

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E
STUDI INTERNAZIONALI

Corso di laurea *Magistrale* in Relazioni internazionali e diplomazia



La sentenza Achmea e il futuro delle clausole arbitrali contenute
nei trattati in materia di investimento

Relatore: Prof. Diego Zannoni

Laureanda: Chiara Di Lorenzo
matricola N. 1230669

A.A. 2021/2022

Indice

Introduzione	3
Capitolo I	
La compatibilità tra le clausole arbitrali contenute nei trattati bilaterali di investimento e il diritto dell'Unione europea	
1.1 Introduzione	8
1.2 Il rapporto tra i trattati bilaterali di investimento e il diritto dell'Unione europea in prospettiva storica	9
1.3 La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Achmea B.V. contro Repubblica slovacca	13
Capitolo II	
Le reazioni alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Achmea B.V. contro Repubblica slovacca	
2.1 Introduzione	21
2.2 L'interpretazione della Commissione europea	23
2.3 L'interpretazione degli avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea	25
2.4 L'interpretazione dei tribunali arbitrali	28
2.5 Conclusioni	36
Capitolo III	
La sentenza Achmea e la sua rilevanza sulla questione dell'applicabilità del Trattato sulla Carta dell'energia nei rapporti intra-europei tra investitori privati e Stati membri dell'Unione europea	
3.1 Introduzione	37
3.2 L'esito incerto dell'analisi effettuata sulla base delle pertinenti norme in materia di coordinamento fra strumenti giuridici	38
3.3 Il processo negoziale per la conclusione del Trattato sulla Carta dell'energia	42

3.4 L'esigenza giuridica di concludere il Trattato sulla Carta dell'energia come un accordo misto	48
3.5 Il diritto dell'Unione europea come parte del contesto fattuale della disputa	55
3.6 L'incompatibilità dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia con il diritto dell'Unione europea	62
3.7 I tentativi di modernizzazione del Trattato sulla Carta dell'energia	66
Capitolo IV	
Le clausole arbitrali contenute nei trattati bilaterali in materia di investimento: quale futuro?	
4.1 Introduzione	70
4.2 La convenzione di arbitrato ad hoc: una possibile alternativa alla clausola compromissoria?	71
4.3 Le iniziative degli Stati membri dell'Unione europea	78
4.4 Le possibili alternative alle clausole arbitrali	83
Conclusioni	89
Bibliografia	92

Introduzione

Il diritto internazionale degli investimenti costituisce l'insieme di norme e di principi atti a disciplinare la realizzazione di investimenti da parte di agenti economici privati nazionali di uno Stato nel territorio di un altro Stato¹. L'esigenza di istituire un regime giuridico internazionale di protezione degli investimenti esteri venne maggiormente avvertita con la dissoluzione degli imperi coloniali. La decolonizzazione aveva spinto i Paesi in via di sviluppo a rivendicare la loro sovranità sulle attività economiche svolte all'interno del loro territorio². La conseguente adozione di misure di espropriazione nei confronti degli investimenti realizzati dagli operatori economici stranieri fu sintomatica del rifiuto da parte di tali paesi dei principi di diritto internazionale economico di formazione occidentale basati sulla libertà di commercio e sull'iniziativa privata³. La comunità internazionale tentò quindi di sostituire questi ultimi con un sistema di norme ispirato al controllo pubblico delle attività economiche: la manifestazione più significativa di tale sforzo fu rappresentata dalle risoluzioni adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1974 che prefiguravano la realizzazione di un nuovo ordine economico internazionale⁴. La contestazione dei principi di diritto internazionale tradizionalmente applicati agli investimenti esteri produsse una crescente incertezza che gli Stati cercarono di limitare ricorrendo alla conclusione di accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti⁵. Tali accordi contribuirono a ristabilire un clima favorevole agli investimenti stranieri nei Paesi in via di sviluppo, contrastando la diffidenza legata alle rivendicazioni relative alla creazione di un nuovo ordine economico internazionale⁶.

¹ Mauro M.R., (2019), "Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 325.

² Ivi, p. 326; Collins D., (2017), "An Introduction to International Investment Law", Cambridge University Press, Cambridge, p. 10.

³ Mauro M.R., supra n. 1, pp. 326-327.

⁴ Ivi, p. 327 che cita la risoluzione n. 3201 (S-VI), contenente la Dichiarazione sull'instaurazione di un nuovo ordine economico internazionale, e la risoluzione n. 3202 (S-VI), contenente il Programma d'azione per l'instaurazione di un nuovo ordine economico internazionale, entrambe del 1° maggio 1974; Collins D., supra n. 2, p. 12.

⁵ Mauro M.R., supra n. 1, p. 327.

⁶ Ivi, p. 337; Collins D., supra n. 2, p. 33.

Occorre tuttavia sottolineare che fra le considerevoli innovazioni apportate dai primi TBI nel campo della tutela degli interessi dell'agente economico non rientrava la possibilità per quest'ultimo di accedere a strumenti internazionali di risoluzione delle controversie concernenti il suo investimento. L'operatore economico che subiva un trattamento pregiudizievole da parte dello Stato ospitante aveva l'unica possibilità di ricorrere davanti ai tribunali nazionali di detto paese⁷. Soltanto dopo che il suo cittadino aveva esperito tutte le vie interne disponibili, lo Stato di appartenenza poteva agire a livello sovranazionale esercitando la protezione diplomatica, ossia l'istituto previsto dal diritto internazionale generale per i casi in cui siano violate le norme sul trattamento dello straniero⁸. Dal punto di vista dell'operatore economico però, la protezione diplomatica costituiva uno strumento dall'efficacia alquanto limitata: lo Stato nazionale non aveva alcun obbligo di agire mediante tale istituto, dal momento che nel farlo esso esercitava un diritto che era proprio e non del suo cittadino⁹. Per consentire all'investitore privato di guadagnare un maggiore controllo della gestione della disputa in cui era coinvolto, furono predisposti sistemi ad hoc per la composizione delle controversie cui l'agente economico poteva accedere direttamente senza l'intermediazione del proprio Stato, i quali diedero luogo a un quadro giuridico che con il tempo è divenuto sempre più complesso¹⁰. In questo contesto, l'esempio più riuscito di strumento depoliticizzato per la risoluzione delle controversie è sicuramente l'ICSID, ossia l'Organizzazione internazionale parte del Gruppo della Banca Mondiale istituita dalla Convenzione di Washington del 1965¹¹. Quattro anni più tardi, il Segretariato generale dell'ICSID pubblicò un documento nel quale indicava il modello di clausole compromissorie da inserire nei TBI, corredato di una serie di suggerimenti su come implementare le condizioni in esse esplicitate¹². Prima di questa iniziativa, nessun trattato bilaterale di investimento consentiva all'agente economico di ricorrere a un meccanismo di composizione delle controversie tra

⁷ Mauro M.R., supra n. 1, p. 327.

⁸ Ivi, p. 328; Collins D., supra n. 2, p. 10.

⁹ Mauro M.R., supra n. 1, p. 329; Collins D., supra n. 2, p. 11.

¹⁰ Mauro M.R., supra n. 1, pp. 330-331; Collins D., supra n. 2, p. 214.

¹¹ Mauro M.R., supra n. 1, p. 389; Collins D., supra n. 2, p. 49.

¹² St John T., "The Creation of Investor-State Arbitration", in Schultz T. e Ortino F. (a cura di), *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, p. 809.

investitore e Stato¹³. Il primo accordo bilaterale sulla promozione e la protezione degli investimenti a includere una clausola di questo tipo fu concluso tra i Paesi Bassi e l'Indonesia nel 1968¹⁴. Da allora, un numero sempre crescente di paesi inserì all'interno dei rispettivi TBI un riferimento alle regole di arbitrato dell'ICSID, nonché di alcuni altri fora come l'UNCITRAL e l'Istituto di arbitrato della Camera di Commercio di Stoccolma¹⁵. Ciò ha fatto sì che la previsione di un meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitore privato e Stato ospitante fosse vista come uno degli aspetti più importanti caratterizzanti i trattati bilaterali di investimento¹⁶. Nel 1978, proprio per il grande successo del sistema ICSID, il Consiglio di amministrazione adottò un insieme di regole aggiuntive che consentivano il ricorso al quadro giuridico predisposto dal Centro anche qualora non vi fossero tutte le condizioni previste per la sua giurisdizione, ossia o nel caso in cui la controversia non derivasse direttamente da operazioni di investimento o nel caso in cui lo Stato ospitante o lo Stato nazionale non fossero membri dell'organizzazione in questione¹⁷.

Negli ultimi anni, l'arbitrato in materia di investimenti è stato oggetto di consistenti critiche che hanno messo in discussione l'intero regime giuridico internazionale in materia di investimenti, contribuendo a determinarne una crisi di legittimità¹⁸. Ad accrescere i dubbi circa la validità dei tribunali arbitrali istituiti a norma delle clausole compromissorie contenute nei TBI ha contribuito anche la questione relativa all'esistenza di una competenza dell'Unione europea nella conclusione di

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ivi, pp. 809-812.

¹⁶ Collins D., supra n. 2, pp. 214-215.

¹⁷ ICSID Administrative Council, ICSID Additional Facility Rules, 27 September 1978, art. 2: "The Secretariat of the Centre is hereby authorised to administer, subject to and in accordance with these Rules, proceedings between a State (or a constituent subdivision or agency of a State) and a national of another State, falling within the following categories: (a) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes arising directly out of an investment which are not within the jurisdiction of the Centre because either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is not a Contracting State; (b) conciliation or arbitration proceedings for the settlement of legal disputes which are not within the jurisdiction of the Centre because they do not arise directly out of an investment, provided that either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is a Contracting State; and (c) fact-finding proceedings. The administration of the proceedings authorised by these Rules is hereinafter to be as the Additional Facility." Le Additional Facility Rules sono state emendate due volte: nel 2002 e nel 2006.

¹⁸ Mauro M.R., supra n. 1, p. 390; Collins D., supra n. 2, p. 214.

detti accordi¹⁹. Occorre rammentare a questo proposito che i trattati bilaterali di investimento sono stati tradizionalmente stipulati in via esclusiva dagli Stati membri, dal momento che la Comunità europea non aveva alcuna competenza specifica al riguardo²⁰. Con la sua entrata in vigore nel dicembre del 2009, il Trattato di Lisbona ha modificato le disposizioni relative alla politica commerciale comune, riconoscendo per la prima volta la competenza esterna dell'Unione europea in materia di investimenti diretti esteri. L'aspetto più controverso scaturito da questa novità normativa è costituito dalla questione della compatibilità fra il diritto dell'Unione europea e gli accordi bilaterali sugli investimenti già conclusi dagli Stati membri. Trattasi di un problema tuttora irrisolto, cui la celebre sentenza che la Corte di giustizia ha emesso il 6 marzo 2018 in merito al caso *Achmea B.V. contro Repubblica slovacca* ha dato ulteriore risonanza.

È questo l'argomento che il presente lavoro intende affrontare. Il primo obiettivo che si prefigge consiste nel fornire al lettore l'occasione di riordinare le idee in merito alle diverse interpretazioni formulate relativamente alla compatibilità fra il diritto dell'Unione europea e le clausole compromissorie contenute nei trattati bilaterali di investimento. Il secondo obiettivo che si prefissa consiste nell'offrire al lettore l'occasione di riflettere sui possibili scenari che verrebbero a delinearsi nell'ipotesi che il rapporto fra i due quadri giuridici in esame sia ricostruibile in termini di una coesistenza pacifica fra il diritto dell'Unione europea e gli accordi internazionali in materia di investimento o di un'affermazione del primo sui secondi. Il primo capitolo ricostruisce sinteticamente il ragionamento seguito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Achmea*, introducendolo per mezzo di un breve excursus storico relativo al rapporto fra i trattati bilaterali di investimento e il diritto dell'Unione europea. Il secondo capitolo presenta due opposti approcci alla questione relativa all'interpretazione delle affermazioni della Corte di giustizia nella sentenza *Achmea*: quello proposto dalla Commissione europea e da alcuni avvocati generali, da un lato, e quello proposto dai tribunali arbitrali, dall'altro. A questo riguardo, occorre sottolineare che la sentenza *Achmea* è stata pronunciata relativamente a un trattato bilaterale di investimento concluso fra i Paesi Bassi e la

¹⁹ Ivi, pp. 343-344.

²⁰ Ivi, p. 344.

Repubblica slovacca. Con l'analisi di detti approcci si cerca pertanto di capire se la conclusione cui la Corte di giustizia è giunta il 6 marzo 2018 sia o meno estendibile anche ad accordi internazionali in materia di investimenti diversi dal TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca. Il terzo capitolo approfondisce la questione dell'applicabilità della clausola compromissoria contenuta nel Trattato sulla Carta dell'energia alle controversie sorte tra un investitore privato di uno Stato membro e un altro Stato membro alla luce delle conclusioni della Corte di giustizia nella sentenza Achmea, attraverso un esame di tutto quanto risulta deducibile, in primo luogo, dalle pertinenti norme in materia di coordinamento fra strumenti giuridici, in secondo luogo, dal processo negoziale per la conclusione del Trattato sulla Carta dell'energia, in terzo luogo, dal parere 1/17 del 30 aprile 2019, in quarto luogo, dalle recenti affermazioni della Corte di giustizia nella decisione relativa al caso Repubblica di Moldova contro società Komstroy LLC. A questo proposito, occorre specificare che detta sentenza costituisce il primo caso in cui a pronunciarsi esplicitamente a favore dell'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia è stata la Corte di giustizia. Con lo studio del processo negoziale volto alla riformulazione di alcune delle disposizioni contenute in tale accordo si tenta quindi di capire se le proposte avanzate dai membri della Conferenza della Carta dell'energia nell'ambito di quest'opera di modernizzazione siano o meno sufficienti a garantire il pieno rispetto dell'autonomia dell'ordinamento giuridico europeo. Il quarto capitolo prende in considerazione una serie di elementi, quali le iniziative più rilevanti degli Stati membri, nel tentativo di aiutare il lettore a immaginare una situazione alternativa a quella attuale, in cui cioè la protezione degli interessi degli agenti economici non sia più affidata ai tribunali arbitrali.

Capitolo I

La compatibilità tra le clausole arbitrali contenute nei trattati bilaterali di investimento e il diritto dell'Unione europea

Sommario

1.1 Introduzione	8
1.2 Il rapporto tra i trattati bilaterali di investimento e il diritto dell'Unione europea in prospettiva storica	9
1.3 La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Achmea B.V. contro Repubblica slovacca	13

1.1 Introduzione

Il rapporto tra il diritto internazionale degli investimenti e il diritto dell'Unione europea è stato causa di sempre crescenti preoccupazioni tanto per gli agenti economici quanto per i tribunali arbitrali. Relativamente a questi ultimi, occorre prendere in seria considerazione la possibilità che il diritto dell'Unione europea costituisca un ostacolo ai procedimenti arbitrali istituiti conformemente ai trattati bilaterali di investimento conclusi tra Stati membri. Ciò è apparso tanto più vero a partire dal 6 marzo 2018, quando la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata a favore della contrarietà del meccanismo di risoluzione delle controversie disciplinato dall'articolo 8 dell'accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca al principio di autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Il presente capitolo intende ripercorrere brevemente la storia del rapporto tra i trattati bilaterali di investimento e il diritto dell'Unione europea (paragrafo 1.1) e ricostruire sinteticamente il ragionamento della Corte di giustizia nella sentenza Achmea B.V. contro Repubblica slovacca (paragrafo 1.2).

1.2 Il rapporto tra i trattati bilaterali di investimento e il diritto dell'Unione europea in prospettiva storica

Gli investimenti diretti esteri, definiti come la “linfa vitale dell’economia globale”, sono oggi disciplinati da migliaia di accordi¹. Nell’ambito di questa molteplicità, i trattati bilaterali di investimento sono atti a stabilire i termini e le condizioni a cui cittadini e imprese di una parte contraente possono realizzare investimenti nel territorio dell’altra parte contraente². La particolarità di molti trattati bilaterali di investimento è l’inclusione di una clausola arbitrale volta a istituire un meccanismo di composizione delle controversie alternativo rispetto al sistema giurisdizionale degli stati di appartenenza delle parti contraenti³. Nel corso degli anni Novanta, numerosi Stati membri dell’Unione europea conclusero trattati

¹ Restrepo Amariles D., Farhadi A.A. e Van Waeyenberge A., (2020), “Reconciling International Law and European Union Law in the Wake of Achmea”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69, n. 4, p. 910 che cita Cremades B. e Cairns D., (2004), “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes”, in Horn N. e Kroll S. (a cura di), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer, p. 325.

² Jarka B.O., (2018), “The Decimation of the Intra EU BITs”, *Challenges of the Knowledge Society*, p. 533.

