretation of the BIT norms in the light of EU law. [...] in the EU legal system, national

posteriore o per altra via che secondo l'intenzione delle parti la materia deve essere disciplinata dal trattato medesimo; oppure se le disposizioni del trattato successivo sono incompatibili con quelle del trattato precedente a tal punto che è impossibile applicare contemporaneamente i due trattati.

2. Il trattato anteriore è considerato come soltanto sospeso se risulta dal trattato posteriore o se è accertato per altra via che ciò corrispondeva alla intenzione delle parti.

(⁵¹) Lettera Commissione Europea 13 Gennaio 2006, presente nel caso *Eastern Sugar*, par. 119.

legislation of an EU Member State that is incompatible with EU law does not become 'invalid'; it merely cannot be applied where it conflicts with EU law. The same applies in the Commission's view, to existing intra-EU BITs that contain provisions that are incompatible with EU law: neither the BIT as such nor the conflicting provisions become 'invalid'; but they cannot be applied where they conflict with EU law⁵²".

Ad ogni modo, l'esercizio della facoltà di *amicus curiae* in entrambe le controversie porta la Commissione ad ammettere che il principio di supremazia non implica un'automatica estinzione dei TBI intra-UE a livello internazionale, essi terminano solamente se la loro applicabilità cessa secondo le regole stabilite nei trattati.

Entrambi i tribunali arbitrali, in seno alla CCS e all'UNCITRAL, si trovano dinanzi al problema di dover analizzare la possibile applicazione di norme di carattere nazionale, di principi condivisi a livello internazionale e di un diritto, quello europeo, che secondo il punto di vista della Corte UE costituisce un nuovo ordinamento giuridico del diritto internazionale⁵³. Le disposizioni proprie del TBI e la loro applicazione diventano oggetto di studio e interpretazione sulla base degli articoli 59 e 65 della Convenzione di Vienna, i quali vengono richiamati in entrambi i casi arbitrali. In primo luogo, si legge che non è possibile parlare di un'automatica risoluzione dei TBI esistenti⁵⁴, rigettando l'opinione dello Stato secondo cui la conclusione di un TBI, in base all'art. 59 della Convenzione di Vienna, può avvenire automaticamente. Il giudizio affine di entrambi i tribunali conferma l'opinione della Commissione, presentata all'interno della lettera, secondo la quale l'annessione della Repubblica Ceca e della Slovacchia non implica un'automatica conclusione dei TBI intra-UE

(⁵²) European Commission Observation, 7 luglio 2010, ripresa nel caso *Eureko*, par. 180.

(⁵³) Corte UE, 1963, Caso 26/62, *Van Gend en Loos*.

(⁵⁴) *Eureko v. Slovacchia*, par. 235 :*"in the view of the Tribunal, it is therefore clear from the text of the CVLT that the invalidity or termination of a treaty must be invoked, according to the Article 65 procedure. The VCLT does not provide for the automatic termination of treaties by operation of law with the exception of treaties that conflict with rules of ius cogens"*;

case *Eastern Sugar*, para 172 *"The arbitral tribunal is of the view that EU law has not automatically superseded the BIT as result of the accession of the Czech Republic to the EU. It follows that the BIT including its arbitration clause is still in force"*

preesistenti⁵⁵. L'altro aspetto sul quale i tribunali sono chiamati a giudicare, si riferisce all'ipotetica estinzione del trattato in quanto avente per oggetto la stessa materia di un accordo postumo, quale il trattato di adesione alla UE, il TUE. I soggetti convenuti equiparano le disposizioni del TUE con quelle dei TBI in riferimento agli standard di protezione dei diritti dell'investitore affermando che le disposizioni del TBI sulla promozione e l'ammissione degli investimenti così come il loro trasferimento corrispondono alla proibizione di restrizioni sui capitali e il movimento dei pagamenti previsti dall'articolo 56 del TUE. Allo stesso modo anche il principio del trattamento giusto ed equo e la proibizione di attuazione di misure discriminatorie ed ingiustificate previste nell'accordo internazionale sugli investimenti, corrispondono alla proibizione di discriminazione contenuta nell'art. 12 TUE; così come le norme che regolamentano l'espropriazione sarebbero già contenute nel diritto europeo⁵⁶. L'organo di giudizio indica che non possono essere equiparati gli standard di protezione enunciati in un TBI con i principi propri del diritto UE sugli investimenti, in quanto un fattore discriminante è rappresentato dalla mancanza di un meccanismo di risoluzione delle controversie Stato-investitore in quest'ultimo; il privato come parte lesa può presentare ricorso contro uno Stato Membro esclusivamente attraverso la Commissione⁵⁷. Tale differenza è cruciale secondo il tribunale del caso Eureka, il quale afferma che:

“the third main reason for rejecting the jurisdictional challenge based on VCLT Article 59 may be stated simply. An essential characteristic of an investor’s rights under the BIT is the right to initiate UNCITRAL arbitration proceedings against a State party (as the host State) under Article 8 of the BIT [...] in a neutral place and with a neutral appointing authority [... that]] is unlikely to be replicated under the court procedures of an EU Member State”.

Inoltre il diritto EU si preoccupa principalmente di fornire un regolamento e delle linee procedurali utili esclusivamente ad una fase di pre-stabilimento nell'area comunitaria, mentre le classiche disposizioni contenute

(⁵⁵) European Commission Observation, citata in *Eureka vs Slovacchia*, par. 187.

(⁵⁶) *Eureka v. Slovacchia*, par. 69.

(⁵⁷) Art 258 e 259 TFUE.

nei TBI prevedono la disciplina della fase post-stabilimento, non rappresentando i testi normativi caratterizzati da “*same subject matter*”⁵⁸. Molti aspetti relativi al trattamento giusto ed equo così come gli standard di protezione e sicurezza dei TBI eccedono le garanzie previste dal diritto europeo, quest’ultimo infatti obbliga gli Stati Membri ad astenersi dal mettere in atto misure che aprono o indirettamente discriminano i cittadini europei nell’esercizio di attività di circolazione dei beni, persone, servizi e capitali. Esso inoltre non contiene disposizioni equipollenti all’elevato livello di trasparenza, stabilità negli obblighi o il dovere di rispettare le legittime attese dell’investitore racchiusi nel principio di trattamento giusto ed equo condiviso dai TBI internazionali⁵⁹. Il trattamento giusto ed equo e gli standard di protezione contenuti nei TBI sono tipicamente strutturati senza alcuna restrizione, gli accordi sugli investimenti raramente contengono espresse limitazioni o misure definite di non preclusione. Il diritto EU invece d’altro canto contiene implicite limitazioni sviluppate dalla CGE in diversi casi giurisprudenziali quali *Cassis de Dijon*⁶⁰ e *Gebhard*⁶¹.

Eastern Sugar ed Eureka non sono i soli casi arbitrari in materia di investimenti che si occupano del rapporto tra i diversi TBI intra-UE, si possono ad ogni modo riscontrare le medesime problematiche anche nei casi: *Saluka*⁶², *Micula*⁶³, *HICEE*⁶⁴. In tutti questi casi gli Stati convenuti hanno ripetutamente asserito che l’adesione all’Unione Europea ha reso i loro TBI, conclusi con i Paesi Membri UE, inapplicabili sulla base delle norme contenute nel diritto europeo. Essi hanno sempre ricevuto il supporto della Commissione Europea, la quale sistematicamente interviene sia attraverso la formalità dell’*amicus curiae* sia secondo vie informali. Le argomentazioni sulle quali ciascuno dei convenuti sceglie di appoggiarsi al fine convincere il tribunale arbitrale dell’inefficacia dei

(⁵⁸) Come considerato nel caso *Japan.Taxes on Alcoholic Beverages*, WTO, 1 novembre 1996.

(⁵⁹) A. Reinisch, *Article 30 and 59 of the Vienna Convention on the law of Treaties in action: the decision on jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureka investment arbitrations*, *Legal Issues of Economic Integration*, Issue 2, 2012, pp. 157–177.

(⁶⁰) Corte UE, 1979, Caso 120/78, *Cassis de Dijon*.

(⁶¹) Corte UE, 1995, Caso C-55/94, *Gebhard*.

(⁶²) UNCITRAL, 22 marzo 2000, Caso *Saluka Investment v Repubblica Ceca*.

(⁶³) ICSID, 13 ottobre 2005, Caso n°ARB/05/20, *Micula v Romania*.

(⁶⁴) UNCITRAL, 17 ottobre 2001, Caso n°2009-11, *HICEE BV v Slovacchia*.

TBI si riassumono pressoché nel ricorso metodico all'art. 59 e 30 della Convenzione di Vienna. Tale approccio non risulta però efficace in quanto i tribunali costituiti ad hoc rimangono difficilmente condizionabili dalle deboli motivazioni che sono oramai facili da confutare. Da qui, l'Unione Europea, consapevole della difficoltà nel districarsi nella materia degli investimenti internazionali, ma soprattutto della libertà di interpretazione delle disposizioni nazionali e internazionali che caratterizzano questo campo, individuandone i problemi in linea generale, ha scelto di intervenire redigendo un trattato che le assegnasse maggiori poteri e peso internazionale.

Sezione II

LISBONA: IL TRATTATO PER L'ALLARGAMENTO DELLE COMPETENZE EUROPEE

1.5 Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e gli articoli dedicati agli IDE

Il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, si prefiggeva l'obiettivo di mettere fine alla crisi generatasi dalla mancata adozione della Costituzione per l'Europa⁶⁵ da parte della Francia e dell'Irlanda. L'intento condiviso non consisteva nel rimpiazzare i trattati esistenti con un testo unico, come nel caso della Costituzione, bensì adottare un trattato che modificasse i trattati precedenti, i quali restano in vigore. Su mandato di ogni capo di Stato, i trattati UE e TCE divengono rispettivamente TUE e TFUE: il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Si sono inserite nel presente trattato le innovazioni presentate nella Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati Membri del 2004, focalizzando il lavoro di rivisitazione e modifica su sei diversi aspetti: la riconoscenza della personalità giuridica dell'Unione, una chiarificazione delle competenze dell'Unione, una tonalità meno economica dell'Unione, il rafforzamento del carattere democratico dell'Unione, la ricerca di una più alta efficacia ed efficienza delle attività dell'Unione e la revisione di alcune politiche europee⁶⁶.

L'attribuzione delle competenze dell'Unione è continuamente oggetto di aggiornamento attraverso la revisione dei trattati, in particolar modo il TdL ha modificato le categorie secondo le quali si possono ripartire le diverse forme di competenze, delineando una classificazione evolutasi entro il campo giurisprudenziale della Corte UE e acquisita dall'esperienza comunitaria. Tre sono le tipologie di competenze: le competenze esclusive sono quelle dove solo l'Unione può legiferare, gli Stati membri non possono operare entro questi campi con proprie disposizioni se non abilitati dall'UE o con il solo obiettivo di rendere

⁽⁶⁵⁾ Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa

⁽⁶⁶⁾ M. Dony, *Après la réforme de Lisbonne: les nouveaux traités européens*, Université de Bruxelles, 2008, p. 17.

esecutivi gli atti delle istituzioni europee⁶⁷; le competenze concorrenti coprono i domini dove tanto l'Unione, quanto gli Stati Membri possono legiferare, tuttavia questi ultimi non possono esercitare le loro competenze che nella misura in cui l'Unione non abbia esercitato o cessi di esercitare le proprie⁶⁸; le competenze concorrenti parallele danno facoltà all'Unione di svolgere azioni volte a "sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri", in diverse aree quali la ricerca, lo sviluppo tecnologico, la cooperazione allo sviluppo e l'aiuto umanitario⁶⁹. L'attribuzione delle competenze è chiaramente definita nell'art. 5 TUE⁷⁰, il quale dispone che la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. Lo stesso articolo afferma in maniera esplicita che "l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati Membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti.". L'art. 1 del TUE riprende la formula utilizzata dalla Costituzione di un'Unione "alla quale gli Stati membri attribuiscono delle competenze per conseguire i loro obiettivi comuni⁷¹". Tale principio è completato da un'affermazione evidente, ma che tuttavia viene presentata ben due volte all'interno del TUE⁷², secondo cui "tutte le competenze non attribuite all'Unione nei trattati appartiene agli Stati Membri".

Con l'adozione del Trattato di Lisbona si introduce finalmente un esplicito potere in seno alla UE in materia di investimenti diretti esteri affermando in principio che, attraverso l'unione doganale, la UE contribuisce in particolar modo "alla soppressione delle restrizioni agli scambi internazionali e agli investimenti esteri diretti ⁷³". L'art. 207 amplia il campo della politica commerciale comune al fine di consentire che questa politica si fondi su dei principi uniformi anche in riferimento agli investimenti diretti esteri ⁷⁴.

(⁶⁷) Art. 3 TFUE.

(⁶⁸) Art. 4 TFUE.

(⁶⁹) Art. 6 TFUE.

(⁷⁰) Ex art. 5 del TCE.

(⁷¹) Art. 1 TUE.

(⁷²) Art. 4 e art 5 TUE.

(⁷³) Art. 206 TFUE.

(⁷⁴) Art 207 TFUE "la politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne [...] gli investimenti esteri diretti".

L'adozione di questa voce alla lista tradizionale degli aspetti riguardanti la politica commerciale comune è un elemento nuovo avanzato nel precedente trattato costituzionale, che ripreso anche nel TFUE, ne determina incontestabilmente un nuovo campo di competenze esclusive. Competenze che si collegano perfettamente al principio secondo il quale la politica commerciale comune "è indirizzata nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esteriore dell'Unione"⁷⁵. Secondo l'art. 205, che apre la quinta parte del TFUE, consacrata all'azione esteriore dell'Unione, i principi e gli obiettivi di quest'azione esteriore sono da ritrovarsi nel TUE, precisamente all'art. 21. È inoltre indicato che l'UE entro il dominio delle sue politiche comuni "apre per assicurare un alto grado di cooperazione in tutti i campi delle relazioni internazionali" al fine di incoraggiare l'integrazione di tutti i paesi nell'economia mondiale ivi compresi dalla soppressione progressiva degli ostacoli al commercio internazionale e di promuovere un sistema internazionale fondato su una cooperazione multilaterale rinforzata e una buona *governance* mondiale⁷⁶.

Sfortunatamente, nonostante la ricerca di un implicito potere in questo campo, il preciso raggio d'azione e il contenuto di questa competenza sono poco chiari. L'art. 3 del TFUE afferma che la UE dovrebbe avere una competenza esclusiva in materie riguardanti l'unione doganale, alla quale segue la politica commerciale comune, e l'art. 206 TFUE afferma in maniera più chiara che l'abolizione delle restrizioni sullo stabilimento degli investimenti diretti esteri è parte integrante dell'unione doganale. Nell'analizzare le diverse disposizioni dedicate agli IDE si comprende che esse indicano chiaramente che il nuovo potere non è esteso a tutte le forme dell'investimento transnazionale, in particolare non fa riferimento all'investimento di portafoglio di breve termine o alle controversie di carattere monetario scaturenti da un contratto internazionale, entrambi oggetti di interesse dei più classici TBI. In riferimento alla definizione usata da altre organizzazioni internazionali come il Fondo Monetario Internazionale o l'OCSE, gli investimenti diretti esteri dovrebbero coprire l'investimento realizzato in un territorio estero con l'obiettivo di

(⁷⁵) V. supra nota 74.

(⁷⁶) Vedasi preambolo TFUE.

realizzare un interesse ultimo in un'impresa localizzata in un Paese estero⁷⁷. Il problema che scaturisce dall'interpretazione di tale disposizione si riferisce quindi in particolar modo alla tipologia d'investimenti esteri a lungo termine che sono inseriti entro il campo d'azione dell'UE. Tale problematica si estende inoltre anche alla questione di estendere la competenza esistente anche in riferimento ai servizi nel settore industriale, ovvero che essa si limiti alle attività legate al commercio e non all'investimento interpretato come dapprima esplicitato. Secondo Eilmansberger, un'interpretazione minimalista di questa nuova competenza è possibile anche in riferimento allo scopo fondamentale di una possibile politica comune nell'investimento estero⁷⁸. Con un occhio di riguardo all'art. 206 TFUE, che si riferisce all'abolizione delle restrizioni degli IDE, si può affermare che la competenza nell'art. 207 TFUE dovrebbe limitarsi agli aspetti della liberalizzazione degli investimenti, ad esempio le regole concernenti l'accesso al mercato e alle restrizioni applicabili nella fase pre-stabilimento. Tuttavia, dato che la decisione di effettuare un investimento a lungo termine dipende dalla stabilità del contesto legale dello Stato entro il quale si investe, e in modo più generale dal grado di protezione che l'investimento gode nel medio e lungo termine, una così rigida interpretazione non è molto convincente. Perciò anche se l'esatto raggio d'azione di questa nuova competenza deve essere ben definito⁷⁹, si deve in aggiunta esplicitare se il potere acquisito dalla UE permetta a una qualche istituzione europea di concludere accordi internazionali aventi gli stessi principi propri dei TBI descritti nella sezione precedente. Inoltre, come dimostrano i precedenti tentativi della Comunità di acquisire la competenza di concludere accordi internazionali facenti le veci degli Stati Membri, hanno visto questi ultimi sempre in opposizione, in quanto preoccupati dalla possibilità di perdere le proprie competenze acquisite in materia. I giudizi della Corte antecedenti l'applicazione del TdL limitano inoltre il potere della UE di agire in modo

(77) V. OCSE, *"Benchmark Definition on Foreign Direct Investment"*, ed 2008, p.10.

(78) T. Eilmansberger, *"Bilateral investment treaties and EU law"*, *Common Market Law Review* 46, 2009, p. 391.

(79) Commissione Europea, *"Verso una politica globale europea sugli investimenti : le linee di principio della Commissione Europea"*, COM (2010) 343, 7 luglio 2010, par. 2.

autonomo in quanto ad essa viene richiesta una cooperazione politica e giuridica con gli stessi Paesi europei⁸⁰. È chiaro che l'UE dovrebbe essere in grado di sfruttare il potere di negoziazione ad essa attribuito, superiore a ciascun singolo Stato in quanto rappresentante di una molteplicità di realtà economiche entro il contesto internazionale, potere che dovrebbe essere utile al fine di ottenere migliori risultati in termini di protezione degli investimenti in relazione con gli Stati terzi firmatari degli accordi. Tuttavia, mentre una più sicura protezione degli investimenti out dovrebbe essere teoricamente il più importante obiettivo di un EU-TBI concluso sulla base della nuova competenza, un accordo internazionale sugli investimenti non dovrebbe essere asimmetrico e dovrebbe includere rilevanti obbligazioni di protezioni da parte anche europea⁸¹. Di fronte a tale mutamento dei poteri entro il contesto europeo, gli Stati terzi devono non solo adattarsi a negoziare con un solo rappresentante, l'Unione Europea, inedita sul tavolo della contrattazione dei termini di protezione e promozione degli investimenti internazionali, ma si auspica che acconsentano anche che i nuovi accordi che verranno sottoscritti sostituiscano i TBI conclusi con gli Stati membri negli anni passati. Sin dall'adozione del TUE e TFUE, le nuove norme disponenti l'ampliamento delle competenze in favore dell'Unione Europea in materia di IDE hanno permesso di ipotizzare che i futuri accordi sottoscritti con gli Stati terzi siano qualificabili come accordi misti, disciplinanti non solo gli investimenti, ma anche aspetti inglobati entro la politica economica comunitaria in modo tale da favorire l'esercizio delle competenze precedentemente disposte in seno all'Unione Europea.

Le modalità d'esercizio della competenza, dal punto di vista procedurale, sono precisate dall'art 207, al paragrafo 4, ove si afferma che per la conclusione di accordi esterni rilevanti la politica commerciale comune, il Consiglio decreta a maggioranza qualificata con tuttavia un'eccezione che interessa proprio gli investimenti esteri diretti, secondo il quale "il Consiglio stabilisce all'unanimità quando questo accordo comprende delle disposizioni per le quali l'unanimità è richiesta per l'adozione di regole interne". Nel quadro dei due aspetti della libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali e dei pagamenti, la

(⁸⁰) V. supra nota 16.

(⁸¹) V. supra nota 78, p. 393.

modalità di votazione è normalmente la maggioranza qualificata. L'unanimità non è richiesta se non nel caso eccezionale dell'adozione di misure che "costituiscono un regresso nel diritto dell'Unione in quel che concerne la liberalizzazione dei capitali a destinazione o in provenienza da Paesi terzi⁸²". Infine si denota che, secondo le disposizioni del TdL, gli accordi relativi alla politica commerciale sono conclusi secondo la procedura ordinaria prevista dall'art 218 TFUE, e ciò significa che, a differenza del regime dell'art 133 TCE, l'intervento del Parlamento a titolo consuntivo viene preso in considerazione.

Lo strumento che ha favorito l'acquisizione da parte dell'UE del potere di regolazione degli Investimenti diretti esteri, il Trattato di Lisbona, ha sancito definitivamente l'ottica espressa in molteplici occasioni dalla Corte, secondo cui anche gli IDE devono esser parte integrante delle azioni politiche della Commissione e delle diverse istituzioni europee. Il coinvolgimento di queste ultime non appare però del tutto chiaro e uniforme all'interno del TUE e TFUE, tanto che a gran voce gli Stati Membri hanno richiesto un intervento formale dell'UE per poter definire e delineare i confini di una politica sugli investimenti europea, contenente altresì gli obiettivi raggiungibili nel medio-lungo periodo in campo economico e promozionale. La Commissione Europea ha deciso perciò di esporre in un unico documento le linee di principio⁸³, sulla base delle quali si indirizzerà l'attività politica comunitaria in materia di investimenti diretti esteri, pur consentendo un certo margine di giudizio e contributo anche da parte di altri soggetti istituzionali europei quali il Parlamento e il Consiglio Europeo.

(⁸²) Art. 64(3) TFUE.

(⁸³) V. supra nota 79.

1.6 “Verso una politica globale europea sugli investimenti”: le linee di principio della Commissione Europea

Il 7 luglio 2010 la Commissione Europea ha presentato un documento riguardante lo sviluppo di una politica europea sugli investimenti, in vista del cambiamento di competenze apportate dal TFUE. Lo scopo principale del documento è di “esaminare il modo in cui l’Unione potrebbe elaborare una politica di investimenti internazionali suscettibili di migliorare la competitività UE⁸⁴”, fornendo nella parte iniziale un contorno del contesto economico generale nel quale la politica d’investimento europea dovrà essere formulata, offrendo altresì una veduta d’insieme delle attività già realizzate da parte degli Stati Membri nell’area considerata e identificando le priorità della Commissione per la politica futura. La Commissione tiene a precisare fin da subito la distinzione tra IDE propriamente detti, riferendosi agli investimenti che consentono un controllo, ovvero una gestione della società oggetto dell’investimento, e gli investimenti ove il soggetto economico che investe non ha alcuna intenzione di influire sulla gestione e sul controllo dell’impresa, gli investimenti detti di portafoglio. Come già riportato nella parte iniziale del presente elaborato, la Comunicazione denota come la realtà economica europea nel suo insieme sia “al tempo stesso la prima destinazione e la prima fonte per gli IDE⁸⁵”. Tale aspetto pone l’UE in una posizione di forte interesse sul piano internazionale, permettendo un maggior potere di contrattazione di accordi sugli investimenti rispetto ai singoli Stati membri, rendendola comparabile ad uno Stato molto più importante sul piano economico complessivo, gli Stati Uniti. Analogamente al contesto statunitense, ciascuno Stato europeo manterrà il controllo sulle decisioni riguardanti gli strumenti di promozione, assistenza e sostegno sempre entro la conformità con la politica commerciale comune e la coerenza con la legislazione dell’UE.

È chiaro dall’analisi della Comunicazione, che la Commissione prevede i futuri accordi di investimento europei come un accostamento di diverse disposizioni che seguono le linee delle disposizioni di accesso nel campo dei

(⁸⁴) V. supra nota 79, par. 1.

(⁸⁵) V. supra nota 84.

servizi che sono già state incluse nella revisione dei trattati UE. Accordi estesi a tutti i settori economici aventi come denominatore comune le disposizioni atte a garantire la protezione dell'investimento, inclusa la risoluzione delle controversie Stato-investitore, come del resto già enunciato nei diversi TBI europei. Nella presente comunicazione la Commissione afferma che prevede di includere capitoli in materia di investimenti diretti esteri in un numero ampio di accordi di cooperazione e commercio, ovvero più in particolare concludere Accordi di Libero Scambio, per i quali le negoziazioni sono già state avviate o per quelle che sono state momentaneamente sospese: Canada, India, Singapore e Mercosur. L'Unione si prefigge inoltre di esaminare in un medio o lungo periodo quali circostanze sarebbero auspicabili individuare al fine di concludere accordi autonomi, con Paesi caratterizzati da forte proporzione di investimenti quali la Cina, ma anche con Paesi che presentano sfide particolari per gli investitori, in termini di protezione e tutela, come nel caso della Russia. La Commissione intende però focalizzarsi nel rapporto di negoziazione di nuovi accordi con Paesi sviluppati, ovverosia dove gli IDE risultano più sviluppati, in modo tale da facilitare il percorso verso l'estero degli investimenti e liberalizzandone il flusso. Tali Paesi dovranno rispondere a determinati requisiti in termini economici, con prospettive di crescita importanti ove la concorrenza si presenta in notevole aumento e il clima politico-istituzionale sia sicuro e affidabile. Ogni contesto economico con il quale la Commissione intenderà valutare la conclusione di un TBI o ALS dovrà essere considerato in ogni sua singola particolarità, evidenziando così l'esclusione di un'ipotesi di unico modello di accordo di investimento con tutti i Paesi terzi. La Commissione precisa che di fronte a tale scelta si dovranno considerare le diverse forme di TBI extra-UE, in quanto possono presentare differenze che potrebbero anche determinare i diversi obiettivi da raggiungere nel contesto di un negoziato specifico⁸⁶.

L'obiettivo principale tuttavia rimane quello di garantire ai soggetti europei che intendono investire all'estero, un grado di protezione particolare che assicuri i principi fondamentali di garanzia. In tal caso, la comunicazione si riferisce alle migliori pratiche degli Stati membri, cioè si riferisce al trattamento

⁸⁶ Comunicazione Commissione, p. 7.

giusto ed equo, la clausola ombrella, nondimeno le clausole che definiscano le condizioni di espropriazione in conformità con il diritto europeo. Quest'ultimo aspetto è direttamente riferibile alla competenza dell'Unione in materia di investimenti, in quanto la giurisprudenza della Corte UE dimostra che l'art. 345 del TFUE "non ha l'effetto di consentire alle misure di espropriazione di sfuggire alle regole fondamentali del trattato, come quelle relative alla libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali"⁸⁷. Le clausole previste dalla UE dovranno facilitare la realizzazione di tali attività, considerando simultaneamente le politiche europee in materia di tutela ambientale, di sviluppo, di concorrenza e di salute, nonché la promozione dello stato di diritto, dei diritti dell'uomo e dello sviluppo sostenibile come precisato negli artt. 205 TFUE e 21 TUE. Tutte le disposizioni di protezione degli investimenti dovrebbero inoltre essere assicurate da un efficace strumento per la risoluzione delle controversie in particolare tra l'investitore e lo Stato ospitante l'investimento, in quanto tutti i principi e fondamenti internazionali appena presentati trovano come fondamento, entro il diritto dell'Unione, il principio di non discriminazione. La Commissione stessa individua chiaramente uno strumento atto a garantire la facoltà all'investitore di presentare ricorso contro un governo, ovvero sia l'arbitraggio internazionale: sistema condiviso e ampiamente utilizzato in tutti i TBI europei, nonché forma di incoraggiamento degli investitori nel realizzare attività economiche in contesti nazionali diversi dal proprio. Su tale aspetto però si può affermare che non esistono esempi di coinvolgimento dell'Unione in controversie con soggetti privati in materia di investimenti, in quanto fin d'ora pochi sono i trattati in cui le istituzioni europee sono entità passibili di ricorso di fronte ad un tribunale arbitrale⁸⁸. Ciò perché più volte la Corte si è espressa in modo negativo nei confronti di questi organi teoricamente *super partes*, in quanto giudicati non competenti nell'interpretare il diritto europeo⁸⁹, ma anzitutto non rispondenti a particolari qualità delineate dalla Commissione, quali: trasparenza, coerenza e prevedibilità. Un importante

(⁸⁷) V. supra nota 79.

(⁸⁸) Vedasi capitolo 3(4) presente elaborato, il Trattato Carta sull'Energia riprende tale possibilità.

(⁸⁹) V. casi *Eastern Sugar* ed *Eureka*.

problema presentato entro la comunicazione che deve essere risolto, è che il più importante forum dell'arbitrato internazionale si basa su una convenzione che non apre alle organizzazioni internazionali, mentre l'accessibilità della UE alla *London Court of international Arbitration* (LCIA) e la *Court of arbitration of the international Chamber of Commerce* (ICC) di Parigi, operanti entro le proprie regole o dell'UNCITRAL, è ambigua e poco chiara⁹⁰. Solo l'*Hague Permanent Court of Arbitration* (PCA) ha una procedura che è aperta alle organizzazioni internazionali⁹¹. Con l'esclusione dell'UE dai più importanti organismi consacrati alla risoluzione delle controversie, appare più difficile l'obiettivo proposto dalla Commissione di assicurare che i futuri trattati di investimento UE riflettano le "best practices" incluse entro i TBI degli Stati europei atti ad assicurare che gli investitori godano del più alto livello di protezione possibile, soprattutto in caso di contenziosi.

In contrasto con la Comunicazione del 2010 che si presenta generale e ad ampio raggio, la proposta della Commissione⁹² è limitata e ristretta al problema degli esistenti TBI degli Stati membri, non presi in considerazione nel primo documento, e il loro destino. La proposta cerca di stabilire un regime legale entro il quale gli Stati Membri sarebbero autorizzati a mantenere in vigore o concludere accordi bilaterali con Paesi terzi in materia di investimenti⁹³. Gli Stati membri devono notificare gli accordi già in vigore e quelli che desiderano far entrare in vigore, entro un mese dall'attuazione del regolamento. La lista degli accordi così notificati e autorizzati deve essere pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dalla Commissione, che, dopo una consultazione con gli Stati Membri considerati, deve revisionare la stessa lista in base a tre differenti criteri: “

(⁹⁰) Non si presentano tutt'oggi casi noti di coinvolgimento di organizzazioni internazionali nelle citate organizzazioni.

