

Investimenti intra-UE. La Corte di Giustizia limita il ricorso alle procedure arbitrali per la risoluzione di controversie sorte nell'ambito di Trattati Bilaterali di Investimento tra Stati Membri

📅 17/09/2018

📖 SOCIETÀ, DIRITTO COSTITUZIONALE E INTERNAZIONALE, ARBITRATO E ADR, ENERGIA E AMBIENTE

Roberto A. Jacchia
Davide Scavuzzo

Il 19 luglio 2018 la Commissione Europea ha pubblicato una Comunicazione concernente la protezione degli investimenti intra-UE¹. La Comunicazione è stata redatta a seguito della sentenza della Corte di Giustizia nella Causa *Slowakische Republik contro Achmea BV*², sulla

compatibilità con il diritto dell'Unione di una clausola compromissoria contenuta in un Trattato Bilaterale di Investimento (TIB) concluso tra Stati Membri. La sentenza sembra limitare la facoltà dei singoli Stati Membri di inserire clausole compromissorie nei Trattati di Investimento Bilaterali conclusi con altri Stati Membri.

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, Tutela degli investimenti intra-UE, 19.07.2018, COM(2018) 547 final. Disponibile al seguente [LINK](#).

² CGUE 06.03.2018, Causa C-284/16, *Slowakische Republik contro Achmea BV*.

L'*Achmea* è un'impresa appartenente ad un gruppo assicurativo olandese che opera nel settore sanitario. In forza del TIB del 1991 stipulato tra Paesi Bassi e l'allora Repubblica Ceco-Slovacca, l'*Achmea* ha potuto offrire liberamente in Slovacchia servizi di assicurazione sanitaria a partire dal 2004. Ciò è stato possibile grazie all'apertura del mercato assicurativo ad investitori privati e stranieri, anche se il passaggio da un sistema esclusivamente nazionale ad uno concorrenziale è stato bruscamente frenato nel 2007, quando il Governo slovacco ha disposto il divieto di distribuzione degli utili provenienti da attività di assicurazione sanitaria. L'*Achmea* ha, allora, invocato l'Art. 8(2) del TIB tra Paesi Bassi e (ora) Slovacchia il quale dispone che "... [o]gni parte contraente accetta, con il presente atto, che una controversia ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo sia sottoposta a un collegio arbitrale qualora non sia stata definita in via amichevole entro un termine di sei mesi a decorrere dalla data in cui una delle parti della controversia ne ha richiesto la composizione amichevole...". La sede scelta dalla compagnia assicuratrice per il procedimento arbitrale è stata Francoforte sul Meno (Germania), rendendo, in tal modo, il diritto tedesco applicabile al procedimento arbitrale. A seguito di un'eccezione di incompetenza sollevata dalla Repubblica Slovacca dinanzi al collegio arbitrale, poi rigettata, si è addivenuti ad un progressivo esaurirsi dei mezzi domestici di annullamento del lodo³. Tuttavia, una volta adita la *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia tedesca) si è manifestato il potenziale contrasto dell'articolo 8(2) del TIB con il diritto dell'Unione, segnatamente, gli articoli 18,

267 e 344 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)⁴.

L'articolo 18 TFUE dispone un generico divieto di discriminazione sulla base della nazionalità. In altre parole, la violazione di tale articolo diverrebbe attuale laddove un tribunale arbitrale costituisse uno strumento di protezione e tutela, ai sensi del diritto dell'Unione, ad esclusivo beneficio dei cittadini degli Stati firmatari di un TIB. Prima di appurare una violazione di tal genere, è tuttavia necessario determinare se i tribunali arbitrali originati dai TIB abbiano competenza di interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione Europea, anche al fine di verificare un'eventuale violazione degli articoli 267 e 344 TFUE.

L'articolo 267 TFUE definisce la competenza della Corte di Giustizia a conoscere in via pregiudiziale le questioni che le vengono sottoposte dai giudici nazionali. Se al tribunale arbitrale fosse riconosciuta la competenza ad applicare il diritto dell'Unione, si porrebbe il problema della sua impossibilità di effettuare il rinvio pregiudiziale in quanto non qualificabile come giudice nazionale. L'articolo 344 TFUE dispone invece l'esclusività della competenza della Corte di Giustizia ad interpretare i Trattati (diritto primario) e gli atti di diritto derivato come le Direttive ed i Regolamenti dell'Unione. Applicare il diritto dell'Unione senza il potere/dovere di presentare un rinvio alla Corte significherebbe violare anche questa disposizione.

Nella propria sentenza⁵, la Corte ha evidenziato che l'articolo 8(6) del TIB⁶, con riferimento alle fonti considerate del

³ Il lodo, emanato il 07.12.2012, stabiliva la cifra di 22,1 milioni di euro quale importo principale del risarcimento danni dovuto da parte della Repubblica Slovacca all'*Achmea BV*.