³ Ivi, p. 532; Di seguito un elenco dei trattati bilaterali di investimento conclusi dall’Italia con Stati membri dell’Unione europea e con paesi terzi contenenti una clausola arbitrale: TBI Italia/Bulgaria (1988), TBI Italia/Polonia (1989), TBI Italia/Romania (1990), TBI Italia/Lituania (1994), TBI Italia/Croazia (1996), TBI Italia/Estonia (1997), TBI Italia/Lettonia (1997), TBI Italia/Repubblica slovacca (1998), TBI Italia/Slovenia (2000), TBI Italia/Guinea (1964), TBI Italia/Gabon (1968), TBI Italia/Cina (1985), TBI Italia/Tunisia (1985), TBI Italia/Sri Lanka (1987), TBI Italia/Kuwait (1987), TBI Italia/Malesia (1988), TBI Italia/Filippine (1988), TBI Italia/Repubblica di Corea (1989), TBI Italia/Egitto (1989), TBI Italia/Uruguay (1990), TBI Italia/Bangladesh (1990), TBI Italia/Bolivia (1990), TBI Italia/Vietnam (1990), TBI Italia/Argentina (1990), TBI Italia/Venezuela (1990), TBI Italia/Marocco (1990), TBI Italia/Indonesia (1991), TBI Italia/Algeria (1991), TBI Italia/Albania (1991), TBI Italia/Mongolia (1993), TBI Italia/Cile (1993), TBI Italia/Cuba (1993), TBI Italia/Oman (1993), TBI Italia/Giamaica (1993), TBI Italia/Congo (1994), TBI Italia/Perù (1994), TBI Italia/Kazakistan (1994), TBI Italia/Etiopia (1994), TBI Italia/Emirati arabi uniti (1995), TBI Italia/Turchia (1995), TBI Italia/Brasile (1995), TBI Italia/Bielorussia (1995), TBI Italia/Barbados (1995), TBI Italia/India (1995), TBI Italia/Hong Kong (1995), TBI Italia/Repubblica ceca (1996), TBI Italia/Federazione russa (1996), TBI Italia/Giordania (1996), TBI Italia/Arabia Saudita (1996), TBI Italia/Kenya (1996), TBI Italia/Macedonia (1997), TBI Italia/Georgia (1997), TBI Italia/Sudafrica (1997), TBI Italia/Angola (1997), TBI Italia/Pakistan (1997), TBI Italia/Uzbekistan (1997), TBI Italia/Repubblica di Moldova (1997), TBI Italia/Azerbaijan (1997), TBI Italia/Libano (1997), TBI Italia/Armenia (1998), TBI Italia/Mozambico (1998), TBI Italia/Iran (1999), TBI Italia/Eritrea (1999), TBI Italia/Cameroon (1999), TBI Italia/Paraguay (1999), TBI Italia/Messico (1999), TBI Italia/Qatar (2000), TBI Italia/Bosnia Erzegovina (2000), TBI Italia/Nigeria (2000), TBI Italia/Libia (2000), TBI Italia/Tanzania (2001), TBI Italia/Ecuador (2001), TBI Italia/Siria (2002), TBI Italia/Mauritania (2003), TBI Italia/Malawi (2003), TBI Italia/Guatemala (2003), TBI Italia/Nicaragua (2004), TBI Italia/Yemen (2004), TBI Italia/Repubblica dominicana (2006), TBI Italia/Repubblica democratica del Congo (2006), TBI Italia/Bahrain (2006), TBI Italia/Panama (2009); il testo completo degli accordi qui riportati è disponibile al sito internet dell’UNCTAD <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping>.

bilaterali di investimento con paesi terzi, in particolare con nazioni appartenenti all'area geografica dell'Europa centrale e orientale⁴. Fra queste figuravano la Repubblica Ceca, l'Estonia, l'Ungheria, la Lettonia, la Lituania, la Polonia, la Slovacchia, la Slovenia, la Romania e la Bulgaria⁵. Scopo di tali accordi era offrire agli investitori dell'Europa occidentale operanti nel territorio dei paesi ex comunisti dell'Europa centrale e orientale una protezione analoga a quella assicurata dai Trattati istitutivi⁶. Quando tra il 2003 e il 2007 suddetti paesi terzi entrarono a far parte dell'Unione europea, i trattati bilaterali di investimento da questi precedentemente stipulati con gli allora già Stati membri assunsero la forma di TBI interni all'Unione⁷. Occorre precisare a tal riguardo che tutti i TBI interni all'Unione attualmente in vigore sono stati etichettati come tali a seguito del processo di allargamento, al quale la membership dell'Unione europea è stata sottoposta nel corso del tempo a partire dal 1973⁸. Il primo dei TBI interni all'Unione risale infatti al secondo allargamento, quando nel 1981 la Grecia aderì all'Unione europea⁹. In virtù di tale adesione, l'accordo concluso dalla Germania e dalla Grecia, che sino ad allora era stato un trattato bilaterale di investimento tra uno Stato membro e un paese terzo, divenne un trattato bilaterale di investimento tra Stati membri. Tutto ciò sollevò un interrogativo dalle notevoli conseguenze: data l'inevitabile sovrapposizione derivante dalle sopraccitate adesioni tra la protezione prevista dagli accordi in questione e la protezione offerta dal diritto dell'Unione europea, ci si chiese quale dei due strumenti dovesse prevalere in termini di applicabilità¹⁰. La "saga dei TBI interni all'Unione"¹¹ ebbe inizio con la pubblicazione da parte della Direzione generale per il mercato interno e i servizi della Commissione nel novembre del 2006 di una nota, all'interno della quale i

⁴ Ivi, p. 533; Restrepo Amariles D., Farhadi A.A. e Van Waeyenberge A., supra n. 1, p. 910 che cita Shan W. e Zhang S., (2011), "The Treaty of Lisbon: Halfway Toward a Common Investment Policy?", *European Journal of International Law*, vol. 21, n. 4, pp. 1049 e 1065.

⁵ Jarka B.O., supra n. 2, p. 533.

⁶ Kleinheisterkamp J., (2012), "Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty", *Journal of International Economic Law*, vol. 15, n. 1, p. 98.

⁷ Jarka B.O., supra n. 2, p. 533.

⁸ Ibidem.

⁹ Restrepo Amariles D., Farhadi A.A. e Van Waeyenberge A., supra n. 1, p. 911 che cita Kleinheisterkamp J., supra n. 6, pp. 85 e 95.

¹⁰ Kleinheisterkamp J., supra n. 6, p. 96.

¹¹ Restrepo Amariles D., Farhadi A.A. e Van Waeyenberge A., supra n. 1, p. 911.

redattori affermarono che, come effetto delle adesioni susseguitesesi nel tempo, la natura giuridica dei TBI interni all'Unione appariva poco chiara¹². Nel suo report annuale, il Comitato economico e finanziario, un organo consultivo istituito ai sensi del Trattato sulla Comunità europea avente la funzione di riferire alla Commissione e al Consiglio in merito ai progressi compiuti nel campo delle politiche degli Stati membri necessarie al funzionamento del mercato interno, prese atto delle preoccupazioni chiaramente espresse dalla Commissione nella sua nota e, dopo aver constatato l'esistenza di circa 150 trattati bilaterali di investimento tra Stati membri, sollecitò questi ultimi a riconsiderare la necessità di tali accordi al fine di evitare il venire a crearsi di una situazione di incertezza giuridica nei loro rapporti reciproci, informando la Commissione dei provvedimenti presi al riguardo¹³. La "saga dei TBI interni all'Unione" proseguì con il tentativo della Commissione di eliminare questa "anomalia all'interno del mercato comune"¹⁴ attraverso un sistematico intervento nell'ambito dei procedimenti arbitrali cui erano sottoposte le controversie sorte tra le parti contraenti di alcuni dei TBI in esame. Scopo dell'azione della Commissione era dimostrare che i tribunali arbitrali istituiti ai sensi di tali accordi erano impossibilitati a esercitare la propria giurisdizione relativamente a controversie concernenti materie di competenza comunitaria¹⁵. Infatti, nella visione della Commissione, le clausole compromissorie contenute nei TBI conclusi fra Stati membri mettevano a rischio il primato e l'autonomia del diritto dell'Unione europea, perché escludevano qualsiasi possibilità di riesame delle controversie ad opera dei giudici europei facenti parte del sistema giurisdizionale integrato istituito ai sensi dell'articolo 19 del Trattato sull'Unione

¹² Wehland H., (2009), "Intra-EU Agreements and Arbitration: Is European Law an Obstacle?", *International Comparative Law Quarterly*, vol. 58, n. 2, p. 298 che cita The Free movement of Capital, Note for the Economic and Financial Committee, prepared by the European Commission, Internal Market and Services DG, pp. 26 and 27.

¹³ Ibidem che cita Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, Brussels, 15 November 2006, ECFIN/CEFCPE (2006) REP/56882, p. 7.

¹⁴ Eureka B.V. contro Repubblica slovacca (Eureka B.V.), caso PCA n. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability, and Suspension, 26 ottobre 2010, para. 177.

¹⁵ Restrepo Amariles D., Farhadi A.A. e Van Waeyenberge A., supra n. 1, p. 913 che cita Eastern Sugar contro Repubblica ceca (Eastern Sugar), caso SCC n. 088/2004, Partial Award, 27 marzo 2007, para. 119 (detailing an EC Letter of 13 January 2006); European Commission, Commission Asks Member States to Terminate Their Intra-EU Bilateral Investment Treaties (Press Release, IP/15/5198, 2005).

europea¹⁶. Inoltre, secondo l'opinione della Commissione, le clausole compromissorie contenute nei TBI conclusi fra Stati membri confliggevano con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, dal momento che consentivano ai cittadini e alle imprese delle parti contraenti di ricorrere a un'ulteriore istanza giurisdizionale rispetto alle vie legali previste dall'ordinamento nazionale nel caso in cui sorgesse una controversia che li vedesse coinvolti¹⁷. Infine, sulla base delle convinzioni della Commissione, le clausole compromissorie contenute nei TBI conclusi fra Stati membri erano potenzialmente incompatibili con il diritto europeo della concorrenza, in quanto prevedevano l'istituzione di tribunali che potevano ritenersi non vincolati dall'obbligo di interpretare alla luce delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato le disposizioni contenute in tali accordi, in particolare quelle comprendenti l'obbligo per le parti contraenti di onorare le promesse di trattamento di favore fatte agli investitori precedentemente all'adesione all'Unione europea¹⁸. In sostanza, le argomentazioni avanzate dalla Commissione in occasione di questi interventi erano atte a dimostrare come il diritto dell'Unione europea costituisca l'unico ordinamento giuridico capace di governare gli ingenti flussi di investimenti che quotidianamente avevano luogo all'interno del mercato europeo e come la Corte di giustizia dell'Unione europea rappresentasse l'unica istanza giuridica capace di interpretare e applicare tali regole¹⁹. Tuttavia, i collegi

¹⁶ *Ibidem* che cita *Eastern Sugar*, para. 119 e *Eureko B.V.*, para. 180.

¹⁷ *Wehland H.*, supra n. 12, pp. 310 e 311 che cita *Eastern Sugar*, para. 180; *Ibidem* che cita articolo 18 TFUE; *Eastern Sugar*, para. 106; *Eureko B.V.*, paras. 183-184; *European American Investment Bank AG (EURAM) contro Repubblica slovacca, UNCITRAL, Award on Jurisdiction*, 22 ottobre 2012, para. 117.

¹⁸ *Restrepo Amariles D., Farhadi A.A. e Van Waeyenberge A.*, supra n.1, p. 913 che cita *Ioan Micula e altri contro Romania (Micula)*, caso ICSID n. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 settembre 2008; *Commission Decision (EU) 2015/1470 of 30 March 2015 on State Aid SA.38517 (2014/C) (EX 2014/NN) implemented by Romania – Arbitral award Micula V Romania of 11 December 2013*, GU L 232/43, para. 69.

¹⁹ *Kleinheisterkamp J.*, supra n. 6, pp. 102 e 103; Nelle osservazioni scritte presentate il 7 luglio 2010 su richiesta del tribunale arbitrale costituito in conformità dell'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca nel caso *Eureko B.V. contro Repubblica slovacca*, la Commissione chiarisce che “[A]s a result of the supremacy of EU law vis-à-vis pre-accession treaties 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. Only the inverse approach is possible, namely interpretation of the BIT norms in the light of EU law. The foregoing has implications as regards the ability of private parties (investors) to rely on provisions of an intra-EU BIT that are in conflict with EU law. Under EU law, a private party cannot rely on provisions in an international agreement to justify a possible breach of EU law. This includes resort to judicial settlement mechanisms that conflict with the EU judicial system. Furthermore, in the EU legal system, national 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

arbitrali e i governi nazionali si mostrarono visibilmente titubanti nell'accogliere le argomentazioni avanzate dalla Commissione²⁰. Quest'ultima reagì a tale dubbiosità con inedita fermezza, avviando una procedura di infrazione contro cinque Stati membri²¹. Nel relativo comunicato stampa, la Commissione dichiarò di aver assunto l'iniziativa di aprire il procedimento con lo scopo di indurre gli Stati membri interessati a portare a termine i trattati bilaterali che avevano precedentemente concluso al fine di regolare i loro rapporti reciproci nel settore degli investimenti²². Tale ingerenza da parte della Commissione ebbe come prima manifestazione una lettera indirizzata al tribunale arbitrale istituito ai sensi delle regole di arbitrato UNCITRAL incaricato di giudicare una controversia sorta tra la società Eastern Sugar B.V. e la Repubblica ceca²³. In seguito, il tentativo della Commissione di porre fine ai trattati bilaterali di investimento tra Stati membri assunse forme di intervento più dirette, per mezzo della sua partecipazione in qualità di *amicus curiae* ai procedimenti istituiti in conformità delle clausole arbitrali contenute nei TBI interni all'Unione, nonché nel Trattato sulla Carta dell'energia²⁴.

1.3 La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Achmea B.V. contro Repubblica slovacca

In tale contesto, le speranze della Commissione nel vedere definitivamente estinti tali accordi crebbero a partire dal maggio del 2016, quando il Bundesgerichtshof

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 law."

²⁰ Restrepo Amariles D., Farhadi A.A. e Van Waeyenberge A., supra n. 1, p. 913 che cita Annual ECF Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, Brussels, 17 December 2008, ECOFIN 629 MDC 2, 17363/08; Higher Regional Court Frankfurt, 10.05.2010 – 26 SchH 11/10.

²¹ Ibidem che cita European Commission, Commission Asks Member States to Terminate Their Intra-EU Bilateral Investment Treaties, Press Release, Brussels, 18 June 2015, IP/15/5198.

²² European Commission, supra n. 21, p. 1.

²³ Restrepo Amariles D., Farhadi A.A. e Van Waeyenberge A., supra n. 1, p. 913.

²⁴ Ibidem che cita Eureka B.V.; EURAM contro Repubblica slovacca, supra n. 17; Hepburn J. e Peterson L., (2015), "Tribunal's Full Reasons – and EC's Amicus Brief – on Intra-EU BIT Compatibility Issue Finally Come to Light in EURAM v Slovakia Case", *Investment Arbitration Reporter*; Simões F.D., (2017), "A Guardian and a Friend? The European Commission's Participation in Investment Arbitration", *Michigan State International Law Review*, vol. 25, n. 233; Electrabel S.A. contro Ungheria, caso ICSID n. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 novembre 2012; AES Summit Generation Limited e AES-Tisza Erőmű Kft contro Ungheria, caso ICSID n. ARB/07/22, Award, 23 settembre 2010.

sollevò una domanda di pronuncia pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ambito di un ricorso proposto davanti ai giudici tedeschi ai fini dell'annullamento del lodo arbitrale del 7 dicembre 2012, pronunciato dal collegio arbitrale costituito conformemente all'accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca. Occorre a tal riguardo ripercorrere le diverse fasi della vicenda giudiziaria. Nell'ottobre del 2008, la società olandese Achmea B.V. decise di avviare un procedimento arbitrale ai sensi dell'articolo 8 del trattato bilaterale di investimento tra i Paesi Bassi e la Repubblica slovacca, in ragione dei danni subiti a seguito della scelta del governo del secondo paese di revocare parzialmente la liberalizzazione del mercato delle assicurazioni sanitarie private mediante l'emanazione di una legge recante il divieto di distribuire gli utili generati dalle attività di assicurazione²⁵. Nell'ambito del procedimento, la Repubblica slovacca sollevò un'eccezione di incompetenza del collegio arbitrale, sostenendo che, a motivo della sua adesione all'Unione europea, il ricorso a un collegio arbitrale previsto dall'articolo 8 del sopracitato TBI era incompatibile con il diritto dell'Unione europea, in particolare con gli articoli 18, 267 e 344 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea²⁶. Il collegio arbitrale tuttavia respinse la sua obiezione e, con lodo arbitrale del 7 dicembre 2012, condannò la Repubblica slovacca a pagare alla Achmea B.V. un risarcimento danni per un importo di 22.1 milioni di euro²⁷. Per tutta risposta, la Repubblica slovacca propose un ricorso di annullamento di tale lodo arbitrale dinanzi all'Oberlandesgericht Frankfurt am Main²⁸. In merito a quest'ultima decisione, appare necessario specificare che, poiché il collegio arbitrale in questione scelse come propria sede Francoforte sul Meno, il diritto tedesco era applicabile al procedimento arbitrale e, ai sensi dell'articolo 1059 del codice di procedura civile tedesco, un lodo arbitrale poteva essere annullato soltanto se la parte che presentava il ricorso era in grado di accertare uno dei motivi di annullamento previsti da tale disposizione, tra i quali figuravano la nullità dell'accordo arbitrale in base alla legge alla quale era stato

²⁵ Causa C-284/16, Slowakische Republik contro Achmea B.V. (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, paras. 7-9.