(⁹¹) La PCA ha specificamente designato procedure per l'arbitrato includenti le organizzazioni internazionali come parti in causa contro Stati o soggetti privati, vedasi www.pca-cpa.org.

(⁹²) Commissione Europea, "Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi da Stati Membri con Paesi terzi in materia di investimenti", COM(2010)0344 – C-70172/2010 - 2010/0197.

(⁹³) V. supra nota 92 art. 1.

a) sono incompatibili con il diritto dell'Unione per ragioni diverse da quelle derivanti dalla ripartizione delle competenze tra l'Unione e i suoi Stati Membri;

b) coincidono in parte o del tutto con un accordo vigente tra l'Unione e il Paese terzo in questione e quest'ultimo accordo non affronta specificamente la questione della sovrapposizione;

c) costituiscono un ostacolo allo sviluppo e all'attuazione delle politiche dell'Unione in materia di investimenti, in particolare della politica commerciale comune⁹⁴.

La revoca all'autorizzazione al mantenimento dei trattati deriva da un'incompatibilità con il diritto UE, come presentato nell'art. 5 e in aggiunta se il Consiglio non ha ancora preso una decisione su ciò entro un anno dalla presentazione di una raccomandazione da parte della Commissione ai sensi dell'art. 218(3) del trattato. L'autorizzazione viene rilasciata esclusivamente se non si presentano conflitti con il diritto europeo, in particolar modo nel rapporto di competenze tra l'Unione e gli Stati membri in materia di investimenti, e se non viene ostacolato lo sviluppo e l'implementazione della politica europea sugli investimenti. La Commissione afferma che l'automatica autorizzazione può essere negata, ma essa deve incaricarsi di inviare una ragionevole motivazione allo Stato membro considerato, includendo le misure necessarie per conformarsi alle richieste presentate. In aggiunta, la proposta della Commissione prevede una procedura per l'autorizzazione degli Stati membri alla negoziazione di emendamenti agli esistenti accordi di investimento, e addirittura per la negoziazione di accordi totalmente nuovi conclusi con gli stessi stati terzi⁹⁵. Infine, l'art. 13 della proposta prevede che gli Stati Membri mantengano costantemente aggiornata la Commissione su qualsiasi incontro avvenuto entro il campo di autorizzazione degli accordi di investimento internazionali. Tale dovere di informazione comprende altresì "qualsiasi richiesta di risoluzione di controversie presentata nel quadro dell'accordo", in modo tale da garantire una efficace difesa e la partecipazione eventuale della Commissione allo stesso procedimento. Tutte le disposizioni presenti entro la proposta della

(⁹⁴) V. supra nota 92, art 5.

(⁹⁵) V. supra nota 92, art 7, 8, 9.

Commissione sono da considerarsi riferite agli accordi di investimento extra-UE, come precisato nel preambolo della stessa, escludendo i casi già presentati precedentemente di contenziosi generatesi da TBI intra-EU.

Si può chiaramente affermare che la proposta della Commissione si ispira alla decisione del Consiglio del 1969⁹⁶ sugli accordi preesistenti sul commercio degli Stati membri, interessata al loro destino alla fine del periodo di transizione e l'inizio della politica commerciale comune nel Gennaio del 1970. La comparazione è ovvia se si pensa che in quell'anno tutti gli accordi dei Paesi europei improvvisamente si inserirono entro la competenza della Comunità, anche se durante quel periodo vi fu un periodo di transizione molto lungo che vide l'intervento del Consiglio nel '61, limitante la durata degli accordi tra Stati membri in circa nove anni⁹⁷. Ad ogni modo l'idea basilare di entrambi gli strumenti presi in considerazione è la medesima, ovverosia creare una graduale transizione per quegli accordi degli Stati Membri che creano problemi di compatibilità con il diritto europeo o per favorire lo sviluppo della politica europea entro il campo del commercio, o degli IDE nel caso odierno.

La proposta è stata ovviamente oggetto di analisi e commento da parte del Parlamento Europeo e del Consiglio, sulla base della procedura legislativa ordinaria disposta nell'art. 294 del Trattato di Lisbona, che ne hanno evidenziato gli aspetti più o meno condivisibili. Soltanto a seguito della presentazione di tali documenti, la proposta della Commissione si è attuata attraverso l'adozione di un regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio il 12 dicembre 2012⁹⁸

(⁹⁶) Consiglio, *"Decisione sulla progressiva standardizzazione degli accordi concernenti le relazioni commerciali tra gli Stati membri e Paesi terzi nella negoziazione di accordi comunitari"*, n°69/494/EEC del 16 dicembre 1969.

(⁹⁷) Consiglio, Decisione n° 1104/61.

(⁹⁸) Parlamento Europeo e Consiglio, *"Regolamento che stabilisce delle disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali d'investimento conclusi tra gli Stati membri e Paesi terzi"*, Regolamento n° 1219/2012, 12 dicembre 2012.

1.7 Le dichiarazioni del Consiglio e del Parlamento Europeo

Il 25 ottobre 2010 il Consiglio pubblica un documento in risposta alla comunicazione della Commissione Europea: “conclusioni su una politica globale europea degli investimenti internazionali”⁹⁹. In essa il Consiglio focalizza la propria attenzione entro il campo della protezione degli investitori europei, sostenendo in particolar modo che è necessaria una maggiore enfasi su questo aspetto, ricordando come risulta essere di fondamentale importanza l’accesso a meccanismi per la risoluzione delle controversie. Il Consiglio preme affinché i punti centrali dei futuri accordi internazionali di investimento negoziati dalla UE, siano l’effettiva e ambiziosa protezione degli investimenti e dell’accesso al mercato, concludendo anche che in riferimento alle disposizioni atte a favorire la transizione, i TBI conclusi dagli Stati Membri dovrebbero proseguire la loro azione nel garantire sicurezza legale agli investitori fino a che i nuovi accordi garantiranno la stessa identica efficacia in tale campo¹⁰⁰. Perciò, mentre la Commissione ha per obiettivo quello di garantire che futuri trattati di investimento europei assicurino che nessun investitore europeo si ritrovi in una condizione peggiore rispetto a quella assicurata dai TBI europei conclusi dagli Stati membri, il Consiglio delinea la propria posizione sul fatto che la “futura politica internazionale di investimento debba aumentare il livello esistente di protezione e sicurezza legale per l’investitore europeo all’estero ¹⁰¹” indipendentemente da quanto disposto dagli stessi TBI europei esistenti. A tal proposito il Consiglio enfatizza la necessità di assicurare l’inclusione nelle future negoziazioni di “standard fondamentali di trattamento giusto ed equo, non discriminazione, piena protezione e sicurezza, trattamento degli investitori e degli investimenti, protezione contro l’espropriazione, libera circolazione dei fondi di capitali e dei pagamenti degli investitori e meccanismi di risoluzione delle controversie¹⁰²”.

(⁹⁹) Consiglio, “*Conclusion in a comprehensive European international investment policy*”, 3041° Incontro del Foreign Affairs Council, 25 ottobre 2010.

(¹⁰⁰) V. supra nota 98, par.. 8.

(¹⁰¹) V. supra nota 98, par. 9.

(¹⁰²) V. supra nota 98, par. 14.

È agevole individuare un'analogia tra la Comunicazione della Commissione e le conclusioni del Consiglio sull'aspetto riguardante l'elaborazione di come le diverse disposizioni dei futuri accordi internazionali sugli investimenti vengano redatte. In entrambi i testi non è prevista alcuna elaborazione pubblica del contenuto dei possibili accordi TBI UE, semplicemente il Consiglio si sofferma sull'affermare che le disposizioni dettagliate degli accordi futuri deriveranno dalle diverse fasi di negoziazione, sulla base dell'esperienza maturata dagli Stati Membri.

Il contenuto espresso nei due documenti tuttavia, differisce da quanto espresso dal Parlamento Europeo nella sua Risoluzione n°2203¹⁰³, in quanto quest'ultimo ha orientato il proprio interesse nell'analizzare questioni diverse quali: i diritti umani, la protezione ambientale, lo sviluppo sociale ed economico e le relazioni industriali. Il Parlamento è ben consapevole delle difficoltà che l'UE deve affrontare di fronte all'attribuzione di una nuova competenza in materia di investimenti diretti esteri, prima fra tutte la gestione dei TBI esistenti e soprattutto una chiara definizione della politica europea in merito. Esso non intende rimanere escluso dalla definizione di nuovi principi europei da introdurre in accordi futuri e chiede di essere protagonista attivo nelle fasi di negoziazione con gli Stati terzi¹⁰⁴. La critica principale mossa nei confronti della Commissione è l'essersi focalizzata, nella presentazione della sua comunicazione, esclusivamente sulla protezione dell'investitore, mentre sarebbe stato preferibile indirizzare gli sforzi sulla capacità di regolamentare ed individuare una forte relazione con le obbligazioni UE in merito all'esercizio di una politica coerente per lo sviluppo¹⁰⁵. Sviluppo che deriva anche da una chiara e attenta analisi della disparità esistente tra i diversi TBI europei, al fine di eliminare le differenze e creare un modello europeo solido per gli accordi di investimento. Le ambiguità esistenti potranno essere risolte dapprima definendo in maniera chiara il termine "investitore estero", in quanto differisce nell'interpretazione dei diversi TBI europei, riconoscendolo precisamente con la

(¹⁰³) Parlamento Europeo, *"Risoluzione sulla futura politica europea in materia di investimenti internazionali"*, 2010/2203, 6 aprile 2011.

(¹⁰⁴) V. supra nota 98, par. 2.

(¹⁰⁵) V. supra nota 98, par. 6.

definizione fornita dai documenti OCSE stilati in materia. In secondo luogo il Parlamento invita la Commissione ad intervenire stabilendo delle definizioni chiare delle norme di protezione dell'investitore al fine di evitare diversi problemi nell'applicazione dei nuovi accordi. Problemi identificati nell'ampia discrezione d'interpretazione delle disposizioni degli accordi, mancanza di trasparenza ed esclusione di regolamentazioni pubbliche legittime¹⁰⁶. È per tali motivazioni che il Parlamento invita a modificare il sistema attuale di regolazione dei contenziosi che possono scaturire tra soggetti privati e Stati, introducendo la possibilità di ricorso in appello nel caso dell'arbitrato, ma soprattutto la possibilità di ricorrere alla pratica dell'*amicus curiae*. Quest'ultima pratica risulta essere l'unico strumento utilizzabile dalla UE, in quanto esclusa dalla possibilità di essere coinvolta nei più importanti organismi arbitrali mondiali, a meno che gli Stati europei non siano promotori di riforme strutturali ai regolamenti delle stesse organizzazioni internazionali¹⁰⁷.

Nell'uniformare i diversi TBI esistenti, la Commissione dovrà prodigarsi nel riuscire ad inserire altresì diverse norme di protezione sociale e ambientale, quali per esempio l'incentivazione degli investimenti durabili e il miglioramento delle condizioni di lavoro, entro un unico modello di accordo, accomodabile in base al livello di sviluppo dei Paesi interlocutori considerati. Una richiesta, quella della creazione di un modello unico, in controtendenza rispetto a quanto dichiarato dalla Commissione nel suo documento, alla quale si unisce una diversa valutazione per la scelta dei partner futuri. La caratteristica fondamentale da prendere in considerazione sotto tale aspetto, non deve essere certo il potenziale economico dell'entità presa in considerazione, bensì i contesti economici ove è richiesto un maggior grado di protezione per l'investitore e rendendo i più importanti soggetti economici europei, le PMI, oggetto di particolare interesse dell'UE, coinvolgendole nelle fasi di negoziazione degli accordi e garantendo loro un finanziamento degli alti costi derivanti dalle procedure di risoluzione delle controversie.¹⁰⁸ Il documento del Parlamento invita infine la Commissione e gli Stati membri "a tenere pienamente in

(¹⁰⁶) V. supra nota 98, par. 24.

(¹⁰⁷) V. supra nota 98, par. 33.

(¹⁰⁸) V. supra nota 98, par. 36, 22, 34.

considerazione la posizione del Parlamento prima di avviare delle negoziazioni entro il dominio degli investimenti ma anche durante queste negoziazioni¹⁰⁹, dimostrando la preoccupazione che tale istituzione, eletta direttamente dalla cittadinanza europea, non perda la propria funzione di rappresentanza definita secondo disposizioni dei trattati¹¹⁰.

La Commissione ha adottato una risposta alla risoluzione del Parlamento europeo il 5 luglio 2011¹¹¹ al fine di conciliare le opinioni delle diverse istituzioni europee, lasciando comunque in sospeso alcune importanti questioni. Da un lato la Commissione condivide un numero relativamente ampio di punti chiave espressi dal Parlamento in riferimento agli standard di protezione. La Commissione per esempio appoggia ampiamente l'opinione del Parlamento secondo cui la politica europea in materia di investimenti internazionali debba assicurare che gli Stati ospitanti gli investimenti mantengano i loro diritti di regolamentazione entro i propri territori senza però che tali azioni possano comportare una violazione delle garanzie per la protezione degli investimenti¹¹². La Commissione inoltre precisa che condivide appieno l'opinione circa l'inserimento di diverse disposizioni che rientrano nel campo della protezione ambientale e sociale, giustificando tale affermazione riportando la sua intenzione esplicita di concludere accordi non esclusivamente destinati alla protezione e promozione degli investimenti, ma accordi di libero scambio di più ampio respiro.

Dall'altro lato, la Commissione non si allontana dalla sua opinione secondo cui l'Unione deve seguire le *best practise* disponibili per assicurare che nessun investitore europeo sia in una situazione peggiore a quella prevista dai TBI europei. Perciò, in riferimento alla condizione del Parlamento secondo cui gli standard di protezione nei futuri accordi UE devono essere redatti con

(¹⁰⁹) V. supra nota 98, par. 40.

(¹¹⁰) In tema di relazione tra i tre organismi principali dell'UE vedasi N. Jansen Calamita, "*The making of Europe's international investment policy: uncertain first steps*", Legal Issues of Economic Integration, Issue 3, 2012, p. 308.

(¹¹¹) Commissione Europea, "*Follow up to the European Parliament resolution on the Future European International Investment Policy*", 5 luglio 2011.

(¹¹²) Risposta della Commissione, supra nota 111, par. 5.

elevata specificità e precisione per assicurare una chiara comprensione delle parti ed eliminare qualsiasi discrezione del tribunale arbitrale, la Commissione è totalmente in disaccordo. Essa ritiene che i classici principi, espressi in modo generale entro i diversi TBi europei, siano comunemente e generalmente compresi dagli esperti in quel campo, come per esempio gli avvocati, gli accademici, gli arbitri o i giudici¹¹³. Un ulteriore fattore di attrito tra le due istituzioni europee si identifica nella fermezza della Commissione di non voler adottare un unico modello di accordo sugli investimenti da presentare a tutti gli Stati interlocutori, in quanto :

“la Commissione crede che adattare il contenuto dei futuri accordi alle caratteristiche dei nuovi partner europei sia più efficace che non adottare un unico modello di accordo sugli investimenti. Questa intenzione è già stata espressa nella comunicazione della Commissione con il preciso scopo di essere presa in considerazione entro ciascun contesto di negoziazione¹¹⁴”.

Il contenuto corposo riportato nelle opinioni delle tre più importanti istituzioni europee permette di capire in linea generale la natura delle disposizioni che verranno incluse entro i futuri TBi europei. Non risulta tuttavia agevole individuare i principi e la presentazione formale che assumeranno gli accordi futuri, in quanto sono molteplici le opinioni delle istituzioni comunitarie.

1.8 Un modello unico per i futuri accordi UE

La creazione di una politica sugli investimenti unitaria e condivisa entro il complesso contesto europeo rappresenta una delle più importanti sfide per il diritto europeo e il diritto internazionale degli investimenti per gli anni avvenire. Il riconoscimento esplicito di una competenza esclusiva dell'UE in materia di IDE ha spinto le diverse istituzioni europee a determinare un obiettivo nella definizione di una politica di investimento unanimemente riconosciuta. L'ardito tentativo di negoziare e concludere accordi internazionali sull'investimento comporta un consistente insieme di problematiche legali, politiche e pratiche.

(¹¹³) V. supra nota 111, par. 4.

(¹¹⁴) V. supra nota 111, par. 2.

L'avvio di una politica di successo entro tale materia richiede inizialmente una chiara circoscrizione del ruolo dell'Unione Europea e degli Stati membri sul tavolo delle negoziazioni future, nonché disposizioni che facilitino l'applicazione dei nuovi TBI e la loro gestione futura. Non si deve sottovalutare a tal proposito, la ferma decisione della Commissione di non considerare in alcun modo lo sviluppo di un testo modello utile nel caso di negoziazioni di veri e propri TBI o di ALS includenti un capitolo sugli investimenti. Generalmente, la creazione di un modello utile in fase di contrattazione delle diverse disposizioni da inserire nell'accordo da concludere, è da considerarsi una condizione basilare nella formulazione di una politica di investimento internazionale. Nella sola area europea, 20 Paesi su 28 utilizzano dei modelli di TBI utilizzabili nelle loro negoziazioni bilaterali, e la percentuale è la stessa entro il contesto dell'OCSE, dove 26 Stati su 38 hanno formulato dei modelli di accordi sugli investimenti. È pienamente condivisibile su tale questione, l'opinione di un autore che afferma:

“if the Commission is truly interested in pursuing the development of European international investment policy according to ‘best practices’, it hard to fathom why it has chose not to begin with the practise of developing a model treaty text¹¹⁵”.

I modelli sono identificabili come ottimo punto di partenza in una negoziazione bilaterale in quanto offrono un chiaro focus e una visione globale sulla politica di investimento e permettono di perseguire e di assicurare che molti dei principi presentati vengano inseriti entro il nuovo testo normativo. L'esercizio di produzione di un modello base dovrebbe pertanto servire sia come strumento di garanzia affinché i trattati siano redatti sotto un alto profilo tecnico, che come testo che riflette pienamente il consenso dei diversi *stakeholder*. In relazione all'aspetto politico, i differenti punti di vista dei diversi ministri europei, devono trovare coerenza negli articoli che ne caratterizzeranno la struttura. Alcuni ministri possono dare una maggiore priorità alla protezione dell'investitore estero sul territorio europeo, mentre altri ministri possono essere convinti che sia necessario estendere tale protezione anche per l'investitore europeo che sceglie di trasferire i propri interessi in Paesi terzi. È

(¹¹⁵) V. supra nota 110, p. 317.

per questo motivo che lo sviluppo dei modelli di accordi devono virtualmente favorire la consultazione intergovernativa in modo tale da assicurare una rilevante condivisione da parte di tutti i soggetti politici. Senza però dimenticare il ruolo primario che anche il Parlamento Europeo deve ricoprire in questo caso, essendo lui stesso intervenuto ammonendo il Consiglio e la Commissione in caso esso non venga incluso in fase di negoziazione di nuovi accordi¹¹⁶.

In riferimento alla proposta della Commissione di coinvolgere direttamente anche gli attori economici principali dell'area europea, le PMI, non si coglie la motivazione per cui tale testo non venga redatto seguendo un processo che raccolga le più importanti questioni presentate da questi soggetti. Il modello dovrebbe essere una chiara manifestazione delle esigenze di protezione e promozione degli investimenti per chi poi sarà il primo fruitore delle disposizioni in esso contenute. La cooperazione nella creazione di un modello di TBI, sarebbe utile non esclusivamente in sede di trattative UE-Stati terzi, ma soprattutto per favorire i rapporti stessi tra le istituzioni UE con il settore privato, affidando all'organizzazione europea un nuovo ruolo da protagonista. In molti Stati la formulazione di testi modello ha favorito sempre la nascita di un processo di consultazione con il settore privato in aggiunta a quello pubblico. Dato il dominante ruolo delle imprese private nell'attuazione di IDE *in* e *out*, i loro suggerimenti offrirebbero diverse prospettive sulla politica di investimento internazionale, in particolar modo in riferimento al flusso di investimenti esteri in entrata sul territorio europeo. L'insieme delle attività svolte dalle istituzioni europee in collaborazione con i soggetti privati aumenterebbe il consenso politico e ridefinirebbe alcune questioni di vitale importanza sin dalla prima fase di negoziazione, nonché permetterebbe di assicurare un certo grado di impegno e di costanza nell'inclusione di particolari tipologie di disposizioni inserite nei futuri trattati. Ciò è particolarmente importante nel campo del diritto internazionale degli investimenti perché, anche se i trattati di investimento rimangono principalmente focalizzati su negoziazioni di tipo bilaterali, l'inclusione di disposizioni come la NPF è oramai diventata automatica e potrebbe realizzarsi anche per principi che tutt'oggi non

(¹¹⁶) Vedasi Risoluzione del Parlamento, par. 17.

sono generalmente condivisi. Difatti, quando uno Stato negozia un nuovo trattato, generalmente esso si focalizza su aspetti inseriti in altri accordi di investimento già entrati in vigore, creando così un sistema di relazioni e condivisioni¹¹⁷. La negoziazione di un trattato di investimento non sarà favorito da un approccio *ad hoc*, bensì il modello fornirà in tale sede una formale attestazione di convincimento del programma e dei termini che l'Unione sarà intenzionata a trattare. Perseguire una negoziazione in una maniera prestabilita, senza alcuna bozza di modello europeo, collocherebbe l'Unione in una posizione di svantaggio e si troverebbe costretta a reagire, specialmente in fase di contrattazione con partner molto competenti. Potrebbe altrimenti verificarsi il problema che solamente le disposizioni del proprio interlocutore vengano inserite nel trattato che la Commissione stessa andrà a concludere. La presentazione di una "lista" formale di principi entro il quale si intende negoziare, invita l'altro soggetto interessato a seguire le linee guida già delineate, con difficoltà di replica. Per uno Stato:

"re-formulate its negotiating position from negotiation to negotiation [...] is simply a recipe for the creation of a hodgepodge of inconsistent and potentially conflicting policy¹¹⁸".

È possibile quindi affermare che data la posizione della UE, unico possibile interlocutore in tavoli di negoziazione con Paesi terzi vista la nuova competenza ad essa attribuita, quanto appena descritto rappresenta una potenziale perdita dell'opportunità di tracciare una coerente *leadership* politica internazionale.

Le motivazioni apportate dalla Commissione circa la sua scelta di non redigere e utilizzare un modello di accordo in sede di negoziazione appaiono interessanti. Nella sua risposta al Parlamento Europeo, la Commissione fornisce fondamentalmente degli argomenti che si fondano su una presunta mancanza di flessibilità se ci si appoggia ad un testo già scritto. Essa afferma che:

*"il testo europeo utilizzato in fase di negoziazione e l'approccio devono essere adattati a ciascun interlocutore, prendendo in considerazione, *inter alia*, il suo livello di sviluppo¹¹⁹".*

(¹¹⁷) V. supra nota 4, p. 37.

(¹¹⁸) V. supra nota 110, p. 321.

Nella risposta della Commissione al Parlamento si legge anche che modificando il contenuto dei futuri accordi alle particolari caratteristiche dei partner europei, si raggiungerebbe un livello di efficacia superiore che non adottando un unico modello per la conclusione di accordi sugli investimenti¹²⁰. La storia moderna riporta però esempi che contraddicono quanto sostenuto dalla Commissione Europea, come nel caso dell'accordo NAFTA¹²¹. Di fronte a contesti economici dinamici e in costante evoluzione, accordi importanti come quello citato subiscono le influenze delle nuove esigenze dei soggetti economici nazionali, i quali spingono per una revisione anche dei modelli di trattato che gli Stati utilizzano per le negoziazioni. Infatti tutti gli Stati che usano un modello di accordo sugli investimenti ne revisionano il contenuto in occasione di nuove negoziazioni, utilizzandolo in seguito come semplice punto di partenza e non come un documento contenente aspettative intangibili o di pretesa unilaterale.

Verosimilmente è possibile individuare una motivazione reale che condiziona la Commissione ad assumere un atteggiamento contrario all'adozione di un modello unico europeo di TBI. È chiaramente condivisibile l'argomento secondo il quale sviluppare un testo contenente tutti i principi fondamentali che sia gli attori politici europei, che gli attori economici europei desiderano far entrare in vigore, richieda tempistiche lunghe e immenso capitale politico. In aggiunta, un processo di questo tipo implica in sé l'assenza di garanzie di successo nella conclusione positiva del tavolo di lavoro, con conseguenti perdite innanzitutto di tempo. Di fronte alla nuova competenza ad essa attribuita, la Commissione mira, con una condotta ambiziosa, a concludere celermente le più importanti fasi di negoziazione tutt'oggi in atto con Canada e Stati Uniti, inserendo nei futuri ALS previsti, semplici capitoli dedicati a disciplinare gli investimenti diretti esteri, prediligendo un traguardo a breve termine anziché a lungo termine.

(¹¹⁹) V. supra nota 111, par. 2.

(¹²⁰) V. supra nota 111, par. 2.

(¹²¹) *North American Free Trade Agreement*, accordo trilaterale tra USA, Canada e Messico.

1.9 Analisi dei tre criteri per avviare negoziati TBI proposti dalla Commissione

Il percorso scelto dalla Commissione, basato su una chiara negazione di utilità di un modello unico europeo per la conclusione di accordi internazionali sugli investimenti, è disseminato di difficoltà e sfide che richiedono una chiara risoluzione in tempi brevi. In aggiunta, i diversi partner individuati nella Comunicazione vengono determinati sulla base di caratteristiche che possono essere non universalmente condivisibili, come del resto viene manifestato nella stessa risoluzione del Parlamento, aggiungendo ulteriori problematiche all'azione europea. Gli Stati scelti dalla Commissione come interlocutori per la negoziazione di nuovi accordi internazionali di investimento, Canada, Cina, India, Mercosur, Russia e Singapore, appaiono diversi sotto molteplici caratteristiche. La logica di fondo, decisiva per la scelta, si fonda su tre distinte determinanti: l'ampiezza del flusso di investimenti, le potenzialità del mercato per futuri investimenti, la stabilità e la prevedibilità del contesto investimenti. La Commissione si dichiara ugualmente aperta nel confermare la propria apertura nei confronti di altri Paesi che intendono collaborare per la conclusione di un nuovo TBI europeo. È però interessante valutare secondo diversi parametri ed indicatori se la scelta dei Paesi citati entro la Comunicazione rispettino in maniera oggettiva tutti i requisiti espressi, validando in questo modo le ragioni della stessa.

Uno studio del DG per le politiche esterne¹²² ha preso in considerazione i diversi criteri atti a garantire la giusta scelta di nuovi partner, analizzando l'insieme degli Stati internazionali sotto diversi punti di vista e diversi fattori di confronto. I risultati si presentano alquanto chiari e significativi, a partire proprio dallo studio effettuato avente come oggetto il primo criterio. I soggetti economici europei sono molto attivi in campo di *outward FDI* e collaborano con numerosi Paesi in tutto il mondo, i quali a sua volta direzionano i propri interessi economici nella stessa area europea. I trend che si ricavano dallo studio di dati in materia di investimenti colgono un andamento più che positivo con

(¹²²) Directorate-General for external policies, *"The EU approach to international investment policy after the Lisbon Treaty"*, Bruxelles, 2010.

Stati che non vengono minimamente presi in considerazione dalla Comunicazione della Commissione, come gli USA, molti Stati centri finanziari *offshore*, la Svizzera e l'insieme dei Paesi del Golfo¹²³. Essi rappresentano una percentuale complessiva del 60% del totale degli investimenti verso l'esterno dell'Europa, e addirittura più del 70% del totale degli investimenti in entrata¹²⁴. Analogamente a quanto dimostrato nella prima sezione del presente capitolo, il peso riconosciuto, in termini di flussi di investimenti, a Paesi quali Russia, Cina e India, è relativamente poco elevato. Essi rientrano nei primi venti Stati partner dell'Unione, ma con cifre quasi irrisorie, oscillanti attorno il sette e l'un per cento. È probabilmente sulla base di tali considerazioni che l'UE recentemente ha scelto di introdurre anche gli Stati Uniti d'America entro la cerchia di possibili partner, riconoscendo altresì una certa priorità nell'avvio di negoziazioni con questa realtà economica molto importante.

Più complessa si presenta la valutazione concernente il secondo criterio, le potenzialità del mercato per i futuri investimenti. La DG ha scelto di utilizzare diversi indicatori che ne rappresentano la crescita economica, nonché la capacità produttiva e di consumo, e il rischio paese. L'indice utilizzato è il "*Market Potential Index for Emerging Markets*¹²⁵" che confronta i diversi paesi su una scala da uno a cento, determinando così il *ranking* di ciascuno. Si distingue chiaramente in cima alla classifica¹²⁶ la città-stato Singapore, seguita dalla Cina e Hong Kong, mentre la Russia occupa una buona posizione seguita dall'India. Gli Stati che in misura minore si possono considerare interessanti in termini di mercato potenziale sono esattamente quelli appartenenti all'area Mercosur, facendo riflettere sulla reale opportunità di instaurare un nuovo tavolo di confronto per la negoziazione di TBI europei con questa realtà economica. Molteplici sono i fattori che comportano un giudizio non eccessivamente

(¹²³) Questi Stati hanno incrementato la propria importanza a partire dall'ultima crisi finanziaria del 2007.

(¹²⁴) V. supra nota 122, p. 23.

(¹²⁵) Indice sviluppato dalla Michigan State University che considera otto diverse dimensioni: la grandezza nominale del mercato, il tasso di crescita del mercato, l'intensità del mercato, la capacità di consumo del mercato, le infrastrutture commerciali, la libertà economica, la recettività del mercato e il rischio paese.

(¹²⁶) V. supra nota 122, p. 25.

positivo circa le economie della zona dell'America Latina, primo fra tutti il contesto politico, nonché l'instabilità di economie soggette a forti spinte inflazionistiche e un'enorme disparità reddituale fra le diverse classi sociali.