⁴ Le contestazioni avanzate dalla Repubblica Slovacca non sono state condivise dal giudice tedesco. Ciononostante, egli ha ritenuto che, poiché la Corte di Giustizia non si era ancora espressa su tali questioni, fosse necessario presentare una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte per definire in maniera chiara il ruolo dei Trattati bilaterali di investimento ancora in vigore tra gli Stati Membri che prevedono una clausola compromissoria analoga.

⁵ CGUE 06.03.2018, Causa C-284/16, *Slovak Republic v. Achmea BV*, paragrafo 40.

⁶ Articolo 8(6) TIB Paesi Bassi-Slovacchia: "... Il collegio arbitrale decide secondo diritto, tenendo conto in particolare, ma non in via esclusiva: del diritto vigente della parte contraente interessata;

tribunale arbitrale, menziona il “... *diritto vigente della parte contraente interessata...*”, che non può che comprendere il diritto dell’Unione Europea, anche a motivo del suo primato negli ordinamenti nazionali⁷. Anche per tale ragione, la Corte ha ritenuto incompatibile con il diritto dell’Unione l’istituzione di tribunali arbitrali per la risoluzione di controversie sorte nell’ambito di un TIB contenente una clausola compromissoria tra Stati Membri⁸. La Corte ha specificato che in caso di arbitrato commerciale, le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi da parte dei giudici degli Stati Membri abbia una estensione limitata, sempre che i fondamentali del diritto dell’Unione possano essere esaminati nell’ambito di tale controllo e, se del caso, formare oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte. Tuttavia, secondo i Giudici di Lussemburgo, un procedimento arbitrale come quello di cui all’articolo 8 del TBI, è diverso da un arbitrato commerciale. Infatti, mentre il secondo trova la sua origine nell’autonomia privata, il primo deriva da un trattato, mediante il quale gli Stati Membri interessati acconsentono a sottrarre alla competenza dei propri organi giurisdizionali, e quindi al sistema

di vie di ricorso giurisdizionale che l’articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE impone loro di stabilire nei settori coperti dal diritto dell’Unione, controversie che possono riguardare l’applicazione o l’interpretazione di tale diritto.

In vista della sentenza della Corte, il Ministro olandese per il commercio estero e lo sviluppo della cooperazione, *Sigrid A.M. Kaag*, ha annunciato alla *Tweede Kamer* (Camera bassa) di non avere altra scelta che rescindere il TIB con Slovacchia unitamente ad altri dodici trattati bilaterali analoghi. Al contempo, il Governo dei Paesi Bassi ha annunciato l’avvio dell’*iter* per la redazione di nuovi modelli di TIB, privi clausole arbitrali, volti a sostituire quelli finora in vigore. Ci si può attendere che anche gli altri Stati Membri seguiranno questo esempio.

La sentenza in commento ha comportato significativi effetti pratici, come la sospensione dell’esecuzione di due distinti lodi arbitrali riguardanti Spagna e Polonia, decretata dalla Corte d’Appello svedese che ha competenza di impugnazione dei lodi arbitrali resi nel sistema amministrato dalla Camera di Commercio di Stoccolma⁹.

delle disposizioni del presente accordo e di qualsiasi altro accordo pertinente tra le parti contraenti; delle disposizioni di accordi speciali relativi all’investimento; dei principi generali del diritto internazionale...”.

⁷ CGUE 06.03.2018, Causa C-284/16, *Slovak Republic v. Achmea BV*, paragrafo 33: “... Secondo una giurisprudenza altrettanto consolidata della Corte, l’autonomia del diritto dell’Unione, alla luce tanto del diritto degli Stati membri quanto del diritto internazionale, si giustifica sulla base delle caratteristiche essenziali dell’Unione e del diritto dell’Unione, relative, in particolare, alla struttura costituzionale dell’Unione nonché alla natura stessa di tale diritto. Il diritto dell’Unione si caratterizza, infatti, per la circostanza di essere una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sui diritti degli Stati membri nonché per l’efficacia diretta di tutta una serie di disposizioni applicabili ai loro cittadini e agli stessi Stati membri. Tali caratteristiche hanno dato luogo a una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano in modo reciproco gli Stati membri e l’Unione, nonché gli Stati membri tra di loro [v., in tal senso, parere 2/13 (Adesione dell’Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punti da 165 a 167 e giurisprudenza ivi citata].”.

⁸ CGUE 06.03.2018, Causa C-284/16, , *Slovak Republic v. Achmea BV*, paragrafo 60: “... Di conseguenza, si deve rispondere alle questioni prima e seconda dichiarando che gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l’articolo 8 del TBI, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell’altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare...”.