²⁶ Ivi, para. 11. Di seguito TFUE.

²⁷ Ivi, para. 12.

²⁸ Ibidem.

subordinato dalle parti e la contrarietà all'ordine pubblico del risultato che sarebbe derivato dal riconoscimento o dall'esecuzione del lodo arbitrale²⁹. In tale contesto, la Repubblica slovacca sostenne che la decisione del collegio arbitrale dovesse essere annullata in ragione della contrarietà all'ordine pubblico non solo di tale lodo ma anche dell'accordo arbitrale che aveva dato luogo a tale lodo³⁰. Poiché l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main rigettò la sua richiesta, la Repubblica slovacca presentò un'impugnazione avverso tale decisione dinanzi al Bundesgerichtshof³¹. Detto giudice decise a sua volta di sospendere il procedimento principale e di sollevare una domanda di pronuncia pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea per quel che concerneva l'interpretazione degli articoli 18, 267 e 344 TFUE³². Infatti, pur non condividendo i dubbi espressi dalla Repubblica slovacca, in virtù del considerevole numero di trattati bilaterali di investimento contenenti una clausola compromissoria analoga ancora in vigore tra gli Stati membri, il Bundesgerichtshof ritenne necessario proporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea tale rinvio³³. Il giudice tedesco sollevò così le seguenti questioni pregiudiziali:

1. Se l'articolo 344 TFUE osti all'applicazione di una clausola di un accordo bilaterale in materia di investimenti concluso tra gli Stati membri dell'Unione europea (che si è convenuto di denominare "un trattato bilaterale in materia d'investimenti interno all'Unione"), in base alla quale un investitore di uno Stato contraente, in caso di controversie in materia di investimenti nell'altro Stato contraente, può avviare nei confronti di quest'ultimo un procedimento dinanzi a un collegio arbitrale, nel caso in cui l'accordo in materia di investimenti sia stato concluso anteriormente all'adesione dello Stato contraente all'Unione, ma la procedura arbitrale debba essere avviata solo successivamente. In caso di risposta negativa alla prima questione:

²⁹ Ivi, para. 5; Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, Causa C-284/16, *Slowakische Republik contro Achmea B.V.*, ECLI:EU:C:2017:699, para. 16.

³⁰ Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, supra n. 29, para. 26.

³¹ Ivi, para. 16.

³² Lee J., (2018), "The Empire Strikes Back: Case Note on The CJEU Decision in *Slovak Republic v Achmea B.V.*, March 6, 2018", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 11, n. 1, p. 140 che cita *Achmea*, supra n. 25, para. 23.

³³ *Achmea*, supra n. 25, para. 14.

2. Se l'articolo 267 TFUE osti all'applicazione di una clausola di tale tipo.
In caso di risposta negativa alla prima e alla seconda questione:
3. Se l'articolo 18, primo comma, TFUE, nelle circostanze descritte nella prima questione, all'applicazione di una clausola di tal genere³⁴.

Il 19 settembre 2017, l'avvocato generale Melchior Wathelet presentò le sue conclusioni sulla domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Bundesgerichtshof. Trattasi di un'approfondita analisi sulla compatibilità del meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati istituito dal TBI tra i Paesi Bassi e la Repubblica slovacca con gli articoli 18, 267 e 344 del TFUE³⁵. Relativamente all'articolo 18 del TFUE, il quale vieta ogni discriminazione in base alla nazionalità, l'avvocato Wathelet sottolineò come il fatto che i diritti e gli obblighi reciproci istituiti dai TBI si applicassero esclusivamente ai cittadini e alle imprese di una delle parti contraenti non costituisca causa di trattamento discriminatorio, in quanto conseguenza intrinseca alla natura bilaterale dei TBI, e come la clausola arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI non fosse un'agevolazione separabile dal resto dell'accordo, in quanto garanzia indispensabile posta a tutela degli investimenti³⁶. Quanto all'articolo 267 del TFUE, il quale costituisce la chiave di volta del sistema giurisdizionale dell'Unione europea, l'avvocato Wathelet ritenne che un collegio arbitrale istituito conformemente all'articolo 8 del TBI si configurasse come un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, considerato che i criteri che secondo una giurisprudenza costante dovevano essere presenti affinché a un giudice potesse attribuirsi la caratteristica di organo giurisdizionale ai sensi dell'articolo in esame – il fondamento legale del collegio arbitrale, il carattere permanente del collegio arbitrale, l'obbligatorietà della giurisdizione del collegio arbitrale, la natura contraddittoria del procedimento dinanzi al collegio arbitrale, l'applicazione di norme giuridiche da parte del collegio arbitrale, l'indipendenza e

³⁴ Ivi, para. 23.

³⁵ Pocania E.B., (2020), "The Relationship between European law and International Investment Law in Light of the CJEU's Achmea Decision", *Romanian Arbitration Journal*, vol. 14, n. 4, p. 125.

³⁶ Ivi, p. 126; Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, supra n. 29, paras. 74-77 che cita articolo 1, lettera b), TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia; sentenza del 5 luglio 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, punto 54); TBI Germania/Grecia (1961), Italia/Malta (1974), Francia/Malta (1976) e Germania/Portogallo (1980).

l'imparzialità del collegio arbitrale - sussistevano nella fattispecie³⁷. Riguardo all'articolo 344 del TFUE, il quale impegna gli Stati membri a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati istitutivi a un metodo di composizione diverso da quelli previsti dai Trattati istitutivi stessi, l'avvocato Wathelet prese posizione in merito all'argomentazione avanzata dalla Commissione, secondo cui una controversia tra un investitore e uno Stato membro era in effetti una controversia tra Stati membri perché avviando un procedimento arbitrale contro uno Stato membro l'investitore non esercitava un diritto proprio bensì un diritto che il TBI conferiva al suo Stato membro, sostenendo che una controversia tra un investitore e uno Stato membro come quella cui faceva riferimento l'articolo 8 del TBI non rientrava nell'ambito di applicazione dell'articolo in esame, anche se il giudice chiamato a dirimerla era indotto a tener conto del diritto dell'Unione europea³⁸. Come fase conclusiva della sua analisi, dopo aver effettuato un approfondito esame della controversia alla luce degli articoli citati dalla Repubblica slovacca nella sua proposta di impugnazione avverso la decisione del Tribunale superiore del Land, l'avvocato Wathelet osservò che, in ragione del fatto che nessun lodo arbitrale poteva sfuggire al controllo dei giudici dello Stato, il quale metteva a disposizione degli agenti economici i suoi meccanismi di esecuzione, la possibilità di ricorrere all'arbitrato internazionale che l'articolo 8 del TBI offriva agli investitori olandesi e agli investitori slovacchi era compatibile con l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati istitutivi e con l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione europea³⁹. Il 6 marzo 2018, la grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea emise la sua decisione in merito alla domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Bundesgerichtshof. Attingendo dalla sua ricca giurisprudenza concernente l'autonomia del diritto dell'Unione europea, la Corte di giustizia esaminò congiuntamente la prima

³⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, supra n. 29, paras. 85-86 e 89 che cita sentenza del 31 gennaio 2013, *Belov* (C-394/11, EU:C:2013:48, paras. 38-39 e giurisprudenza ivi citata); sentenze del 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, para. 23) e del 6 ottobre 2015, *Consorci Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, para. 17).

³⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, supra n. 29, paras. 146, 153 e 154 che cita sentenza del 30 maggio 2006, *Commissione/Irlanda* (C-459/03, EU:C:2006:345, para. 128); parere 2/13 (*Adesione dell'Unione alla CEDU*), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, paras. 202 e 205).

³⁹ Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, supra n. 29, paras. 237-239.

questione, riguardante la compatibilità della clausola arbitrale con l'articolo 344 TFUE, e la seconda questione, concernente la compatibilità della clausola arbitrale con l'articolo 267 TFUE. In primo luogo, la Corte di giustizia sottolineò come un accordo internazionale non potesse pregiudicare né l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati istitutivi né l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione europea e come quest'ultimo principio fosse giustificato sulla base delle caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione europea, il primato e l'efficacia diretta, le quali avevano dato luogo a una rete strutturata di norme e di principi che vincolavano in modo reciproco gli Stati membri e l'Unione europea⁴⁰. In secondo luogo, la Corte di giustizia evidenziò come nel tentativo di garantire la preservazione di tali caratteristiche specifiche i Trattati istitutivi avessero creato un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione europea, la cui chiave di volta era costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE⁴¹. Al fine di risolvere le succitate domande pregiudiziali sulla base di tali considerazioni, la Corte di giustizia ritenne opportuno verificare innanzitutto se le controversie che il collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI era chiamato a conoscere potessero riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione europea⁴². A tal proposito, la Corte di giustizia pose l'accento sulla circostanza che, nonostante fosse chiamato a pronunciarsi esclusivamente su un'eventuale violazione del TBI, ai sensi del paragrafo 6 dell'articolo 8 del trattato in questione, il collegio arbitrale doveva comunque tenere conto del diritto della parte contraente interessata e di qualsiasi accordo pertinente tra le parti contraenti, categorie all'interno delle quali rientrava anche il diritto dell'Unione europea⁴³. In ragione di ciò, la Corte di giustizia affermò che il collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI poteva essere investito del compito di interpretare o applicare il diritto dell'Unione europea, il quale poteva assumere una rilevanza sia in qualità di diritto in vigore in ogni Stato membro sia in qualità di diritto derivante da un accordo internazionale tra gli Stati membri⁴⁴. In secondo luogo, la Corte di giustizia

⁴⁰ Achmea, supra n. 25, paras. 32-33.

⁴¹ Ivi, paras. 35 e 37.

⁴² Ivi, paras. 38-39.

⁴³ Ivi, paras. 40-41.

⁴⁴ Ivi, paras. 41-42.

considerò necessario verificare se un collegio arbitrale come quello di cui all'articolo 8 del TBI poteva essere reputato un organo giurisdizionale di uno Stato membro⁴⁵. A questo riguardo, la Corte di giustizia si espresse certamente contraria a tale possibilità, mettendo in evidenza come fosse proprio il carattere derogatorio della giurisdizione del collegio arbitrale di cui al procedimento principale rispetto a quella dei giudici dei Paesi Bassi e della Repubblica slovacca a comportare che esso non poteva essere in alcun modo qualificato come organo giurisdizionale di uno degli Stati membri ai sensi dell'articolo 267 TFUE⁴⁶. In terzo luogo, la Corte di giustizia giudicò appropriato verificare se la decisione emessa dal collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI fosse soggetta al controllo di un organo giurisdizionale di uno Stato membro che garantiva che le questioni di diritto dell'Unione europea che tale collegio avrebbe potuto essere indotto a conoscere potessero eventualmente essere esaminate dalla Corte di giustizia nell'ambito di un rinvio pregiudiziale⁴⁷. Fu con questo intento che la Corte di giustizia rilevò che il codice di procedura civile tedesco, il quale costituiva il diritto applicabile al procedimento disciplinante il controllo giurisdizionale della validità del lodo arbitrale, prevedeva soltanto un controllo giurisdizionale limitato, escludendo che la controversia pendente dinanzi al collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI potesse essere risolta in modo da garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione europea⁴⁸. Occorre sottolineare a tal proposito che la Corte di giustizia, nell'affermare quanto appena riportato, prese le distanze dall'opinione dell'avvocato generale Melchior Wathelet, secondo cui le caratteristiche dei collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 del TBI erano tali da consentire ai giudici ordinari degli Stati membri di garantire il rispetto del principio di uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione europea⁴⁹. Quanto alla terza questione pregiudiziale, la Corte di giustizia dichiarò di non considerare necessario accertare che la clausola arbitrale non costituisse una violazione del principio di non discriminazione di cui all'articolo 18 TFUE, dal momento che l'analisi condotta alla luce degli articoli 267 e 344 TFUE aveva già efficacemente

⁴⁵ Ivi, paras. 43-44.

⁴⁶ Ivi, paras. 45-46.

⁴⁷ Ivi, para. 50.

⁴⁸ Ivi, paras. 51, 53 e 56.

⁴⁹ Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, supra n. 29, paras. 244-245.

dimostrato l'incompatibilità del meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dal TBI con il diritto dell'Unione europea⁵⁰. Fu alla luce di tali considerazioni che la Corte di giustizia rispose alle questioni prima e seconda dichiarando che gli articoli 267 e 344 TFUE dovevano essere interpretati nel senso che ostavano a una norma come l'articolo 8 del TBI⁵¹.

⁵⁰ Talus K. E Särkänne K., (2020), "Achmea, the ECT and the Impact on Energy Investment in the EU", in Baltag C. e Stanič A. (a cura di), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, pp. 10-11.

⁵¹ Achmea, supra n. 25, para. 60.

Capitolo II

Le reazioni alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Achmea B.V. contro Repubblica slovacca

Sommario

2.1 Introduzione	21
2.2 L'interpretazione della Commissione europea	23
2.3 L'interpretazione degli avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea	25
2.4 L'interpretazione dei tribunali arbitrali	28
2.5 Conclusioni	36

2.1 Introduzione

La sentenza della Corte di giustizia nel caso Achmea B.V. contro Repubblica slovacca ha dato luogo a reazioni contrastanti. In particolare, molti osservatori hanno sollevato notevoli dubbi circa l'ampiezza della sua portata. In effetti, la formulazione utilizzata dalla Corte di giustizia si presta a diverse interpretazioni. Niente nel testo della sentenza sembra chiarire se sono incompatibili con il diritto dell'Unione europea soltanto i TBI tra Stati membri¹ recanti una clausola che prevede la possibilità di sottoporre una controversia a un collegio arbitrale ad hoc istituito caso per caso oppure anche i TBI interni all'Unione contenenti una clausola che prevede la possibilità di sottoporre una controversia al Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimento. Occorre sottolineare a questo riguardo che i lodi arbitrali emessi sulla base della Convenzione sulla risoluzione delle controversie in materia di investimento² godono di un regime

¹ In seguito TBI interni all'Unione.

² Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Submitted on 18 March 1965, Entered into Force on 14 October 1966. In seguito Convenzione ICSID.

speciale e privilegiato in fase di riconoscimento ed esecuzione³, pertanto la possibilità di estendere la portata della sentenza in questione anche agli accordi che includono una clausola compromissoria come quella summenzionata non può essere data per scontata. Appare inoltre necessario evidenziare che nel passaggio finale relativo alla contrarietà dell'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca con gli articoli 267 e 344 del TFUE la Corte di giustizia non ha fatto riferimento a un trattato bilaterale di investimento interno all'Unione bensì a un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri. È in ragione di ciò che un interrogativo emerge circa l'ipotesi che la portata della sentenza Achmea si possa estendere anche ai meccanismi di risoluzione delle controversie istituiti da trattati multilaterali di investimento di cui sia l'Unione europea sia i suoi Stati membri sono parti contraenti, quali il Trattato sulla Carta dell'energia. A questo riguardo, la Corte di giustizia afferma:

[...] si deve rispondere alle questioni prima e seconda dichiarando che gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a 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 accettare⁴.

Il presente capitolo intende prendere in considerazione due diversi approcci alla questione relativa all'interpretazione delle affermazioni della Corte di giustizia nella sentenza Achmea B.V contro Repubblica slovacca: il primo, proposto dalla Commissione europea e da alcuni avvocati generali, conduce a un risultato ermeneutico di carattere estensivo (paragrafo 2.2 e paragrafo 2.3); il secondo, proposto dai tribunali arbitrali, porta a un risultato ermeneutico di natura restrittiva (paragrafo 2.4).

³ Vedi infra para. 2.4.

⁴ Causa C-284/16, Slowakische Republik contro Achmea B.V. (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, para. 60 (corsivo aggiunto).

2.2 L'interpretazione della Commissione europea

Una lettura estensiva della sentenza *Achmea* è stata proposta dalla Commissione europea. Nella sua comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio del 19 luglio 2018 sulla tutela degli investimenti intra-UE, essa ha specificato quali lezioni ritiene debbano essere tratte da suddetta sentenza⁵. Dal suo punto di vista, dall'illegittimità delle clausole compromissorie tra investitori e Stato contenute nei TBI interni all'Unione che la Corte di giustizia ha confermato nella sua pronuncia pregiudiziale deriva l'inapplicabilità di tali clausole e quindi l'incompetenza di qualsiasi collegio arbitrale istituito sulla base di tali clausole, sia che si tratti di un tribunale ad hoc incaricato di giudicare il caso specifico, sia che si tratti di un tribunale costituito nell'ambito d'azione del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimento⁶. Inoltre, secondo l'opinione della Commissione, per effetto dell'assenza di una valida clausola compromissoria, gli organi giurisdizionali nazionali sono tenuti ad annullare qualsiasi lodo arbitrale reso su tali basi⁷. È alla luce di tali osservazioni che la Commissione invita gli Stati membri che siano parti in un procedimento arbitrale ancora aperto a trarre le necessarie conseguenze dalla sentenza *Achmea*, rammentando loro che il principio di certezza del diritto vincola ciascuno a sciogliere formalmente i rispettivi TBI interni all'Unione⁸. Infine, stando a quanto ritenuto dalla Commissione, la sentenza *Achmea* appare rilevante anche per il meccanismo di arbitrato tra investitori e Stato previsto dall'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia⁹. In altre parole, la Commissione sottolinea come il ragionamento della Corte di giustizia nella causa *Achmea* sia ugualmente valido per quel che concerne l'applicazione intra-UE di tale disposizione, la quale proprio come le clausole compromissorie dei TBI interni all'Unione contempla la possibilità di sottoporre eventuali controversie tra le parti contraenti a un organo esterno al sistema giudiziario dell'Unione europea¹⁰. È con

⁵ Dashwood A., (2021), "Article 26 ECT and Intra-EU Disputes – The Case against an Expansive Reading of *Achmea*", *European Law Review*, vol. 46, n. 4, p. 416-417; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 19 luglio 2018, "Tutela degli investimenti intra-UE", Bruxelles, 19.7.2018, COM (2018) 547 final.