Il rischio Paese è integrato anche in un ulteriore indice internazionale che il DG per le politiche estere ha deciso di utilizzare nella valutazione del terzo criterio individuato dalla Commissione, la stabilità e la predicibilità del contesto investimenti. Tale indice, definito dalla Banca Mondiale¹²⁷, include la dimensione della protezione degli investimenti ¹²⁸, particolarmente importante per assicurare la stabilità di un ambiente favorevole all'investimento in un dato Paese. La classifica che viene ricavata¹²⁹ colloca nuovamente Singapore al vertice, mentre la Cina, privata della città di Hong Kong, si trova ad un livello molto basso, 89[^], identificando un medio livello di difficoltà nell'avvio di procedure di investimento. Gli Stati Mercosur difficilmente si prestano ad essere aree di interesse per gli investimenti sotto il punto di vista del terzo criterio individuato dalla Commissione. Si condivide appieno nel presente elaborato, la scelta del DG europeo per una valutazione più attenta del singolo fattore riguardante la protezione degli investimenti, in quanto si coglie più facilmente l'importanza del raggiungimento dello stesso importante obiettivo imposto dalle nuove competenze dell'Unione. Utilizzando un aggiuntivo indice della Banca Mondiale ¹³⁰ è possibile analizzare diversi aspetti del campo considerato, selezionandone le aree più importanti: *"transparency of transactions, liability for self-dealing and shareholders, ability to sue officers and directors for misconduct¹³¹"*. Il *ranking* risultante dall'utilizzo del presente indice dimostra che solamente Singapore, Hong Kong e Canada presentano un alto livello di protezione, mentre gli altri Stati individuati dalla Commissione come possibili

(127) Indice *"Ease of doing business index"*, vedasi sito Banca Mondiale www.worldbank.org.

(128) In esso si aggregano dieci dimensioni: facilità di business, relazione con i permessi di costruzione, lavoratori impiegati, registrazione di proprietà accesso al credito, protezione dell'investitore, pagamento delle tasse, commercio transnazionale, forza di validità dei contratti, chiusura di un'attività. Le *performance* di ciascuno Stato sono misurate in base a una lista di indicatori sviluppati per ciascuna dimensione considerata.

(129) V. supra nota 122, p. 26.

(130) Indice *"Protecting investor"*, vedasi Djankov, La Porta, Lopez, e Schleifer (2008).

(131) V. supra nota 122, p. 27.

partner assumono livelli di protezione degli investitori molto scarsi. In tal caso, rispetto a quanto espresso dal DG europeo, si può affermare che le azioni delle istituzioni europee devono essere attivate esattamente nei confronti dei Paesi ove gli investitori esteri, in questo caso europei, non trovano realizzati i più basilari e fondamentali principi della protezione internazionale in materia di investimenti esteri. Essendo l'obiettivo fondamentale dei futuri TBI la salvaguardia di garanzie di protezione nelle diverse fasi di investimento in territori non appartenenti all'Unione, la Commissione stessa deve probabilmente intervenire in tempi celeri esattamente in quei contesti ove tali garanzie non sono sempre garantite. I Paesi Mercosur, Cina, India e Russia saranno partner a cui presentare al tavolo delle trattative disposizioni che favoriscano la normale attuazione di principi internazionalmente riconosciuti in campo giurisprudenziale, rispondendo così ad un criterio fondamentale che favorisce e promuove facilmente l'investimento estero.

Se la scelta dell'Unione in futuro non prevedrà l'adozione di un modello unico di accordi di investimento con i paesi terzi, gli accordi conclusi dall'UE dovrebbero portare a unire un contesto aperto agli investimenti a un'effettiva protezione degli investitori dell'UE, garantendo loro un'adeguata flessibilità operativa nei paesi nei quali investono.

1.10 Le sfide che l'UE deve affrontare

L'art. 207 paragrafo 6 afferma: "l'esercizio delle competenze attribuite dal presente articolo nel settore della politica commerciale comune non pregiudica la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati Membri e non comporta un'armonizzazione delle disposizioni legislative o regolamentari degli Stati Membri, se i trattati escludono tale armonizzazione". Ciò significa che tale competenza dovrà avere assai poche incidenze pratiche al di là del settore dei servizi dove l'armonizzazione è già esclusa come per quanto concerne la politica sociale, culturale e la sanità. La prima parte però di quanto enunciato dall'articolo solleva alcuni problemi. Il non "toccare" le delimitazioni espresse può far sorgere delle forzature robuste sul margine d'azione dell'Unione in

materia di negoziazioni d'accordi e pertanto sugli IDE. L'unione quindi incontrerà molto presto dei limiti alla competenza esclusiva prevista dall'art. 207 in ragione di interferenze con altre politiche o campi di competenze dove esistono delle competenze diverse: nel campo del movimento di capitali, stabilimento, e più generalmente del trattamento da riservare agli investitori stranieri. Per esempio:

- Movimento di capitali: le restrizioni ai movimenti di capitali tra gli Stati membri e terzi sono interdetti dal TUE¹³², che però riserva agli Stati membri competenza fiscale che può avere degli effetti limitativi sul contenuto degli accordi d'IDE eventualmente conclusi dalla UE;
- Stabilimento: l'UE può solamente garantire il diritto allo stabilimento di un cittadino di uno Stato membro dentro al territorio di un altro Stato membro. Una società straniera prima di vedersi riconoscere la libertà di stabilimento previsto dalla legge deve "essere costituita in conformità con la legislazione di uno Stato membro" e avere la sua sede statutaria, amministrazione centrale o principale stabilimento nella UE¹³³. Sembra perciò che la UE non abbia il potere di garantire a una società estera un diritto di stabilimento nell'Unione perché tale aspetto rappresenta una competenza ripartita tra l'UE e gli Stati membri.
- Non espropriazione e trattamento equo: sarà difficile per l'UE garantire i diritti dell'investitore in riferimento ad uno standard di trattamento universalmente condiviso e dinanzi il potere di espropriazione di uno Stato, in quanto anche in tal caso si è dinanzi a delle competenze ripartite, tenendo conto che la stessa UE è priva di competenze in materia di proprietà e di controllo.

L'aspetto riguardante il rapporto entro il mero diritto comunitario delle diverse competenze e disposizioni è già stato affrontato dalla Corte di Giustizia Europea, la quale si è già espressa circa i trattati bilaterali conclusi dagli Stati Membri dell'Unione con Stati terzi. Essa ha valutato che i Paesi europei si erano vincolati in modo alquanto dispersivo nella conclusione dei propri TBI, promettendo il libero trasferimento dei capitali, mentre il Consiglio stesso

(¹³²) TUE, art. 64.

(¹³³) TFUE, art. 54.

domanda loro di ridurre la circolazione al riguardo di alcuni Stati terzi. In generale i TBI coprono tutti i tipi d'investimento di capitale, comprese le partecipazioni minoritarie e di breve durata entro un'impresa, nonché gli aspetti della proprietà intellettuale o diritti immobiliari, mentre secondo le disposizioni del TFUE la competenza attribuita a l'UE è limitata agli IDE.

Anche i nuovi accordi che l'UE concluderà potranno mostrarsi in conflitto con i regimi giuridici nazionali e inoltre andranno a variare il raggiunto livello di protezione ottenuto dagli Stati in molteplici accordi internazionali. Sono numerosi gli Stati che tutt'oggi non presentano TBI conclusi con altre realtà economiche extra-UE, come per esempio la Repubblica d'Irlanda¹³⁴, che vanno a creare una certa disomogeneità nel trattamento riservato a cittadini europei residenti nei differenti Paesi europei. Si deve dunque armonizzare la protezione riservata all'investitore europeo attraverso una chiara definizione innanzitutto di IDE. Nella comunicazione della Commissione vi è la mancanza di una definizione assoluta in materia e ciò potrebbe garantire una maggiore flessibilità in vista di un possibile futuro mutamento delle condizioni. Allo stesso tempo ciò potrebbe creare anche delle problematiche ulteriori in termini di incertezza giuridica, indebolendo le condizioni di protezione dell'investitore. Se l'obiettivo è quello di favorire il flusso di investimenti è necessario che si introducano importanti innovazioni nella definizione non solo di IDE, bensì anche di investitore, stabilimento, trattamento giusto ed equo e sul libero trasferimento di fondi. Tutto ciò deve inoltre risultare compatibile con il diritto europeo e i TBI europei esistenti. Compatibilità che deve presentarsi anche nella definizione della posizione dell'UE di fronte alla protezione dell'investitore nel campo della risoluzione delle controversie e la formale possibilità di adesione ai più importanti organi internazionali di arbitrato.

Solamente attivandosi su queste linee generali, la Commissione consentirebbe all'UE di accedere meglio ai mercati di Paesi terzi, proteggendo al tempo stesso gli investitori e migliorando la competitività dell'Europa sul piano internazionale.

(¹³⁴) V. Comunicazione Commissione, p. 5.

CAPITOLO SECONDO
**I FUTURI ACCORDI DI INVESTIMENTO E LA LORO COMPATIBILITA' CON IL
DIRITTO EUROPEO**

Sezione I

IL CAMPO D'APPLICAZIONE DELLE NUOVE COMPETENZE NEL DIRITTO
EUROPEO

2.1 I nuovi TBI e le possibili incompatibilità con il diritto UE

Il riconoscimento di un'esplicita ed esclusiva competenza dell'Unione in materia di investimenti diretti esteri ha notevolmente ampliato il campo di interesse delle diverse istituzioni UE dinanzi alla negoziazione e conclusione di nuovi accordi economici internazionali. Quando l'UE conclude un accordo internazionale, deve considerare le limitazioni imposte dal diritto europeo e l'impatto che tale accordo avrà in termini di legittimità e validità sul diritto europeo primario e secondario. La compatibilità con il diritto UE, se ben realizzata, determinerà il successo della politica europea in materia di investimenti, nonché il successo anche in campo economico-finanziario. Le linee guida tracciate dalla Commissione nel suo documento del 2010 lasciano però ampio margine di interpretazione su numerosi aspetti da ritenersi importanti, in quanto non risultano perfettamente chiari. Parimenti lo stesso raggio d'azione di un accordo di investimento internazionale viene non sufficientemente ben delineato, e viene rappresentato con il tentativo generale di "integrare assieme liberalizzazione degli investimenti e protezione degli investimenti¹³⁵". Inoltre, la stessa politica in materia di investimenti risulterà vincente esclusivamente se verranno definiti in maniera chiara i ruoli e il coinvolgimento degli Stati membri in riferimento ai più importanti principi internazionali in tale campo. Ovviamente un'unica visione sul campo di applicazione dei nuovi trattati è preferibile in modo tale da non generare contenziosi dinanzi a scelte non universalmente condivise e disposizioni che

⁽¹³⁵⁾ Comunicazione Commissione, par. 5.

potrebbero nuocere alle economie degli Stati membri. Solamente in questo modo l'Unione apparirà come l'attore principale a cui rivolgersi nel campo degli investimenti diretti esteri e ne configurerà lo status che le spetta di fronte al tavolo delle negoziazioni dei futuri TBI europei. La risoluzione di tale problematica è però ancor lontana in quanto si configurano diverse linee d'opinione nel dibattito riguardante il futuro orientamento degli accordi¹³⁶.

L'aspetto che tuttavia richiama certamente l'attenzione è l'insieme delle soluzioni che potranno essere adottate al fine di integrare al meglio le disposizioni che saranno previste entro i nuovi accordi e il diritto europeo. Si è già parlato della difficile relazione tra i TBI intra-UE ed extra-UE con il diritto europeo, e analogamente si sono esposti i principi che determinano la supremazia e l'autonomia di tale diritto. È tuttavia importante ricordare che lo stesso diritto europeo impone simili obbligazioni anche alle istituzioni UE quando sono le stesse a concludere accordi internazionali con parti terze. Il rispetto della supremazia fondante i trattati europei deve essere garantito anche dagli strumenti giuridici adottati dalla Commissione, dal Parlamento e dal Consiglio¹³⁷. Di conseguenza, l'esistenza di incompatibilità tra il diritto europeo e gli accordi sottoscritti dall'Unione, comporterà la validità o l'inapplicabilità delle disposizioni inserite entro questi accordi, al pari del trattamento al quale sono sottoposti i TBI europei esistenti sottoscritti dagli Stati membri.

Nel considerare le diverse forme di incompatibilità degli accordi europei e il diritto europeo è necessario distinguere tra "*competence-related* e *substantive incompatibilities*"¹³⁸. Il più importante limite imposto dai trattati conclusi dall'Unione si origina dal principio di attribuzione, il quale richiede che ogni azione in campo europeo si fondi su specifiche basi giuridiche contenute nelle disposizioni, conferenti un preciso potere in tale materia. In secondo luogo, i futuri accordi che saranno conclusi dalle istituzioni UE dovranno rispettare i principi e i limiti previsti nel diritto europeo primario in riferimento

(¹³⁶) Vedasi in tal caso il documento presentato dal Consiglio e descritto nel primo capitolo, par. 1.2

(¹³⁷) Vedasi Corte UE, caso C-61/94, *Commissione v. Germania*, 1996, ECR I-3989.

(¹³⁸) A. Dimopoulos, "*The compatibility of future EU investment agreements with EU law*", *Legal Issue of economic integration*, Issue 2, 2012 p. 450.

alle modalità d'esercizio delle competenze attribuite alla UE. L'esercizio di una qualsiasi competenza deve rispettare i principi generali del diritto UE, in particolar modo il già citato trattamento paritario, ovvero l'autonomia del regime legale europeo. Si andrà a delineare nel preciso campo della risoluzione delle controversie la supremazia della giurisdizione della Corte UE, e sull'aspetto riguardante il trasferimento dei capitali si dovranno includere i limiti prescritti negli articoli 63-66 TFUE. Analogamente con quanto richiesto dalla Commissione nella sua comunicazione in riferimento alle incompatibilità contenute nei TBI europei degli Stati nazionali, le incompatibilità che si genereranno entro i nuovi accordi dell'UE dovranno essere risolti. Esclusivamente la rinegoziazione, la presentazione di emendamenti o la cessazione della validità dell'accordo, saranno procedure da attuare al fine di risolvere problematiche legate alla "convivenza" con il diritto UE. L'intervento della Corte UE che giudicherà l'incompatibilità di determinate norme contenute negli accordi che entreranno in vigore, produrrà effetti esclusivamente entro il diritto UE e non ne pregiudicherà la validità nel diritto internazionale. L'aspetto importante sarà quindi la continuità degli effetti in campo internazionale, favorendo ugualmente il rapporto tra la UE e i partner negozianti.

La relazione tra gli accordi UE e il diritto europeo secondario non è anch'essa svincolata da possibili incongruenze, tuttavia le incompatibilità in tal caso dovranno essere valutate in base alla posizione che gli accordi dell'Unione avranno come fonte del diritto stesso. L'articolo 216 dispone che gli accordi UE siano vincolanti per tutte le istituzioni UE e per gli Stati membri, imponendo un obbligo in relazione al diritto europeo sugli stessi trattati, ovverosia la messa in opera di tutte le misure possibili al fine di soddisfare e realizzare tutti gli impegni internazionali europei. Sulla base di tale disposizione, la stessa Corte UE ha giudicato che il contenuto degli accordi UE deve essere posto su un livello più elevato rispetto al diritto secondario UE nella scala gerarchica delle norme del diritto europeo¹³⁹. Tale giudizio permette di affermare che vi è un approccio diverso tra gli accordi UE e il diritto secondario, rispetto invece a quello

¹³⁹ Catherine Kessedjian, Charles Leben, Collectief, Louis Vogel, *Le droit européen et l'investissement*, Edition Panthéon Assas, 2009, p. 34.

esistente tra gli accordi UE e il diritto primario. È agevole concludere che un'incompatibilità nel primo caso non influirà sulla validità delle norme contenute dagli accordi, bensì sulla validità delle norme europee vigenti. Se i regolamenti, le direttive europee o altre fonti del diritto secondario europeo si presenteranno in conflitto con gli accordi UE non ne verranno applicati i contenuti, prevarrà a prescindere quanto disposto dagli accordi conclusi dalla UE.

Le incompatibilità non si delineano esclusivamente sull'aspetto gerarchico o sul potere giurisdizionale degli organi europei, altresì a partire dal linguaggio utilizzato nelle disposizioni contenute nei trattati europei e nei TBI conclusi dagli Stati membri in riferimento ai significati di importanti aspetti di stampo internazionale. Investitore e investimento sono solo due tra le più importanti concezioni che richiedono una considerevole riqualificazione nella loro definizione in accordo con gli obiettivi di promozione e protezione degli investimenti diretti esteri definiti dalla nuova competenza UE.

2.2 Le definizioni proposte dal diritto dell'Unione

L'articolo 207 TFUE conferisce all'Unione Europea una competenza esclusiva in riferimento agli investimenti diretti esteri. Tale competenza si manifesta entro i limiti assegnati dalle disposizioni dei trattati europei nonché dalle definizioni avanzate dagli stessi. Ciò che determina il reale campo d'azione dell'Unione nella conclusione di nuovi trattati è determinato esclusivamente da tali fonti e dalla prassi seguita dagli Stati membri nella conclusione dei loro TBI intra-Ue ed extra-UE. Per assicurare la compatibilità dei futuri accordi con il diritto europeo, è pertanto necessario esaminare dapprima le definizioni e le relazioni tra i più importanti aspetti fondanti tale materia: investimento, investitore, trasferimento dei capitali, stabilimento e investimenti di portafoglio.

2.2.1 Investimento

Gli articoli 206 e 207 TFUE non si riferiscono agli investimenti in generale, ma solo agli investimenti diretti esteri, pertanto è necessario esaminare entro le disposizioni dei trattati europei il significato dei termini 'estero' e 'diretto'. Il primo termine racchiude due linee tradizionalmente riconoscibili sia come gli investimenti effettuati da cittadini residenti o società costituite entro l'Unione Europea verso Paesi terzi, sia come gli investimenti di cittadini e società di un Paese terzo che scelgono di investire nell'area economica europea. La certezza è che l'art. 207 non si applica agli investimenti eseguiti dai cittadini di uno Stato membro o da soggetti giuridici di uno Stato membro, come descritti nell'art. 54 TFUE, in altri Stati membri. Quest'ultima tipologia di investimenti è disciplinata dalle disposizioni contenute nel TFUE nella parte dedicata al diritto di stabilimento¹⁴⁰ e in quella dedicata ai capitali e ai pagamenti¹⁴¹. In riferimento al secondo termine oggetto di analisi, investimento diretto, è possibile individuarne una definizione entro la parte del TFUE dedicata ai capitali e ai pagamenti, nonché analizzando le molteplici pronunce della Corte UE in materia. Sulla base delle definizioni fornite anche dal FMI e dall'OCSE, la Corte UE si è costantemente riferita agli investimenti diretti definendoli come:

"[...] investments of any kind made by natural or legal persons which serve to establish or maintain lasting and direct links between the persons providing the capital and the undertakings to which that capital is made available in order to carry out an economic activity¹⁴²".

Nel preciso caso in cui l'investimento non si riferisca all'acquisizione di una attività economica, bensì all'acquisizione di un pacchetto azionario di una società esistente o completamente nuova la Corte afferma:

"the objective of establishing or maintaining lasting economic links presupposes that the shares held by the shareholders enable him, either pursuant to the provisions of the national laws or in some other way, to

(¹⁴⁰) Art 49-55 TFUE.

(¹⁴¹) Art. 63-66 TFUE.

(¹⁴²) Corte UE, 2006, Caso C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, par. 181; 2009, C-326/07, *Commissione v. Italia*, par 35; 2007, C-112/05, *Commissione v. Germania*, par. 18.

*participate effectively in the management of that company or in its control*¹⁴³”.

Con tale affermazione si delinea altresì la distinzione tra investimento diretto e investimento di portafoglio, quest’ultimo descritto precisamente come:

*“the acquisition of shares on the capital market solely with the intention of making a financial investment without any intention to influence the management and control of the undertaking*¹⁴⁴”.

La nozione di investimento diretto quindi si riferisce esclusivamente a quelle attività economiche che nel loro dispiegarsi generano una forte influenza sulle decisioni dell’impresa e ne determinano le azioni operative. Perciò l’investimento diretto prescinde dal concetto di stabilimento, considerando anche la partecipazione che consente all’investitore di partecipare effettivamente al controllo della società partecipata. Rientrano quindi nel concetto di investimento diretto diverse tipologie di attività economiche in virtù di quanto presentato fin d’ora¹⁴⁵:

- la creazione di una nuova attività economica di proprietà di un unico investitore;
- l’acquisizione *in toto* di una già esistente attività economica;
- l’acquisizione di una partecipazione in una nuova o esistente attività economica che permetta all’investitore di partecipare effettivamente alla direzione e al controllo della stessa, nonché l’acquisizione di partecipazioni che permettono all’investitore di esercitare una forte influenza sulle decisioni della società;
- l’acquisizione di un qualsiasi bene materiale o immateriale associato alla partecipazione nella creazione o espansione di un’impresa.

(¹⁴³) V. supra nota 142.

(¹⁴⁴) Corte UE, 2008, C-283/04, *Commissione v. Paesi Bassi*, ECR I-9141, par. 19.

(¹⁴⁵) Lista di riferimento presentata da V. Puig, “*The scope of the new exclusive competence of the European Union with regard to foreign direct investment*”, *Legal issues of economic integration*, Issue 2, 2013, p. 140.

2.2.2 Investitore

La questione fondamentale inerente alla definizione del termine investitore nel diritto europeo si contraddistingue per delle forti limitazioni imposte in riferimento alla determinazione del concetto di *foreignness* in materia di investimenti. Al fine di determinare la nazionalità di un soggetto economico e di conseguenza qualificarlo come investitore estero, è necessario fare riferimento ai specifici criteri previsti dall'art 54 del TFUE. Contrariamente alla definizione prevista in molteplici TBI europei, i quali si basano sul criterio di proprietà e controllo per definire la nazionalità di una società, l'articolo sopracitato conferisce la nazionalità europea a tutte le società costituite nell'UE indipendentemente che esse siano possedute o controllate da cittadini europei. Parimenti, i nuovi accordi di investimento internazionali sottoscritti dall'UE dovranno presentare una definizione di investitore che prescindano dal criterio di proprietà e controllo, altrimenti si genererà una rottura con quanto previsto dal principio di uguale trattamento di tutti i cittadini europei. Contrariamente ai TBI degli Stati membri, l'incompatibilità non deriva dal diverso trattamento al quale sono sottoposti i cittadini UE negli Stati terzi, in quanto l'art. 54 TFUE stesso assicurerà il medesimo trattamento ai cittadini degli Stati membri che intendono investire in Paesi extra-UE. L'incompatibilità potrebbe manifestarsi, al contrario, nell'estensione dell'efficacia dell'accordo europeo, in grado di favorire un diverso trattamento dello straniero che controlla una società europea in uno Stato membro. Considerando che l'elemento del controllo non è previsto dall'art. 54 TFUE, una società può essere considerata di nazionalità europea in virtù di quanto disposto dal diritto UE, ma contemporaneamente essere considerata non europea in virtù delle disposizioni classiche introdotte nei diversi TBI. Dato che tali accordi garantiscono all'investitore estero diritti che non si individuano entro il diritto europeo, in particolare il diritto all'arbitrato investitore-Stato, il principio di uguale trattamento sarà oggetto di una violazione dal momento che l'entità economica non europea potrà godere di benefici addizionali rispetto a quelli conferiti ai cittadini europei stessi. In riferimento ai pareri della Corte UE in materia di politiche sociali e di diritto tributario, il principio di non discriminazione richiede che nel caso in cui un vantaggio sia previsto ad alcuni

cittadini europei in virtù di un accordo bilaterale con un Paese terzo, esso debba essere esteso a l'intera comunità entro l'area UE¹⁴⁶. Dinanzi a tale giudizio, la negligenza nel garantire un ugual trattamento per tutti i cittadini europei anche nell'ambito degli investimenti diretti esteri non può essere giustificato, tantomeno il concetto secondo il quale il controllo estero di una società a tutti gli effetti europea garantisca all'investitore straniero l'accesso a qualsiasi meccanismo per la risoluzione delle controversie. In riferimento a tale aspetto è utile segnalare una soluzione individuata da A. Dimopoulos¹⁴⁷, il quale presenta come soluzione ottima la definizione di investitore contenuta nel modello di TBI del 2008 della Germania, il quale prevede:

“the term investor means: in respect of the Federal Republic of Germany [...] any juridical person and any commercial or other company or association with or without legal personality which is founded pursuant to the law of the Federal Republic of Germany or the law of a Member State of the European Union or the European Economic Area and is organized pursuant to the law of the Federal Republic of Germany, registered in a public register in the Federal Republic of Germany or enjoys freedom of establishment as an agency or permanent establishment in Germany pursuant to Article 43 and 48 of the EC Treaty¹⁴⁸”.

Nel caso in cui i futuri accordi prevedano esclusivamente il criterio della nazionalità dell'entità economica in cui viene investito un capitale, la definizione presentata assicurerà la compatibilità dei futuri TBI europei con lo stesso diritto europeo. Tradotto entro il contesto europeo, una qualsiasi entità economica verrà considerata soggetto avente cittadinanza europea se rifletterà le norme disciplinanti tali materia in vigore in qualsiasi Paese europeo o trattato europeo. Considerando esclusivamente tali disposizioni, sarebbe possibile eliminare qualsiasi problematica relativa alla questione che un investitore straniero sia soggetto di diritto di due regimi legali differenti: il diritto europeo e il diritto internazionale. Tale obiettivo però è a proprio avviso difficile da realizzare un

(¹⁴⁶) T. Eilmansberger, p. 402.

(¹⁴⁷) V. supra nota 138, p.455.

(¹⁴⁸) Modello TBI della Germania, 2008, art. 1(3).

quanto i futuri partner dell'UE in materia di accordi di investimento si dimostreranno restii dal non assicurare ai propri investitori l'accesso a un qualsiasi tribunale arbitrale per poter far valere i propri diritti in un organo giurisprudenziale considerato molto più indipendente rispetto alla Corte UE.

2.2.3 Trasferimento dei capitali

I futuri accordi di investimento prevedono l'inserimento anche di disposizioni concernenti il trasferimento di capitali, le quali potrebbero generare incompatibilità ancora una volta con il diritto europeo. Contrariamente agli altri concetti dapprima trattati, la materia che coinvolge il trasferimento di capitali rappresenta l'unica area entro il quale la Corte UE ha già dichiarato in quale misura gli accordi d'investimento possano risultare incompatibili con il diritto europeo¹⁴⁹. Il capitolo del TFUE dedicato ai capitali e ai pagamenti¹⁵⁰ proibisce qualsiasi restrizione al movimento di capitali tra gli Stati membri e i Paesi terzi, anche in riferimento agli investimenti diretti esteri. Nonostante tale livello di liberalizzazione, il diritto europeo prevede ugualmente alcune eccezioni che permettono di mettere in opera alcune misure limitanti il trasferimento di capitali. Secondo la Corte può sorgere un'incompatibilità tra i TBI esistenti e il diritto UE, nonché tra i futuri accordi europei e il diritto UE, nel caso in cui talune disposizioni precludano l'esercizio della competenza UE stabilita nei trattati europei. Competenza che si manifesta attraverso la messa in opera di misure limitanti il trasferimento di capitali in virtù degli articoli 64, 66 e 75 TFUE. È per tale motivo che gli accordi UE futuri devono incorporare delle eccezioni in materia di trasferimento di capitali con il fine ultimo di risultare compatibile con il diritto europeo, dapprima prendendo spunto da accordi di libero scambio oggi in vigore tra la UE e molteplici Stati terzi. Le istituzioni europee stesse hanno gradualmente sviluppato sofisticate disposizioni che limitano il raggio d'azione della liberalizzazione del movimento di capitali, realizzando l'obiettivo di

(¹⁴⁹) V. Capitolo primo, casi Austria, Svezia, Danimarca, Finlandia contro Commissione Europea.

(¹⁵⁰) Artt 63-66 TFUE.

limitare in taluni casi il movimento di capitali da e verso i Paesi terzi¹⁵¹. Ovvero in alternativa, risulterebbe necessario inserire entro i nuovi accordi disposizioni che facciano un esplicito riferimento alle norme contenute nel TFUE, in modo tale da assicurare almeno una parvenza di compatibilità con il diritto europeo primario.

In riferimento alla relazione tra la nozione di trasferimento di capitali e investimento diretto è difficile affermarne e delinearne una chiara spiegazione, è tuttavia possibile comprenderla sotto due diversi punti di vista¹⁵²: la prima interpretazione del termine trasferimento di capitali si riferirebbe ad un'azione precedente e favorente un investimento diretto; secondo l'altra interpretazione, l'investimento diretto sarebbe un tipo di transazione che include la nozione stessa di movimento di capitali¹⁵³. Sulla base della prima interpretazione, non si assiste ad una sovrapposizione tra l'art. 207 e gli artt. 63-66 TFUE, in quanto la liberalizzazione del movimento dei capitali in materia di investimenti diretti esteri non genererebbe un legame con gli investimenti diretti stessi. È tuttavia arduo delineare perfettamente una linea di demarcazione e distinzione tra il movimento di capitali e il conseguente investimento. Come evidenzia Puig, è difficile comprendere se l'acquisizione di un pacchetto di maggioranza di una società si tratti di un movimento di capitali o di investimento diretto, in quanto tale attività economica comporta l'ottenimento di un certo potere decisionale in seno all'investitore definibile come investimento diretto secondo quando dapprima descritto. Lo stesso Consiglio UE, nella direttiva 88/361/EEC include una definizione che si oppone a tale punto di vista:

“The capital movements listed in this Nomenclature are taken to cover: all the operations necessary for the purpose of capital movements: conclusion and performance of the transaction and related transfers [...]”¹⁵⁴.

(¹⁵¹) Esempio di eccezioni introdotte in accordi di libero scambio si ritrova nell'accordo tra EU e Corea, art. 8 (3-4).

(¹⁵²) V. supra nota 145, p. 149.

(¹⁵³) V. supra 138, p. 456.