⁹ *Svea hovrätt*, Corte d’Appello Svea, con sede a Stoccolma. Si tratta di due casi rispondenti al Regolamento arbitrale della Camera di Commercio di Stoccolma: SCC 063/2015, *Novenergia v.*

In considerazione delle possibili incertezze causate dalla sentenza *Achmea*, nella sua Comunicazione di luglio 2018 la Commissione ha specificato che "... [n]ella sentenza *Achmea* la Corte di giustizia ha stabilito che le clausole compromissorie tra investitori e Stato previste dai TIB intra-UE compromettono il sistema di rimedi giurisdizionali previsto dai trattati dell'UE e pertanto minacciano l'autonomia, l'efficacia, il primato e l'effetto diretto del diritto dell'UE, nonché il principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri. Il ricorso a tali clausole compromette il procedimento pregiudiziale previsto dall'articolo 267 del TFUE e non è compatibile con il principio di leale cooperazione. Questo implica che tutte le clausole compromissorie tra investitori e Stato contenute nei TIB intra-UE sono inapplicabili e che qualsiasi collegio arbitrale istituito sulla base delle suddette clausole è incompetente a causa dell'assenza di un valido patto compromissorio. Di conseguenza gli organi giurisdizionali nazionali sono tenuti ad annullare qualsiasi lodo arbitrale reso su tali basi e a rifiutare l'applicazione dello stesso. Gli Stati membri che siano parti in un procedimento ancora aperto, a qualsiasi titolo, devono inoltre trarre le necessarie conseguenze dalla sentenza *Achmea*. In base al principio di certezza del diritto gli Stati membri sono inoltre vincolati a sciogliere formalmente i rispettivi TIB intra-UE...".

La Commissione ha inoltre avvertito che la sentenza *Achmea* potrebbe originare incertezza anche con riferimento alle clausole arbitrali previste nel Trattato sulla Carta dell'Energia del 1994¹⁰, di cui l'Unione Europea è un firmatario. Di conseguenza, la Commissione ha dichiarato che l'articolo 26 del Trattato

sulla Carta dell'Energia, concernente un meccanismo di arbitrato tra investitori e Stato, per ciò che concerne i rapporti intra-UE, "... se interpretat[o] correttamente, non prevede una clausola compromissoria tra investitori e Stato applicabile tra gli investitori di due diversi Stati membri dell'UE. Dato il primato del diritto dell'UE, tale clausola, se interpretata come applicabile a livello intra-UE, risulta incompatibile con il diritto primario dell'UE e pertanto inapplicabile. Il ragionamento della Corte per la causa *Achmea* si applica in egual modo all'applicazione intra-UE di tale clausola, che, proprio come le clausole dei TIB intra-UE, contempla la possibilità di sottoporre tali controversie a un organo esterno al sistema giudiziario dell'UE. Il fatto che l'UE abbia anche sottoscritto il trattato sulla Carta dell'Energia non influisce su tale conclusione: la partecipazione dell'UE a tale trattato ha soltanto creato diritti e obblighi tra l'UE e i paesi terzi e non ha influito sui rapporti tra gli Stati membri dell'UE...".

Tuttavia, in procedimenti arbitrali relativi a dispute sorte nell'ambito del Trattato sulla Carta dell'Energia svolti innanzi all'ICSID, il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, con sede a *Washington D.C.*, gli arbitri hanno già avuto modo di rigettare le eccezioni di incompetenza presentate da alcune parti sulla base di quanto statuito dai Giudici della Corte di Giustizia con la sentenza *Achmea*, ribadendo la non applicabilità di tale sentenza ai procedimenti presso l'ICSID¹¹.

Meg Kinnear, segretario generale del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, ha ribadito in un'intervista pubblicata sul *Kluwer Arbitration Blog*¹²

Spain, in forza dell'ECT, e SCC 2014/163, *PL Holdings S.a.r.l. v. Poland*, in forza del TIB *Belgium Luxembourg Economic Union - Poland*.

¹⁰ Disponibile al seguente [LINK](#).

¹¹ Si veda ICSID 16.05.2018, ARB/14/1, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, paragrafo 678: "... Upon consideration of the Parties' respective submissions and upon analysis, the Tribunal has concluded that the *Achmea* Judgment has no bearing upon the present case...", disponibile al seguente [LINK](#); si veda inoltre ICSID 27.07.2018, ARB/13/27, *Marfin Investment Group v. Republic of Cyprus*.

¹² Disponibile al seguente [LINK](#).

l'imparzialità dell'ICSID rispetto
all'Unione Europea, sostanzialmente
confermando che è già stato fatto ampio

riferimento alla sentenza da diverse parti
in causa in più di un procedimento. Il
punto rimane, dunque, allo stato aperto.



Roberto A. Jacchia
PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Davide Scavuzzo
ASSOCIATE

 d.scavuzzo@dejalex.com

 +32 (0)26455670

 Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ul. Letnikovskaya, 10/2 · 115114, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com