⁶ Commissione europea, supra n. 5, pp. 2-3.

⁷ Ivi, pp. 3-4.

⁸ Ivi, p. 4.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

l'intento di dimostrare quanto appena riportato che la Commissione pone l'accento sul fatto che una corretta interpretazione, la quale dovrebbe fondarsi sul principio del primato del diritto dell'Unione europea, conduce a ritenere che la disposizione in questione non prevede una clausola arbitrale tra investitori e Stato applicabile a livello intra-UE¹¹. A questo riguardo, la Commissione evidenzia come la partecipazione dell'Unione europea al Trattato sulla Carta dell'energia non influisca sulla sua conclusione relativa alla possibilità che la sentenza Achmea si applichi anche all'articolo 26 di detto accordo, in quanto quest'ultimo si è limitato a creare diritti e obblighi tra l'Unione europea e i paesi terzi senza inficiare i rapporti tra Stati membri¹². Occorre rilevare a tal proposito che nei suoi interventi in qualità di *amicus curiae* in alcuni dei numerosi procedimenti istituiti ai sensi dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia, la Commissione ha frequentemente sostenuto che suddetto accordo contiene una clausola di disconnessione implicita, il cui scopo è assicurare che le sue disposizioni non trovino applicazione nei rapporti tra Stati membri. A sostegno delle sue argomentazioni, la Commissione ha affermato che il Trattato sulla Carta dell'energia costituisce una creatura dell'Unione europea, il cui obiettivo è creare una cornice all'interno della quale l'Unione europea, da un lato, e i paesi ex comunisti dell'Europa centrale e orientale, dall'altro, possano cooperare in campo energetico. Tale cooperazione faciliterebbe la transizione dei suddetti paesi verso un'economia di mercato, gettando così le basi per una loro eventuale adesione all'Unione europea. Pertanto, nella visione della Commissione, il Trattato sulla Carta dell'energia rappresenta uno strumento della politica energetica esterna dell'Unione europea, nel cui ambito l'Unione europea e i suoi Stati membri agiscono come un unico blocco. Tuttavia, né l'Unione europea né i suoi Stati membri hanno inteso permettere che l'accordo in questione avesse applicazione nei rapporti interni all'Unione europea e apportasse modifiche al complesso di norme regolanti la politica energetica interna dell'Unione europea, incluse le norme poste a tutela degli investimenti, elaborato al fine di assicurare il conseguimento di un mercato unico nel settore energetico¹³.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

¹³ Si vedano: *PV Investors contro Regno di Spagna*, caso PCA n. 2012-14, Preliminary Award on Jurisdiction, 13 ottobre 2014, para. 183; *Charanne B.V. & Construction Investments SARL contro*

2.3 L'interpretazione degli avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea

Una lettura estensiva della sentenza Achmea è stata suggerita anche da alcuni avvocati generali della Corte di giustizia. Le loro osservazioni in merito riprendono uno dei passaggi essenziali delle considerazioni della Commissione nella sopracitata comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio. A sostegno dell'idea che la portata della decisione del 6 marzo 2018 possa estendersi anche ai trattati bilaterali di investimento interni all'Unione diversi dal TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca e ai trattati multilaterali di investimento di cui l'Unione europea e i suoi Stati membri sono parti contraenti, come il Trattato sulla Carta dell'energia, suddetti avvocati generali adducono l'argomentazione secondo la quale le clausole compromissorie contenute in tali accordi mettono in discussione il rispetto del principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri e la salvaguardia del carattere autonomo del diritto dell'Unione europea, perché consentono a un collegio arbitrale istituito al di fuori del sistema giurisdizionale dell'Unione, che in quanto tale non può proporre una pronuncia pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE, di interpretare e di applicare il diritto dell'Unione europea nell'ambito di una controversia sorta tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro. Pertanto, anche a loro giudizio uno dei punti cardine del ragionamento seguito dalla Corte di giustizia nella causa Achmea B.V. contro Repubblica slovacca risulta ampliabile alle clausole arbitrali contenute nei trattati in materia di investimento, siano essi bilaterali o multilaterali, che non presentano le stesse caratteristiche specifiche dell'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca. Precisamente, questa argomentazione è stata avanzata dall'avvocato Saugmandsgaard Øe in una nota a piè pagina contenuta nelle sue conclusioni concernenti le cause Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche e altri e Athesia Energy Srl e altri contro Ministero dello sviluppo economico e Gestore dei servizi energetici¹⁴, dall'avvocato generale

Regno di Spagna, caso SCC n. V 062/2012, Final Award, 21 gennaio 2016, paras. 433-439; RREEF Infrastructure (GP) Ltd e RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 giugno 2016, paras. 81-86.

¹⁴ Conclusioni dell'avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe, Cause riunite C-798/18 e C-799/18, Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e altri (C-798/18), Athesia Energy Srl e altri (C-799/18) contro Ministero dello Sviluppo Economico, Gestore

Szpunar in un paragrafo contenuto nelle sue conclusioni concernenti la causa Komstroy contro Repubblica di Moldova¹⁵ e dall'avvocato generale Kokott in un paragrafo contenuto nelle sue conclusioni riguardanti la causa PL Holdings Sàrl contro Repubblica polacca¹⁶. In particolare, alla luce dei richiami operati dalla Corte di giustizia nella sentenza Achmea, l'avvocato Saugmandsgaard Øe sostiene che sia addirittura possibile affermare la totale inapplicabilità del Trattato sulla Carta dell'energia nelle controversie tra uno Stato membro e gli investitori di altri Stati membri¹⁷. Diverse risultano le circostanze concrete nelle quali essi hanno

dei servizi energetici (GSE) SpA, nei confronti di Elettricità Futura – Unione delle Imprese Elettriche italiane, Confederazione Generale dell'Agricoltura Italiana – Confagricoltura, ECLI:EU:C:2020:876, n. 55: “Pur sottolineando che non è necessario risolvere tale questione nelle presenti cause, rilevo che, nella sentenza del 6 marzo 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158), la Corte ha dichiarato che gli articoli 267 e 344 TFUE dovevano essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, ai sensi della quale un investitore di uno dei detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, poteva avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi a un collegio arbitrale, la cui competenza si era impegnato ad accettare. Alla luce di tale sentenza, mi sembra che, poiché l'articolo 26 della Carta dell'energia, intitolato «Soluzione delle controversie tra un investitore e una Parte contraente», prevede la possibilità che tali controversie siano decise da collegi arbitrali, tale disposizione non possa essere applicata alle controversie interne all'Unione.”.

¹⁵ Conclusioni dell'avvocato generale Maciej Szpunar, Causa C-741/19, Repubblica di Moldova contro società Komstroy, subentrata nei diritti della società Energoalians, ECLI:EU:C:2021:164, para. 89: “[...] il meccanismo di risoluzione delle controversie previsto all'articolo 26 del TCE, è, a mio avviso, incompatibile con il diritto dell'Unione, nella parte in cui consente a un tribunale arbitrale istituito al di fuori del sistema giurisdizionale dell'Unione, in occasione di una controversia tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro, di interpretare o di applicare il diritto dell'Unione e rimette in discussione, per ciò stesso, il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri e la salvaguardia del carattere peculiare del diritto istituito dai Trattati, ledendo nel contempo l'autonomia del diritto dell'Unione. Sotto tale profilo, l'articolo 26 del TCE non è pertanto applicabile all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione”.

¹⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott, Causa C-109/20, Repubblica polacca contro PL Holdings Sàrl, ECLI:EU:C:2021:321, para. 85: “Le convenzioni individuali di arbitrato concluse tra gli Stati membri e investitori di altri Stati membri, aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione da parte della pubblica amministrazione, sono compatibili con l'obbligo di leale cooperazione sancito dall'articolo 4, paragrafo 3, TFUE nonché con l'autonomia del diritto dell'Unione ai sensi degli articoli 267 e 344 TFUE solo nel caso in cui i giudici degli Stati membri possano verificare la conformità del lodo arbitrale con il diritto dell'Unione nel suo complesso, proponendo, ove necessario, domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Tali convenzioni devono, inoltre, essere compatibili con il principio della parità di trattamento sancito dall'articolo 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”.

¹⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe, supra n. 14, n. 55: “A mio parere, sarebbe addirittura possibile, tenuto conto dei richiami operati dalla Corte in tale sentenza, per quanto riguarda, in particolare, la salvaguardia del carattere proprio del diritto istituito dai Trattati e il principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri, che tale Carta sia interamente inapplicabile in tali controversie”. L'avvocato Saugmandsgaard Øe pone l'accento sul fatto che i rappresentanti dei governi degli Stati membri sono giunti alla sua stessa conclusione nel documento intitolato “Dichiarazione dei rappresentanti dei governi degli Stati membri del 15 gennaio 2019, relativa alle conseguenze giuridiche della sentenza Achmea pronunciata dalla Corte di giustizia e alla tutela degli investimenti nell'Unione europea”, vedi infra Capitolo IV, para. 4.1.

espresso la loro opinione in merito alla celebre decisione della Corte di giustizia. L'avvocato Saugmandsgaard Øe è incaricato di presentare le sue conclusioni relativamente alle domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, il quale è stato chiamato a decidere della controversia sorta tra alcuni responsabili di impianti nel settore dell'energia fotovoltaica e la Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche, da un lato, e il Ministero dello sviluppo economico e il Gestore dei servizi energetici, dall'altro, in ragione della scelta del legislatore italiano di emanare un provvedimento volto a ridurre gli incentivi riconosciuti alle parti ricorrenti¹⁸. Invece, l'avvocato Szpunar è incaricato di presentare le sue conclusioni con riferimento alle domande di pronuncia pregiudiziale sollevate dalla Corte d'appello di Parigi, dinanzi alla quale la Repubblica di Moldova ha proposto un ricorso per annullamento del lodo con cui il tribunale arbitrale ad hoc istituito ai sensi dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia l'ha condannata al pagamento di una determinata somma in favore del distributore di energia elettrica ucraino Energoalians, perché l'impresa pubblica moldova Moldtranselectro non aveva interamente saldato il debito contratto nei suoi confronti¹⁹. Infine, l'avvocato Kokott è incaricato di presentare le sue conclusioni in ordine alla domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata dalla Corte suprema svedese, la quale è stata adita dalla Repubblica polacca con lo scopo di ottenere l'annullamento del lodo speciale

¹⁸ Ivi, paras. 1-5 e 12-20 che cita Decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 – Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità e Decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 – Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE. Le questioni pregiudiziali proposte dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio vertono sulla compatibilità con gli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, concernenti rispettivamente la libertà di impresa e il diritto di proprietà, del provvedimento adottato dal legislatore italiano.

¹⁹ Conclusioni dell'avvocato generale Maciej Szpunar, supra n. 15, paras. 10-22. La Repubblica di Moldova propone un ricorso di annullamento avverso il lodo arbitrale adducendo come giustificazione l'assenza di competenza del tribunale arbitrale ad hoc, dal momento che, ai sensi dell'articolo 1529 del codice di procedura civile francese, il quale costituisce il diritto applicabile al procedimento arbitrale in virtù del fatto che la sede dell'arbitrato è Parigi, il ricorso di annullamento avverso il lodo arbitrale emesso in Francia è ammissibile soltanto se il collegio arbitrale si è dichiarato erroneamente competente o incompetente. Le questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte d'appello di Parigi vertono sull'interpretazione degli articoli 1 e 26 del Trattato sulla Carta dell'energia, in particolare sulla definizione del termine "investimento", contenuto nella prima disposizione in rilievo, e sul significato dell'espressione "investimento realizzato nell'area di un'altra Parte contraente", contenuta nella seconda disposizione in rilievo.

e del lodo finale con cui l'organismo arbitrale istituito ai sensi dell'accordo in materia di investimenti tra la Repubblica polacca, da un lato, e il Belgio e il Lussemburgo, dall'altro, ha dapprima rigettato l'eccezione di invalidità della convenzione di arbitrato poi condannato la Repubblica polacca al pagamento di una certa somma in favore della società di diritto lussemburghese PL Holdings, sulla base del fatto che la Repubblica polacca aveva sospeso i diritti di voto collegati ai titoli della PL Holdings²⁰. In sintesi, gli avvocati generali di cui sono state riportate le rispettive conclusioni hanno ricavato dal dispositivo della sentenza Achmea una regola di diritto internazionale generale la cui portata trascende il caso specifico. È significativo in tale contesto che, nella loro formulazione dei principi in ragione dei quali ritengono di dover attribuire rilevanza alla sentenza Achmea nella causa sottoposta alla loro attenzione, essi abbiano riportato il dispositivo di detta sentenza privo dell'inciso "come l'articolo 8 del TBI/dell'Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca", il quale limita la portata delle affermazioni della Corte di giustizia alle clausole compromissorie contenute in un accordo internazionale concluso tra Stati membri che presentino le stesse specifiche caratteristiche del meccanismo di risoluzione delle controversie disciplinato dall'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca²¹.

2.4 L'interpretazione dei tribunali arbitrali

Da un esame della giurisprudenza arbitrale più recente emerge chiaramente la generale riluttanza dei tribunali arbitrali a estendere la portata della sentenza della

²⁰ Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott, supra n. 16, paras. 10-20. La Repubblica polacca propone un ricorso di annullamento avverso i lodi arbitrali adducendo come giustificazione l'inefficacia della clausola compromissoria di cui all'accordo in materia di investimenti, dal momento che, ai sensi dell'articolo 34 della legge svedese in materia di arbitrato, la quale costituisce il diritto applicabile al procedimento arbitrale in virtù del fatto che la sede dell'arbitrato è Stoccolma, un lodo arbitrale può essere annullato in tutto o in parte su ricorso di una delle parti, laddove non sia fondato su una valida convenzione di arbitrato conclusa inter partes. La questione pregiudiziale avanzata dalla Corte suprema svedese verte sull'interpretazione degli articoli 267 e 344 TFUE. In particolare, il giudice del rinvio chiede se dette disposizioni, come interpretate dalla Corte di giustizia nella sentenza Achmea, ostano a una convenzione di arbitrato stipulata tra uno Stato membro e un investitore, qualora il consenso dello Stato membro al procedimento arbitrale sia dedotto dalla sua volontaria rinuncia a sollevare eccezioni di difetto di giurisdizione.

²¹ Dashwood, supra n. 1, p. 423; Causa C-284/16, Slowakische Republik contro Achmea B.V. (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158, paras. 60 e 62; Conclusioni dell'avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe, supra n. 14, n. 55; Conclusioni dell'avvocato generale Maciej Szpunar, supra n. 15, para. 53; Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott, supra n. 16, para. 23.

Corte di giustizia relativa alla vicenda che ha visto protagoniste la società Achmea B.V e la Repubblica slovacca a trattati bilaterali di investimento interni all'Unione diversi dal TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca o a trattati multilaterali di investimento di cui l'Unione europea e i suoi Stati membri sono parti contraenti, contrariamente a quanto fortemente voluto dalla Commissione europea e risolutamente sostenuto dai sopracitati avvocati generali²². Infatti, i tribunali arbitrali hanno dovuto pronunciarsi sulle obiezioni degli Stati membri convenuti fondate sul dispositivo della celebre sentenza, causando un incremento della durata dei procedimenti arbitrali²³. Essi hanno sistematicamente respinto le eccezioni di difetto di giurisdizione che detti Stati hanno sollevato sulla base dell'incompatibilità della clausola compromissoria contenuta nel TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca con il diritto dell'Unione europea che la Corte di giustizia ha dichiarato nella sua decisione del 6 marzo 2018²⁴. Di seguito sono riportate le argomentazioni addotte dai tribunali arbitrali incaricati di risolvere la controversia sorta tra le parti contraenti di un trattato in materia di investimento in alcuni dei casi più rilevanti nell'ambito dei quali gli Stati membri convenuti hanno sollevato dubbi circa la competenza giurisdizionale dell'organismo arbitrale sulla base delle asserzioni della Corte di giustizia.

Una prima argomentazione fonda l'impossibilità di estendere la portata di tali asserzioni alla clausola compromissoria di cui all'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia sul fatto che il dispositivo della Corte di giustizia limiti l'ambito applicativo della sentenza in questione, in primo luogo, all'Accordo per la

²² Talus K. E Särkänne K., (2020), "Achmea, the ECT and the Impact on Energy Investment in the EU", p. 13, e Baltag C. e Dudaş Ş., (2020), "Achmea, Arbitral Tribunals and the ECT: Modernisation or Regression?", p. 30, entrambi in Baltag C. e Stanič A. (a cura di), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer.