(¹⁵⁴) Consiglio UE, Allegato I Direttiva 88/361/EEC, 24 Giugno 1988.

Anche in virtù di quanto espresso fin d'ora, la seconda interpretazione appare molto più plausibile, essendo più propensa a considerare gli artt. 206, 207 e 63-66 TFUE accumulati dalla stessa materia, quale l'investimento diretto estero.

Parimenti agli investimenti diretti, gli investimenti di portafoglio dovrebbero essere considerati come una tipologia di quelle attività caratterizzanti il cosiddetto "movimento di capitali", tuttavia essi godono di una totale liberalizzazione in virtù dell'art. 63 TFUE, e sono soggetti a delle eccezioni solamente in applicazione dell'art. 65(1), 65(2) TFUE e dell'art. 66 TFUE. Nel presente elaborato si è riportata più volte la considerazione secondo la quale l'art. 207 TFUE non prevede la copertura anche degli investimenti di portafoglio, tuttavia l'UE presenta una competenza implicita in tal materia in virtù dell'art. 3(2) TFUE. Il presente articolo garantisce piena facoltà all'Unione di concludere TBI includenti investimenti di portafoglio in quanto le norme previste entro tali accordi coinvolgono direttamente aspetti comunitari previsti dallo stesso TFUE in disposizioni riguardanti i movimenti di capitali¹⁵⁵. Sulla base della presente considerazione, la competenza dell'Unione vincola gli investimenti di portafoglio ad essere oggetto anche di proibizioni di restrizioni nel movimento di capitali destinati a tale scopo come affermato nell'art. 63. La Corte UE ha interpretato la validità di quanto disposto da tale articolo anche in fase di post-stabilimento, considerando non ammissibili le restrizioni di tipo discriminatorio, nonché più in generale restrizioni che dissuadano l'investitore dal prendere in considerazione lo stesso trasferimento di capitali. Misure che proibiscano l'investimento di portafoglio possono essere attuate con la sola finalità di conseguire un obiettivo legittimo.

È però condivisibile la considerazione di M. Krajewski¹⁵⁶ secondo cui:

"If the TFEU's rules on capital movements could be a source of implied exclusive competence, it would have been superfluous to include foreign direct investment in article 207 TFUE".

(¹⁵⁵) Comunicazione della Commissione p. 3.

(¹⁵⁶) M. Krajewski, *"The reform of the common commercial policy"*, ne *"EU Law after Lisbon"*, Oxford U. Press, 2012.

La scelta effettuata nella stesura del Trattato di Lisbona, nonché nella formulazione dei nuovi trattati TCE e TFUE, ha consapevolmente portato l'UE ad appropriarsi della sola competenza in materia di investimenti diretti esteri e non di portafoglio come supposto da alcuni autori. Ciò può essere giustificato principalmente dall'impatto economico che investimenti in attività europee, che ne determinano l'appropriazione e il controllo, e i riflessi e gli scompensi nell'intera economia europea possono generare. Conseguenze delicate che necessitano e richiedono una particolare attenzione nella loro manifestazione.

2.2.4 Stabilimento

Antecedentemente l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Comunità poteva, in virtù dell'art. 44¹⁵⁷ e 47¹⁵⁸ TCE, adottare autonomamente misure in riferimento all'accesso a diverse attività economiche, incluse disposizioni che si occupavano di stabilimento dei cittadini di Paesi terzi¹⁵⁹. Le stesse misure adottate sulla base delle due disposizioni succitate conferivano indirettamente alla UE una competenza per la conclusione di accordi internazionali riguardanti lo stabilimento dei cittadini di Paesi terzi, contrassegnando la nozione di stabilimento come un sottosistema della nozione di investimento diretto. Non a caso si contraddistingue una sovrapposizione tra l'art. 207 TFUE e la base legale inclusa nel capitolo del TFUE sul diritto allo stabilimento¹⁶⁰ in riferimento allo stabilimento degli stessi cittadini di Stati terzi. L'art. 207 TFUE, che conferisce una competenza esplicita in materia di IDE e non implicita come disposto nel precedente trattato, dovrebbe garantire maggiore forza vincolante rispetto agli artt. 50 e 53 TFUE in relazione sia alla conclusione di accordi che all'autonomia precedentemente definita in materia di stabilimento di investitori esteri. Al contempo si denota però un'incompatibilità con gli stessi articoli, in quanto il primo prevede l'adozione di regolamenti, mentre il secondo prevede l'emanazione di direttive. Dato che il simultaneo utilizzo di entrambi i documenti

(¹⁵⁷) Art. 50 TFUE.

(¹⁵⁸) Art 53 TFUE.

(¹⁵⁹) Vedasi Corte UE, Parere 1/94.

(¹⁶⁰) Artt. 49-55 TFUE.

legali descritti è precluso dal diritto europeo, appare scontato che le misure riguardanti lo stabilimento possano essere regolate esclusivamente dal Capitolo del TFUE ad esso dedicato.

2.3 La questione dei limiti imponibili alla nuova competenza dell'Unione in materia di IDE

La competenza esclusiva dell'UE in materia di investimenti diretti esteri non si basa esclusivamente su quanto disposto dall'art. 207 TFUE, all'opposto, l'insieme di disposizioni che ne delinea il raggio d'azione e i limiti è molto più esteso. È possibile individuare alcune esplicite eccezioni all'azione UE entro lo stesso art. 207¹⁶¹, il quale prevede che:

“l'esercizio delle competenze attribuite dal presente articolo nel settore della politica commerciale comune non pregiudica la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri e non comporta un'armonizzazione delle disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri, se i trattati escludono tale armonizzazione”.

L'interpretazione di tale norma porta ad affermare che l'esercizio della competenza esterna in virtù dell'art. 207 TFUE non abbia come risultato l'assegnazione di una competenza esclusiva anche interna all'Unione nel preciso caso in cui una competenza interna condivisa non sia ancora stata esercitata dall'Unione. È tuttavia doveroso ricordare che la prima parte dell'art. 207(6) TFUE si prepone di dare chiara espressione al singolare principio di parallelismo tra le competenze interne ed esterne, favorendo l'Unione Europea nell'esercizio di una competenza esclusiva esterna anche in mancanza dapprima dell'esercizio della stessa competenza nel contesto interno all'UE¹⁶².

L'analisi invece della seconda parte del par. 6 è più semplice se fin da principio si individuano le disposizioni del TFUE che escludono l'armonizzazione su potere delle istituzioni europee: artt. 149 (lavoro), 153(2) (politiche sociali),

⁽¹⁶¹⁾ Art. 207 par. 5-6.

⁽¹⁶²⁾ V. supra nota 145, p. 156.

165(4) (educazione), 166(4) (formazione professionale), 167(5) (cultura), 168(5) (sanità pubblica), 173(3) (industria), 195(2) (turismo), 197(2) (cooperazione amministrativa). Secondo quanto riportato da Puig, non tutte le disposizioni sono da riferirsi, in virtù di quanto disciplinato ai sensi dell'art. 207(6), al concetto di armonizzazione previsto. Difatti lo stesso par. 4 dell'articolo in esame prevede che nella negoziazione e conclusione di accordi che contengono disposizioni nei settori riguardanti gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, e dei servizi sociali, educativi e sanitari, il Consiglio deliberi all'unanimità. Un esplicito riferimento a questi campi non limita quindi la competenza dell'UE, tuttavia mantiene intangibile la non facoltà di armonizzazione in quelle materie. L'eccezione contenuta nell'art 207(6) TFUE non dovrebbe essere interpretata come escludente la possibilità di concludere accordi che prevedono standard di trattamento tipicamente inclusi nei TBI, come il trattamento nazionale, la NPF, il trattamento giusto ed equo o la protezione contro l'espropriazione.

Tuttavia è necessario esaminare anche altre norme contenute nel trattato europeo che possono presentare alcune implicite eccezioni su aspetti affini agli investimenti diretti esteri. In particolar modo ci si riferisce alle disposizioni che regolano il libero movimento dei capitali, gli artt. 64 e 65 TFUE. Sulla base del primo articolo citato sembra che la competenza esclusiva UE debba essere intesa come priva di pregiudizio al diritto degli Stati membri di mantenere le restrizioni sugli investimenti diretti esteri fintantoché non verrà revocato o rimpiazzato da misure previste dall'art. 64(2) o (3) TFUE o in virtù dell'art. 207 TFUE. L'art. 65 prevede invece che le disposizioni del capitolo sui capitali e i pagamenti "non pregiudicano l'applicabilità di restrizioni in materia di diritto di stabilimento compatibili con i trattati". Tuttavia, tale eccezione è inapplicabile in riferimento alle disposizioni incluse in altri capitoli del TFUE, come quello dedicato agli investimenti diretti esteri sulla base di quanto su scritto nella definizione stessa di stabilimento.

Si presenta invece più complessa la relazione esistente tra la competenza dell'UE e il settore del trasporto. Secondo quanto disposto dall'art. 207(5) TFUE, la negoziazione e la conclusione di accordi internazionali riguardanti gli investimenti diretti esteri nel campo del trasporto rimane oggetto di

regolamentazione delle disposizioni del TFUE contenute nel Titolo Trasporti¹⁶³. Una lettura di tali norme permette di comprendere che la competenza di concludere accordi in questo campo è condivisa tra l'Unione e gli Stati membri. La stessa Corte UE, nel suo parere del 2009¹⁶⁴, rigetta la considerazione della Commissione ipotizzante, in virtù dell'art. 133(6) TCE, che i termini "nel campo del trasporto" debbano essere interpretati come riferiti ai soli accordi concernenti esclusivamente o principalmente la materia dei trasporti. Parallelamente la Corte non preclude la possibilità di escludere l'applicazione dell'art. 133(6) TCE se la disposizione riguardante i trasporti sia soltanto in forma subordinata inserita entro il contesto dell'accordo preso in esame. Non ci sono quindi ragioni diverse che portino ad interpretare l'art. 207(5) in maniera diversa. Analogamente all'art 133, l'art 207 TFUE si riferisce esclusivamente agli accordi e non ad atti o documenti autonomi, ricordando tuttavia che la definizione di PCC prevista dal presente articolo, copre tutti i servizi, incluso il servizio di trasporto. Se analizzati contemporaneamente il par. 2 e 5 dell'art 207 TFUE, è possibile arrivare ad una conclusione secondo la quale, mentre gli accordi nel campo dei trasporti devono continuare ad essere conclusi in accordo con quanto previsto dal Titolo Trasporti, il quale non conferisce competenze esclusive in materia, l'Unione possiede ugualmente una competenza esclusiva, in virtù del par. 2, al fine di emanare documenti totalmente autonomi in tale campo. Il ragionamento presentato da Puig si rifà con quanto disposto dall'art. 3(2) TFUE ove si afferma che:

"l'Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata¹⁶⁵".

È all'opposto molto più esplicito il limite imposto alla competenza dell'Unione in materia di investimenti diretti esteri nel campo del commercio di armi, munizioni e materiale bellico. L'Art 346(1) TFUE afferma:

(¹⁶³) TFUE, Titolo VI, Trasporti, artt 90-100.

(¹⁶⁴) Corte UE, Parere 1/2008, 2009, par. 163-165.

(¹⁶⁵) V. supra 145, p. 152,

“a) ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico; tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato interno per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari”.

Si identifica nel presente caso, il mantenimento di una facoltà piena nell’attuare misure riguardanti importanti aspetti in campo militare da parte degli Stati membri, escludendo, senza possibili interpretazioni contrarie, qualsiasi istituzione UE dall’agire nel presente settore. Gli interessi economici nazionali in materia di armamenti ed esercito non sono stati quindi oggetto di revisioni o innovazioni normative con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Ugualmente delicata si presenta la questione riguardante il raggio d’azione della nuova competenza europea in riferimento al campo della pubblica sicurezza e della politica pubblica. Alcuni articoli tra quelli conferenti la competenza all’UE di concludere accordi internazionali in materia di investimenti diretti esteri prevede eccezioni che favoriscano l’attuazione di misure restrittive da parte degli Stati membri nei settori sopra citati. La stessa Corte Ue afferma che la competenza esclusiva dell’Unione in riferimento alla PCC non è soggetta ad alcuna implicita eccezione derivante da argomenti propri della pubblica sicurezza o politica pubblica¹⁶⁶. Tipiche misure attuate nel commercio, come l’esportazione di sistemi brevettati o il divieto ad importazioni, non sono esclusi dal raggio d’azione della PCC, nonché dalla stessa competenza, soltanto perché uno Stato membro attua alcune misure al fine di salvaguardare la sicurezza nazionale o con l’obiettivo di proteggere la salute pubblica o l’ambiente. In assenza di una esplicita o implicita eccezione alla competenza esclusiva dell’UE in riferimento alla politica comune, la regolamentazione dell’Unione manifestatasi nell’emanazione di testi normativi in materia di import¹⁶⁷ ed export¹⁶⁸ di beni verso e da Paesi terzi, ha visto includere una disposizione che permette agli Stati membri di applicare delle restrizioni in tali

⁽¹⁶⁶⁾ V. supra nota 145, p. 157.

⁽¹⁶⁷⁾ Regolamento del Consiglio, n°260/2009, art. 24(2), 26 febbraio 2009

⁽¹⁶⁸⁾ Regolamento del Consiglio, n°1061/2009, art. 10, 19 ottobre 2009

import ed export esclusivamente al fine di conseguire certi obiettivi legittimi. In nessun caso giurisprudenziale della Corte UE quindi si presenta una implicita eccezione, piuttosto si tratta in questo caso di una autorizzazione accordata dal legislatore europeo agli Stati membri, il quale permette ai governi nazionali di esercitare in parte una competenza UE in riferimento alla PCC.

In virtù di quanto descritto fin d'ora, alcuna eccezione basata sulla pubblica sicurezza o sull'attuazione di politiche pubbliche si ripercuote sull'art. 207 TFUE. La questione che può essere sollevata sul presente aspetto è se le eccezioni definite entro l'art. 65(1) in relazione con quanto espresso dall'art. 63 TFUE possa essere interpretato come direttamente applicabile allo stesso art. 207 TFUE. Sono due le possibili interpretazioni¹⁶⁹. L'art. 65(1) prevede una eccezione solo in caso di esplicito collegamento con l'art. 63, e la diretta applicabilità dello stesso in relazione con l'art. 207 deriva dal fatto che l'autorizzazione contenuta nella disposizione non delinea alcuna distinzione tra gli investimenti diretti o altre fattispecie di trasferimento di capitali. In pratica dunque, sarebbe impossibile limitare il movimento di capitali coinvolgendo anche gli investimenti diretti esteri senza contemporaneamente violare la stessa competenza esclusiva dell'Unione riferita ai medesimi investimenti. Si condivide appieno sul presente aspetto, il ragionamento fornito dallo stesso Puig, il quale afferma che anche se l'art. 65(1) non venisse applicato in riferimento all'art. 207, gli Stati membri avrebbero la facoltà di apportare misure restrittive a tutti i flussi di capitali tra gli Stati, nonché anche quelli di portafoglio tra l'Unione e i Paesi terzi. Essi potrebbero inoltre imporre restrizioni sugli investimenti diretti che si applicano indistintamente sia agli investitori europei, sia agli investitori esteri, non fornendo necessariamente un collegamento tra la PCC e tali misure. Il medesimo ragionamento può essere applicato anche nel campo del commercio di beni, ove l'eccezione prevista dall'art. 36 TFUE può essere applicata in relazione al solo commercio intra-UE.

In virtù dell'interpretazione circa il campo d'azione dell'art. 63 TFUE, si comprende agevolmente che l'art. 65 non prevede alcuna implicita eccezione dinanzi l'art. 207 TFUE in riferimento a restrizioni applicabili dagli Stati membri

⁽¹⁶⁹⁾ V. supra nota 145, p. 158.

rispetto allo stabilimento di investimenti diretti esteri, piuttosto di prevedono tali eccezioni esclusivamente per quelle restrizioni concernenti gli investimenti diretti che non coinvolgono lo stabilimento. Per tali ragioni appare tuttavia ancora poco chiaro se la competenza esclusiva dell'Unione in materia di IDE sia soggetta a una qualche eccezione relativamente alla sicurezza pubblica o all'attuazione di politiche pubbliche. Nella pratica, la Corte UE si presenta incline a riconoscere agli Stati membri alcuni margini di manovra nell'attuare misure che favoriscano il perseguimento di obiettivi previsti nell'art. 65 TFUE, soprattutto in virtù del fatto che tutt'oggi alcuna azione dell'Unione è stata esercitata al fine di stabilire un *framework* comune per la protezione di tali obiettivi o atti ad autorizzare gli Stati membri ad agire nello stesso interesse in attesa di misure europee.

2.4 Le competenze nella regolamentazione della fase post-stabilimento

Una problematica parimenti importante alla definizione di investimento diretto estero e ai limiti individuabili in materia di IDE, si realizza altresì nella difficoltà di delimitare il campo di attività della nuova competenza europea nelle diverse fasi del processo d'investimento. La questione è se la competenza conferita dalle disposizioni che circoscrivono il significato stesso di IDE sia limitata alla sola iniziale ammissione dell'investimento nel mercato europeo, ovvero si estenda altresì al trattamento riservato alla fase di post-ammissione. Molteplici autori¹⁷⁰ hanno ipotizzato che la competenza dell'Unione in virtù dell'art 207 TFUE sia delimitata alla sola regolamentazione al diritto a concludere una transazione che renda l'investimento effettivo, come per esempio il diritto ad acquisire una parte di azioni atte al controllo di una società. Si ricorda tuttavia che l'articolo analizzato stabilisce che la politica commerciale comune debba basarsi su principi uniformi, in particolar modo in riferimento agli investimenti diretti esteri, lasciando ampio spazio ad una libera interpretazione sul campo di operatività della competenza europea. È possibile,

⁽¹⁷⁰⁾ Vedasi in particolar modo R. Vidal Puig, supra nota 145.

infatti, che ci si possa riferire anche ad una competenza di regolamentazione in riferimento al diritto ad accedere ad attività economiche attraverso le quali l'investimento si realizza, come per esempio garantire le condizioni per ottenere permessi o licenze per avviare una determinata attività economica. Inoltre l'art. 206 TFEU espressamente si riferisce all'obiettivo fondamentale della PCC, ovvero sia all'eliminazione progressiva delle restrizioni in materia di IDE, nonché all'eliminazione di qualsiasi restrizioni in fase di ammissione dell'investimento, ovvero il trattamento dell'investimento una volta realizzatosi.

È plausibile nella presente questione individuare un'analogia con la competenza dell'Unione nel campo del "commercio dei beni". Competenza che non si limita alla facoltà di messa in opera di misure marginali, come per esempio la definizione di quote di importazione o le tariffe di importazione, bensì si estende ad aspetti riguardanti la fase post entrata dei beni entro l'area europea, sulla base di principi internazionalmente condivisi quali il trattamento nazionale o la NPF in riferimento all'abolizione di ostacoli non necessari al commercio derivanti da standard tecnici e qualitativi¹⁷¹. È inoltre generalmente condiviso che la competenza dell'Unione relativa al commercio di servizi non è limitata alla questione dell'accesso al mercato, ma include altresì questioni importanti quali il trattamento nazionale e NPF in riferimento alle normative e regolamenti in materia¹⁷². In aggiunta a quanto esplicitato finora, l'art. 207 TFUE deve essere interpretato altresì come disposizione conferente una competenza esclusiva in riferimento a misure miranti alla rimozione di ostacoli all'accesso ad attività economiche o all'esercizio delle stesse da parte di investitori esteri. Ciò include qualsiasi ostacolo che, se applicato all'investitore di uno Stato membro in un altro Stato membro, sarebbe contrario alle disposizioni inserite nel TFUE

(¹⁷¹) Si fa riferimento all'art I e III del GATT ove secondo il parere 1/94 della Corte UE la Comunità ha esclusiva competenza alla conclusione di accordi entro il WTO concernenti il commercio di beni, in virtù dell'art 133 TCE, par. 31-33.

(¹⁷²) Corte UE, Parere 1/2008, rigetta la concezione della Spagna secondo cui la competenza della Comunità in riferimento al commercio di servizi in virtù dell'art 133 TCE era limitato ai servizi previsti dal modello 1, ossia *cross-border services*. Secondo la Corte, a seguito del Trattato di Nizza, l'art. 133 TCE copre anche gli altri tre modelli di fornitura di servizi previsti nel GATS, nonché la fornitura di servizi attraverso lo stabilimento di una presenza di tipo commerciale, par. 120-123.

sia sugli aspetti riguardanti il diritto allo stabilimento sia sulla libertà di movimento dei capitali. L'investitore estero perciò diventa a tutti gli effetti un soggetto di diritto europeo, vincolato dagli stessi doveri, ma soprattutto salvaguardato dagli stessi diritti. Ovviamente con i pro e contro che ne conseguono¹⁷³.

All'Unione si affidano conseguentemente competenze esclusive aventi il fine ultimo di emanare regolamenti o di concludere accordi internazionali che per esempio¹⁷⁴:

“ - prescribe the elimination of certain requirements for acceding to an economic activity by foreign investors (e.g., requirements of the type mentioned in Article XVI GATS);

- accord a certain standard of treatment to foreign investors in respect of all matters affecting the access to, or the subsequent exercise of an economic activity (including e.g., fiscal, social, environmental or competition regulations);

- impose a horizontal prohibition on any regulatory obstacles to the access to, or the exercise of economic activities by foreign investors, insofar as they are excessively restrictive in order to achieve a legitimate public objective;

- lay down horizontal minimum transparency or good administration requirements”.

Secondo quanto riportato da Puig si possono individuare importanti principi internazionalmente condivisi che rientrano indirettamente nelle competenze attribuibili alla UE, come per esempio il trattamento nazionale e il trattamento giusto ed equo. L'art. 207 va quindi a conferire una competenza che permette all'UE di adottare misure che regolino le condizioni di accesso ad un'attività economica da parte dell'investitore estero, ove tali condizioni non si applicano indistintamente a tutti gli operatori, europei o esteri, ma piuttosto costituisce un specifico regime indirizzato verso gli investitori esteri. Tuttavia, il presente articolo non può essere interpretato così ampiamente da includere

(¹⁷³) Vedasi capitolo 3 in caso di controversie in materia di investimenti diretti esteri e l'accesso a forum arbitrari.

(¹⁷⁴) V. supra nota 145, p. 144.

qualsiasi misura legalmente concessa che possa avere degli effetti sugli investimenti diretti esteri. Si tenga presente difatti, la pronuncia della Corte nel caso *Commissione v. Parlamento e Consiglio*¹⁷⁵ del 2009, in riferimento all'aspetto riguardante il commercio di beni, secondo cui la Comunità ha la facoltà di emanare atti ricadenti entro l'esclusiva competenza del campo della PCC unicamente se in relazione al commercio internazionale, nonché in ciò che è essenzialmente inteso come promozione, facilitazione o governo del commercio e ha direttamente e immediatamente effetti sul commercio del prodotto considerato. Perciò l'armonizzazione delle misure atte a garantire l'esercizio di un'attività economica non ricade nel raggio d'azione dell'art. 207 TFUE anche se tali misure hanno un impatto notevole sui flussi degli investimenti diretti esteri. Si preclude in questo modo l'intervento dell'UE nell'armonizzazione di aspetti importanti quali le norme tributarie e fiscali nonostante esse condizionino direttamente l'operato di un investitore estero. Gli Stati membri mantengono intatti i propri poteri su aspetti che tutt'oggi invece si riconoscono in accordi bilaterali tra Stati europei e Stati terzi, che invece non potranno essere inclusi entro i nuovi accordi dell'Unione con i partner selezionati. Probabilmente il percorso da effettuare sotto tale aspetto è ancora lungo e la definizione di una chiara competenza in tutte le fasi dell'investimento dovrà essere oggetto di una nuova revisione delle disposizioni dei trattati europei.

(¹⁷⁵) Corte UE, 2009, Caso C-411/06, *Commissione v. Parlamento e Consiglio*, ECR I-7585, par. 71.

Sezione II

IL DIRITTO EUROPEO RAPPORTATO AL QUADRO NORMATIVO INTERNAZIONALE IN MATERIA DI INVESTIMENTI

2.5 Diritto convenzionale degli investimenti e diritto primario comunitario

I trattati europei e i trattati d'investimento mirano a garantire la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento, nonché la protezione dei soggetti che decidono di investire entro le aree dei Paesi parte degli accordi. Nella loro applicazione si contraddistingue però un problema di conflitto tra regole, che suggerisce, in base a quanto descritto fin d'ora, l'applicazione *in primis* delle disposizioni e dei principi contenuti nei trattati comunitari. In particolare, perché il diritto europeo ha un elemento ragguardevole che lo supporta, ovvero il fatto che esso poggia su di un obiettivo fondamentale che pesa fortemente sull'interpretazione delle regole che ne derivano. Questo obiettivo è quello di creare e disciplinare un mercato unico europeo, definito come uno spazio senza frontiere interne nel quale la libera circolazione dei prodotti, delle persone, dei servizi e dei capitali è assicurata. Questo obiettivo arricchisce e orienta l'interpretazione e l'applicazione da parte delle autorità europee designate al controllo degli accordi sottoscritti, in particolar modo per quanto riguarda il diritto concesso alle imprese e agli investitori di stabilirsi e di esercitare le loro attività liberamente sul territorio nazionale offrendo protezione agli investimenti esteri, fissando altresì delle garanzie che gli stati devono accordare agli investitori¹⁷⁶.

Dal punto di vista internazionale, gli accordi che vengono conclusi hanno come obiettivo quello di accordare agli investitori un insieme di protezioni che si possono suddividere in: protezione sostanziale e protezione procedurale. Nel primo caso si fa riferimento a garanzie previste dai trattati medesimi come il trattamento giusto ed equo, la non discriminazione, il rispetto degli accordi e il divieto alle espropriazioni. La protezione procedurale invece consiste nella possibilità per gli investitori esteri di ricorrere davanti a dei tribunali arbitrali

⁽¹⁷⁶⁾ V. supra nota 4, p. 19.

direttamente o unilateralmente contro lo Stato che non ha rispettato certune garanzie.

Il diritto UE presenta un'altra specificità essenziale, cioè si tratta di un diritto organizzato, centralizzato e costituzionalizzato. In tale regime la libertà d'investire deriva da particolari disposizioni contenute nel TFUE, sulla base dei quali l'investimento stesso può essere protetto. Nel caso invece del diritto internazionale degli investimenti le norme vengono definite da una rete ricca e complessa di trattati internazionali. Mentre il diritto UE non riconosce che un riferimento, le regole del trattato e l'interpretazione di queste regole dall'organo di interpretazione autentico del diritto europeo, la Corte UE, il diritto degli investimenti si basa su una moltitudine di trattati che contengono disposizioni molto simili, ma che presentano anche divergenze a volte importanti. A livello internazionale non esiste inoltre un organo giuridico unico centralizzato che assicuri l'interpretazione di questi trattati, non a caso la missione d'interpretare questi trattati è affidata a dei tribunali arbitrali scelti dalle parti. Ne consegue, come già descritto nei precedenti paragrafi, che la stessa regola contenuta in un trattato può essere interpretata in modo differente dai diversi forum arbitrali, anche se tuttavia è possibile individuare una tendenza a prendere in considerazione le soluzioni precedentemente adottate da altri tribunali.

Nonostante i due sistemi normativi appaiono legati dagli obiettivi perseguiti, in particolar modo la protezione dell'investitore, essi divergono su diversi aspetti dell'analisi giuridica, quali il campo d'applicazione delle regole pertinenti e il regime della protezione che ne risulta.

Per quanto riguarda il campo di applicazione della protezione degli investimenti nel diritto europeo, la questione deve essere analizzata separatamente in riferimento alla libertà di stabilimento e alla libertà di circolazione dei capitali. Come già descritto nella precedente sezione, entro il contesto europeo possono essere considerati come investitori sia le persone fisiche che le società dotate di personalità giuridica e afferenti a uno degli Stati membri dell'UE. I criteri che ne definiscono lo stabilimento si presentano eterogenei in virtù delle molteplici norme in vigore entro ciascuno Stato membro. La libertà di circolazione dei capitali è oggetto anch'essa delle misure che ogni singolo Stato sceglie di attuare in virtù della competenza a prevedere

delle restrizioni in precisi campi prestabiliti. Nel diritto degli investimenti, i trattati si interessano allo stesso modo delle persone fisiche e delle società. Generalmente, due criteri identificano l'investitore in quanto persona fisica: la nazionalità e la residenza. Un aspetto molto importante è che molti di questi trattati accordano il vantaggio di poter godere delle disposizioni in essi contenute non solo ai cittadini dei Paesi contraenti, ma anche ai residenti di questi Stati. Una tale concessione è inammissibile nel diritto comunitario, il quale adotta il solo criterio della nazionalità per identificare le persone fisiche beneficiarie della libertà di stabilimento. Per quanto concerne le persone giuridiche, i trattati d'investimento adottano una definizione più ampia rispetto a quanto riportato nelle disposizioni dei trattati europei. L'accordo NAFTA per esempio, all'art. 201, fa riferimento a tali soggetti stabilendo che sono: "tutte le entità costituite o organizzate legalmente, con fini lucrativi e non, e possedute dal settore pubblico o privato, ivi comprese tutte le società, società di persone, imprese individuali, o altre associazioni". Anche queste ultime vengono considerate nel diritto degli investimenti, al contrario del diritto europeo che non inserisce le società non lucrative, ovvero le società civili belghe che non possiedono una personalità giuridica, tra i soggetti beneficiari delle libertà economiche previste dai trattati. Indubbiamente ciò rappresenta una lacuna notevole e potrà influire non poco sulla competenza esclusiva dell'Unione in virtù dell'art. 207. Si consideri che oggi le più importanti fondazioni internazionali senza scopo di lucro¹⁷⁷ sono i principali finanziatori di attività entrò i più delicati settori delle economie europee, ove si individuano proprio quelle eccezioni alla libertà di movimento dei capitali previste dallo stesso TFUE. In generale, il diritto agli investimenti mette in evidenza molteplici criteri per il collegamento di un soggetto giuridico ad uno Stato: l'incorporazione, la sede sociale e il controllo. Per quanto riguarda invece l'aspetto della protezione degli interessi degli investitori, come è già stato evidenziato in molteplici occasioni nel presente elaborato, è garantito l'accesso alla giurisprudenza arbitrale, nonché la difesa anche degli interessi dell'azionariato di minoranza. Questi ultimi possono beneficiare dei trattati di investimento tanto come le persone fisiche, come per

(¹⁷⁷) Vedasi, "*Bill & Melinda Gats Foundation*" e l'ammontare di risorse destinate ad investimenti all'estero, www.gatesfoundation.org.

esempio nel caso in cui un cittadino americano che detiene azioni di una società cinese che ha realizzato degli investimenti in Mongolia, avrà la facoltà di reclamare la protezione prevista nel TBI concluso tra USA e Mongolia.

I trattati di investimento regolano le relazioni tra i soggetti che vengono identificati con la qualità di investitore e gli Stati ospitanti l'investimento. Lo Stato al quale le obbligazioni previste in questi trattati sono opponibili è in principio sempre lo Stato ospitante l'investimento, mentre lo Stato d'origine, ovvero sia lo Stato al quale appartiene l'investitore, non si assume alcun obbligo in virtù del trattato di investimento. Ne deriva che uno Stato può attuare misure per restringere il campo di trasferimento dei capitali e dei suoi cittadini all'estero, tuttavia tali misure non potranno essere oggetto della protezione stabilita in virtù di un accordo di investimento. Questa esclusione adottata dallo Stato d'origine può costituire "un ostacolo all'uscita¹⁷⁸" degli investimenti. Mentre da un lato, entro il contesto del diritto europeo gli Stati e la stessa Unione Europea sono vincolati dalle disposizioni contenute nel TFUE in materia di limitazioni al movimento dei capitali al fine di garantire la più ampia liberalizzazione in tale campo, nell'altro, i TBI internazionali non sono degli strumenti economici neutri poiché lasciano allo Stato una discrezione illimitata a proibire o regolare gli investimenti in uscita. È a partire dalla presente questione che possono sorgere problematiche in relazione allo Stato che opera come vero e proprio soggetto economico grazie ad aziende pubbliche o controllate.

Nel diritto internazionale degli investimenti si identifica inoltre un diverso approccio altresì nella definizione di investimento, privilegiando generalmente un riferimento al solo concetto del "possedere". Prendendo in esame il TBI Svizzera-Bulgaria si nota difatti che:

"il termine investimento ingloba tutte le categorie d'avere in particolare: la proprietà di beni corporali, nonché tutti gli altri diritti reali, tali il diritto di usufrutto e pegno; le azioni e altre forme di partecipazione nelle società; i crediti monetari e i diritti a tutte le prestazioni aventi un valore economico¹⁷⁹".

(¹⁷⁸) Vedasi L. Azoulai e W. B. Hamida, *"Le droit européen et l'investissement"*, Edition Panthéon Assas, 2009.

(¹⁷⁹) TBI Svizzera-Bulgaria, art. 1.

I TBI conclusi dalla Francia invece giustappongono il termine investimento alla formula generica “averi quali i beni, diritti e interessi di varia natura” o semplicemente a “beni, diritti e interessi di varia natura”. Definizioni che si presentano in netto contrasto con quanto disposto dagli articoli del TFUE ove si privilegia non tanto il controllo o la detenzione, piuttosto la realizzazione dell’investimento, la costituzione di una società entro il territorio europeo. Contrariamente a quanto invece identificato entro il diritto europeo, ovverosia una lacuna nella definizione di investimento colmata solo dalla Corte UE nell’esemplificazione di alcune tipologie di attività considerate tali¹⁸⁰, i trattati bilaterali in materia vengono nella maggior parte dei casi completati attraverso un’enumerazione esemplificativa. In tal senso si contraddistinguono cinque diverse categorie: i beni mobili, immobili e i diritti reali (1), le azioni, titoli, obbligazioni e obbligazioni non garantite o tutte le altre forme di partecipazione a una società o a una co-impresa (2), i crediti monetari e i diritti a tutte le prestazioni aventi un valore economico (3), i diritti di proprietà intellettuale (4) e le concessioni, le licenze e i diritti conferiti da un contratto o da una legge (5)¹⁸¹. Il campo degli investimenti così fissato dai trattati di investimento fuoriesce ampiamente dal quadro delineato dalle libertà garantite in materia di investimenti dal diritto europeo. Ivi per cui un’attività individuata con l’acquisizione di una minoranza azionaria, che è qualificabile generalmente come investimento da un TBI, è esclusa dalla libertà di stabilimento disposta dal diritto UE, il quale esige l’esercizio effettivo e durabile di un’attività economica al mezzo di un’installazione stabile dentro uno Stato membro. È possibile affermare che già dalla presente distinzione esistente tra il diritto internazionale degli investimenti e il diritto europeo, un tavolo di negoziazione tra l’UE e i diversi partner individuati dalla Commissione potrà presentare divergenze su quali siano i principi condivisibili da inserire nel futuro accordo. Spetterà alle istituzioni dell’Unione convincere gli Stati terzi a cambiare la propria logica di interpretazione del termine investimento e dei soggetti investitori al fine di non favorire il generarsi di incompatibilità con le disposizioni dei trattati europei. L’Unione dovrà essere in grado di chiarire come le norme del diritto europeo

(¹⁸⁰) V. supra nota 145.

(¹⁸¹) V. supra nota 178.

garantiranno un trattamento equo nelle relazioni tra gli Stati europei, gli stessi cittadini degli Stati membri e gli investitori stranieri. Nel diritto degli investimenti i TBI non prevedono disposizioni disciplinanti la relazione tra lo Stato e i propri cittadini, come invece previsto dal diritto europeo, ma esclusivamente la relazione tra gli stranieri e lo Stato ospitante. Entro l'area europea si verifica quindi un doppio caso di "*discrimination à rebours*": da un lato i soggetti che avranno fatto uso delle libertà disposte dal diritto UE e quelli che non ne hanno fatto uso, dall'altro i soggetti stranieri che saranno trattati più favorevolmente dei cittadini europei. Si dovranno perciò anticipare possibili contenziosi invocanti indirettamente la protezione garantita da un trattato d'investimento contro l'Unione stessa, grazie alla costituzione di entità all'estero, surclassando così doveri disposti dal diritto europeo.

2.6 Il rapporto tra diritto europeo e diritto degli investimenti internazionali: cittadinanza europea e Societas Europaea

Sempre nell'ottica di analizzare la relazione tra il diritto europeo e il diritto internazionale degli investimenti, nonché i riflessi che tale approccio determina sulla competenza esclusiva dell'Unione in materia di IDE, si deve esplicitare come lo stesso diritto europeo qualifichi la condizione di cittadinanza dei soggetti attivi entro il contesto degli investimenti diretti esteri. Il concetto di cittadinanza europea, come enunciato negli articoli costituenti la Parte Seconda del TFUE¹⁸² è espressamente concepito come contingente alla cittadinanza nazionale, ovverosia tutte le persone aventi la nazionalità di uno Stato membro. Il diritto UE tuttavia non si prepone di regolare le condizioni sotto le quali gli Stati membri conferiscano la nazionalità, eccetto provvedere che la nazionalità sia determinata in riferimento alla legge nazionale degli stessi. Certe questioni possono sorgere in riferimento all'impatto di questa automatica doppia cittadinanza nell'applicazione dei trattati di investimento se conclusi da un Paese europeo o assieme dalla UE e i suoi Stati membri. Parecchi trattati sono

⁽¹⁸²⁾ TFUE, artt. 18-25.

condizionati nella loro applicazione dall'aspetto della doppia nazionalità detenuta da persone fisiche, in particolar modo sull'individuazione di quella che sia la nazionalità effettiva di una delle parti contraenti. Anche se un trattato di investimento firmato da entrambi, UE e Stati membri, può applicarsi in principio alle persone detentrici la nazionalità di uno Stato membro europeo, appare controverso il caso in cui una persona detentrici tale nazionalità scelga di presentare ricorso contro la stessa Unione Europea. È questo il caso per esempio che si individua entro le norme disciplinanti il Trattato sulla Carta dell'Energia¹⁸³. Tra i diritti inoltre goduti dai cittadini dell'Unione c'è la protezione diplomatica e consolare in virtù di quanto disposto dall'art. 20(2) TFUE:

“[il cittadino europeo ha] il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini del detto Stato”.

La revisione occorsa con il Trattato di Lisbona concede inoltre al Consiglio, in attività congiunta con il Parlamento Europeo, il potere di adottare direttive che stabiliscono misure di coordinamento e cooperazione necessarie per facilitare tale protezione. Si identifica in tal caso una garanzia ulteriore rispetto a quanto disposto entro i TBI odierni, permettendo alle istituzioni UE di avere un ruolo attivo nella difesa degli interessi dei propri cittadini, nonché investitori, nel caso di controversie internazionali. Non si sostituisce a tale protezione però, l'importanza universalmente riconosciuta a forum arbitrari internazionali in contenziosi in materia di IDE.

Per quanto riguarda le società, il Consiglio si era attivato emanando l'8 ottobre 2001 una direttiva¹⁸⁴ che introduceva ad una *European Public Limited-Liability Company*, definita come *Societas Europaea*. Lo scopo era quello di prevedere gli strumenti necessari da attuare a livello comunitario, per assicurare che l'unità legale del business coincidesse con l'unità economica del

(¹⁸³) Vedasi capitolo 3. Il Trattato sulla Carta dell'energia: punto di partenza per la definizione delle responsabilità degli Stati Membri in caso di contenziosi.

(¹⁸⁴) Consiglio, 8 ottobre 2001, *Regolamento (CE) N° 2157/2001*.

business e facilitare la creazione di compagnie formate e inserite nel contesto economico europeo in virtù di una norma comunitaria direttamente applicabile a tutti gli Stati membri. Tale direttiva prevede che “l’ufficio di registro di una SE debba essere localizzato entro la Comunità, nello stesso Stato membro come suo ufficio centrale” e prevede inoltre che “ogni SE debba essere registrata nello stesso Stato membro nel quale essa ha il suo ufficio di registrazione”. Nonostante l’intenzione positiva del Consiglio, la direttiva regola solamente certi aspetti come la creazione, il capitale d’impresa, la struttura e la partecipazione lavorativa, lasciando non disciplinate questioni del diritto d’impresa importanti che vengono rimandate al campo di applicazione della legge nazionale. Appare ovvio che nel momento in cui si applica un trattato di investimento ove sono parti gli stessi Stati membri e la UE, le risposte fornite dinanzi al problema della nazionalità dipendono dagli stessi criteri di nazionalità precisati dagli accordi sottoscritti. Nel caso di trattati conclusi da Stati membri dell’Unione ove viene considerato il luogo della sede o la nazionalità dei suoi *shareholder* come criterio rilevante per la nazionalità della SE, non sarebbe molto semplice determinare la nazionalità di una semplice impresa nazionale. Per esempio, se una SE ricadesse entro il campo di applicazione del TBI Germania-Cina del 2003, il quale si applica a ogni persona giuridica “avente la sua sede nel territorio della Repubblica Federale di Germania”, la nazionalità dipenderebbe dall’ipotesi se la SE abbia la sua sede o meno in Germania. Se il trattato utilizzasse il luogo di incorporazione come criterio, potrebbe non essere facile determinare la nazionalità di una SE, come nel caso del TBI tra Austria e Croazia¹⁸⁵. Se si identifica una SE con ufficio di registrazione in Austria, costituita in accordo con la legislazione austriaca, appaiono tre diverse possibili soluzioni: la SE è esclusivamente un’entità giuridica austriaca; la SE è esclusivamente un’entità giuridica europea; la SE è un’entità sia austriaca, sia europea. Indipendentemente dal criterio scelto dai trattati, questioni di doppia cittadinanza possono ugualmente sorgere a causa della doppia nazionalità europea.

(¹⁸⁵) Tale trattato richiede che la persona giuridica sia costituita in accordo con la legislazione della parte contraente.

Nel preciso caso dei trattati sottoscritti dalla UE e dagli Stati membri è importante citare l'esempio dell'accordo UE-Cile. Tale trattato include un capitolo sui servizi e sullo stabilimento, il quale può essere considerato come un testo per la regolazione dei flussi di investimento. L'art. 96 definisce "una persona giuridica di una sola parte" come una "persona giuridica costituita o altrimenti organizzata sotto la legge della comunità o dei suoi Stati membri o del Cile". Tuttavia è evidente che una SE che può essere costituita o organizzata sia in virtù della legge nazionale che sulla base delle disposizioni europee, non potrà essere giudicata come una persona legale di una sola parte.

Questa complessità aggiuntiva in materia di diritto internazionale circa la nazionalità di un investitore, ovvero la nazionalità di una società, si collega al fenomeno del *treaty shopping*, che prevede il ricorso alle disposizioni di TBI internazionale che appare essere il più favorevole nel preciso caso di una controversia avente come parte facente ricorso un soggetto qualificabile secondo due diverse e distinte nazionalità. È per tale motivo che nei futuri accordi, l'esercizio della funzione di negoziazione da parte della Commissione Europea deve prendere in considerazione anche questo importante aspetto.

2.7 Le diverse clausole di protezione dell'investitore e la loro introduzione nei futuri TBI europei

Nel diritto UE il principio basilare è certamente quello della libertà dell'investitore dinanzi alle molteplici disposizioni previste dai trattati europei e dai regimi nazionali. Nella giurisprudenza comunitaria tale principio implica non solamente la lotta contro il protezionismo economico degli Stati membri, ma in modo più ampio, la garanzia d'assicurare "la fusione dei mercati nazionali in un mercato unico che realizza le condizioni paragonabili a quelle di un vero e proprio mercato interno"¹⁸⁶ Le regole generali d'interdizione previste però dagli stessi trattati europei sono state utilizzate dalla Corte che ne ha ricavato un diritto alquanto soggettivo a beneficio degli operatori economici dentro

(186) Corte UE, 5 maggio 1982, Caso 15/81, *Shul*, ECR 1409.

l'Unione, andando a trasformare le obbligazioni incombenti sugli Stati in un meccanismo di soppressione delle barriere al mercato interno. Ciò ha provocato delle conseguenze importanti, in quanto si individua un diritto UE che conferisce all'investitore europeo non solamente il diritto di esercitare la sua attività economica d'investimento nelle condizioni uguali a quelle degli investitori nazionali, ma anche il diritto di accedere al mercato nazionale interno di ciascuno Stato membro entro delle condizioni che non siano dissuasive. La Corte ha adottato un criterio ampio per la definizione delle possibili restrizioni alle libertà di circolazione, come già discusso nel presente elaborato. Essa condanna non solo le regolamentazioni discriminatorie di ciascuno Stato, ma tutte le regolamentazioni che hanno per effetto quello di impedire o dissuadere gli operatori economici a fare uso della loro libertà di circolazione¹⁸⁷. Tuttavia, in merito alla presente questione, si condivide il punto di vista degli autori Azoulai e Hamida¹⁸⁸ che si spingono oltre alle apparenze nell'affermare che l'approccio adottato dalla Corte, che dà una prevalenza ai diritti soggettivi d'accesso e di uguale esercizio dell'attività economica, ha per effetto che le garanzie di protezione garantite agli investitori esteri non sono concepite che come delle obbligazioni di secondo piano che pesano sugli Stati membri e la loro regolamentazione restrittiva.

Il diritto internazionale degli investimenti si presenta talvolta più restrittivo del diritto europeo in materia di protezione e di clausole a salvaguardia dell'investitore. Il diritto internazionale degli investimenti non copre che l'accesso al mercato, nonché l'ammissione e la protezione dell'investimento propriamente detto. È in tale fase che l'investitore supporta il rischio più significativo, in quanto si espone a essere "in balia dello Stato ospitante". Il diritto internazionale degli investimenti riconosce allo Stato un diritto assoluto e sovrano nel controllare l'ammissione e l'entrata degli investitori esteri sul suo territorio. In particolar modo i TBI conclusi dai Paesi

(¹⁸⁷) Vedasi caso *Commissione v. Regno Unito* del 13 maggio 2003 ove la Corte ha affermato che un regime nazionale d'autorizzazione che restringa la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di una società o al suo controllo, anche se si applica indistintamente ai residenti e ai non residenti, costituisce un ostacolo proibito.

(¹⁸⁸) V. supra nota 178.

europei riconoscono in misura maggiore tale libertà. Gli accordi conclusi dagli Stati membri dell'UE prevedono nella maggior parte dei casi una clausola di ammissione secondo la quale appartiene a ciascuno Stato la facoltà di ammettere conformemente al suo diritto nazionale gli investimenti dei cittadini stranieri. Contrariamente a quanto disposto dagli Stati europei, i TBI conclusi dagli USA non legano la fase dell'ammissione al regime legislativo interno, piuttosto fanno riferimento a degli standard di diritto internazionale come il trattamento nazionale e la clausola della nazione più favorita. Tuttavia, alcuni settori rimangono in entrambi i casi esclusi da tali disposizioni, come per esempio il campo dell'energia e delle comunicazioni. Le garanzie sostanziali previste nei trattati di investimento sono però più dettagliate e sviluppate di quelle previste dal diritto comunitario. Difatti, i TBI consacrano parimenti al diritto europeo, il principio del trattamento nazionale e i tribunali arbitrali analogamente alla Corte UE, reprimono le discriminazioni *de facto*¹⁸⁹. Ciò che contraddistingue il diritto internazionale degli investimenti è l'aggiunta al trattamento nazionale anche della clausola della nazione la più favorita, non considerato dal diritto europeo se non attraverso l'imposizione di una simile disposizione attuabile esclusivamente per i cittadini degli Stati membri. Tra le altre garanzie più invocate dagli investitori in ambito internazionale si devono citare inoltre: il trattamento giusto ed equo; la protezione e la sicurezza costante, completa e piena; la libertà di trasferimento; il rispetto degli accordi presi; l'interdizione alle espropriazioni; e infine la clausola *umbrella*. La differenza degli standard garantiti dai due diritti viene chiaramente esplicitata anche entro il caso *Eastern Sugar*:

“the arbitral tribunal does not accept [...]that the EU treaty as the later Treaty [...] covers the same subject matter as the BIT, the earlier Treaty. The European Union guarantees the free movement of Capital [...] By contrast, the Bit provides for fair and equitable treatment of the investor during the investor’s investment in the host country, prohibits expropriation, and guarantees full protection and security and

(189) ICSID, 1 marzo 2000, Caso *ADF Group Inc. v. USA*, n° ARB (AF)/00/1.

the like. The BIT also provides [...] arbitration of a “mixed” or “diagonal” type [...] EU law does not provide such guarantee¹⁹⁰.

I futuri accordi di investimento europei conclusi dalla Commissione con i possibili partner individuati, dovranno includere rilevanti standard di trattamento riguardanti quindi sia la fase dello stabilimento che post-stabilimento degli investimenti esteri. La UE dovrà tuttavia assicurare che gli standard di non discriminazione saranno soggetti ad eccezioni che rifletteranno le limitazioni esistenti entro il diritto europeo¹⁹¹.

2.7.1 Trattamento nazionale

Dapprima, gli accordi futuri dovranno assicurare un aspetto molto importante del diritto internazionale degli investimenti, il trattamento nazionale a riguardo degli investitori. Il trattamento nazionale richiede che gli investitori esteri debbano ricevere un trattamento non meno favorevole rispetto a quello accordato ai cittadini del Paese ospitante l'investimento in circostanze simili. Affinché tale principio faciliti una comparazione tra il trattamento riservato ai soggetti economici nazionali e stranieri, sarebbe necessaria una chiara definizione dello stesso. In rare occasioni si individua entro un TBI la delimitazione del significato di trattamento nazionale, tuttavia nella maggior parte dei casi la questione fondamentale si presenta nella qualificazione del concetto “circostanze simili”, nonché l'applicazione di tale principio in una fase pre o post stabilimento. Negli accordi conclusi dai Paesi del Nord America il trattamento nazionale si applica nello stabilimento, acquisizione ed espansione di un investimento e non esclusivamente sul controllo, l'uso e il godimento dello stesso investimento come nel caso dei TBI degli Stati europei. La compatibilità dei futuri accordi UE con il diritto europeo in riferimento agli standard di non discriminazione dipende principalmente da come verranno disciplinate le regole di ammissione e post ammissione degli investimenti. A. Dimopoulos suggerisce di includere per esempio le medesime regole individuabili entro degli ALS

(¹⁹⁰) V. supra nota 47.

(¹⁹¹) Vedasi ad esempio parte sui capitali e investimenti TFUE.

europei, come quello sottoscritto con la Corea¹⁹². Parimenti sarebbe possibile introdurre disposizioni simili a quelle inserite nei classici TBI europei, ma espandendo il raggio di applicazione degli standard di non discriminazione in modo tale da garantire la salvaguardia di tali principi sia in una fase antecedente allo stabilimento, che in una fase postuma. Solitamente però, l'inserimento di un tale livello di liberalizzazione è accompagnato nella maggior parte dei casi da misure o eccezioni che riservano l'applicazione dello stesso principio del trattamento nazionale in certi settori. Si fa riferimento in questo caso a determinati settori dell'industria e dei servizi che vengono esclusi dalle attività proprie di un investitore estero, in ragioni di pubblica sicurezza o di sviluppo ambientale¹⁹³. L'Unione dovrebbe anch'essa inserire tali eccezioni tenendo conto al contempo sia delle pratiche internazionali comuni, sia del livello di possibili esclusioni che gli Stati partner concederanno in tal materia. Nella negoziazione di tali accordi, la UE dovrà inoltre tenere in considerazione l'importanza affidata agli organi arbitrali nell'interpretazione delle disposizioni contenute in essi. L'arbitro, senza alcuna precisazione circa il significato di "circostanza simile", avrà ampio margine di interpretazione in merito rischiando di tralasciare e non valutare le possibili giustificazioni politiche che stanno alla base di una misura restrittiva. Da qui, l'adozione del linguaggio riferito ai TBI non dovrebbe essere incompatibile con il diritto europeo, tuttavia potrebbe creare delle incertezze legali in particolar modo se ci riferisce proprio all'interpretazione di questo standard non discriminatorio e al riconoscimento delle giustificazioni del trattamento discriminatorio.

2.7.2 Trattamento Nazione più Favorita

Parimenti al trattamento nazionale, molti dei moderni accordi internazionali sugli investimenti includono anche il principio della nazione più favorita. Quest'ulteriore standard di non-discriminazione assicura che gli investitori siano trattati nello stesso modo favorevole entro lo Stato ospitante

⁽¹⁹²⁾ V. supra nota 151.

⁽¹⁹³⁾ Molteplici TBI del Canada riportano tali eccezioni nei precisi settori della cultura, del trasporto aereo, dell'energia delle telecomunicazioni e della difesa.

come in qualsiasi altro Stato parte della accordo in questione. Tale forma di trattamento favorisce altresì condizioni di uguaglianza e di competitività, come affermato da L. Paradell:

“States have traditionally used MFN clauses in trade treaties to ensure that they obtain any advantages, privileges and concessions that the granting state has accorded or accords in the future to third parties¹⁹⁴”.

Molti TBI non prevedono un mezzo di paragone per quanto viene definito anche in questo caso come “circostanze simili”, ed è per tale motivo che dev’essere nell’ottica della Commissione Europea prevedere una definizione che lasci spazio ad una non ampia interpretazione da parte degli organi giurisprudenziali. Soprattutto nel caso in cui tale principio venga previsto sia per la fase di pre-stabilimento dell’investimento, sia per la fase di post-stabilimento. Si dovrà inoltre considerare la delicata questione riguardante la relazione tra le disposizioni proprie degli accordi futuri e le norme che regolano il diritto europeo, nonché l’insieme di diritti e doveri che vengono concessi ai cittadini dei diversi Stati europei, ma che dovranno rimanere in parte non godibili per un investitore estero. Al contempo, quando verranno avviati dei negoziati con uno Stato facente parte di un gruppo regionale, come per esempio il Mercosur o l’ASEAN, la UE dovrà considerare la necessaria applicazione della clausola NPF a tutti i membri di tale regione.

Analogamente a quanto espresso circa il trattamento nazionale, anche per quanto riguarda lo standard NPF i futuri accordi dovranno considerare in modo cauto se certe attività e certi settori economici dovranno essere esclusi dal raggio di applicazione dello stesso. L’approccio da seguire nella fase di negoziazione sarà certamente quello di considerare ove le limitazioni al trattamento della nazione più favorita esistano anche nel diritto europeo, e se sia preferibile rettificare queste norme europee o introdurre delle migliorie al suo raggio d’azione.

(¹⁹⁴) Andrew e Lluís Paradell, *“Law and practise of investment treaties”*, Kluwer Law International, p. 195.

2.7.3 Trattamento giusto ed equo

In aggiunta agli standard di non-discriminazione, le istituzioni europee dovranno includere entro i futuri accordi anche il principio del trattamento giusto ed equo, nonché identificabile con il *Minimum Standard of Treatment*. Il TGE pone come prioritaria la salvaguardia e la garanzia di un standard minimo di trattamento riservato agli investitori da parte di uno Stato, al di sotto del quale non è possibile discendere:

“Minimum standard of treatment serve a key role in promoting foreign investment by assessing government conduct based on internationally accepted standards of good governance¹⁹⁵”.

Una definizione chiara e standard di tale principio non è condivisa da tutti i TBI che lo contengono, difatti si possono individuare due diversi approcci interpretativi su tale aspetto: un primo che vede il TGE come uno standard a sé stante, che non può essere misurato in comparazione con gli altri standard; il secondo presuppone invece un rapporto comparativo con il MSF come definito dal diritto internazionale. Nel secondo caso viene quindi paragonato con quanto disposto dall’OCSE, che descrive il MSF come:

“a norm in customary international law which governs the treatment of aliens, by providing for a minimum set of principles that States, regardless of their domestic legislation and practices, must respect when dealing with foreign nationals and their property¹⁹⁶”.

Si crea su tale principio un’ambiguità di interpretazione tale da lasciare gli arbitri internazionali liberi di interpretarne in maniera ampia il raggio d’azione, nonché la sua posizione dinanzi a quanto definito come MSF. Per tale ragione gli Stati europei si sono attivati al fine di limitare tale libertà, combinando talvolta lo stesso principio con altri standard come la piena protezione, o lo stesso MST, ovvero con la definizione internazionale fornita dall’OCSE.

(¹⁹⁵) V. supra nota 195, p. 234.

(¹⁹⁶) OCSE, *“Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”*, Working Papers on International Investment, settembre 2004.

Dato che non vi è un consenso unanime sul contenuto di tale principio, non appare chiaro quale potrà essere l'approccio dell'Unione, e se privilegerà un legame stretto tra il TGE e il principio MST, piuttosto che un più ampio raggio d'azione dello stesso, ma più specifico nei contenuti. Si deve tenere in considerazione che il diritto europeo manca nel fornire un'esplicita definizione di tale principio, perciò al fine di individuare le possibili incompatibilità prima dovrà esprimerne il contenuto. In generale, esso dovrà garantire la protezione dell'investitore straniero dagli abusi degli Stati, assicurare l'applicazione delle normative di trasparenza, e la tutela delle legittime aspettative degli investitori. Di conseguenza, la compatibilità tra i futuri accordi e il diritto europeo dipenderà dalle proibizioni o restrizioni a tale trattamento messe in opera dallo stesso diritto dell'Unione nell'insieme delle attività economiche entro l'area UE. Nonostante lo stesso diritto europeo faccia della trasparenza e della protezione delle legittime aspettative dei capitali del proprio regime legislativo, le incompatibilità in tali campi potranno sorgere principalmente in rapporto con il diritto secondario, nonché con le misure attuate per implementare il diritto europeo primario. Le revisioni di norme che disciplinano la competizione tra soggetti economici, genereranno incompatibilità con il trattamento giusto ed equo, in quanto si andrà ad intaccare il valore di un investimento, ovvero le condizioni di investimento che l'investitore legittimamente prospettava. Non a caso è possibile individuare la medesima fattispecie entro un importante caso giurisprudenziale proprio del campo della Corte UE, che ha visto come parti oggetto del contenzioso la Commissione e la Slovacchia¹⁹⁷. La sentenza presentata dalla Corte esula dal prendere posizione nel fornire una definizione dello standard di trattamento giusto ed equo. Tuttavia la UE ha visto compiere un tentativo in tale direzione nel parere espresso da parte dell'AG ove si afferma che il TGE è violato quando:

“regulatory intervention turn a legally made private investment into a common good and consequently deprive [the investor] of a possibility to enjoy a privileged use of property it has acquired as a result of the investment¹⁹⁸”.

(¹⁹⁷) Corte UE, 15 settembre 2011, Caso C-264/09, *Commissione v. Slovacchia*, par. 34-37.

(¹⁹⁸) Opinione dell'AG Jaaskinen nel caso *Commissione v. Slovacchia*, par. 95-96.

Secondo lo stesso Dimopoulos, la Corte ha perso un'importante occasione per trattare la questione relativa alle possibili incompatibilità tra il diritto UE e le classiche interpretazioni dello standard TGE¹⁹⁹. Una dettagliata definizione del principio collegato agli standard garantiti dal diritto europeo avrebbe garantito un'eccellente opportunità per minimizzare le possibili incompatibilità.

2.7.4 Clausola *umbrella*

Possibili incompatibilità possono sorgere anche dall'inclusione della clausola *umbrella* entro i futuri accordi europei. Come affermato dalla Commissione nella comunicazione²⁰⁰ sulla politica per gli investimenti, i futuri accordi dovranno includere la facoltà di inserire entro i contratti una clausola di questo tipo, offrendo così una protezione ai diritti contrattuali offerti dallo Stato agli investitori esteri. L'obiettivo dovrà essere quello di definire una bozza delle future clausole *umbrella*, necessaria per garantire una perfetta compatibilità con le norme esistenti nel diritto europeo secondario. Considerando che il regime legale europeo si basa su specifiche condizioni per la risoluzione di controversie riguardanti i contratti pubblici, le istituzioni europee dovranno valutare se introdurre un'eccezione in tale campo nei futuri accordi, come del resto già previsto dall'ALS con la Corea all'art. 8:

“l'accordo non è da interpretarsi come un accordo che conferisce diritti e impone obblighi che possono essere direttamente invocati dinanzi ai giudici e ai tribunali dell'Unione o degli Stati membri”.