²³ Baltag C. e Dudaş Ş., supra n. 22, p. 30.

²⁴ Talus K. e Särkänne K., supra n. 22, p. 14 che cita Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/14/1, lodo arbitrale del 16 maggio 2018; Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. e Antin Energia Termosolar B.V. contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/13/31, lodo del 15 giugno 2018; 9REN Holdings S.à.r.l. contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/15/15, lodo del 31 maggio 2019; NexEra Energy Global Holdings B.V. e NexEra Energy Spain Holdings B.V. contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/14/11, lodo finale del 31 maggio 2019; Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á. R1. e altri contro Regno di Spagna, caso SCC n. V 2015/150, lodo finale del 14 novembre 2018; Greentech Energy Systems A/S e altri contro Repubblica italiana, caso SCC n. V 2015/095, lodo finale del 23 dicembre 2018; CEF Energia BV contro Repubblica italiana, caso SCC n. V 2015/158, lodo finale del 16 gennaio 2019.

promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca, in secondo luogo, a una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri che presenti le stesse caratteristiche specifiche dell'articolo 8 dell'Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca. Tale argomentazione è stata avanzata dal tribunale arbitrale nella causa Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. contro Regno di Spagna²⁵, la quale è stata sottoposta all'esame del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimento sulla base del Trattato sulla Carta dell'energia. Il tribunale arbitrale argomenta così la sua tesi secondo la quale l'articolo 26 di tale trattato non costituisce una norma contenuta in un accordo internazionale assimilabile all'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca e che quindi la sentenza Achmea non abbia alcuna incidenza sul caso sottoposto al suo esame²⁶. A sostegno della sua decisione, esso richiama quanto suggerito dell'avvocato generale Wathelet nelle sue conclusioni relative al caso Achmea B.V. contro Repubblica slovacca nonché quanto formulato dal Bundesgerichtshof nella prima domanda pregiudiziale sottoposta alla Corte di giustizia nel caso Achmea B.V. contro Repubblica slovacca. L'avvocato Wathelet afferma:

Tale domanda offre alla Corte, per la prima volta, l'opportunità di esprimersi sulla spinosa questione della compatibilità dei *TBI conclusi tra gli Stati membri*, e in particolare dei meccanismi di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati istituiti da questi ultimi con gli articoli 8, 267 e 344 TFUE²⁷.

Il Bundesgerichtshof chiede:

Se l'articolo 344 TFUE osti all'applicazione di una clausola di un *accordo bilaterale in materia di investimenti concluso tra gli Stati membri dell'Unione europea* (che si è convenuto di denominare "un trattato bilaterale in materia d'investimenti interno all'Unione"), [...]²⁸.

²⁵ Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/14/1, lodo del 16 maggio 2018, para. 679 che cita Achmea, supra n. 1, para. 62.

²⁶ Ivi, paras. 678-679.

²⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, Causa C-284/16, Slowakische Republik contro Achmea B.V., ECLI:EU:C:2017:699, para. 2 (corsivo aggiunto).

²⁸ Achmea, supra n. 3, para. 23 (corsivo aggiunto).

Nell'effettuare questi richiami, il tribunale arbitrale sottolinea come sia l'avvocato Wathelet sia il giudice tedesco abbiano fatto riferimento esclusivo ai trattati bilaterali di investimento conclusi tra gli Stati membri dell'Unione europea²⁹. Inoltre, esso considera le conclusioni dell'avvocato Wathelet utili ad accreditare le sue affermazioni perché gli consentono di mettere in evidenza il fatto che la sentenza Achmea taccia sul tema della compatibilità del meccanismo di risoluzione delle controversie interne all'Unione previsto dal Trattato sulla Carta dell'energia con il diritto comunitario³⁰. L'avvocato Wathelet asserisce infatti che un accordo multilaterale di investimento come il Trattato sulla Carta dell'energia opera anche tra gli Stati membri, dal momento che è stato concluso come un "accordo multilaterale ordinario" al quale tutte le parti contraenti partecipano su un piano di parità, con la conseguenza che le disposizioni poste a tutela degli investimenti nonché il meccanismo di composizione delle controversie previsti da tale trattato si applicano anche nei rapporti tra Stati membri³¹. Nell'affermare ciò, l'avvocato Wathelet fa riferimento alla circostanza per cui un accordo concluso tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da un lato, e uno o più paesi terzi, dall'altro, nel cui ambito gli Stati membri agiscono collettivamente, vada distinto da un accordo multilaterale ordinario, nel cui ambito ciascuno Stato membro costituisce una parte contraente a sé stante indipendente dalle altre³². A questo proposito, il tribunale arbitrale sostiene piuttosto debolmente che la circostanza che la Corte di giustizia non affronti, né contesti o respinga, quanto asserito dall'avvocato Wathelet in merito a tale trattato costituisca un'ulteriore prova del fatto che la sentenza Achmea non possa avere alcuna incidenza sulla sua decisione relativa al caso sottoposto al suo esame³³. Dichiarò di essere in perfetto accordo con tale conclusione il tribunale arbitrale incaricato di dirimere la controversia che vede coinvolte la società Vattenfall AB e la Repubblica federale tedesca, il quale non ritiene possibile derivare dal diritto primario dell'Unione europea, sulla base dell'interpretazione del

²⁹ Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A., supra n. 25, para. 680.

³⁰ Ivi, para. 681.

³¹ Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, supra n. 27, para. 43.

³² Dashwood A., supra n. 5, pp. 418-419. A sostegno della posizione dell'avvocato Wathelet è intervenuta la scelta dell'Italia di notificare al depositario la sua recessione dal Trattato sulla Carta dell'energia e dal Protocollo sull'efficienza energetica e sugli aspetti ambientali correlati il 31 dicembre 2014. Tale recessione è divenuta effettiva a partire dal 1° gennaio 2016.

³³ Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A., supra n. 25, paras. 682-683.

testo dei Trattati istitutivi che la Corte di giustizia propone nella sentenza Achmea, una regola di diritto internazionale pertinente al caso di specie, sebbene la formulazione usata dalla Corte di giustizia sembri accogliere una molteplicità di significati, in virtù del fatto che essa faccia riferimento a disposizioni “come” la clausola compromissoria del TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca³⁴. Nell’affermare ciò, il tribunale arbitrale respinge anche l’argomentazione della Commissione secondo la quale le disposizioni contenute nei Trattati istitutivi, e l’interpretazione che ne fornisce la Corte di giustizia quando incaricata di pronunciarsi in via pregiudiziale, assumono rilevanza in qualità di diritto applicabile alla giurisdizione del tribunale arbitrale in forza dell’articolo 31, paragrafo 3, lettera c, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il quale concerne l’interpretazione dei trattati e recita come segue:

Si terrà conto, oltre che del contesto: a) di ogni accordo ulteriore intervenuto fra le parti in materia di interpretazione del trattato o dell’applicazione delle sue disposizioni; b) di qualsiasi prassi successivamente seguita nell’applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo; c) di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti³⁵.

A tal riguardo, esso ritiene che la disposizione citata dalla Commissione non costituisca il corretto punto di partenza per la determinazione del significato dell’articolo 26 del Trattato sulla Carta dell’energia, in base al quale occorre effettuare l’esame relativo alla sua giurisdizione, dal momento che condurrebbe a risultati ermeneutici differenti a seconda che si tratti di controversie interne o esterne all’Unione³⁶.

È noto che le sentenze ICSID godono di un regime speciale e privilegiato in fase di riconoscimento ed esecuzione. Il Centro è un’organizzazione internazionale che opera tramite la costituzione di commissioni di conciliazione o di tribunali arbitrali al fine di facilitare la composizione delle controversie in materia di investimento

³⁴ Vattenfall AB e altri contro Repubblica federale tedesca, caso ICSID n. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue del 31 marzo 2018, paras. 159-163 che cita Achmea, supra n. 1, para. 60; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. contro Regno di Spagna, supra n. 25, para. 43.

³⁵ Ivi, para. 134.

³⁶ Ivi, paras. 132 e 158.

sorte tra investitori privati e Stati stranieri³⁷. Ai sensi dell'articolo 25 della Convenzione istitutiva, la giurisdizione del Centro si estende alle sole controversie giuridiche che nascono da un investimento e che coinvolgono un investitore di uno Stato contraente e un altro Stato contraente³⁸. Una volta che la parte interessata ha presentato domanda di arbitrato, il Segretario generale effettua un esame preliminare sulla ricevibilità della domanda³⁹. Il tribunale arbitrale, solitamente composto da tre membri individuati dalle parti tra quelli già indicati nel Panel of Arbitrators, dopo essersi espresso favorevolmente circa la propria competenza, decide sul merito della controversia⁴⁰. La sentenza deve essere resa a maggioranza dei voti entro sessanta giorni dalla chiusura della procedura⁴¹. A tal proposito, è bene sottolineare che il regime istituito dalla Convenzione ICSID si distingue per l'efficacia autonoma e diretta che attribuisce ai lodi emessi dai tribunali arbitrali istituiti sulla base delle sue disposizioni⁴². Essa infatti impone agli Stati contraenti di riconoscere il carattere vincolante della sentenza e di garantire l'esecuzione nel proprio territorio delle obbligazioni pecuniarie che ne derivano, attraverso la designazione di un'autorità nazionale competente in materia cui la parte interessata è chiamata a presentare una copia del lodo certificata conforme dal Segretario generale⁴³. È proprio in ragione dell'autonomia che caratterizza l'arbitrato ICSID

³⁷ Mauro M.R., (2019), "Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali", Edizioni scientifiche italiane, Napoli, p. 392.

³⁸ L'articolo 25, paragrafo 1, della Convenzione ICSID recita come segue: "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally."

³⁹ Convenzione ICSID, art. 36: "(1) Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute arbitration proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party. (2) The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to arbitration in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings. (3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register."

⁴⁰ Convenzione ICSID, artt. 37-41.

⁴¹ Convenzione ICSID, art. 48, para. 1: "The Tribunal shall decide questions by a majority of the votes of all its members."

⁴² Mauro M.R., supra n. 37, p. 401.

⁴³ Convenzione ICSID, art. 54, paras. 1-2: "Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations 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

che non vi è alcuna possibilità di ricorrere contro il lodo davanti a un tribunale nazionale né vi è la possibilità di attivare un meccanismo di appello⁴⁴. Il lodo può essere sottoposto a revisione soltanto qualora vengano scoperti fatti ignoti al tribunale e alla parte istante⁴⁵. Analogamente, il lodo può essere annullato soltanto da un comitato ad hoc di tre membri nominato dal presidente del Consiglio di amministrazione qualora sussistano le seguenti motivazioni: vizio nella costituzione del tribunale; manifesto eccesso di potere da parte del tribunale; corruzione di un membro del tribunale; inosservanza grave di una regola di procedura fondamentale; difetto di motivazione della sentenza⁴⁶. Una seconda argomentazione a favore di una lettura restrittiva della sentenza Achmea fa leva proprio sulla specialità del regime istituito dalla Convenzione ICSID. A proporla è stato il tribunale arbitrale nella causa UP e C.D Holding Internationale contro Repubblica ungherese⁴⁷, sottoposta all'esame del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimento sulla base del TBI tra Francia e Ungheria del 6 novembre 1986. Nel dichiarare di ritenere che la sua giurisdizione debba determinarsi esclusivamente sulla base della Convenzione ICSID, ossia sulla base di un trattato multilaterale specificamente diretto a dirimere le controversie sorte tra investitori privati e Stati contraenti, il tribunale arbitrale mette in luce una serie di fattori che a suo giudizio rendono impossibile estendere la portata della sentenza Achmea al caso sottoposto al suo esame. In primo luogo,

provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state. A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation.”.

⁴⁴ Mauro M.R., supra n. 37, p. 402 che cita artt. 51-53.

⁴⁵ Convenzione ICSID, art. 51, para. 1: “Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant’s ignorance of that fact was not due to negligence.”.

⁴⁶ Convenzione ICSID, art. 52, para. 1: “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; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.”.

⁴⁷ UP e C.D Holding Internationale contro Repubblica ungherese, caso ICSID n. ARB/13/35, lodo del 9 ottobre 2018.

esso dà rilievo al fatto che mentre il diritto applicabile al procedimento arbitrale che vede coinvolte la Achmea B.V e la Repubblica slovacca è quello tedesco, come conseguenza del fatto che la sede dell'arbitrato è Francoforte sul Meno, il diritto applicabile al procedimento arbitrale che vede coinvolte la UP e C.D Holding Internationale e la Repubblica ungherese è costituito dalla Convenzione ICSID e dalle regole di arbitrato del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimento⁴⁸, sebbene la sede dell'arbitrato sia Londra; in secondo luogo, esso pone enfasi sul fatto che mentre il controllo giurisdizionale del lodo che il collegio arbitrale nel caso Achmea B.V. contro Repubblica slovacca ha emesso rientra nella competenza dei giudici tedeschi, il controllo giurisdizionale del lodo che il tribunale arbitrale nel caso UP e C.D Holding Internationale contro Repubblica ungherese emetterebbe non spetta ai giudici britannici ma è disciplinato dalla procedura di annullamento di cui all'articolo 52 della Convenzione ICSID; in terzo luogo, esso mette in evidenza il fatto che mentre la sentenza Achmea è stata resa a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Bundesgerichtshof nell'ambito del controllo giurisdizionale cui è stato sottoposto il lodo del collegio arbitrale nel caso Achmea B.V. contro Repubblica slovacca, la procedura di annullamento cui potrebbe essere sottoposto il lodo del tribunale arbitrale nel caso UP e C.D Holding Internationale contro Repubblica ungherese conduce all'emissione di una decisione finale da parte di un comitato ad hoc sottratta a qualsiasi controllo giurisdizionale ulteriore⁴⁹.

Una terza argomentazione, più formale, basa l'inapplicabilità delle affermazioni della Corte di giustizia nella sentenza Achmea alla clausola compromissoria contenuta in un TBI interno all'Unione sulla circostanza che la celebre decisione non faccia riferimento all'incompatibilità delle disposizioni contenute nella Convenzione ICSID con il diritto dell'Unione europea o all'estinzione degli impegni assunti in forza di detta convenzione a seguito dell'adesione della parte convenuta all'Unione europea⁵⁰. A utilizzare questa argomentazione è stato il tribunale arbitrale nella già citata causa UP e C.D Holding Internationale contro

⁴⁸ In seguito regole di arbitrato ICSID.

⁴⁹ UP e C.D Holding Internationale contro Repubblica ungherese, supra n. 47, paras. 254-255 che cita Achmea, supra n. 4, paras. 10, 23 e 52-53.

⁵⁰ Ivi, paras. 258-263.

Repubblica ungherese. A motivo del fatto che la Corte di giustizia non si sia pronunciata in merito agli effetti della sua sentenza sulla decisione dell'Ungheria di accettare il ricorso all'arbitrato del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimento, esso conclude che la sentenza Achmea non fornisce alcuna indicazione riguardo alle questioni che è incaricato di affrontare nel caso di specie⁵¹.

2.5 Conclusioni

Alla luce di tali considerazioni, risulta possibile affermare che sia le argomentazioni che propongono una lettura estensiva sia le argomentazioni che propongono una lettura restrittiva hanno una loro fondatezza. Coloro che le propugnano assumono una prospettiva diversa a seconda dell'ordinamento giuridico cui appartengono. Queste argomentazioni appaiono equamente condivisibili, dal momento che le parti intervenute effettuano il loro esame della vicenda con il preciso scopo di preservare tale ordinamento. Ciò appare quantomai comprensibile, dato che è a suddetto ordinamento che esse devono la loro esistenza. I proponenti hanno infatti tutto l'interesse di salvaguardare il complesso di norme che costituisce il fondamento giuridico del loro agire. Da un lato, la Commissione europea e gli avvocati generali fondano le loro tesi sulla necessità di assicurare che il diritto dell'Unione europea conservi la sua peculiare autonomia, la quale potrebbe essere messa in discussione qualora un'istanza giuridica esterna sia chiamata a interpretare e applicare il diritto dell'Unione europea. Dall'altro, i tribunali arbitrali riconoscono alla sentenza della Corte di giustizia un'inedita rilevanza nell'ambito del rapporto tra il diritto internazionale degli investimenti e il diritto dell'Unione europea, preferendo tuttavia assumere una prospettiva che attribuisce maggiore importanza alle norme pattizie sulla base delle quali l'esame della loro competenza giurisdizionale va effettuato. Nel prossimo capitolo si procederà all'analisi di una serie di elementi utili ad approfondire tale discorso che contribuiranno a fare luce soprattutto sulla validità delle argomentazioni addotte dalla Commissione europea a sostegno di una lettura estensiva della sentenza Achmea.

⁵¹ Ivi, paras. 266-267.