2.7.5 Espropriazione

Il diritto internazionale permette agli Stati che accolgono l'investitore di espropriare l'investimento di un soggetto estero in virtù di particolari condizioni che ne provvedano la compensazione. L'espropriazione può essere attuata in due diversi modi, diretta e indiretta: nel primo caso l'espropriazione si realizza attraverso il trasferimento di *asset* propri dell'investitore entro il dominio

(¹⁹⁹) V. Dimopoulos, p. 462.

(²⁰⁰) V. Comunicazione Commissione, par. 24-25.

nazionale; nel secondo caso si parla di interferenza dello Stato nel godimento delle proprietà appartenenti all'investitore²⁰¹. In riferimento a quest'ultima definizione, entro il contesto dei TBI internazionali risulta difficile giudicare in che modo una determinata misura possa essere considerata un'espropriazione indiretta. Gli accordi internazionali sugli investimenti, compresi i TBI conclusi anche dagli Stati membri, mirano a proteggere gli investitori contro tale potere nazionale, nonché a garantire una giusta compensazione in caso di espropriazione. La maggior parte di questi accordi copre l'espropriazione e:

“contain a provision that permits expropriation or nationalization of assets owned by the investor from the other contracting country only where this is done for a public purpose, under due process of law, without discrimination, and upon the payment of prompt, adequate and effective compensation in accordance with the fair market value of assets immediately before expropriation²⁰²”.

Come riportato dal DG nel suo documento del 2010, molteplici TBI europei prevedono forme di protezione contro l'espropriazione indiretta, ad eccezione dell'Italia che non presenta disposizioni in merito in nessun accordo. Tuttavia, in nessun TBI europeo appare ben esplicitata la definizione di espropriazione indiretta e al contempo non vi sono specifiche prese di posizione dinanzi alla questione della compensazione di un'espropriazione. Anche nel presente caso, gli accordi dei Paesi del Nord America sembrano essere un passo avanti cercando di fornire una definizione nei moderni TBI delle misure alle quali non conseguono necessariamente delle compensazioni²⁰³. La necessità di prevedere una chiara definizione di espropriazione e compensazione entro le disposizioni che formano un accordo internazionale in materia di investimenti, si collega nuovamente alla problematica relativa al potere di interpretazione

(²⁰¹) OCSE, *“Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law”*, Working Paper on International Investment, 2004.

(²⁰²) V. supra nota 201.

(²⁰³) Il modello TBI degli USA prevede: *“Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations”*.

degli organi giurisprudenziali, nonché i forum arbitrali, che potrebbe presentarsi in antitesi con la libertà di attuazione di misure politicamente legali e basilari per l'economia di uno Stato²⁰⁴.

L'approccio dell'Unione dinanzi a tale questione è tuttavia non ben definito in quanto sono discordanti le linee di interpretazione circa la competenza dell'UE a disciplinare tale materia. Si è in molteplici occasioni discusso circa la possibilità che tale tipologia di disposizione ricada fuori del campo di competenza dell'Unione²⁰⁵. In supporto a tale punto di vista ricorre l'art. 345 TFUE secondo il quale "i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri". In virtù di tale articolo è possibile affermare che alcuna disposizione dei trattati fondanti l'Unione Europea può interferire con il potere di uno Stato membro nel decidere se un determinato *asset* debba essere di pubblica o privata proprietà. Ne deriva che una disposizione del diritto UE che proibisca agli Stati membri di espropriare beni di investitori esteri sia da considerarsi contraria all'art. 345 TFUE. Tuttavia si deve al contempo notare che gli stessi TBI non includono disposizioni di tale tipologia. Piuttosto, come già descritto precedentemente, essi includono norme che definiscono certe condizioni sull'esercizio del potere di espropriare da parte degli Stati. Secondo la stessa Corte, nel caso *Fearon*²⁰⁶ l'art. 345 non ha l'effetto di esentare le misure di espropriazione dalle fondamentali norme riferibili alla libertà di stabilimento e del movimento di capitali. Tali misure, se discriminanti nei confronti dei cittadini di altri Stati membri, sono contrarie ai principi fondamentali di non-discriminazione contenuti nell'art. 49 TFUE. Inoltre, una misura di espropriazione attuata senza prevedere delle condizioni minime è da giudicarsi come sproporzionata se il fine ultimo è quello di legittimare gli obiettivi preposti dall'art. 345 TFUE. Come riporta lo stesso Puig, la Corte Ue nel

(²⁰⁴) Vedasi casi arbitrali dopo la crisi finanziaria dell'Argentina del 2001. L'interruzione della parità Peso/Dollaro, ha generato un incredibile numero di ricorsi dinanzi a tribunali arbitrali che in molte occasioni hanno definito tale misura contraria alle legittime attese degli investitori, nonché una forma di espropriazione degli investimenti.

(²⁰⁵) V. supra nota 145, p. 145.

(²⁰⁶) Corte UE, 1984, Caso C-182/83, *Fearon*.

caso *Commissione v. Spagna*²⁰⁷ ha sentenziato che l'articolo in questione non riserva agli Stati membri che il potere di disciplinare i diritti di proprietà e quindi non esclude l'adozione da parte dell'UE di misure che armonizzino certi aspetti in tal materia. È sulla base di quanto detto finora che si può affermare che in virtù dell'art. 345 TFUE gli Stati membri mantengono il diritto ad espropriare i beni di un investitore estero, tuttavia esso non pregiudica la facoltà dell'Unione a delimitare l'esercizio di tali diritti sotto certe condizioni, come quelle tipicamente incluse nei TBI, sulla base dell'art. 207 TFUE.

Convenuta la capacità d'agire dell'Unione circa l'aspetto delle espropriazioni e la definizione delle condizioni basilari di comportamento degli Stati, la Commissione ha molteplici opzioni da considerare sulla base dei diversi TBI internazionali conclusi in tale materia. In particolar modo essa si potrà riferire a tali accordi circa la problematica della protezione contro l'espropriazione indiretta, nonché la definizione delle situazioni che favoriscono il perseguimento giustificato di pubblici interessi che limitano l'esercizio dei diritti di proprietà degli investitori. È necessario altrimenti tenere in considerazione anche quanto espresso dalla Commissione nella propria comunicazione in riferimento agli standard d'espropriazione. Essa chiarisce che non è desiderabile la definizione di un'unica disposizione standard in materia di espropriazione, come del resto l'efficacia delle disposizioni atte a garantire la protezione dell'investimento inserite entro i futuri accordi europei. Ciò perché è necessario variare quanto disposto sulla base del contesto politico, istituzionale ed economico del Paese partner²⁰⁸. In ogni caso, la scelta di norme appropriate in materia di espropriazione deve dipendere anche dal grado di compatibilità con il diritto primario europeo e la validità delle disposizioni del diritto europeo secondario. Data la flessibilità che la Commissione ha indicato nell'approccio in caso di negoziati, sarà necessario il riconoscimento bilaterale con lo Stato terzo di una norma atta a garantire la legalità in relazione agli standard interni del diritto europeo e la compatibilità con il trattamento nazionale riservato entro l'area dell'Unione. Gli accordi UE dovranno incorporare un esaustivo insieme di norme risolutive, così da assicurare che la legalità del diritto europeo

(²⁰⁷) Corte UE, 1985, Caso C-350/92, *Commissione v. Spagna*, par. 16-23.

(²⁰⁸) Comunicazione Commissione, 8.

sia determinata dalla Corte UE stessa e che al contempo protegga l'autonomia legislativa di ciascuno Stato membro in materia. È chiaro che sarà necessaria una definizione precisa di espropriazione che rifletta il livello offerto dal diritto europeo senza necessariamente utilizzare il medesimo linguaggio. Appare altresì necessaria un'esplicita definizione del sistema di calcolo della compensazione prevista in caso di espropriazione, ovvero il significato dei classici termini *fair*, *just* e *full* ad essa collegati, nonché il diritto di disciplinare l'utilizzo dei beni espropriati dallo Stato. In riferimento a tale questione lo stesso Puig nel suo saggio²⁰⁹ riporta un esempio generale di definizione di espropriazione indiretta:

“a general provision that non-discriminatory and transparent measures that aim to achieve legitimate public policy objectives, such as the protection of public health, national security, the environment, workers' and consumers' right, do not amount to indirect expropriation, as long as they are proportionate²¹⁰”.

2.8 Le deroghe alle libertà agli investimenti

La vastità del regime di eccezioni, in parte previste dalle disposizioni dei trattati per motivi essenzialmente legati all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica e alla sanità pubblica o per “ragioni imperiose di interesse generale²¹¹, è da considerarsi di natura limitata. Le regolamentazioni nazionali che costituiscono un limite agli scambi devono rispondere a quattro condizioni: non si applicano in maniera discriminatoria, sono giustificati da imperativi interessi generali, devono permettere di comprendere l'obiettivo che esse perseguono, non devono andare al di là di ciò che può essere attuato per perseguire tale obiettivo. La giurisprudenza rigetta in principio tutte le giustificazioni di natura puramente economica, basati sulla perdita finanziaria accorsa dallo Stato responsabile della limitazione. La giurisprudenza della Corte ha imposto un insieme ben definito di misure restrittive in materia di investimenti, imponendo

(²⁰⁹) V. supra nota 145.

(²¹⁰) V. supra nota 145, p. 467.

(²¹¹) Corte UE, 4 giugno 2002, Caso C-367/98, *Commissione v. Portogallo*, ECR I-4731.

difatti che le normative in causa siano fondate su dei criteri oggettivi e conosciuti prima che la loro applicazione possa dare luogo a dei ricorsi giurisprudenziali. Per questo motivo il diritto comunitario pare avvicinarsi alle garanzie di protezione imposte dal diritto internazionale degli investimenti. Tuttavia, affermano Azoulai e Hamida nel loro saggio²¹², queste garanzie procedurali che intervengono nel regime europeo a titolo di definizione delle normative a priori interdette dalle norme del trattato, sono utilizzate piuttosto come degli strumenti di censura delle misure nazionali. Gli autori proseguono affermando che la Corte Ue utilizza il controllo dell'esistenza di tali garanzie per condannare di fatto tutti gli usi dei loro poteri discrezionali attraverso le autorità nazionali: ne consegue che poche misure attuate dagli Stati passano il test della proporzionalità.

Nel diritto internazionale, come nel diritto comunitario, due tipologie di limitazioni devono essere oggetto di attenzione: i limiti convenzionali e i limiti d'origine giurisprudenziale. Solo un piccolo numero di trattati d'investimento contengono espressamente delle deroghe alle regole atte alla protezione degli investimenti in essi contenuti, tuttavia gli arbitri evocano raramente tali deroghe ed eccezioni. Le deroghe comunemente previste sono in particolar modo riferite a garantire e proteggere la sicurezza nazionale e il rispetto dell'ordine pubblico²¹³. Certi trattati d'investimento escludono ugualmente la cultura dal campo convenzionale, come nel caso del TBI Canada-Croazia del 2001, il quale prevede un'eccezione generale al profitto degli investimenti realizzati nell'industria culturale. L'art. 3 di questo trattato dispone inoltre che "gli investimenti nel settore culturale sono esonerati dall'applicazione delle disposizioni del presente accordo". Allo stesso modo i trattati conclusi dagli USA contengono una deroga circa gli "interessi fondamentali sulla sicurezza".

Il diritto degli investimenti si distingue dal diritto comunitario per l'assenza di principi sulla base dei quali gli Stati possano giustificare delle violazioni alle regole di protezione. Tuttavia al fine di risolvere tale lacuna, certi arbitri si riferiscono ad altri principi del diritto internazionale. I trattati d'investimento sono interpretati, come già descritto nel capitolo precedente del presente

(²¹²) V. supra nota 178, p. 56.

(²¹³) Vedasi TBI USA-Haiti, 1983.

elaborato, in virtù della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Tale convenzione prevede all'art. 31(3) che l'interpretazione di un trattato debba prendere in considerazione "tutte le regole pertinenti del diritto internazionale applicabile nelle relazioni tra le parti". È dunque comprensibile che, dinanzi il silenzio dei trattati sulle deroghe, gli arbitri applichino altre regole convenzionali o di costume che prevedano delle eccezioni e che siano accettate dagli Stati chiamati in causa. Alcune deroghe possono soprattutto essere fondate sulle convenzioni internazionali concluse in materia d'ambiente o quelle relative ai diritti dell'uomo. I Trattati europei sono parimenti oggetto di discussione in tale materia. Difatti, in caso di conflitto tra diritto europeo e diritto degli investimenti, è permesso agli arbitri di esaminare la disposizione europea e di garantirne la sua applicazione. Al contempo si deve tener presente che il diritto degli investimenti non riconosce teorie giurisprudenziali paragonabili alla teoria delle esigenze imperiose d'interesse generale elaborate dalla Corte UE. Ciò nonostante certi tribunali hanno accettato d'integrare l'interesse generale per garantire le condizioni d'applicazione di una norma protettrice dell'investimento. Gli stessi Azoulai e Hamida²¹⁴ illustrano due diversi esempi sul tale questione. Il primo concerne l'espropriazione. In questo campo la condizione dell'interesse pubblico genera importanti conseguenze per quanto riguarda la qualificazione dell'espropriazione indiretta. Parecchi trattati vietano non solo le nazionalizzazioni e le espropriazioni, ma anche tutte le altre misure di cui l'effetto è di spossessare direttamente o indirettamente gli investitori del loro investimento. La qualificazione delle misure d'effetto equivalente a un'espropriazione ha suscitato molteplici controversie interne alla giurisprudenza internazionale. Gli arbitri riconoscono unanimemente che una misura d'effetto equivalente priva l'investitore del suo investimento, ciononostante divergono sull'ampio raggio d'interesse che può coinvolgere l'interpretazione di tale misura. Per alcuni, nel caso in cui una misura sia assimilabile a un'espropriazione, è sufficiente dimostrare lo spossessamento o la privatizzazione dell'investimento. Questa teoria è conosciuta sotto il nome di "teoria dell'effetto o dell'impatto" e non prende in considerazione, per la

(²¹⁴) V. supra nota 178.

qualificazione della misura attuata, il contesto, gli obiettivi o le sue motivazioni. Per altri non è sufficiente constatare lo spossessamento dell'investimento, in quanto conviene in secondo luogo ricercare se la restrizione o la privazione sia motivata da un interesse legittimo come la protezione dell'ambiente, ovvero la protezione della sanità pubblica. Se una restrizione è motivata da un interesse legittimo e che tale restrizione è proporzionale, non c'è espropriazione indiretta. Essa sarà considerata come una misura adottata nel quadro dell'esercizio del potere sovrano della regolamentazione dello Stato per dei motivi d'interesse generale. Il diritto internazionale degli investimenti quindi ritrova dei ragionamenti riconoscibili nel diritto europeo.

Il secondo esempio riferito all'integrazione dell'interesse generale, concerne l'applicazione delle regole comparative previste nei trattati d'investimento. L'attuazione del principio del trattamento nazionale o del trattamento della nazione più favorita presuppone un'analogia tra gli investitori, o l'investimento, che reclama il trattamento di favore e l'investitore, o l'investimento, beneficiario di questo trattamento. Si tratta della condizione di similarità o della comparabilità degli investimenti o degli investitori, nonché più volte espressa nei trattati dal concetto espresso come "circostanze simili", già riportate nel precedente paragrafo. Certi tribunali arbitrali hanno introdotto il criterio dell'interesse generale al momento della qualificazione di queste circostanze. Non a caso, nella sentenza *SD Meyers*, gli arbitri hanno incluso gli aspetti ambientali tra gli elementi da prendere in considerazione per determinare se i due investitori fossero qualificabili da circostanze analoghe. Gli arbitri non si accontentano di cercare se le attività economiche esercitate dagli operatori si assomiglino, ma s'interrogano allo stesso modo sulla loro posizione *vis à vis* delle considerazioni d'interesse generale. Per esempio se la localizzazione geografica di un operatore economico la rende suscettibile di nuocere alla sanità pubblica o all'ambiente in ragione della prossimità di un corso d'acqua o di uno spazio economico, non sarà possibile qualificare la situazione d'analogia a quella di un fabbricante degli stessi prodotti che si trova al di fuori dello spazio protetto. Anche in riferimento al presente esempio è possibile identificare un collegamento diretto con le disposizioni contenute entro il diritto europeo primario e secondario rivelando degli accostamenti

inattesi. Certe esigenze di protezione riappaiono dunque nel diritto europeo nell'analisi delle giustificazioni alle misure restrittive, fondate principalmente sull'interesse generale, come nel diritto degli investimenti.

CAPITOLO TERZO

LA QUESTIONE DELL'UTILIZZO DELL'ARBITRATO COME POSSIBILE MECCANISMO PER LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE

Sezione I

LE DIVERSE PROSPETTIVE IN CASO DI CONTROVERSIE INTERNAZIONALI

3.1 Tribunali arbitrali e Stato: la relazione fra trasparenza e autonomia politica

Storicamente le controversie internazionali in materia di investimenti sono state risolte tramite il totale affidamento alla diplomazia internazionale, ovvero in rari casi si è potuto assistere altresì all'intervento diretto degli Stati. Quest'azione è stata per molti anni la via più tradizionale affinché un soggetto privato potesse indirettamente far valere i propri diritti davanti a un tribunale internazionale. La Corte Internazionale di Giustizia (CIG) si è confrontata in tre particolari occasioni sull'aspetto della protezione diplomatica in materia di investimenti esteri. Nel primo caso, l'affare *Barcellona Traction*²¹⁵, lo Stato del Belgio ha scelto di presentarsi dinanzi la Corte internazionale di Giustizia al fine di difendere gli interessi dell'azionariato belga in quanto, l'azienda spagnola coinvolta, dichiarata in fallimento dalla Spagna, era detenuta in quota maggioritaria dagli stessi belgi. La Corte ha in tale caso ritenuto che la società fosse da considerarsi di nazionalità canadese in quanto costituita secondo il sistema normativo canadese e dunque esclusivamente il Canada avrebbe potuto esercitare la protezione diplomatica. In un secondo caso, *Elettronica Sicula*²¹⁶, l'azione degli Stati Uniti, esercitanti la protezione diplomatica in difesa degli interessi degli investitori statunitensi, si è fondata su un trattato di amicizia sul commercio e sulla navigazione del 1948 concluso con l'Italia, una forma ancestrale di TBI, entro il quale si individua la possibilità per gli Stati di proteggere gli interessi dei loro azionisti in campo internazionale in caso di contenzioso. Ben più complesso invece si presenta il terzo caso di protezione

(²¹⁵) Caso CIG, 5 febbraio 1970, *Barcellona Traction*.

(²¹⁶) Caso CIG 20 luglio 1989, *Elettronica Sicula*, USA c. Italia.

diplomatica in seno alla Corte internazionale di Giustizia, l'affare denominato *Ahmadou Sadio Diallo*²¹⁷. Non essendo in vigore nel lontano 1970 trattati bilaterali sugli investimenti tra i due Stati coinvolti, la Guinea e la RDC, l'unico strumento utile per la Guinea in difesa del proprio cittadino, leso economicamente dalle misure messe in atto dalla RDG, si è concretizzata nell'esercizio della protezione diplomatica. A distanza di circa quarant'anni, la Corte ha espresso il proprio giudizio, rigettando la tesi soggiacente la facoltà dell'esercizio della protezione diplomatica affermando che entrambe le società coinvolte erano da considerarsi di nazionalità congolese, e quindi la Guinea non aveva alcuna facoltà per intervenire. Nondimeno, in tale occasione la Corte stessa ha affermato che gli Stati risentono di una forte necessità di concludere dei trattati al fine di regolare in maniera più completa le controversie in tale materia.

L'espansione a livello internazionale delle attività economiche ha incentivato uno sviluppo in campo giurisprudenziale e ha permesso a soggetti privati di assumere un ruolo più attivo nei procedimenti di risoluzione delle controversie internazionali, soprattutto in ambito commerciale. Come già affermato, i modelli di TBI utilizzati oggi dalla maggior parte degli Stati membri riprendono il primo accordo concluso dalla Germania e dal Pakistan nel lontano 1959. Essi condividono alcune disposizioni, tra le quali la facoltà da parte dei soggetti economici di avvalersi di un meccanismo di risoluzione delle controversie forte e vincolante come l'arbitrato internazionale. Le linee guida della procedura di arbitrato, in particolar modo quello investitore-Stato, si sono ben delineate a partire dalla *Convention on the Settlement of Investment Disputes* del 1965, sottoscritta da diversi Stati appartenenti alla Banca Mondiale, che ha portato all'istituzione dell'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID). L'esperienza europea su questo campo è molto limitata, in quanto non sono numerosi i contenzioni investitore-Stato occorsi negli anni trascorsi contro Stati membri dell'UE. Mentre la Repubblica Ceca e la Polonia sono state oggetto rispettivamente di 16 e 10 procedimenti arbitrali, molti degli Stati europei non hanno affrontato che uno o due ricorsi al massimo²¹⁸. Sono

(²¹⁷) Caso CIG 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo*, Guinea contro RDC.

(²¹⁸) Vedasi "*The EU approach to international investment policy after the Lisbon Treaty*", p. 43.

proprio gli Stati dell'Est Europa e di quella centrale che sono stati richiamati più volte in processi arbitrali internazionali da società aventi nazionalità in vecchi Stati membri dell'UE, utilizzando generalmente TBI conclusi tra gli stessi prima dell'adesione all'Unione. Si tratta di contenziosi scaturiti principalmente dall'attuazione di politiche dettate da trattati europei e dalla Commissione, come già descritto nel primo capitolo del presente elaborato.

Molti TBI europei si caratterizzano per una forma breve e concisa, disponente l'applicazione dei meccanismi di risoluzione delle controversie in tutti gli aspetti concernenti l'accordo, nonché lasciando libera discrezione alle parti contraenti nella scelta del forum senza alcuna disposizione che ne preveda il potere di ricorrere in appello. Le regole che delineano e definiscono l'intera procedura arbitrale, sia in termini di selezione che condotta dell'arbitrato, si basano sulle medesime regole del forum arbitrale prescelto dalle parti. Se i TBI europei vengono confrontati con quanto disposto dagli accordi generalmente sottoscritti dagli Stati del Nord America, si possono cogliere differenze importanti principalmente per quanto riguarda il grado di precisione nella procedura per la presentazione di un ricorso, la selezione degli arbitri e le regole secondo le quali si deve svolgere l'arbitrato. In riferimento alla questione della trasparenza, generalmente molti accordi sugli investimenti non richiedono una divulgazione delle informazioni relative alle controversie in atto, ovvero non viene prevista nemmeno la pubblicazione del lodo arbitrale ad esse riferito²¹⁹. È per questo motivo che appare importante l'aspetto circa il grado di trasparenza, il quale può variare sulla base di diversi fattori quali la procedura arbitrale e l'insieme di regole che governano il forum. In seno all'ICSID si individua una politica di registrazione pubblica dei contenziosi, ai quali inoltre possono prendere parte anche soggetti non direttamente coinvolti nella controversia, sottoponendo al tribunale l'*amicus curiae*, in modo tale da difendere anche l'interesse di gruppi più ampi indirettamente coinvolti dalla vicenda. La trasparenza raggiunta dall'ICSID risulta fondamentale da un'importante revisione della Convenzione dell'istituzione occorsa nel 2006, anticipando altri forum arbitrali quali la CCS e la ICC, che non prevedono tutt'ora alcuna

(²¹⁹) Vedasi OCSE, "Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement procedures", OCSE working papers on international investment, 2005.

pubblicazione o registrazione delle controversie internazionali. Lo stesso obiettivo proposto entro il contesto dell'ICSID, una maggiore trasparenza delle norme procedurali in materia di arbitrato, ha contraddistinto l'operato degli Stati del Nord America che nel 2001 e 2003 hanno scelto di modificare l'accordo multilaterale NAFTA in vigore. Le innovazioni apportate favoriscono un maggior grado di trasparenza su questioni importanti quali: la pubblicazione di documenti, le attività dei procedimenti arbitrali, la garanzia di accettazione da parte del tribunale di proposte e comunicazioni proprie di soggetti non facenti parte della disputa. L'obiettivo ultimo della revisione si identifica esattamente nel promuovere una trasparenza ampia e consistente nell'interpretazione degli accordi evocati in caso di controversia internazionale in materia di investimenti esteri. Il medesimo approccio, incentivante un elevato grado di trasparenza, è stato seguito dai singoli Paesi del NAFTA, Stati Uniti d'America e Canada, nella conclusione di molteplici accordi di libero scambio internazionali²²⁰ e trattati bilaterali d'investimento aventi come parti Paesi UE²²¹. L'esigenza di un più elevato grado di trasparenza dei forum arbitrali internazionali deriva principalmente dalle conseguenze che la fruizione di tale meccanismo genera: l'impatto sull'autonomia della politica nazionale in materia di investimenti diretti esteri e la crescita dei costi finanziari sostenuti dai governi sia in fase procedurale che in caso di lodo sfavorevole. Non casualmente, numerose controversie tra investitore e Stato sono il risultato di revisioni politiche in campi diversi riguardanti la sanità, la sicurezza, l'ambiente, l'espropriazione e la non discriminazione. Dinanzi la minaccia di essere soggetti al pagamento di un indennizzo monetariamente molto elevato, i governi puntano a ridurre o rettificare le loro iniziative normative in modo tale da evitare cause

(²²⁰) Accordi conclusi tra USA e Cile, Singapore, Costa Rica, Repubblica Dominicana, Paesi dell'America Centrale, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicaragua; accordo conclusi tra Canada e Perù.

(²²¹) Stati Europei parti di accordi con Canada: Lettonia, Slovacchia, Repubblica Ceca e Lituania. In riferimento all'accordo con la Lettonia, vedasi: *Allegato C* in "Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Latvia for the Promotion and protection of investment", 2009. In riferimento all'accordo con la Repubblica Ceca vedasi: *Allegato B* in "Agreement between the Government of Canada and the Czech Republic for the Promotion and protection of investment", 2009.

multimilionarie avanzate da investitori internazionali. Nel caso *CME/Lauder* contro la Repubblica Ceca, allo Stato europeo è stata riconosciuta la violazione delle disposizioni contenute nel trattato in vigore, con la conseguente condanna al pagamento di una somma pari a 353 milioni di dollari, una cifra pressoché equivalente all'intero ammontare dedicato alla sanità e al welfare. Su tale aspetto, implicante il rapporto tra investitore e Stato entro i confini della trasparenza e potere dell'arbitrato, Lorenzo Cotula afferma chiaramente che:

“the regulatory chill could be defined as the idea that the obligation to pay compensation for regulatory change may make it more difficult for host states to regulate in socially desirable areas such human rights or enviromental protection²²²”.

Tra i più importanti casi arbitrali riguardanti per esempio le politiche ambientali in materia di investimenti esteri si riconoscono l'affare *Ethyl Corporation v. Government of Canada*, *Methanex v. Governement of the United States of America* e *S.D. Myers Inc v. Government of Canada*.

La trasparenza in caso di sentenze contrarie agli Stati ospitanti gli investimenti, come quello contro la Repubblica Ceca, facilita la risoluzione di un ragguardevole problema quale:

“the role of privately contracted adjudicators to determine the legality of sovereign act and to award public funds to businesses that sustain loss as a result of government regulation²²³”.

Come già descritto nel capitolo precedente, una chiara definizione delle diverse clausole di protezione dell'investitore, in particolar modo il trattamento giusto ed equo e l'espropriazione indiretta, favorirebbe una riduzione dell'incertezza interpretativa dei TBI in vigore. L'esperienza dell'Argentina²²⁴, a seguito della crisi economico-finanziaria del 2001, riporta in modo chiaro

(²²²) Lorenzo Cotula, *“Regulatory takings, Stabilization Clauses and sustainable development”*, presentazione in occasione del Forum Globale OCSE sugli investimenti internazionali, Marzo 2008, <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311122.pdf> (visitato il 3 settembre 2013).

(²²³) Van Harten, *“Investment Treaty arbitration and public law”*, Oxford University Press, p. 5.

(²²⁴) Più di 40 casi arbitrali contro l'Argentina a partire dal 2001, conclusisi assumendo divergenti conclusioni. Vedasi sul tale aspetto UNCTAD, *“Latest developments in Investor State Dispute Settlement”*, IIA issues note n°1, 2010, p. 12.

l'ampio potere interpretativo che i tribunali arbitrali godono in relazione alle scarse precisazioni presenti nelle disposizioni dei trattati bilaterali d'investimento. Il lodo arbitrale internazionale in siffatti casi non fa affidamento su organi giurisprudenziali interni, il che ne garantisce certamente l'indipendenza politica, tuttavia lascia ampio margine di manovra nell'interpretazione e, questione particolarmente delicata, non viene neppure prevista alcuna forma di appello in merito. Nonostante la discussione circa l'opportunità di garantire un ulteriore grado di giudizio a livello internazionale entro il contesto dell'ICSID, alla pari con quanto previsto dal meccanismo messo in atto entro il contesto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), esclusivamente i vizi di forma o le violazioni etiche rendono non applicabile un lodo arbitrale. Esclusivamente alcuni dei nuovi TBI promossi dagli USA ed entrati in vigore di recente²²⁵, permettono in molti casi il mandato delle parti di istituire un organo di appello bilaterale, favorendo così un'ampia coerenza giurisprudenziale in merito alla fattispecie considerata.

Su tali considerazioni il DG per le politiche estere europeo, solleva alcune questioni fondamentali:

“should investor-state dispute settlement form part of future EU IIAs? Where they are included, how prescriptive should the provision be?”²²⁶.

Le risposte fornite tuttavia appaiono generiche e non risolutive. Da un lato lo studio condivide il ruolo incentivante gli investimenti che l'arbitrato ricopre, in quanto garantisce una sicurezza e la salvaguardia di diritti fondamentali acquisiti dagli investitori in materia di investimenti diretti esteri. Dall'altro lato, giudica negativi gli effetti sul grado di autonomia politica effettivamente goduta dagli Stati, limitandosi a ribadire la necessità di disposizioni che riducano l'incertezza interpretativa dei tribunali. Su tale aspetto preme ricordare che la comunicazione del 2010 della Commissione Europea riconosce nella stessa misura gli aspetti che sono da considerarsi problematici in materia di arbitrato internazionale. Nel testo si sottolinea che “l'UE deve

⁽²²⁵⁾ V. supra nota 220.

⁽²²⁶⁾ Vedasi testo “*The EU approach to international investment policy after the Lisbon Treaty*”, p. 49.

assicurate per quanto concerne la regolamentazione delle controversie tra gli investitori e lo Stato un'assoluta trasparenza" e che l'UE deve analizzare il miglior approccio per favorire la coerenza e la predicibilità nell'applicazione degli accordi internazionali d'investimento. Tuttavia, ancor oggi, alcuna soluzione documentale è stata presentata in seno all'Unione Europea, nondimeno certuno TBI europeo si è promulgato per riportare disposizioni disciplinanti tale questione. Si auspica che alla generalità persistente nel contesto normativo europeo si opponga una Commissione confacente non solo a risolvere il problema della compatibilità delle disposizioni contenute nei trattati europei conclusi con stati terzi in materia di investimenti, come già delineato nella proposta e nel successivo regolamento del 2012, bensì anche a proposito delle norme riguardanti il ricorso all'arbitrato internazionale che vengono riconosciute in caso di controversie investitore-Stato. Ogni modifica effettuata su tale aspetto, che garantisca una maggiore sicurezza in termini di prese di posizioni in politiche economiche a livello nazionale, potrà essere esportata anche a livello dell'Unione. Lo spunto potrà essere preso dalle innovazioni introdotte su tale aspetto dagli Stati facenti parte l'accordo NAFTA, ovvero dalle precisazioni individuabili nei principi descritti dai nuovi accordi internazionali sottoscritti dagli USA e Canada. La Commissione dovrà coerentemente assicurare l'accesso al principale strumento di difesa degli interessi del consumatore, l'arbitrato internazionale, proiettandosi verso una logica votata anche alla difesa degli interessi dei propri Stati membri, salvaguardando la loro importanza in campo internazionale, strutturando un organo arbitrale autonomo a livello europeo, ovvero stabilendo validi strumenti d'appello ai lodi arbitrali completamente indipendenti.

I due ordini di problemi che l'UE deve quindi affrontare su tale questione sono fondamentalmente due: l'aspetto giurisprudenziale, nonché le limitazioni interpretative del diritto europeo ad organi diversi la Corte UE; l'aspetto formale, ovverosia l'accesso delle istituzioni europee come vere e propri delegato entro i diversi forum arbitrali.

3.2 La prevalenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nell'interpretazione del diritto UE

Secondo quanto disposto dagli artt. 262, 263, 267 e 344 TFUE, le diverse clausole relative all'inclusione dell'arbitrato investitore-Stato risultano essere incompatibili entro precisi campi di interpretazione del diritto UE. Nel primo articolo citato, la Corte di Giustizia Europea può essere investita di un ruolo arbitrale nel pronunciarsi in modo specifico in tutte le controversie in materia di proprietà intellettuale. In base all'art. 267 la Corte è inoltre competente nel pronunciarsi "sull'interpretazione dei trattati", nonché "sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione". Secondo un profilo ancor più ampio il TFUE sancisce inoltre che "la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto rilevata alla loro applicazione²²⁷". Ciò può essere interpretato anche come la definizione di un ruolo di primo grado attribuito alla Corte UE in caso di controversie pendenti sull'applicazione di determinate norme di politica estera. Come dimostrato nei casi *Eureko* e *Eastern Sugar*, la Commissione ha giudicato incompatibile il giudizio arbitrale rispetto a quanto disposto entro i trattati, sancendo la sua esclusiva competenza in materia. La Corte, su quanto precedentemente affermato sulla base dell'ex art 230, ha una competenza esclusiva in tali campi, includendo perciò anche il giudizio in materia di investimenti esteri direttamente assoggettati all'attuazione delle politiche economiche sottostanti il diritto europeo. Gli Stati membri sono ad ogni modo vincolati "a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dai trattati stessi²²⁸". In particolar modo, secondo la giurisprudenza espressa dalla Corte, ci sono chiari limiti nella scelta dei meccanismi di risoluzione delle controversie internazionali in caso di dispute tra gli Stati Membri²²⁹. Inoltre, è chiaro che ci sono limiti anche sulla definizione dei meccanismi di risoluzione

(²²⁷) Art. 263 TFUE.

(²²⁸) Art. 344 TFUE.

(²²⁹) Corte UE, 2006, caso C-459-03, *Commissione c. Irlanda*, ECR I-4635.

delle controversie internazionali alle quali prendono parte esclusivamente soggetti privati²³⁰.

Il TFUE obbliga ogni Paese dell'Unione a non affidarsi al giudizio di un organo diverso dalla Corte UE in caso di interpretazione delle disposizioni contenute nei trattati UE, come nel caso specifico denominato *MOX Plant case*²³¹. Dinanzi il tribunale arbitrale istituito in virtù della *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS) l'Irlanda ha presentato ricorso contro il Regno Unito entro l'ambito riguardante la protezione ambientale. La Commissione, nella precisa presa di posizione dell'Irlanda, ha istituito un procedimento di infrazione²³² dell'articolo 292 TCE²³³ affermando che la materia oggetto della controversia rientra nella competenza della Commissione e non dell'UNCLOS, basandosi l'oggetto della disputa sul particolare aspetto dell'interpretazione e applicazione di un trattato europeo, come previsto dallo stesso articolo. Secondo l'opinione di M. Burgstaller²³⁴, a partire da tale caso giurisprudenziale è plausibile individuare due diverse motivazioni secondo le quali le clausole di arbitrato investitore-Stato possono ugualmente essere inserite negli accordi europei futuri. Da un lato, l'art 344 limita la sola facoltà degli Stati a risolvere le controversie riguardanti l'interpretazione e applicazione dei trattati a un modo diverso da quelli previsti dai trattati, ciò tuttavia non ne preclude la facoltà all'Unione medesima. Dall'altro lato, alcun trattato europeo contiene disposizioni specifiche che regolano il metodo di risoluzione delle controversie, escludenti in particolar modo l'utilizzo di organi arbitrali, con esplicito riferimento ai futuri accordi europei. Permane ugualmente il problema di compatibilità in riferimento all'art 267 del TFUE, sulla quale la Corte di Giustizia si è espressa più volte, considerando i tribunali arbitrali non come "corti o

(²³⁰) Corte UE, Parere 1/09.

(²³¹) ITLOS, "*Mox Plant case, Ireland v. United Kingdom*", caso n°10, 2001.

(²³²) Corte UE, 2006, Caso C-459/03, *Commissione v. Irlanda*, par. 125-127.

(²³³) V. supra nota 228.

(²³⁴) M. Burgstaller, "*Investor-State arbitration in EU international investment agreements with third States*", *Legal Issues of Economic Integration*, Issue 2, 2012, p. 217.

tribunali di Stati Membri²³⁵". Si condivide in tal caso l'opinione dello stesso Burgstaller il quale afferma:

"in the case of investor-state arbitration clauses in EU IIAs with third States, it would seem unlikely that the CJEU would be of the view that an arbitral tribunal constituted under such an IIA would be a court or tribunal of a Member State". But even if the Court held this view, from the prospective of the EU's treaty partner, a preliminary ruling to the CJEU would probably not be an attractive feature of investor-state arbitration²³⁶".

Si riconferma ugualmente la medesima complessità ostacolante l'interpretazione da parte di un organo arbitrale, delle disposizioni proprie dei trattati europei, a meno che la stessa Corte UE non definisca una nuova linea giurisprudenziale che agevoli il coinvolgimento di taluni tribunali come meccanismi per la risoluzione di controversie in materie di soli investimenti diretti esteri. Chiara è comunque la pronuncia della Commissione nel caso *Ecoles européens*²³⁷ in riferimento a tale questione. La Corte, nel valutare se l'istituzione al quale era stato presentato ricorso fosse da considerarsi corte o tribunale di uno Stato membro secondo l'art 267, fa esplicita menzione di numerosi fattori che obbligatoriamente devono essere presi in considerazione. Si riferisce in tal caso ad aspetti formali, cioè se l'organo sia istituito dalla legge, se esso sia permanente, se la sua giurisdizione sia coercitiva, se la procedura risulti essere *inter partes*, se applica le regole del diritto e se è indipendente²³⁸. La conclusione non è univoca, bensì appare discordante nella sua completezza tanto che, individuando in tale istituzione i fattori appena descritti, essa viene qualificata come corte o tribunale di uno Stato Membro, ma nel contempo, afferma che essa rimane formalmente distinta dall'Unione e dagli Stati e quindi non eleggibile a tale nomina. La Corte, nel presente caso, ha scelto di privilegiare i fondamenti del diritto europeo, garantendo sempre un'esclusiva competenza di

(²³⁵) Corte UE, 1982, Caso C-102/81, *Nordsee v. Reederei Mond*, par. 9-13; 2005, Caso C-125-/04, *Guy Denuit and Betty Cordenier v. Transorient*, par. 12-17.

(²³⁶) V. supra nota 234.

(²³⁷) Corte UE, 2011, C-196/09, *Paul Miles and Other v. Ecoles européen*.

(²³⁸) Si riferisce in tal caso alle regole espresse dall'UNCITRAL nel suo documento del 2010.

interpretazione ad organi giurisprudenziali propri degli Stati europei o delle istituzioni europee. Essa ha forse tralasciato l'importante fattore presentato nel documento dell'UNCITRAL secondo cui un forum arbitrale, nonché organo giurisprudenziale, deve operare in totale indipendenza rispetto alle parti convenute, garantendo in questo modo pareri obiettivi e per alcun motivo politicamente indirizzati. Gli Stati, nonché principali attori coinvolti entro l'ampio raggio delle controversie internazionali in materia di IDE, devono rimanere obiettivamente separati da un'istituzione *super partes* che difende gli interessi dei soggetti pubblici e privati. La Corte forse ha preferito non prenderne atto nel presente caso, in modo tale da non generare un precedente.

Alla direzione fin d'ora riportata della Corte si oppone tuttavia il parere pubblicato nel 2011²³⁹ in riferimento alla compatibilità della *Community Patents Court* con quanto disposto dai trattati europei. Attraverso la conclusione della *European Patent Convention*, tutti gli Stati membri hanno anticipato la creazione di una Corte competente in caso di controversie in materia di brevetti, innovativa rispetto anche i più classici forum arbitrali. Tale organo, difatti, si fonda su una Corte di Prima Istanza e una Corte di Appello, ove quest'ultima ha giurisdizione d'appello contro le decisioni emanate dalla prima. Nel Parere emanato dalla Corte UE, si enfatizza il 'dialogo giudiziario' tra gli organi giurisprudenziali nazionali e la stessa Corte UE come previsto dall'art. 267 del TFUE ricordando che:

“the tasks attributed to the national courts and to the Court of Justice respectively as indispensable to the prevention of the very nature of the law established by the Treaties²⁴⁰”.

La Corte UE ha in seguito precisato nuovamente che gli Stati membri:

“cannot confer the jurisdiction to resolve [...] disputes on a court created by an international agreement which would deprive [national] courts of their tasks, as ‘ordinary’ courts within the European Union legal

(²³⁹) Corte UE, Parere 1/09, “Parere in riferimento alla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti – Compatibilità di tale progetto con i Trattati”, 2011.

(²⁴⁰) V. supra nota 239, par. 85

order, to implement European Union law and, thereby, of the power provided for in Article 267 TFEU²⁴¹".

Contrariamente alla linea generale mantenuta nei trascorsi casi, la Corte ricorda che la competenza UE:

"in the field of international relations and its capacity to conclude international agreements necessarily entail the power to submit itself to the decision of a court which is created or designed by such agreements as regards the interpretation and application of their provisions²⁴²[...] an international agreement with third countries may confer new judicial powers on the Court provided that in so doing it does not change the essential character of the function of the Court as conceived in the EU treaties²⁴³".

Si afferma in questo senso che un forum arbitrale internazionale può solo giudicare in merito alle disposizioni dell'accordo internazionale e su principi di carattere internazionale, escludendo il diritto europeo, da considerarsi come nuova forma di diritto a sé stante. Nel Parere 1/09 della Corte si delinea in maniera più evidente il campo d'applicazione di un accordo internazionale, indipendentemente dal fatto che esso disciplini la materia degli investimenti diretti esteri, ovvero i brevetti internazionali:

"an international agreement may affect its own powers that the indispensable conditions for safeguarding the essential character of those powers are satisfied and, consequently there is no adverse effect on the autonomy of the [EU] legal order²⁴⁴".

Quest'ultimo parere permette di affermare che la Corte UE non preclude l'accesso ai meccanismi di risoluzione delle controversie, quali l'ICSID, UNCITRAL, ICC e SCC, e quindi non preclude l'inclusione entro i futuri accordi europei di clausole arbitrali in caso di dispute investitore-Stato. Tuttavia, al fine di assicurare e mantenere l'autonomia dell'ordine legale europeo, la Corte non appare propensa ad accettare che i tribunali internazionali interpretino il diritto

(²⁴¹) V. supra nota 239, par 80.

(²⁴²) V. supra nota 239, par 74.

(²⁴³) V. supra nota 239, par 75.

(²⁴⁴) V. supra nota 239, par 76.

europeo. Come dimostrato nel caso *Ecoles Européen*, è difficile che una Corte o organo giurisprudenziale internazionale si configuri come 'corte o tribunale di uno Stato membro'. Senonché la Corte comprenda la necessità di cambiare il proprio punto di vista così che possa accettare che i tribunali istituiti in materia di investimenti, siano competenti sotto certi vincoli, a giudicare il diritto europeo.

3.3 L'esclusione dell'Unione Europea dalla corte arbitrale ICSID e gli altri possibili forum per la risoluzione delle controversie internazionali

Mentre la maggior parte degli Stati membri dell'UE sono firmatari della convenzione che istituisce l'ICSID e hanno più volte potuto godere delle agevolazioni indotte dall'arbitrato nel contesto dei loro accordi internazionali in vigore, l'Unione Europea non è parte della convenzione ICSID e non le è consentito di diventarne membro²⁴⁵. L'inaccessibilità solleva molteplici questioni riguardanti le relazioni dell'Unione Europea con gli investitori degli Stati terzi, partii di accordi in materia di investimenti diretti esteri, nel caso di controversie internazionali. Salvo che lo statuto della Banca Mondiale, nonché le regole che determinano facoltà di essere partner della convenzione ICSID, sia modificato, la risoluzione delle controversie internazionali entro il contesto ICSID non rappresenta un'opzione da includere entro gli accordi sugli investimenti²⁴⁶. La Commissione europea è consapevole di tale preclusione, ma valuta ugualmente la possibilità di risolvere tale problema in vista dell'attribuzione delle nuove competenze²⁴⁷. L'importanza dell'accesso all'ICSID in particolare, viene riconosciuta dal Parlamento, per i numerosi vantaggi che ne consegue. Da un lato, ne denota la limitata possibilità di annullamento delle

(²⁴⁵) La Convenzione non prevede l'integrazione di organizzazioni internazionali, vedasi nel sito <http://icsid.worldbank.org/> (visitato in data 10.09).

(²⁴⁶) AA.VV. *Yearbook of International Economic Law*, vol. 1, XV, 2010.

(²⁴⁷) V. Comunicazione Commissione ove si afferma che essa "will explore with interested parties the possibility that the European Union seek to accede to the ICSID Convention", 10.

stesse sentenze ICSID²⁴⁸, dall'altro la percezione che l'applicabilità del giudizio del forum derivi da una auto-imposizione dei soggetti parti del contenzioso²⁴⁹.

Lo stesso Parlamento europeo, nella sua risoluzione, si sofferma sul tema dei meccanismi per la risoluzione delle controversie internazionali, affermando che:

“changes must be made to the present dispute settlement regime, in order to include greater transparency, the opportunity for parties to appeal, the obligation to exhaust local judicial remedies where they are reliable enough to guarantee due process, the possibility to use amicus curiae briefs and the obligation to select one single place of investore-state arbitration²⁵⁰”.

Nel preciso caso del forum ICSID e UNCITRAL, il Parlamento manifesta una certa preoccupazione sull'impossibilità da parte dell'Unione di accedere a questi due organismi in caso di controversie internazionali in materia di investimenti diretti esteri²⁵¹. Secondo l'art. 67 della Convenzione, l'adesione all'ICSID è vincolata alla compartecipazione in qualità di membro entro il contesto della BM, nonché a beneficio degli stessi Stati membri, palesando in questo modo, che il forum non è aperto all'adesione di organizzazioni sovranazionali come l'Unione Europea. Ciò però non limita la facoltà dell'UE a diventare partner dell'ICSID al fine di garantire l'accesso a tale tribunale arbitrale agli investitori europei residenti in ciascun Paese membro. In altre

(²⁴⁸) Art 52 Convenzione ICSID: *“Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: a) that the tribunal was not properly constituted; b) that the tribunal has manifestly exceeded its powers; c) that there was corruption on the part of a member of the tribunal; d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; e) that the award has failed to state the reasons on which it is based”.*

(²⁴⁹) Art 54 Convenzione ICSID: *“Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligation imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provided that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state”.*

(²⁵⁰) Risoluzione Parlamento, par. 31.

(²⁵¹) Risoluzione Parlamento par. 33.

parole, alcuna disposizione del diritto internazionale vieta all'UE di includere norme che si riferiscano alle regole ICSID nei suoi accordi futuri con gli Stati terzi. Si faciliterebbe in tal modo il ricorso da parte degli investitori europei, al forum considerato, in caso di controversia internazionale in materia di investimenti diretti esteri. Tuttavia, anche così facendo, si violerebbe il fondamentale principio del diritto europeo di uguale trattamento, in quanto una classe di investitori europei non avrebbe la facoltà ad usufruire di tale organo giurisprudenziale: la cittadinanza della Polonia. Lo Stato polacco difatti non risulta essere parte contraente della convenzione ICSID. Al margine della su scritta questione, si affianca altresì un problema di mancata reciprocità derivante dalla non adesione dell'UE alla convenzione in questione. Ovverosia, agli investitori degli Stati terzi, contraenti i nuovi accordi europei in materia di investimenti diretti, si preclude la possibilità di chiamare in causa una qualsiasi istituzione europea in caso di controversia, non beneficiando queste del regime ICSID.

In riferimento alla problematica appena descritta, appare molto interessante la soluzione individuata da Burgstaller²⁵². La lacuna derivante dall'impossibilità di ricorrere all'ICSID tramite disposizioni incluse negli accordi europei futuri conclusi con Stati terzi, può essere risolta se la UE e le altre parti contraenti fossero propense ad includervi disposizioni simili a quelle della Convenzione, in particolar modo in riferimento all'applicazione. La proposta si fonda principalmente sulla possibilità di mettere in opera le cosiddette "*ICSID additional facility rules*", le quali possono essere applicate nel caso in cui un soggetto parte del contenzioso sia parte o cittadino di uno Stato partecipe della convenzione ICSID, e l'altro soggetto non lo sia. L'ovvia conseguenza è che l'applicazione di queste norme non richiama in alcun modo la giurisdizione del forum, e perciò alcuna disposizione della Convenzione potrà essere applicata. Saranno da ritenersi inapplicabili altresì qualunque norma disciplinante l'annullamento del lodo arbitrale ovvero l'attuazione dello stesso. Il compito della UE, nell'inclusione di disposizioni simili a quelle della Convenzione, dovrà essere quello di utilizzare come spunto le "*ICSID additional facility rules*",

(²⁵²) V. supra nota 234, p. 214.

redigendo degli accordi che assicurino, in termini legali, gli stessi standard garantiti dalla convenzione ICSID, ma evitando alcune deficienze di applicazione dei lodi arbitrali che non provengono da tale forum, sulla base della Convenzione di New York²⁵³. È plausibile affermare però, che nonostante gli sforzi che la UE compirà in tale campo, il problema è lungi dall'essere risolto in quanto la semplice inclusione di standard paragonabili a quelli inseriti nella convenzione ICSID, non rifletterebbe il beneficio dell'influenza istituzionale che è offerta da tale forum in quanto affiliato della Banca Mondiale. Gli Stati con un significativo ammontare di agevolazioni creditizie garantite dalla BM, saranno ben disposti a conformarsi a lodi arbitrali propri dell'ICSID piuttosto di quelli generati da organi diversi da esso.

La Commissione Europea, tra le righe della sua comunicazione, individua esclusivamente una soluzione di carattere generale, senza alcuna esplicita linea procedurale atta a garantire la possibilità che l'UE acceda all'ICSID come parte contraente della Convenzione. In modo analogo, il Parlamento a margine della sua risoluzione, intravede una soluzione di tipo politica al problema limitandosi ad affermare che esclusivamente grazie all'intervento degli Stati membri, si potranno esercitare le pressioni necessarie atte a favorire la revisione dei regolamenti disciplinanti il forum ICSID. Quest'ultimo consiglio può essere giudicato difficile da implementare nella pratica, specialmente sotto il punto di vista formale. Secondo l'art. 66 della Convenzione ogni emendamento alla stessa richiede che tutti gli Stati contraenti che l'hanno ratificata, accettino o approvino l'emendamento in questione²⁵⁴. Nel preciso contesto ICSID, potrebbe apparire difficile l'unanime condivisione di un particolare emendamento, e nel presente caso si fa riferimento ad uno stravolgimento della principale disposizione fondante lo stesso forum, l'inclusione dei soli Stati membri alla Banca Mondiale.

È dinanzi a tale problematica che si auspica per l'UE un interessamento nell'adozione di norme entro i futuri accordi in materia di IDE, predisponenti l'accesso ad altri tribunali arbitrali internazionali che facilitino l'accesso anche

(²⁵³) *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 7 Giugno 1959.

(²⁵⁴) Art. 66(1) Convenzione ICSID afferma: *"If the Administrative Council shall so decide by a majority of two-thirds of its members, the proposed amendment shall be circulated to all Contracting States for ratification, acceptance or approval"*.

ad organizzazioni sovranazionali, come nel caso della *London Court of international Arbitration* (LCIA) e la *Court of arbitration of the international Chamber of Commerce* (ICC) di Parigi, operanti entro le proprie regole o quelle dell'UNCITRAL,. Ovvero, come già accennato nel primo capitolo, *l'Hague Permanent Court of Arbitration* (PCA) la quale presenta una procedura d'arbitrato esclusivamente dedicata alle controversie aventi come parti in causa le organizzazioni internazionali e i soggetti privati²⁵⁵. L'istituzione di un procedimento arbitrale in virtù del regolamento citato, disponente il meccanismo per la risoluzione di controversie di questo tipo, prevede dapprima che l'istituzione sovranazionale:

“renonce, à propos du différend en question, à toute immunité de juridiction à la quelle elle pourrait prétendre en d'autres circonstance. La renonciation à l'immunité d'exécution d'une sentence arbitrale doit être exprimée de façon explicite²⁵⁶”.

Il forum arbitrale prevede dunque una procedura basata sull'uguaglianza in tutti i suoi stadi, garantendo parimenti la salvaguardia dei diritti di entrambe le parti e l'intervento di persone competenti in materia. Il lodo arbitrale pronunciato da un tribunale istituito secondo le norme della PCA, tiene in piena considerazione le regole fondanti l'organizzazione internazionale chiamata in causa, in particolar modo il diritto applicabile che ne regola i trattati e le relazioni tra gli Stati segnatari, nonché la loro relazione con i principi generali applicabili al diritto delle organizzazioni internazionali e le norme del diritto internazionale in generale²⁵⁷. Si prefigura in tal senso, il rispetto imprescindibile del diritto europeo in vigore al momento della sentenza, attraverso la valutazione della fattispecie sulla base di quanto previsto dall'accordo internazionale stipulato dalle parti e dalle disposizioni espresse dal contratto oggetto di contenzioso. Il tribunale arbitrale si limita ad esprimere un proprio giudizio evidenziando la violazione di norme contenute nei due documenti sopracitati, ed intervenendo in minima parte sulla relazione propria del diritto

(²⁵⁵) PCA, “Règlement facultatif d'arbitrage entre les organisations internationales et les parties privées de la cour permanente d'arbitrage” art. 1, www.pca-cpa.org.

(²⁵⁶) V. supra nota 255, art 1(2).

(²⁵⁷) V. supra nota 255, art 33(1).

disciplinante le politiche dell'organizzazione internazionale e quelle dello Stato di residenza dell'investitore privato. Nel caso in cui il lodo risulti non dovesse essere chiaro o di ambigua lettura è prevista l'interpretazione stessa del documento, nonché la richiesta di una sentenza addizionale in caso di mancato responso a favore di questioni trattate nella procedura arbitrale, ma omesse nella sentenza²⁵⁸.

La PCA non è il solo caso citabile che prevede la condivisione da parte dell'UE di procedure arbitrali atte alla risoluzione di controversie internazionali in materia di investimenti diretti esteri. Nel contesto internazionale non può non essere tratto come esempio il Trattato sulla Carta dell'Energia, ove è previsto un ruolo centrale della stessa UE come parte chiamata in causa, assieme o separatamente ai suoi Stati membri.

3.4 Il Trattato sulla Carta dell'Energia: punto di partenza per la definizione delle responsabilità degli Stati Membri in caso di contenziosi

Il più importante trattato d'investimento entro il contesto europeo è il Trattato sulla Carta dell'Energia²⁵⁹, il quale annovera ben 52 parti contraenti, inclusi tutti gli Stati membri, e l'Unione Europea. La presenza dell'UE come soggetto parte del presente accordo è favorito dalla conclusione di un insieme di accordi, che ricadono entro il campo di competenza sia dell'Unione sia degli Stati membri. Il TCE rappresenta essenzialmente la riproposizione in formule giuridiche precise e vincolanti dei principi generali affermati solamente a livello politico con la Carta Europea dell'Energia, fondante una relazione diretta tra i diversi Paesi europei e la Comunità stessa. Sono molteplici le questioni che tale accordo disciplina in maniera più o meno semplice: il commercio, il transito, l'ambiente, l'efficienza energetica e la concorrenza, nonché il settore degli investimenti. A quest'ultimo aspetto viene riservata una parte consistente del documento, per la precisione l'intera Parte III, la quale è dedicata alla promozione e alla protezione degli investimenti stessi. Quanto alla risoluzione

(²⁵⁸) Regolamento PCA, art. 35 e 37.

(²⁵⁹) Trattato sulla Carta dell'Energia, concluso a Lisbona il 17 dicembre 1996.

delle controversie, le norme che sanciscono la facoltà per un investitore, parte contraente di un contratto, di presentare ricorso contro un'altra parte contraente devono essere ugualmente ricercate entro la Parte III. Si individua in principio il chiaro tentativo volto a favorire il raggiungimento di un compromesso amichevole circa la disputa sollevata, e solamente in caso contrario l'investitore può scegliere di sottoporre la controversia all'organo giurisdizionale. Sulla base della sottoscrizione del trattato, ciascuna parte contraente, ivi compresi l'UE, conferma il proprio consenso all'arbitrato dinanzi ai diversi forum arbitrali individuati: il centro di Washington per la soluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID), nel caso in cui i requisiti di nazionalità e di partecipazione alla Convenzione sussistano, altrimenti si farà appello alle *Additional Facility Rules* sopracitate; l'arbitrato secondo le regole arbitrali dell'UNCITRAL; l'arbitrato previsto dalla Camera di Commercio di Stoccolma. I lodi arbitrali espressi entro tali sedi saranno riconosciuti ed eseguiti sulla base della Convenzione di New York, rendendo così le sentenze definitive e vincolanti per le parti della controversia. Il Trattato si preoccupa inoltre dell'attuazione delle politiche nazionali riguardanti gli aspetti trattati dallo stesso, riportando come in caso di una sentenza concernente una misura adottata da un'autorità locale, si dovrà prevedere che lo Stato contraente possa pagare i danni monetari al posto di un qualsiasi altro rimedio che sia stato deciso. Ciò significa che lo Stato può altresì salvaguardare la propria scelta politica, garantendo una conseguenza minima sulla sua applicabilità.

Le controversie investitore-Stato non sono state fin d'ora numerose, difatti solo due sentenze sono state pronunciate in relazione a due controversie sorte sulla base di tale trattato, ed un'ulteriore sentenza è stata pronunciata in merito alla giurisdizione²⁶⁰. Ad oggi inoltre, alcun procedimento arbitrale è stato istituito contro l'Unione entro il campo del TCE. Tuttavia, essendo sia l'Unione parte contraente del trattato che gli Stati membri, si possono ipotizzare tre diversi scenari: nel primo caso si fa riferimento a reclami di cittadini di Stati terzi contro Stati membri o l'Unione Europea; nel secondo caso i cittadini UE

(²⁶⁰) ICSID, 27 agosto 2008, Caso n° ARB/03/24, *Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria*.

portano in giudizio l'Unione Europea; nel terzo caso si ipotizza l'esistenza di una controversia tra cittadini europei e altri Stati membri.

Il ricorso presentato da cittadini di Stati terzi genera una fondamentale questione di carattere procedurale, ovverosia il dilemma se il convenuto sia un particolare Stato membro la sola UE o entrambi. Dinanzi a tale questione, la Comunità stessa nel 1998 ha presentato al segretario del TCE un proprio parere che afferma:

“the communities and the Member States will, if necessary, determine among them who is the respondent party to arbitration proceedings initiated by an investor of another contracting party. In such case, upon the request of the investor, the communities and the member states concerned will make such determination within a period of 30 days”.