Capitolo III

La sentenza Achmea e la sua rilevanza sulla questione dell'applicabilità del Trattato sulla Carta dell'energia nei rapporti intra-europei tra investitori privati e Stati membri dell'Unione europea

Sommario

3.1 Introduzione	37
3.2 L'esito incerto dell'analisi effettuata sulla base delle pertinenti norme in materia di coordinamento fra strumenti giuridici	38
3.3 Il processo negoziale per la conclusione del Trattato sulla Carta dell'energia	42
3.4 L'esigenza giuridica di concludere il Trattato sulla Carta dell'energia come un accordo misto	48
3.5 Il diritto dell'Unione europea come parte del contesto fattuale della disputa	55
3.6 L'incompatibilità dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia con il diritto dell'Unione europea	62
3.7 I tentativi di modernizzazione del Trattato sulla Carta dell'energia	66

3.1 Introduzione

Il dibattito che contrappone un'interpretazione estensiva a un'interpretazione restrittiva della sentenza Achmea, ciascuna rispettivamente sorretta da argomentazioni favorevoli e argomentazioni contrarie all'applicazione delle affermazioni della Corte di giustizia a trattati in materia di investimento diversi dall'Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca, necessita di un ulteriore esame. Ciò appare particolarmente opportuno per quel che concerne la possibilità che le conclusioni cui la Corte di giustizia è giunta con la sentenza del 6 marzo 2018 rendano il contenuto del Trattato sulla Carta dell'energia, in particolare la clausola compromissoria di cui all'articolo 26, inapplicabile alle controversie sorte tra un investitore privato di uno Stato membro e un altro Stato membro. Nell'effettuare questo approfondimento, oltre a dover prendere in considerazione ciò che risulta

desumibile dalle pertinenti norme in materia di coordinamento fra strumenti giuridici (paragrafo 3.2), dal processo negoziale per la conclusione del Trattato sulla Carta dell'energia (paragrafi 3.3 e 3.4) e dal parere 1/17 del 30 aprile 2019 (paragrafo 3.5), occorre tener conto di tutto quanto è possibile dedurre dalle recenti affermazioni della Corte di giustizia nella decisione relativa al caso Repubblica di Moldova contro società Komstroy LLC (paragrafo 3.6). Appare quindi necessario individuare tutte le possibili implicazioni di detta sentenza sul futuro dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia (paragrafo 3.7).

3.2 L'esito incerto dell'analisi effettuata sulla base delle pertinenti norme in materia di coordinamento fra strumenti giuridici

Le norme in materia di coordinamento tra accordi successivi le cui parti contraenti coincidono contenute nel diritto primario dell'Unione europea e nel Trattato sulla Carta dell'energia, nonché nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, non sembrano condurre alla conclusione che il diritto primario dell'Unione europea debba indiscutibilmente prevalere sul Trattato sulla Carta dell'energia¹. Relativamente ai Trattati istitutivi, l'unica disposizione che funge da regola volta a risolvere eventuali conflitti tra gli accordi internazionali conclusi dagli Stati membri e il diritto dell'Unione europea è l'articolo 351 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il cui primo paragrafo stabilisce che:

Le disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra².

Sulla base di quanto appena riportato, appare possibile sostenere che le disposizioni del Trattato sulla Carta dell'energia, compreso l'articolo che istituisce un meccanismo di risoluzione delle controversie tra un investitore privato e una parte

¹ Talus K. E Särkänne K., (2020), "Achmea, the ECT and the Impact on Energy Investment in the EU", in Baltag C. e Stanič A. (a cura di), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, p. 17 che cita art. 351 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (351 TFUE), art. 16 del Trattato sulla Carta dell'energia (16 TCE), artt. 30 e 59 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (30 e 59 CVDT).

² Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea 2016/C 202/01, (GU C 202 del 7.6.2016, pag. 13), art. 351, para. 1.

contraente, siano destinate ad avere la meglio sulle disposizioni dei Trattati istitutivi nel caso in cui uno Stato membro abbia aderito all'Unione europea soltanto dopo essere diventato parte contraente al Trattato sulla Carta dell'energia³.

Per quanto concerne il Trattato sulla Carta dell'energia, esso contiene una propria regola in materia di coordinamento fra strumenti giuridici, ossia l'articolo 16 intitolato "Rapporti con altri accordi", il quale prevede che:

Qualora due o più parti contraenti del presente Trattato abbiano concluso precedentemente un accordo internazionale o concludano successivamente un accordo internazionale le cui disposizioni trattano le materie oggetto delle Parti III e V del presente Trattato,

1. nessuna disposizione delle Parti III e V del presente Trattato può essere interpretata come deroga a una qualsiasi delle disposizioni dell'altro accordo o al diritto alla risoluzione delle controversie previsto dall'altro accordo; e
2. nessuna disposizione dell'altro accordo può essere interpretata come deroga a una qualsiasi disposizione delle Parti III e V del presente Trattato o al diritto alla risoluzione delle controversie previsto dal presente Trattato,

qualora una qualsiasi di dette disposizioni sia più favorevole per l'investitore o l'investimento⁴.

³ Questo è il caso di Stati membri quali: Bulgaria, che ha ratificato il Trattato sulla Carta dell'energia nel 1996 e ha aderito all'Unione europea nel 2007; Repubblica ceca, che ha ratificato il Trattato sulla Carta dell'energia nel 1996 e ha aderito all'Unione europea nel 2004; Cipro, che ha ratificato il Trattato sulla Carta dell'energia nel 1998 e ha aderito all'Unione europea nel 2004; Croazia, che ha ratificato il Trattato sulla Carta dell'energia nel 1997 e ha aderito all'Unione europea nel 2013; Estonia, che ha ratificato il Trattato sulla Carta dell'energia nel 1998 e ha aderito all'Unione europea nel 2004; Lettonia, che ha ratificato il Trattato sulla Carta dell'energia nel 1995 e ha aderito all'Unione europea nel 2004; Lituania, che ha ratificato il Trattato sulla Carta dell'energia nel 1998 e ha aderito all'Unione europea nel 2004; Malta, che ha ratificato il Trattato sulla Carta dell'energia nel 2001 e ha aderito all'Unione europea nel 2004; Polonia, che ha ratificato il Trattato sulla Carta dell'energia nel 2000 e ha aderito all'Unione europea nel 2004; Romania, che ha ratificato il Trattato sulla Carta dell'energia nel 1996 e ha aderito all'Unione europea nel 2007; Slovacchia, che ha ratificato il Trattato sulla Carta dell'energia nel 1995 e ha aderito all'Unione europea nel 2004; Slovenia, che ha ratificato il Trattato sulla Carta dell'energia nel 1997 e ha aderito all'Unione europea nel 2004; Ungheria, che ha ratificato il Trattato sulla Carta dell'energia nel 1998 e ha aderito all'Unione europea nel 2004.

⁴ The International Energy Charter. Consolidated Energy Charter Treaty with Related Documents, Last Updated on 15 January 2016, art. 16.

Quanto affermato alla luce della sopracitata norma contenuta nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, vale a dire che per gli Stati membri che hanno concluso il Trattato sulla Carta dell'energia antecedentemente alla data della loro adesione all'Unione europea le disposizioni del primo prevalgono sulle disposizioni dei Trattati istitutivi, appare valido anche in forza della regola appena trascritta soltanto qualora le disposizioni contenute nelle Parti III e V del Trattato sulla Carta dell'energia risultino più favorevoli del regime di tutela degli investimenti e del sistema di risoluzione delle controversie stabiliti dai Trattati istitutivi.

Rispetto alla Convenzione di Vienna, due sono le disposizioni cui fare ricorso in caso di incompatibilità tra norme convenzionali, ossia gli articoli 30 e 59, intitolati rispettivamente “Applicazione di trattati successivi aventi per oggetto la stessa materia” e “Estinzione di un trattato o sospensione della sua applicazione derivanti implicitamente dalla conclusione di un trattato successivo”. L'Unione europea non ha siglato la Convenzione di Vienna, ma si ritiene che quest'ultima corrisponda in massima parte al diritto internazionale consuetudinario. Il paragrafo 1 dell'articolo 59 CVDT afferma che:

Un trattato è considerato estinto quando tutte le parti di questo trattato concludono successivamente un trattato avente per oggetto la stessa materia e:

- a. se risulta dal trattato posteriore o per altra via che secondo l'intenzione delle parti la materia deve essere disciplinata dal trattato medesimo; oppure
- b. se le disposizioni del trattato successivo sono incompatibili con quelle del trattato precedente a tal punto che è impossibile applicare contemporaneamente i due trattati⁵.

A prova del fatto che l'articolo in esame non sia in grado di fornire una risposta esaustiva alla questione del rapporto tra il diritto dell'Unione europea e il Trattato sulla Carta dell'energia sussiste la circostanza che la sua invocazione comporta necessariamente l'applicazione della procedura in materia di estinzione di un trattato di cui all'articolo 65 della Convenzione di Vienna, il quale obbliga la parte

⁵ The Vienna Convention on the Law of Treaties (with annex), Done at Vienna on 23 May 1969, Entered into force on 27 January 1980, No. 18232, art. 59, para. 1.

che intenda far valere una delle cause di estinzione del trattato a notificare la sua pretesa alle altre parti, escludendo quindi la possibilità che si contemplino ipotesi di estinzione implicita dell'accordo precedentemente concluso⁶. Poiché non è possibile parlare di estinzione di un trattato, viene a configurarsi un conflitto tra disposizioni appartenenti a due accordi successivi aventi per oggetto la stessa materia, l'articolo 351 TFUE e l'articolo 16 TCE. A tal riguardo, i paragrafi 3 e 4 dell'articolo 30 CVDT sanciscono che:

3. Quando tutte le parti a un precedente trattato sono anche parti a un trattato posteriore, senza che il trattato anteriore sia estinto o che la sua applicazione sia stata sospesa in virtù dell'articolo 59, il trattato anteriore si applica soltanto nella misura in cui le sue disposizioni sono compatibili con quelle del trattato posteriore.
4. Quando le parti a un trattato anteriore non sono tutte parti al trattato posteriore:
 - a. nei rapporti fra gli Stati parti ai due trattati la regola applicabile è quella enunciata al paragrafo 3;
 - b. nei rapporti fra uno Stato parte ai due trattati e uno Stato parte a uno soltanto di essi, il trattato al quale i due Stati sono parti regola i loro diritti e obblighi reciproci⁷.

Ai sensi della norma summenzionata, un contrasto come quello tra l'articolo 351 TFUE e l'articolo 16 TCE appare risolvibile mediante l'applicazione del trattato concluso posteriormente. A questo proposito, il Trattato sulla Carta dell'energia costituisce l'accordo successivo per le parti contraenti che hanno aderito all'Unione europea prima del 1998, mentre costituisce l'accordo precedente per le parti contraenti che hanno aderito all'Unione europea a partire dal 2004. In questo modo verrebbe a delinarsi un trattamento diverso fra Stati membri a seconda della data

⁶ Ivi, art. 65, para. 1: “La parte che, in base alle disposizioni della presente Convenzione, invoca un vizio del suo consenso a essere vincolata a un trattato, oppure un motivo per contestarne la validità o per sostenere l'estinzione del trattato, il recesso da esso o la sospensione della sua applicazione, deve notificare la sua pretesa alle altre parti. La notifica deve indicare la misura proposta nei riguardi del trattato e le ragioni di essa.”; Talus K. E Särkänne K., supra n. 1, p. 17; Happold M. e De Boeck M., (2021), “The European Union and the Energy Charter Treaty: What Next After Achmea?” in Andenas M., Pantaleo L., Happold M. e Contartese C. (a cura di), *EU External Action in International Economic Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, p. 263.

⁷ The Vienna Convention on the Law of Treaties, supra n. 5, art. 30, paras. 3 e 4.

di adesione all'Unione europea di ciascuno⁸. Ciò non si verificherebbe qualora si consideri che l'accordo istitutivo dell'Unione europea cui dover far riferimento sia il Trattato di Lisbona del 2009, ossia l'ultimo trattato di revisione di cui tutti gli Stati membri sono parte⁹. Tale interpretazione tuttavia confliggerebbe con il disposto dell'articolo 351 che fa esplicito richiamo al 1° gennaio 1958, ossia alla data di entrata in vigore dei Trattati di Roma¹⁰. Sulla base delle considerazioni qui formulate, risulta quindi possibile affermare che il ricorso alle pertinenti norme in materia di coordinamento fra strumenti giuridici nel tentativo di determinare con precisione il rapporto tra il diritto dell'Unione europea e il Trattato sulla Carta dell'energia non conduce a un esito inequivocabile.

3.3 Il processo negoziale per la conclusione del Trattato sulla Carta dell'energia

In ragione dei risultati deludenti cui l'analisi effettuata sulla base delle pertinenti norme in materia di coordinamento fra strumenti giuridici conduce, appare opportuno esaminare la questione oggetto del presente capitolo alla luce del processo negoziale che nel dicembre del 1994 ha portato alla conclusione del Trattato sulla Carta dell'energia. Quest'ultimo sembra dimostrare che, a differenza di quanto insistentemente sostenuto dalla Commissione europea, le parti contraenti a detto accordo hanno consciamente accettato la possibilità che le sue disposizioni trovassero applicazione anche nei rapporti interni all'Unione europea¹¹. Il dibattito circa la creazione di una Comunità energetica europea ha inizio nel giugno del 1990, quando il primo ministro danese Ruud Lubbers propone ai rappresentanti degli Stati membri riuniti nel Consiglio europeo la realizzazione di un regime dedicato al commercio e agli investimenti nel settore dell'energia che comprenda oltre all'Unione europea anche l'Unione sovietica e i paesi dell'Europa centrale e

⁸ Happold M. e De Boeck M., supra n. 6, p. 263.

⁹ Ibidem; Talus K. e Särkänne K., supra n. 1, p. 17; Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, GU C 306 del 13.12.2007, pp. 1-271.

¹⁰ Happold M. e De Boeck M., supra n. 6, p. 263 che cita art. 351 TFUE.

¹¹ Basedow R., (2020), "The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration", *Journal of International Economic Law*, vol. 23, n. 1, p. 290.

orientale¹². Scopo del piano Lubbers è promuovere l'integrazione politica ed economica tra l'Europa occidentale e il blocco sovietico, la quale arrecherebbe beneficio a entrambe le parti coinvolte, dal momento che la prima necessita di un accesso sicuro e conveniente alle fonti energetiche e ai mercati del secondo e il secondo abbisogna di un accesso duraturo e vantaggioso ai capitali e alle moderne tecnologie della prima¹³. Dopo aver accolto favorevolmente il piano Lubbers, il Consiglio europeo sceglie di affidare alla Commissione il compito di elaborare una proposta di testo per la Carta europea dell'energia, esprimendo così la chiara volontà di imprimere al progetto in questione un'impronta prettamente europea, nella necessità di presentarsi al cospetto dell'Unione sovietica come un attore unico in grado di esercitare un notevole potere negoziale¹⁴. Dopo aver saggiato gli interessi dei paesi facenti parte del blocco sovietico, la Commissione valuta positivamente il piano Lubbers, scorgendo nel progetto uno strumento volto a completare la creazione del mercato interno dell'energia¹⁵, e redige una bozza del testo dell'accordo, specificando i principi cui la cooperazione internazionale nel settore dell'energia dovrebbe prevalentemente ispirarsi¹⁶.

Le trattative per la conclusione della Carta europea dell'energia hanno inizio nel luglio del 1991, quando le delegazioni di cinquanta paesi si riuniscono a Bruxelles per la prima giornata di negoziati. Sebbene l'accordo sia concepito come un progetto di matrice prettamente europea, al tavolo dei negoziati siedono anche tutti i paesi extra-europei membri dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo

¹² Ivi, p. 276; The European Energy Charter, Communication from the Commission, Brussels, 14 February 1991, COM (91) 36 final, paras. 1-4; International Energy Charter, Process, Overview, disponibile al sito <Overview - Energy Charter>, consultato in data 13/04/2022.

¹³ Ivi, p. 277; Konoplyanik A. e Walde T., (2006), "Energy Charter Treaty and Its Role in International Energy", *Journal of Energy & Natural Resources*, vol. 24, n. 4, p. 524; Basedow R., (2021), "Moldova v. Komstroy and the Future of Intra-EU Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: What Does the ECT's Negotiating History Tell Us?", Kluwer Arbitration Blog, disponibile al sito <Moldova v. Komstroy and the Future of Intra-EU Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: What Does the ECT's Negotiating History Tell Us? - Kluwer Arbitration Blog>, consultato in data 13/04/2022.

¹⁴ Basedow R., supra n. 11, p. 278.

¹⁵ European Commission, supra n. 12, para. 6.

¹⁶ Basedow R., supra n. 11, p. 278; International Energy Charter, Process, European Energy Charter (1991), disponibile al sito <European Energy Charter (1991) - Energy Charter>, consultato in data 13/04/2022.

economici¹⁷. L'Unione europea e i suoi Stati membri sono congiuntamente rappresentati dalla presidenza del Consiglio e dalla Commissione. Essi assumono quindi un atteggiamento manifestamente coeso, rispetto al quale i singoli paesi intervengono soltanto relativamente a questioni di carattere tecnico rientranti nell'ambito delle materie di propria competenza¹⁸. Nell'autunno, il processo di negoziazione entra in una fase di stallo a causa dei primi segnali dell'ormai prossima disintegrazione del blocco sovietico. Alcune repubbliche socialiste infatti cominciano a declamare il controllo nella gestione delle risorse energetiche presenti nel proprio territorio, mettendo così in discussione la sovranità del governo centrale dell'Unione sovietica nel settore dell'energia¹⁹. La confusione determinata dall'incertezza circa l'identità dei firmatari del testo finale della Carta europea dell'energia rende impossibile rispettare quanto previsto dal piano di adozione dell'accordo. Alla metà di dicembre, avendo le delegazioni trovato un'intesa sulla questione generata dai disordini politici interni al blocco orientale, i ministri dell'energia delle parti negoziali si riuniscono a L'Aja per adottare il testo finale della Carta europea dell'energia²⁰. A firmare l'accordo sono i rappresentanti dell'Unione sovietica, dei paesi dell'Europa centrale e orientale, dell'Unione europea, degli Stati membri dell'Unione europea, degli Stati Uniti, del Canada e del Giappone²¹. Il testo finale ricalca il contenuto generale della bozza iniziale redatta dalla Commissione in febbraio. Oltre a illustrare i principi generali che sottendono l'intero progetto, esso rileva l'intenzione delle parti di adottare in tempi brevi un

¹⁷ Hobér K., (2020), "The Energy Charter Treaty", Oxford University Press, Oxford, p. 15. In seguito OCSE.

¹⁸ Basedow R., supra n. 11, p. 279.

¹⁹ Ivi, p. 280.

²⁰ Ibidem; International Energy Charter, supra n. 12, <2015_Energy_Charter_Process_General.pdf (energycharter.org)>, consultato in data 13/04/2022.

²¹ Afghanistan, Albania, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijan, Belgio, Bielorussia, Bosnia Erzegovina, Bulgaria, Burundi, Canada, Chad, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Euratom, Federazione russa, Finlandia, Francia, Georgia, Germania, Giappone, Giordania, Grecia, Indonesia, Irlanda, Islanda, Italia, Kazakhstan, Kirgizstan, Lettonia, Liechtenstein, Lituania, Lussemburgo, Malta, Marocco, Mauritania, Moldova, Mongolia, Montenegro, Niger, Nord Macedonia, Norvegia, Paesi Bassi, Pakistan, Palestina, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica ceca, Repubblica slovacca, Romania, Serbia, Siria, Slovenia, Spagna, Stati Uniti d'America, Svezia, Svizzera, Tajikistan, Turchia, Turkmenistan, Ucraina, Ungheria, Unione europea, Uzbekistan, Yemen; International Energy Charter, supra n. 16, consultato in data 13/04/2022.

trattato di carattere giuridicamente vincolante, essendo la Carta europea dell'energia una dichiarazione di natura meramente politica²².

Le trattative per la conclusione del Trattato sulla Carta dell'energia hanno inizio nel febbraio del 1992, quando i rappresentanti degli Stati membri elaborano un importante documento in cui esprimono la volontà di far sì che siano le disposizioni del diritto dell'Unione europea a essere applicate nei rapporti intra-UE, in caso di sovrapposizione con le disposizioni del Trattato sulla Carta dell'energia²³. Pur accettando il complesso di principi che sottendono il conseguimento degli obiettivi del futuro trattato, molte delegazioni incontrano non poche difficoltà nell'assimilare le nozioni giuridiche di base che sorreggono un'economia di mercato²⁴. Diventano presto evidenti le problematiche della situazione, dal momento che gli ordinamenti giuridici della Russia e degli Stati dell'Europa centrale e orientale non risultano adeguatamente sviluppati per permettere ai rispettivi governi di onorare impegni come quelli previsti dalle clausole contenute nei trattati internazionali in materia di investimento di stampo occidentale²⁵. Nella consapevolezza che un cambiamento radicale come quello necessario a trasformare economie pianificate in economie capitaliste non possa essere apportato con successo nel breve periodo, le parti negoziali decidono di posticipare le successive riunioni al mese di settembre²⁶. Tuttavia, la speranza di giungere alla conclusione del Trattato sulla Carta dell'energia già nell'autunno del 1992 sfuma con grande rapidità, a causa di una serie di disaccordi tra le delegazioni dei paesi coinvolti nel processo negoziale. A determinare questo rallentamento è soprattutto la questione concernente l'applicazione del principio di non discriminazione, che generalmente è reso operativo attraverso la clausola della nazione più favorita e la clausola del

²² Basedow R., supra n. 11, p. 276 che cita Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty and Related Documents*, 2004, pp. 209-226; Hobér K., supra n. 17, p. 15.

²³ Basedow R., supra n. 11, p. 281. Tracce del contenuto della suddetta dichiarazione ministeriale possono essere ritrovate nella comunicazione della Commissione europea del 4 novembre 1993 intitolata "The Energy Charter Treaty: Fresh Impetus from the European Community". In questo documento, la Commissione conferma la volontà della Comunità di veder inserita nel testo finale del Trattato sulla Carta dell'energia una clausola di disconnessione, sottolineando come tale disposizione sia stata già proposta in una dichiarazione ministeriale (vedi infra p. 40).

²⁴ Hobér K., supra n. 17, p. 16.

²⁵ Ivi, p. 17; Basedow R., supra n. 11, p. 282.

²⁶ Ibidem.

trattamento nazionale, alla fase che precede la realizzazione dell'investimento²⁷. Al fine di evitare che i negoziati per la conclusione del Trattato sulla Carta dell'energia sfocino in un completo fallimento, i rappresentanti dell'Unione europea prendono parte a un colloquio trilaterale con la delegazione statunitense e la delegazione russa per discutere del problema²⁸. Nell'ottobre del 1993, dal momento che detto incontro si rivela del tutto vano, la Commissione propone di proseguire le trattative sulla redazione di un testo di accordo da adottare in due stadi successivi²⁹. Sulla base di quanto suggerito dall'istituzione comunitaria, la questione della liberalizzazione degli investimenti nella fase precedente alla loro realizzazione verrebbe posticipata per un periodo di tre anni, durante il quale le parti contraenti il cui sistema giuridico appare adeguato sarebbero obbligate ad applicare la clausola del trattamento nazionale e le parti contraenti il cui sistema giuridico appare inadeguato sarebbero chiamate ad applicare la clausola della nazione più favorita, la quale è considerata il livello minimo di protezione da accordare agli investitori stranieri³⁰. La proposta della Commissione deriva specialmente dalla necessità di permettere alla Federazione russa e ai paesi dell'Europa centrale e orientale di emendare le rispettive legislazioni nazionali in senso favorevole alla totale liberalizzazione del mercato dell'energia, rendendo possibile l'applicazione della clausola del trattamento nazionale anche nei loro rapporti con gli investitori stranieri³¹. Una volta concluso il periodo di transizione infatti, la clausola del trattamento nazionale andrebbe inserita in un accordo supplementare in base al quale tutte le parti contraenti senza alcuna eccezione sarebbero tenute ad applicarla. Nel novembre del 1993, la Commissione informa il Consiglio e il Parlamento europeo circa la sua iniziativa per mezzo di una comunicazione³², nella quale ribadisce alcuni principi chiave diretti ad assicurare la salvaguardia dell'acquis comunitario, e in particolare

²⁷ Hobér K., supra n. 17, p. 17.

²⁸ Ibidem; Basedow R., supra n. 11, p. 284.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem; The International Energy Charter, supra n. 4, p. 36. La parte introduttiva del documento in questione riporta il testo della Carta europea dell'energia, nelle cui disposizioni finali le parti contraenti dichiarano quanto segue: "I rappresentanti dei firmatari convengono che, nel contesto della Carta europea dell'energia, il principio di non discriminazione implica, *come minimo*, la clausola della nazione più favorita. Un trattamento nazionale potrà formare oggetto di disposizioni negli accordi di base e/o nei protocolli." (corsivo aggiunto).

³¹ Hobér K., supra n. 17, p. 17.

³² Basedow R., supra n. 11, p. 285.

a dissipare qualsiasi dubbio circa il primato del diritto dell'Unione europea³³. A questo riguardo, la Commissione fa riferimento alla proposta di inserimento di una clausola di disconnessione contenuta nella summenzionata dichiarazione ministeriale del febbraio del 1992 affermando:

In order to dispel any ambiguity about the primacy of Community law, the Community proposed the inclusion, among the general exceptions to the Agreement, of the following clause separating the internal functioning of the Community from its external obligations under the Basic Agreement:

“In their mutual relations, Contracting Parties which are Member of the European Communities shall apply Community rules and shall not therefore apply the rules arising from this Agreement except insofar as there is no Community rule governing the particular subject concerned”.

At the moment this clause appears in a ministerial declaration. It ought to be included in the actual text of the Basic Agreement³⁴.

La delegazione francese appare scettica in merito all'obbligo di applicare la clausola della nazione più favorita, ritendendo che un simile vincolo causerebbe un'eccessiva discrepanza nei livelli di apertura agli investimenti esteri tra le parti contraenti³⁵. Dal suo punto di vista, ciò avrebbe influito ambiguamente sulle loro posizioni negoziali una volta iniziate le trattative per la conclusione dell'accordo supplementare. In conseguenza ai dubbi sollevati dalla Francia, le parti negoziali optano per un trattato che affidi ai governi nazionali la scelta circa il trattamento da accordare agli investitori stranieri, implichi questo l'estensione agli operatori economici di tutte le parti contraenti dei vantaggi previsti per gli investitori nazionali (clausola del trattamento nazionale) o l'estensione agli operatori economici di tutte le parti contraenti dei vantaggi previsti per gli investitori di una sola parte contraente (clausola della nazione più favorita)³⁶. Mentre la maggioranza

³³ The Energy Charter Treaty: Fresh Impetus from the European Community, Communication from the Commission, Brussels, 4 November 1993, COM (93) 542 final, p. 5.

³⁴ Ivi, p. 6.

³⁵ Hobér K., supra n. 17, p. 18; Basedow R., supra n. 11, p. 285.

³⁶ Hobér K., supra n. 17, p. 18; The International Energy Charter, supra n. 4, art. 10, paras. 2-3: “Ciascuna Parte contraente si adopera per concedere agli investitori di altre Parti contraenti, per quanto riguarda la realizzazione di investimenti nella propria area, il trattamento descritto al paragrafo 3. Ai fini del presente articolo, si intende per “trattamento”, il trattamento concesso da una

delle parti negoziali accoglie favorevolmente il progetto, inclusa la modifica apportata in seguito alle perplessità francesi, la delegazione statunitense rimane ferma sulle sue posizioni, insistendo sulla necessità di applicare la clausola del trattamento nazionale anche nella fase di distribuzione delle licenze di esplorazione e manifestando il bisogno di escludere gli stati federati dall'obbligo eventuale di osservare le disposizioni del Trattato sulla Carta dell'energia³⁷. Ma la conferenza delle delegazioni decide comunque di ultimare la redazione del testo del trattato sulla base della proposta comunitaria, correndo consapevolmente il rischio di provocare un rifiuto di firmare l'accordo da parte degli Stati Uniti. In occasione della cerimonia della firma precedentemente programmata per il 17 dicembre 1994, gli Stati Uniti annunciano definitivamente di volersi tirare indietro³⁸. Al giorno d'oggi, si contano in totale 54 sottoscrittori del Trattato sulla Carta dell'energia, di cui 41 hanno apposto la loro firma nel dicembre del 1994³⁹.

3.4 L'esigenza giuridica di concludere il Trattato sulla Carta dell'energia come un accordo misto

All'interno dell'ordinamento giuridico comunitario, il Trattato sulla Carta dell'energia si colloca in una posizione intermedia fra il diritto primario e il diritto derivato, in quanto costituisce un accordo internazionale ratificato sia dall'Unione europea sia dai suoi Stati membri. È proprio la scelta di concludere il trattato in

Parte contraente che non è meno favorevole di quello più favorevole previsto per i propri investitori o per gli investitori di qualsiasi altra Parte contraente o qualsiasi Stato terzo”.

³⁷ Hobér K., supra n. 17, p. 18; Basedow R., supra n. 11, p. 282.

³⁸ Hobér K., supra n. 17, p. 18; Basedow R., supra n. 11, p. 286.

³⁹ Le delegazioni che hanno siglato il Trattato sulla Carta dell'energia il 17 dicembre 1994 sono quella dell'Albania, dell'Armenia, dell'Austria, dell'Azerbaijan, del Belgio, della Bielorussia, della Bulgaria, di Cipro, della Croazia, della Danimarca, dell'Estonia, dell'Euratom, della Finlandia, della Francia, della Georgia, della Germania, della Grecia, dell'Irlanda, dell'Islanda, del Kazakistan, del Kirgizstan, della Lettonia, del Liechtenstein, del Lussemburgo, di Malta, della Moldova, dei Paesi Bassi, della Polonia, del Portogallo, del Regno Unito, della Romania, della Slovacchia, della Slovenia, della Spagna, della Svezia, della Svizzera, del Tajikistan, della Turchia, del Turkmenistan, dell'Ucraina e dell'Unione europea. Hanno successivamente firmato il Trattato sulla Carta dell'energia l'Ungheria (27 febbraio 1995), la Lituania (5 aprile 1995), l'Uzbekistan (5 aprile 1995), la Repubblica ceca (8 giugno 1995), la Bosnia Erzegovina (14 giugno 1995), il Giappone (16 giugno 1995), la Norvegia (16 giugno 1995), la Macedonia del nord (la Conferenza della Carta dell'energia ha approvato la sua richiesta di adesione l'8 luglio 1997), la Mongolia (la Conferenza della Carta dell'energia ha approvato la sua richiesta di adesione il 4 dicembre 1998), l'Afghanistan (la Conferenza della Carta dell'energia ha approvato la sua richiesta di adesione il 7 dicembre 2007), il Montenegro (la Conferenza della Carta dell'energia ha approvato la sua richiesta di adesione il 6 dicembre 2013), lo Yemen (la data della ratifica è il 19 luglio 2018), la Giordania (la data della ratifica è il 12 agosto 2018).

esame come un accordo misto a rendere verosimile l'applicazione delle sue disposizioni a livello intra-UE. A questo riguardo, l'analisi del processo negoziale appena effettuata potrebbe essere intesa come una prova del fatto che la decisione di conferire al Trattato sulla Carta dell'energia la qualifica di accordo misto non costituisca espressione della chiara intenzione di assicurare che il suo contenuto regoli anche le relazioni che gli Stati membri intrattengono tra loro nel settore dell'energia⁴⁰. Infatti, l'atteggiamento manifestamente coeso mostrato in sede di trattative potrebbe essere indicativo della circostanza che né l'Unione europea né i suoi Stati membri vogliano che le disposizioni del Trattato sulla Carta dell'energia trovino applicazione a livello intra-UE⁴¹. Ciò indurrebbe a pensare che la ratifica di detto accordo da parte sia dell'Unione europea sia dei suoi Stati membri derivi da una necessità di natura eminentemente giuridica⁴². Infatti, la regolamentazione contenuta nel Trattato sulla Carta dell'energia riguarda materie che al momento della ratifica rientravano non solo nell'ambito delle competenze dell'Unione europea ma anche nell'ambito delle competenze degli Stati membri. In particolare, il negoziato per la conclusione del Trattato sulla Carta dell'energia procede parallelamente alla controversia tra la Commissione e gli Stati membri circa l'estensione delle competenze dell'Unione europea nell'ambito della politica commerciale comune⁴³.

A questo proposito, occorre rammentare che le disposizioni regolanti la politica commerciale comune del Trattato di Roma non attribuivano alle istituzioni comunitarie alcuna competenza in materia di investimenti internazionali, nonostante le raccomandazioni contenute nel rapporto Spaak in merito alla realizzazione di un regime volto a stabilire una disciplina comune concernente il flusso di capitali europei diretto verso paesi terzi allo scopo di garantire un'efficace deregolamentazione dei movimenti di denaro all'interno della nascente Comunità⁴⁴. L'inaugurazione dell'ottavo ciclo di negoziati in sede GATT riaccende il dibattito circa la portata della competenza esclusiva che l'articolo 113 del Trattato

⁴⁰ Basedow R., supra n. 11, p. 288.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Basedow R., (2016), "A Legal History of the EU's International Investment Policy", *The Journal of World Investment & Trade*, European University Institute, Firenze, p. 745.

di Roma attribuisce alla Comunità in materia di politica commerciale, il quale assume toni particolarmente aspri in occasione della redazione del Trattato di Maastricht⁴⁵. Alla Conferenza intergovernativa sull'Unione politica infatti, la Commissione suggerisce una serie di riforme che ritiene necessario apportare alle disposizioni di diritto primario disciplinanti la politica commerciale comune al fine di includervi tutti gli aspetti caratterizzanti le questioni più discusse nell'ambito dell'Uruguay round, comprese quelle relative agli investimenti internazionali⁴⁶. Sebbene a causa della forte contrarietà dei governi nazionali il testo finale dell'accordo siglato nell'antica città olandese non soddisfi le raccomandazioni della Commissione, l'Unione europea acquisisce accidentalmente una serie di competenze relative agli investimenti internazionali come risultato della revisione dei capitoli posti a regolamentazione dei movimenti di capitale fra gli Stati membri e i paesi terzi⁴⁷. Nell'aprile del 1994, poche settimane prima della firma del Trattato

⁴⁵ Ivi, p. 747; Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, art. 113: “1. Dopo lo spirare del periodo transitorio, la politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, specialmente per quanto concerne le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali, l'uniformazione delle misure di liberalizzazione, la politica d'esportazione e le misure di difesa commerciale, tra cui quelle da adottarsi in casi di dumping e di sovvenzioni. 2. Ai fini dell'attuazione della politica commerciale comune, la Commissione sottopone delle proposte al Consiglio. 3. Qualora si debbano negoziare accordi con paesi terzi, la Commissione presenta raccomandazioni al Consiglio che l'autorizza ad aprire i negoziati necessari. Tali negoziati sono condotti dalla Commissione in consultazione con un Comitato speciale designato dal Consiglio per assisterla in questo compito e nel quadro delle direttive che il Consiglio può impartirle. 4. Nell'esercizio delle competenze che gli sono conferite dal presente articolo il Consiglio delibera a maggioranza qualificata.”.