La precisazione fornita dalla Commissione al segretario TCE riflette in ugual misura gli avvertimenti notificati entro i molteplici pareri della Corte UE nel corso degli anni. L'effetto desiderato è quello di una collaborazione e cooperazione tra la UE e gli Stati membri non solo nella negoziazione e conclusione, ma anche nell'implementazione degli accordi misti, come nel presente caso. Questo specifico obiettivo è un'espressione altresì dell'esigenza di assistenza reciproca espressa nell'art 4 del TUE²⁶¹, dinanzi alla richiesta di adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Perciò, nel preciso contesto del TCE, gli investitori di Stati terzi sono liberi di presentare il proprio ricorso sia contro l'UE sia contro gli Stati membri. È da considerarsi fondamentale in tale caso risollevarne la problematica esposta al paragrafo precedente, considerante l'impossibilità per la UE di essere soggetto parte di un contenzioso dinanzi forum arbitrali come l'ICSID. In tal caso, all'investitore si presenterà come scelta giurisprudenziale alternativa una corte o tribunale amministrativo come previsto dalla Parte III del TCE, art. 26. Nello specifico, l'investitore potrà scegliere esclusivamente la Corte UE²⁶².

Ben più complessa è la situazione che prevede come parti coinvolte nella controversia i cittadini europei e l'Unione Europea. Nel presente caso si deve

(²⁶¹) Art 4(3) TFUE: “in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati”.

(²⁶²) Vedasi in seguito clausola di esclusione della procedura arbitrale.

analizzare la definizione di investitore fornita dal trattato preso in esame, entro la disposizione dell'art 1:

“[investitore è] una persona fisica che ha la cittadinanza o la nazionalità, o è permanentemente residente in una Parte Contraente in conformità con il suo diritto applicabile; una società o altra organizzazione costituita in conformità con il diritto applicabile in una Parte contraente”.

In riferimento alla questione della cittadinanza, in virtù dell'art. 20 del TFUE si afferma:

“è istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce”.

Non vi è ragione dunque perché un cittadino detenente la nazionalità di uno Stato membro non debba essere considerato come avente la cittadinanza dell'UE ai sensi dello stesso art. 1 TCE. Per definizione, una persona naturale avente la nazionalità di un Paese europeo è anche un cittadino dell'Unione. Di conseguenza, una persona naturale di uno Stato membro non può mai essere un investitore di un'altra parte contraente *vis à vis* l'Unione, ai sensi dell'art 26 TCE. Una persona naturale avente la nazionalità di un Paese europeo è precluso dalla possibilità di un reclamo secondo l'articolo sopracitato contro l'UE, in quanto tale soggetto non potrà essere un investitore di una parte contraente oltre che dell'Unione. Per quanto riguarda invece la fattispecie delle società e delle altre organizzazioni costituite in uno Stato membro, la questione che si genera è se tali soggetti siano allo stesso tempo costituiti in accordo con la legge applicabile dell'UE. Indubbiamente, quando un'entità è organizzata in accordo con la legge applicabile di uno Stato membro, questa legge è anche direttamente applicabile nell'Unione. Difatti, salvo alcune eccezioni stabilite nell'art. 355 TFUE, l'applicabilità della legge dello Stato membro per definizione non può essere esclusa nei rispettivi territori. Conseguentemente, una società o un'altra organizzazione costituite in accordo con la legge in vigore in un Paese europeo sono precluse dalla facoltà di portare in causa, in virtù dell'art 26 TCE, l'Unione medesima.

Nell'ultimo caso ipotizzabile si fa riferimento al ricorso presentato da cittadini UE contro parti contraenti rappresentate da Stati membri. Una prima questione su questo aspetto concerne direttamente il campo di applicazione del trattato, ovverosia sapere se questo trattato si applica anche nelle relazioni intracomunitarie in materia di energia. In generale, gli accordi misti come il TCE creano obbligazioni in relazione al diritto internazionale per gli Stati aderenti. Nel caso presentato, queste obbligazioni non sarebbero applicabili se gli Stati membri giudicassero l'arbitrato investitore-Stato, così come presentato nel TCE, come forum non appropriato alla risoluzione delle controversie in virtù dell'articolo 30(2) della Convenzione di Vienna. In accordo con tale disposizione, i Paesi UE possono escludere loro stessi dal regime generale previsto da un trattato supponendo che tale norma sia incompatibile con quanto disposto dal diritto UE e che ciò metta in serie pericolo le relazioni reciproche in materia. Lo scopo di questa "clausola di esclusione" è di assicurare la continua applicazione del diritto UE tra gli Stati membri senza intaccare le obbligazioni tra gli stessi e le parti contraenti dei trattati. Tali clausole sono necessarie per quelle parti di un trattato che ricadono entro la competenza dell'Unione con lo scopo di dimostrare che gli Stati membri non possono invocare e applicare i diritti e le obbligazioni derivanti dal trattato. Il grado di esclusione del trattato può essere completo quando le parti escludono l'applicazione del trattato in tutte le sue disposizioni ad eccezione di quelle che disciplinano particolari aspetti che la UE non ha ancora previsto. In alternativa, il grado di esclusione può essere parziale se la clausola specifica le regole del trattato che non sono applicabili dagli Stati membri nelle loro relazioni. L'art 26(3) del TCE prevede la possibilità di una parziale clausola di esclusione, in particolare ammette l'esclusione dall'obbligazione di sottomettere le dispute all'arbitrato internazionale. Le parti contraenti del trattato in esame che non permettono a un investitore di ricorrere all'arbitrato internazionale sono l'Unione Europea e molti Stati tra cui l'Italia²⁶³. Quindi, eccezion fatta per casi specifici che godono della clausola di esclusione in

(²⁶³) Vedasi K.J. Vandenvelde, "Arbitration provision in the BITs and the Energy Charter Treaty, London, Kluwer", 1996, p. 415 ss, il quale afferma che tale clausola permette agli Stati di eludere il problema che una decisione di un proprio tribunale possa essere successivamente rovesciata da un lodo arbitrale internazionale.

riferimento all'accessibilità a forum arbitrari internazionali, in virtù della definizione di investitore espressa dalla disposizione del TCE ogni investitore europeo può presentare ricorso contro un altro soggetto contraente impersonato da uno Stato membro dell'UE. È però su questo punto che sorge un'ulteriore questione che si prepone di riconoscere se le disposizioni del trattato siano effettivamente conformi al diritto comunitario dinanzi alla possibilità di accedere a tribunali arbitrari. La Corte UE e la Commissione hanno, difatti, espresso parere negativo sulla possibilità da parte degli organi arbitrari di interpretare le disposizioni del diritto europeo in materia di applicazione della politica comune. Applicazione della politica comune che influisce non poco nel rispetto delle disposizioni contenute nel TCE. Si riafferma in tal caso il medesimo problema presentato nel presente capitolo al par. 2, ove si considera che esclusivamente dinanzi alla violazione di principi internazionali i tribunali arbitrari internazionali possono essere chiamati a risolvere casi in materia di IDE, altrimenti sarà vincolante per gli Stati membri ricorrere alla Corte UE, nonché opzione procedurale prevista anche dal Trattato.

Si ribadisce l'esigenza d'approfondire una nuova relazione in materia giurisprudenziale tra la Corte UE, i tribunali nazionali e i forum arbitrari, rendendo compatibile l'interpretazione del diritto europeo in tali contesti. La scelta attuata dagli Stati NAFTA, ovverosia vincoli più ferrei sul procedimento di risoluzione delle controversie dinanzi a tribunali arbitrari, potrebbe favorire un diverso punto di vista della stessa Corte, ma anche del Parlamento e della Commissione, probabilmente molto più aperto alla collaborazione con gli organi sopracitati.

CONCLUSIONI

L'Unione Europea è una delle più importanti economie mondiali. Come visto nella prima parte dell'elaborato essa è in grado di attirare l'interesse di molteplici investitori internazionali e rappresenta una fonte considerevole di capitali, tecnologie e conoscenze. L'ampliamento della competenza dell'Unione in materia di investimenti diretti esteri rappresenta in tale contesto il segnale d'inizio di un profondo stravolgimento nel panorama della regolamentazione degli IDE, in particolar modo nelle politiche internazionali di investimento attuate dai ventotto Paesi membri dell'Unione. La nuova competenza attribuita in virtù dell'art. 207 amplia il raggio d'azione dell'UE non solo nel disciplinare la fase di ammissione degli investimenti, bensì anche tutte le attività inerenti alla fase di post stabilimento dell'investimento. Prendendo coscienza di tale potere, nella fase di negoziazione di un accordo, la UE dovrebbe introdurre delle modifiche al linguaggio e al contenuto delle disposizioni tipiche dei TBI al fine di garantire la supremazia, la legalità e la validità del diritto dell'Unione, ovvero del diritto UE secondario. L'aspetto centrale sul quale dovrà focalizzare l'attenzione è l'esistenza di sostanziali differenze in termini di standard di protezione garantiti agli investitori tra il diritto UE e il diritto internazionale degli investimenti. Alcuni aggiustamenti sono necessari in particolar modo nella definizione di investitore, cittadinanza europea, trattamento giusto ed equo, proibizione all'espropriazione e garanzie derivanti da clausole come la nazione più favorita o la clausola *umbrella*. È per tale motivo che i futuri accordi di investimento conclusi dalla UE con i partner da essa individuati, saranno rilevanti soprattutto in considerazione della compatibilità con il diritto dell'Unione e la politica economica comune. La UE dovrà assicurare che gli standard di non discriminazione saranno soggetti ad eccezioni che rifletteranno le limitazioni esistenti entro il diritto europeo, in riferimento al trattamento nazionale riservato all'area UE e in particolar modo dinanzi ad importanti aspetti come la sicurezza pubblica e lo sviluppo ambientale. L'orientamento da seguire potrebbe essere quello di introdurre disposizioni simili a quelle inserite nei classici TBI europei, ma espandendo il raggio di applicazione degli standard di non discriminazione in modo tale da garantire la salvaguardia di tali principi

in ogni fase dell'investimento. Gli accordi UE dovranno incorporare un esaustivo insieme di norme risolutive, così da assicurare che la legalità, prima descritta, del diritto UE sia giudicata tale dalla stessa Corte UE e che al contempo si protegga l'autonomia legislativa di ciascuno Stato membro in materia. Secondo un'interpretazione più ampia rispetto a quanto affermato dalla Commissione nella sua comunicazione, la definizione di tali standard dovrà essere oggetto di continue variazioni in virtù del contesto socio-economico, nonché politico, caratterizzante lo Stato parte dei futuri accordi internazionali. Le divergenti preferenze promosse dalle istituzioni UE e dagli Stati membri nella rinegoziazione degli esistenti accordi di investimento dovranno essere integrate entro un nuovo *framework* giuridico europeo. Di fronte al mutamento dei poteri entro il contesto europeo, gli Stati terzi devono non solo adattarsi a negoziare con un solo rappresentante, l'Unione Europea, inedita sul tavolo della contrattazione dei termini di protezione e promozione degli investimenti internazionali, ma si auspica che acconsentano altresì che i nuovi accordi che verranno conclusi sostituiscano i TBI disciplinanti le relazioni economiche con gli Stati membri.

Gli accordi che verranno conclusi dall'UE dovranno altresì includere una garanzia fondamentale per l'investitore, la facoltà di presentare ricorso dinanzi ad un tribunale arbitrale nel caso di controversia investitore-Stato. A tal proposito si è evidenziato nell'elaborato come lo stesso tribunale arbitrale del caso *Eureko* affermi che il diritto UE deve essere oggetto di una sostanziale revisione che favorisca l'accesso ad un meccanismo internazionale per la risoluzione delle controversie tra soggetto privato e istituzione nazionale. Ciò rappresenta un fattore altamente discriminante, se non cruciale, che non permette di equiparare gli standard di protezione enunciati nei TBI con quanto previsto dal diritto dell'Unione. Con un'eventuale esclusione dell'UE dai più importanti organismi consacrati alla risoluzione delle controversie, appare più difficile l'obiettivo proposto dalla Commissione di assicurare che i futuri trattati di investimento UE riflettano le "*best practies*" incluse entro i TBI degli Stati europei oggi in vigore. Come già sostenuto nel presente elaborato, dinanzi a tale standard essenziale lo spunto potrà essere preso dalle innovazioni introdotte dagli Stati facenti parte dell'accordo NAFTA, ovvero dalle

puntualizzazioni individuabili nei principi descritti dai nuovi accordi internazionali sottoscritti da USA e Canada. La UE dovrà coerentemente assicurare l'accesso al principale strumento di difesa degli interessi del consumatore, l'arbitrato internazionale, proiettandosi verso una logica votata anche alla difesa degli interessi dei propri Stati membri che salvaguardi la loro importanza in campo internazionale. Essa potrà intervenire strutturando un nuovo organo arbitrale autonomo a livello europeo e stabilendo validi strumenti d'appello ai lodi arbitrali che siano completamente indipendenti. Nonostante la definizione di un ruolo di primo piano attribuito alla Corte UE in caso di controversie riguardanti l'applicazione di determinate disposizioni dei trattati europei, in virtù dell'art. 267 TFUE, alcuna norma del diritto UE regola oggi il metodo di risoluzione delle controversie internazionali, escludenti il ricorso ad organi arbitrali. È da tener in considerazione inoltre che l'art. 344 TFUE limita la sola facoltà degli Stati a risolvere le controversie riguardanti l'interpretazione e applicazione dei trattati a un modo non diverso da quelli previsti dai trattati, ciò tuttavia non ne preclude la facoltà all'Unione medesima. È perciò auspicabile la creazione del suddetto organo arbitrale autonomo che abbia la facoltà di emanare una sentenza circa un contenzioso in materia di IDE prescindendo dal diritto fondamentale dell'Unione e dalle politiche europee, piuttosto prendendo in merito le sole disposizioni dell'accordo internazionale richiamato e l'azione del singolo Stato. Si auspica ancora che la Corte comprenda la necessità di cambiare il proprio punto di vista che ne sancisce la sua supremazia quasi intangibile in ambito interpretativo, in modo tale da concedere anche ai tribunali arbitrali di interpretare il diritto europeo sotto certi vincoli di trasparenza. In tal caso, nonostante l'Unione Europea non possa essere parte concludente della convenzione ICSID, gli investitori internazionali avranno la facoltà di godere dell'accesso ad altri meccanismi per la risoluzione delle controversie, quali ad esempio la già citata PCA.

Si tenga presente che a distanza di circa quattro anni dall'entrata in vigore del TdL le istituzioni UE hanno finalmente avviato un tavolo di negoziazione mirante alla conclusione di uno tra i più importanti accordi internazionali, quello con gli USA. Difatti, il 12 luglio si è concluso a Washington il primo round di negoziati del TTIP (Transatlantic Trade Investment

Partnership). In tale occasione sono stati affrontati tutti i capitoli che le parti desiderano includere nel trattato e ciò ha aperto la strada al secondo Round di negoziati che avrà luogo a Bruxelles il prossimo ottobre. I negoziatori hanno identificato alcune aree di convergenza tra le varie componenti della negoziazione quali: l'accesso al mercato per i prodotti agricoli e industriali, gli appalti pubblici, gli investimenti materiali, l'energia e le materie prime, le questioni regolamentari, le misure sanitarie e fitosanitarie, i servizi, i diritti di proprietà intellettuale, lo sviluppo sostenibile, le piccole e medie imprese, la composizione delle controversie, la concorrenza, le tariffe doganali e le facilitazioni degli scambi, e le imprese statali, mentre per quelle aree in cui sono evidenti delle divergenze si è aperto uno spiraglio di trattativa per colmare le lacune²⁶⁴.

È chiaro che in futuro, come nel caso del TTIP con gli USA, l'UE dovrà essere in grado di sfruttare il potere di negoziazione ad essa attribuito, superiore a ciascun singolo Stato in quanto rappresentante di una molteplicità di realtà economiche entro il contesto internazionale. Un potere che dovrebbe essere utile al fine di ottenere migliori risultati in termini di protezione degli investimenti in relazione con gli Stati terzi parti degli accordi. Ad ogni modo, mentre una più sicura protezione degli investimenti out dovrebbe essere teoricamente il più importante obiettivo di un TBI dell'Unione concluso sulla base della nuova competenza, un accordo internazionale sugli investimenti non dovrebbe essere asimmetrico e dovrebbe perciò includere rilevanti obbligazioni di protezioni da parte anche europea. Si condivide appieno la scelta delle istituzioni europee circa la necessità di inserire diverse disposizioni che riguardano il campo della protezione ambientale e sociale, attraverso la conclusione di accordi non esclusivamente destinati alla protezione e promozione degli investimenti, ma accordi di libero scambio di più ampio respiro. Seguendo tale obiettivo, l'Unione Europea potrà essere identificata come il primo soggetto promotore di quella tipologia di accordi internazionali che prescindono dagli interessi economici e che coinvolgono aspetti fondamentali aventi come focus la persona e il suo modo di esprimersi.

(²⁶⁴) V. sito della Commissione Europea dedicato al commercio e ai trattati internazionali <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=943> (visitato il 29 settembre 2013).

BIBLIOGRAFIA

ATTI UE

Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità Europea, G.U.U.E. C 306/01, 17 dicembre 2007.

Versione consolidata del trattato sull'Unione Europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, G.U.U.E. C 83/01, 30 marzo 2010.

Commissione Europea, *Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM (2010) 343 final : Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*, Bruxelles, 7 Juillet 2010.

Parlement européen, *Résolution du Parlement européen sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux (2010/2203)*, Bruxelles, 6 avril 2011.

Parlamento Europeo, *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi da Stati Membri e Paesi terzi in materia di investimenti 2010/0197 (COD)*, G.U.U.E. C 377 , 7 luglio 2010.

Parlement européen, *Règlement UE n°1219/2012 du Parlement européen et du Conseil établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des Etats membres et des pays tiers*, G.U.U.E. L 351/40, 12 décembre 2012.

Comitato Economico e Sociale Europeo, *Parere del CESE in merito alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Verso una*

politica globale europea degli investimenti internazionali COM (2010) 343 definitivo, Bruxelles, 13 luglio 2011.

Consiglio, Decisione del Consiglio 2011/265/UE relativa alla firma a nome dell'Unione Europea, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di libero scambio tra l'Unione Europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, G.U.U.E. L 127, 14 maggio 2011

Consiglio, Decisione sulla progressiva standardizzazione degli accordi concernenti le relazioni commerciali tra gli Stati membri e Paesi terzi nella negoziazione di accordi comunitari, n°69/494/EEC, G.U.C.E. L 326, 16 dicembre 1969.

Commissione Europea, Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce disposizioni transitorie per gli accordi bilaterali conclusi da Stati Membri con Paesi terzi in materia di investimenti, 2010/0197, G.U.U.E C 377, 7 dicembre 2012.

Commissione Europea, Follow up to the European Parliament resolution on the Future European International Investment Policy, 5 luglio 2011.

Consiglio, 8 ottobre 2001, Regolamento (CE) N° 2157/2001, G.U.C.E. L 294, 10 novembre 2001.

ATTI DELLA CORTE UE

Corte UE, Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines, 4 aprile 2008, ECR I-11129.

Corte UE, Parere 1/78, Accordo internazionale sulla gomma naturale, Parere del 4 ottobre 1979, ECR 2871.

Corte UE, *Parere 1/76, Accordo relativo all'istituzione di un fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna*, Parere del 26 aprile 1977, ECR 741.

Corte UE, *Parere 1/75, Accordo relativo a norme sulle spese locali*, Parere dell'11 novembre 1975, ECR 1355.

Corte UE, *Parere 1/78 Accordo internazionale sulla gomma naturale*, Parere del 4 ottobre 1979, ECR 2871.

Corte UE, *Parere 2/91, Convenzione n°170 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego di sostanze chimiche sul lavoro*, Parere del 19 marzo 1993, ECR I-1091.

Corte UE, *Parere 1/94, Competenza della Comunità a stipulare accordi in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale*, Parere del 15 novembre 1994, ECR I-5267.

Corte UE, *Parere 2/92, Competenza della Comunità o di una sua istituzione a partecipare alla terza revisione del principio di trattamento nazionale OCSE*, Parere del 24 marzo 1995, ECR I-521.

Corte UE, *Parere 2/00, Competenza nella conclusione del Protocollo di Cartagena*, Parere del 6 dicembre 2001, ECR I-9713.

Corte UE, *Parere 1/09, "Parere in riferimento alla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti – Compatibilità di tale progetto con i Trattati"*, 2011, ECR I-0000.

Corte UE, 31 marzo 1971, *Caso 22/70, Commissione c. Consiglio, Accordo Europeo sul Trasporto stradale*, ECR 263.

Corte UE, 3 marzo 2009, Case C-205/06 *Commission of European Communities vs Republic of Austria*, ECR I-1301.

Corte UE, 3 marzo 2009, Case C-249/06 *Commission of the European Communities vs Kingdom of Sweden*, ECR I-1335.

Corte UE, 19 novembre 2009, Case C-118/07 *Commission of the European Communities vs Republic of Finland*, ECR I-10889.

Corte UE, 5 novembre 2002, Case C-467/98 *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark*, ECR I-9519

Corte UE, 1996, Caso C-61/94, *Commissione v. Germania*, ECR I-3989.

Corte UE, 2007, Caso C-112/05, *Commissione v. Germania*, ECR I-8995.

Corte UE, 1963, Caso 26/62, *Van Gend en Loos*, ECR 1963.

Corte UE, 2008, Caso C-283/04, *Commissione v. Paesi Bassi*, ECR I-9141.

Corte UE, 2009, Caso C-411/06, *Commissione v. Parlamento e Consiglio*, ECR I-7585.

Corte UE, 2006, Caso C-459-03, *Commissione c. Irlanda*, ECR I-4635.

Corte UE, 2011, C-196/09, *Paul Miles and Other v. Ecoles européen*, ECR I-0000.

MONOGRAFIE

Dony Marianne, *Après la réforme de Lisbonne, les nouveaux traités européens: avec le texte coordonné des traités, dans la version définitive du traité signé à Lisbonne*, 1 ed. Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2008, pp 309.

Carreau Dominique, Juillard Patrick, *Droit international économique*, 4 ed. Paris, Dalloz 2010, pp. 770.

Catherine Kessedjian, Charles Leben, Collectief, Louis Vogel, *Le droit européen et l'investissement*, Edition Panthéon Assas, 2009, pp. 176.

Commissione Europea, *Guida al trattato di Lisbona*, Bruxelles, 2009, pp. 20.

Marrella Fabrizio, Galgano Francesco, *Diritto del commercio internazionale*, 3 ed. Padova, CEDAM, 2011, pp. 986.

Marrella Fabrizio, Galgano Francesco, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, 1 ed. Padova, CEDAM, 2010, pp. 956.

Carreau Dominique, Fabrizio Marrella, *Droit International*, 11 ed. Paris, Pedone, 2012, pp. 733.

L. Paganetto (a cura di), *Europa 2020: la sfida della crescita*, Eurilink, Roma, 2011, pp. 107.

Roberto Sensi (a cura di), *La nuova politica europea sugli investimenti dopo il Trattato di Lisbona*, Bruxelles, 2010, pp. 6.

Directorate-General for External policies, *The EU approach to international investment policy after the Lisbon Treaty*, Bruxelles, 2010, pp. 89.

Eva R. Sunesen, Svend T. Jespersen and Martin H. Thelle, *Impacts of EU outward FDI*, Copenhagen Economics, Copenhagen, 2010, pp. 77.

Eurostat, *European Union Foreign Direct Investment Yearbook 2008*, European Commission, Eurostat Pocketbooks, pp 128.

M. Krajewski, "The reform of the common commercial policy", in "EU Law after Lisbon", Oxford U. Press, 2012.

ARTICOLI

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, *Audience du Parlement européen sur l'investissement direct étranger*, Institut international du développement durable, Bruxelles, 2010.

Marc Maes, *Reconquérir l'intérêt du public pour la politique européenne en matière d'investissements internationaux : les TBI européens seront-ils mieux que les 1200 TBI existants des Etats membres de l'UE?*, Investment Treaty News, Volume 1, septembre 2010, p. 5.

Ramon Torrent, *La politique internationale de l'UE en matière d'investissements : le matériel sans le logiciel*, Investment treaty news, Volume 1, septembre 2010, p. 6.

Lauge Skovgaard Poulsen, *Traités bilatéraux d'investissement et Accords de préférence commerciale : un TBI est-il réellement plus intéressant?*, Investment treaty news, Volume 1, septembre 2010, pp. 16-17.

Anca Radu, *Foreign investors in the EU – Which "Best Treatment"? Interaction between Bilateral Investment Treaties and EU law*, European Law Journal, Volume 14, n°2, March 2008, pp. 237-260.

Ahmad Ali Ghouri, *Resolving incompatibilities of Bilateral Investment Treaties of the EU Member States with the EC Treaty : individual and collective options*, European Law Journal, Volume 16, n°6, November 2010, pp. 806-830.

Thomas Eilmansberger, *Bilateral investment treaties and EU law*, Common Market Law Review, Volume 46, 2009, pp. 383-429.

Kevin Kazimirek, *New EU competence over foreign direct investment and its impact on the EU's role as a global player*, Jean Monnet Centre for Europeanisation and Transnational Regulation, Oldenburg, 2012.

Mauro Gatti, Pietro Manzini, *External representation of the european union in the conclusion of international agreements*, Common Market Law Review, Volume 49, 2012, pp. 1703-1734.

Markus Burgstaller, *European Law and Investment Treaties*, Journal of International Arbitration, Volume 26, 2006, pp 181-216.

AA.VV., *Foreign Direct Investment: The First Test of the Lisbon Improvements in the Domain of Trade Policy*, Legal Issues of Economic Integration, Issue 4, 2010, pp. 261–272.

Angelos Dimopoulos, Mavluda Sattorova, *The Present and Future of EU International Investment Treaties*, Legal Issues of Economic Integration, Issue 2, 2012, pp. 153–155.

Markus Burgstaller, *Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with Third States*, Legal Issues of Economic Integration, Issue 2, 2012, pp. 207–221.

Angelos Dimopoulos, *The Compatibility of Future EU Investment Agreements with EU Law*, Legal Issues of Economic Integration Issue 4, 2012, pp. 447–471.

August Reinisch, *Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations*, *Legal Issues of Economic Integration*, Issue 2, 2012, pp. 157–177.

Katarina Blomkvist, *The impact of a common EU FDI approach on individual member states and overall EU competitiveness*, Uppsala University, Uppsala, 2011.

Armand de Mestral, *The Lisbon Treaty and the Expansion of EU Competence over Foreign Direct Investment*, 7th Biennial Conference of the European Community Studies Association, 2008.

N. Jansen Calamita, *The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Step*, *Legal Issues of Economic Integration*, Issue 3, 2012, pp. 301–329.

Ramón Vidal Puig, *The Scope of the New Exclusive Competence of the European Union with Regard to 'Foreign Direct Investment*, *Legal Issues of Economic Integration*, Issue 2, 2013, pp. 133–162.

Eva van der Zee, *Incorporating the OECD Guidelines in International Investment Agreements: Turning a Soft Law Obligation into Hard Law?'*, *Legal Issues of Economic Integration*, Issue 1, 2013 pp. 33–72.

Sabine Urban, *La politique industrielle européen: vision strategique, casino on jeux de sauterelles?*, *The European Union Review*, vol. 14, 2009, p. 7-20.

ATTI INTERNAZIONALI

Convezione di Vienna sul diritto dei trattati, Vienna, 23 maggio 1969.

Trattato sulla Carta dell'Energia, Lisbona, 17 dicembre 1996.

PCA, *Règlement facultatif d'arbitrage entre les organisations internationales et les parties privées de la cour permanente d'arbitrage*.

PCA, *Convention de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux*. 1907.

OCSE, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, 2 ottobre 1967.

OCSE, *Indirect expropriation and the right to regulate in international investment law*, Working Paper on International Investment, 2004.

OCSE, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, Working Papers on International Investment, settembre 2004.

OCSE, *Benchmark Definition on Foreign Direct Investment*, ed 2008.

OCSE, *Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement procedures*, OCSE working papers on international investment, 2005.

GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

CCS, 27 marzo 2007, Caso 088/2004, *Eastern Sugar BV v. Czech Republic*.

UNCITRAL, 26 ottobre 2010, Caso 2008/13, *Eureka BV v. The Slovak Republic*.

UNCITRAL, 22 marzo 2006, Caso *Saluka Investment v Repubblica Ceca*.

ICSID, 13 ottobre 2005, Caso n°ARB/05/20, *Micula v Romania*.

UNCITRAL, 17 ottobre 2001, Caso n°2009-11, *HICEE BV v Slovacchia*.

ICSID, 1 marzo 2000, Caso *ADF Group Inc. v. USA*, n° ARB (AF)/00/1.

CIG, 5 febbraio 1970, Caso *Barcellona Traction*.

CIG, 20 luglio 1989, Caso *Elettronica Sicula*, USA c. Italia.

ICSID, 27 agosto 2008, Caso n° ARB/03/24, *Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria*.

SITI INTERNET

<http://eur-lex.europa.eu/> Portale per l'accesso al diritto dell'Unione Europea

<http://europa.eu/> Sito ufficiale dell'Unione Europea

<http://www.eesc.europa.eu/> Sito ufficiale del Comitato Economico e Sociale Europeo

<http://bu.dalloz.fr/> Portale francese per la ricerca di riviste

<http://www.italaw.com/> Sito disponente di molteplici *investment treaty arbitration*

<http://www.cab.unipd.it/> Portale AIRE GO dell'Università degli studi di Padova per la ricerca di riviste e monografie

<http://www.pca-cpa.org/> Portale della *Permanent Court of Arbitration*

<http://icsid.worldbank.org/> Sito dell'ICSID

*“Nel mondo esiste sempre
qualcuno che attende qualcun altro,
che ci si trovi in un deserto o in una grande città.*

*E quando questi due esseri si incontrano,
e i loro sguardi si incrociano,
tutto il passato e tutto il futuro
non hanno più alcuna importanza.*

*Esistono solo quel momento e quella straordinaria
certezza che tutte le cose sono state scritte dalla stessa mano:*

*la mano che risveglia l'Amore e che ha creato
un'anima gemella per chiunque lavori,
si riposi e cerchi i propri tesori sotto il sole.*

*Perché, se tutto ciò non esistesse,
non avrebbero più senso i sogni.”*

Grazie a chi risveglia in me ogni giorno l'Amore...

Chiara, Sara, Lorian e Mario