⁴⁶ Ivi, pp. 748-749 che cita Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, CONF-UP 1788/91, 1991, pp. 28-29. A tal riguardo, nel parere 1/94 della Corte di giustizia dell'Unione europea, a sostegno della sua decisione di respingere il tentativo della Commissione di ampliare la portata della politica commerciale comune mediante un'interpretazione giudiziaria, il Consiglio afferma quanto segue: “Alla Conferenza intergovernativa sull'unione politica, la Commissione aveva proposto un siffatto ampliamento delle competenze della Comunità. La nozione di politica commerciale comune sarebbe stata sostituita da quella di politica comune in materia di relazioni economiche esterne, la quale avrebbe compreso in particolare “le misure economiche e commerciali in materia di servizi, di capitali, di proprietà intellettuale, di investimento, di stabilimento e di concorrenza”, settore dai limiti estensibili. Tale politica sarebbe rientrata nell'ambito della competenza esclusiva della Comunità. La Comunità sarebbe stata esclusivamente rappresentata dalla Commissione nelle relazioni con i paesi terzi, con le organizzazioni internazionali e nelle conferenze internazionali. Secondo il Consiglio, con la sua domanda di parere la Commissione cercherebbe di far accogliere, mediante un'interpretazione giudiziaria, proposte respinte in occasione della Conferenza intergovernativa sull'Unione politica. Questo argomento si ritrova nelle memorie dei governi francese, danese e del Regno Unito.” (vedi infra p. 46).

⁴⁷ Ivi, pp. 749-750 che cita Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, CONF-UP 1845/91, 1991, p. 31, Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, CONF-UP 1850/91, 1991, p. 30, Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, CONF-UP 1862/91, 1991, p. 31, Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, CONF-UP 2017/91, 1991, p. 59.

sulla Carta dell'energia, le parti all'Accordo generale sulle tariffe e sul commercio raggiungono un compromesso ponendo fine all'ottavo ciclo di negoziazioni⁴⁸. Esito di tali trattative è la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, la cui convenzione istitutiva include l'Accordo sul commercio internazionale di servizi e l'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio⁴⁹. Anche in questa occasione, gli Stati membri si oppongono all'idea propugnata dalla Commissione secondo cui la portata della politica commerciale comune è tale da consentirle di concludere l'Accordo che istituisce l'organizzazione mondiale del commercio senza la partecipazione dei primi⁵⁰. La Commissione decide quindi di deferire la questione alla Corte di giustizia, la quale aderisce alla visione degli Stati membri ritenendo opportuno che il trattato istitutivo dell'OMC sia concluso come un accordo misto. Dal suo punto di vista infatti, alcune delle modalità di fornitura dei servizi considerate dal GATS non possono ritenersi come rientranti nella nozione di politica commerciale comune contenuta nell'articolo 113 TCE, sebbene il carattere dominante che il settore in questione ha assunto nell'economia di alcuni paesi sviluppati renda impossibile escludere a priori il commercio dei servizi dalla sfera di applicazione di detta norma, e le regole atte a garantire il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale contemplate dal TRIP non possono ritenersi come concernenti la materia disciplinata dall'articolo 113 TCE, sebbene la funzione principale che le disposizioni in questione sono chiamate a svolgere consista nel permettere ai titolari dei diritti di proprietà intellettuale di impedire ai terzi di compiere atti strettamente connessi al commercio dei prodotti cui esse si applicano⁵¹. In sintesi, la Corte di giustizia asserisce che la competenza dell'Unione europea a concludere sia il GATS sia il TRIP è ripartita con gli Stati membri, pur essendo la Comunità esclusivamente competente a partecipare agli Accordi multilaterali relativi al commercio dei prodotti in forza dell'articolo 113 TCE⁵².

⁴⁸ Ivi, p. 751.

⁴⁹ In seguito OMC, GATS e TRIP.

⁵⁰ Basedow R., supra n. 44, p. 751.

⁵¹ Parere 1/94, Competenza della Comunità europea a stipulare l'Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, in particolare l'Accordo generale sul commercio dei servizi (GATS) e l'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale, ivi compreso il commercio dei prodotti contraffatti (TRIP), ECLI:EU:C:1994:384, pp. I-5399-I-5409, paras. 36-71.

⁵² Ivi, p. I-5422.

Analogamente, gli Stati membri manifestano il loro disappunto rispetto alle asserzioni della Commissione rivendicanti una competenza esclusiva dell'Unione europea a concludere la terza decisione modificata del Consiglio dell'OCSE relativa al trattamento nazionale, un gentlemen's agreement emanato nel dicembre del 1991 che impegna ogni paese membro a garantire che agli investitori provenienti da un altro paese membro sia riservato un trattamento non meno favorevole di quello accordato agli investitori nazionali⁵³. Il Regno del Belgio decide infatti di adire la Corte di giustizia, la quale accoglie le critiche dei governi nazionali sostenendo che l'Unione europea e gli Stati membri sono congiuntamente competenti a partecipare alla conclusione della decisione in questione. Dal suo punto di vista infatti, la norma del trattamento nazionale cui la decisione rinvia riguarda, da un lato, le condizioni della partecipazione delle imprese controllate da stranieri agli scambi tra gli Stati membri e i paesi terzi, condizioni queste soggette alle norme che definiscono la politica commerciale comune della Comunità, dall'altro, le condizioni della partecipazione delle imprese controllate da stranieri alla vita economica interna degli Stati membri nei quali esse operano, condizioni queste soggette alle norme che definiscono il mercato interno della Comunità⁵⁴. In altre parole, la Corte di giustizia afferma che la competenza a partecipare alla terza decisione che le disposizioni riguardanti la politica commerciale comune del Trattato di Roma attribuiscono all'Unione europea non investe tutte le materie contemplate dalla norma del trattamento nazionale in essa contenuta⁵⁵.

Nonostante le pronunce della Corte di giustizia, la Commissione continua imperterrita nella sua crociata volta all'inclusione di materie connesse agli investimenti internazionali nell'ambito della politica commerciale comune per cui il Trattato di Roma assegnava alla Comunità una competenza esclusiva. Ciò si dimostra vero in occasione della redazione del Trattato di Amsterdam, quando la Commissione redige su richiesta del Consiglio un rapporto in cui giudica scarse nel numero e insignificanti nella portata le modifiche agli articoli concernenti la politica

⁵³ Basedow R., supra n. 45, p. 753.

⁵⁴ Parere 2/92, Competenza della Comunità o di una delle sue istituzioni a partecipare alla terza decisione modificata del Consiglio dell'OCSE relativa al trattamento nazionale, ECLI:EU:C:1995:83, pp. I-557-I-558, paras. 18-28.

⁵⁵ Ivi, p. I-560, para. 35.

commerciale comune effettuate dal Trattato di Maastricht⁵⁶. In particolare, dal punto di vista della Commissione, per adattarsi efficacemente ai cambiamenti recentemente occorsi nella struttura del commercio internazionale, la politica commerciale comune dovrebbe includere la regolamentazione riguardante oltre che il commercio dei servizi e la protezione dei diritti di proprietà intellettuale anche la realizzazione degli investimenti diretti esteri⁵⁷. Nello specifico, per quel che riguarda questi ultimi, la Commissione ritiene che le competenze acquisite dall'Unione europea in conseguenza alla revisione delle disposizioni relative ai movimenti di capitale non possano essere efficacemente esercitate se gli Stati membri continuano a concludere trattati bilaterali di investimento con paesi terzi⁵⁸. La posizione della Commissione circa il ruolo dell'Unione europea nel campo degli investimenti internazionali è stata in realtà già dettagliatamente illustrata in una comunicazione rilasciata alcune settimane prima della pubblicazione del rapporto summenzionato, nella quale l'istituzione comunitaria ha lanciato un programma di accordi bilaterali di investimento tra l'Unione europea e i paesi terzi al fine di evitare eventuali discriminazioni tra le imprese del continente⁵⁹. Sebbene i rappresentanti del governo irlandese cui spetta la presidenza della conferenza intergovernativa nel corso del secondo semestre del 1996 incoraggino una seria valutazione delle raccomandazioni della Commissione, gli Stati membri mostrano limitato interesse per le questioni sollevate dall'istituzione comunitaria in materia di investimenti internazionali⁶⁰.

Queste osservazioni relative alla controversia tra la Commissione e gli Stati membri circa l'estensione delle competenze dell'Unione europea nell'ambito della politica commerciale comune parrebbero quindi suggerire che la scelta di concludere il

⁵⁶ Basedow R., supra n. 44, p. 755 che cita European Commission, "Report on the Operation of the Treaty on the European Union", Brussels, 10 May 1995, SEC (95) 731 final, p. 57.

⁵⁷ European Commission, supra n. 56, pp. 57-58.

⁵⁸ Ivi, p. 58.

⁵⁹ European Commission, "A Level Playing Field for Direct Investment World-Wide", Communication from the Commission, Brussels, 1 March 1995, COM (95) 42 final, p. 11.

⁶⁰ European Parliament, "White Paper on the 1996 Intergovernmental Conference Volume II. Summary of Positions of the Member States of the European Union with a View to the 1996 Intergovernmental Conference", disponibile al sito <WHITE PAPER ON THE 1996 INTERGOVERNMENTAL CONFERENCE VOLUME II (TOC) (europa.eu)>, consultato il 26/04/2022. Soltanto i governi di Germania, Italia e Svezia manifestano l'intenzione di discutere della politica commerciale comune.

Trattato sulla Carta dell'energia come un accordo misto è stata determinata da un'esigenza di natura prettamente giuridica. È al fine di evitare eventuali fraintendimenti che l'Unione europea chiede alle altre delegazioni di inserire nel testo dell'accordo una clausola di disconnessione. La richiesta viene dapprima formulata dal Consiglio nella dichiarazione ministeriale del febbraio del 1992 poi ribadita dalla Commissione nella comunicazione del novembre del 1993⁶¹. Essa sembrerebbe sintomatica del fatto che gli Stati membri non avessero intenzione di permettere che le disposizioni del Trattato sulla Carta dell'energia trovassero applicazione nei loro rapporti reciproci nonostante la scelta di ratificarlo come un accordo misto. La clausola mirava infatti a far sì che in caso di sovrapposizione fra la disciplina prevista dal diritto dell'Unione europea e la disciplina prevista dal Trattato sulla Carta dell'energia fosse la prima a prevalere nei rapporti a livello intra-UE⁶². Tuttavia, la proposta viene improvvisamente rimossa dai documenti negoziali e la norma viene definitivamente esclusa dal testo finale⁶³. A questo riguardo, risulterebbe ragionevole affermare che l'urgenza di superare le considerevoli complicazioni cui le trattative erano andate incontro e allentare le conseguenti tensioni che erano venute a crearsi tra le delegazioni abbia indotto l'Unione europea a cedere sulla questione della clausola di disconnessione. Ciò rivelerebbe che l'Unione europea e i suoi Stati membri hanno accettato consapevolmente la prospettiva che le disposizioni del Trattato sulla Carta dell'energia trovino applicazione nei loro rapporti reciproci. Del resto, per mezzo di una dichiarazione politica pubblicata nel 1998, essi hanno ribadito il loro generale consenso al meccanismo di risoluzione delle controversie di cui all'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia senza esplicitamente limitarne l'applicazione a livello extra-UE⁶⁴. Il tutto metterebbe in discussione le affermazioni della Commissione relative all'esistenza di una clausola di

⁶¹ Vedi supra pp. 38 e 40.

⁶² European Commission, supra n. 33, p. 6.

⁶³ Basedow R., supra n. 11, p. 289.

⁶⁴ Comunicazione presentata dalla Comunità europea al segretario della Carta dell'energia conformemente all'articolo 26, paragrafo 3, lettera b), punto iii) del trattato sulla Carta dell'energia, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, L 69, 9 marzo 1998, p. 115.

disconnessione implicita che impedisce che il contenuto del Trattato sulla Carta dell'energia abbia una qualche efficacia nei rapporti tra Stati membri⁶⁵.

3.5 Il diritto dell'Unione europea come parte del contesto fattuale della disputa

Dopo aver preso in considerazione la possibilità che l'Unione europea e i suoi Stati membri abbiano consapevolmente deciso di consentire al contenuto del Trattato sulla Carta dell'energia di trovare applicazione a livello intra-UE, occorre proseguire lo studio della questione oggetto del presente capitolo con l'esame delle affermazioni della Corte di giustizia nel parere 1/17. Quest'ultimo potrebbe fornire un'argomentazione a sostegno dell'idea che le principali obiezioni mosse alla giurisdizione del tribunale arbitrale istituito ai sensi dell'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca nella sentenza *Achmea* non possono estendersi alla clausola compromissoria di cui all'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia⁶⁶. Emerge infatti da tale analisi una cauta accettazione del ricorso al sistema giurisdizionale degli investimenti previsto dall'Accordo economico e commerciale globale tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra⁶⁷, il quale presenta importanti analogie con il meccanismo di risoluzione delle controversie tra un investitore privato e una parte contraente disciplinato dall'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia⁶⁸.

Il CETA è un accordo di libero scambio il cui obiettivo principale consiste nell'abolire gli ostacoli tariffari che incidono sul commercio dei beni e dei servizi tra il Canada e l'Unione europea⁶⁹. A seguito del verificarsi di un considerevole ampliamento della portata della politica commerciale comune dovuto all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Commissione europea evidenzia la necessità di considerare il CETA come un accordo la cui ratifica spetta esclusivamente

⁶⁵ Sulle affermazioni della Commissione europea relative all'esistenza di una clausola di disconnessione implicita all'interno del Trattato sulla Carta dell'energia si veda supra Capitolo II, para. 2.2.

⁶⁶ Dashwood A., (2021), "Article 26 ECT and Intra-EU Disputes – the Case against an Expansive Reading of *Achmea*", *European Law Review*, vol. 46, n. 4, p. 415.

⁶⁷ In seguito CETA.

⁶⁸ Dashwood A., supra n. 66, p. 426; Fanou M., (2020), "The CETA ICS and the Autonomy of the EU Legal Order in Opinion 1/17 - A Compass for the Future", *Cambridge Yearbook of European legal studies*, n. 22/2020, p. 107.

⁶⁹ Dashwood A., supra n. 66, p. 426; Parere 1/17, Accordo economico e commerciale globale tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra (CETA), ECLI:EU:C:2019:341, para. 2.

all'Unione europea. Tuttavia, la contrarietà espressa dalla maggior parte degli Stati membri relativamente a detta proposta induce l'istituzione comunitaria a suggerire di concludere il CETA come un accordo misto. Le conseguenze di tale decisione non tardano a manifestarsi, dal momento che nell'ottobre del 2016 il parlamento della regione belga della Vallonia pone un veto alla ratifica del CETA da parte del governo centrale di Bruxelles, esprimendo perplessità circa il meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati previsto dall'accordo. Ciò conduce all'apertura di una fase di negoziati fra il governo federale belga e la Commissione, da un lato, e il governo regionale vallone, dall'altro⁷⁰. Risultato di queste trattative è un compromesso sulla base del quale, in cambio dell'approvazione della conclusione del CETA da parte del parlamento della Vallonia, il governo centrale di Bruxelles avrebbe dovuto presentare una domanda di parere alla Corte di giustizia circa la compatibilità del sistema giurisdizionale degli investimenti previsto dall'accordo con il diritto dell'Unione europea⁷¹. In risposta alla domanda formulata dal Regno del Belgio, la Corte di giustizia effettua un'analisi puntuale dell'articolo 8.31 del CETA, ossia la clausola relativa al diritto applicabile nei procedimenti arbitrali costituiti sulla base dell'accordo⁷². La Corte di giustizia apprezza l'accuratezza con cui gli autori hanno formulato la disposizione in questione, ritenendo che l'obbligo per il tribunale del CETA di applicare le disposizioni dell'accordo interpretandole in conformità con le regole e i principi del diritto internazionale e l'impossibilità per il tribunale del CETA di

⁷⁰ Fanou M., supra n. 68, p. 116 che cita Rankin J., "EU-Canada Trade Deal in Crisis as Canadian Minister Walks Out", *The Guardian*, 22 ottobre 2016, disponibile al sito <EU-Canada trade deal in crisis as Canadian minister walks out | International trade | The Guardian>. Nell'articolo appena citato è possibile rintracciare alcune dichiarazioni rilasciate dal ministro del commercio canadese successivamente al veto del parlamento vallone che risultano alquanto indicative del clima venutosi a creare: "It seems obvious that the EU is now not capable of having an international agreement, even with a country that shares European values such as Canada, even with a country that is so kind and patient. Canada is disappointed. I am personally very disappointed. I have worked very hard. We have decided to go home. I am truly very sad."

⁷¹ Ibidem che cita Domanda di parere presentata dal Regno del Belgio ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 11, TFUE (Parere 1/17) (2017/C 369/02).

⁷² Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, 14 gennaio 2017, GU L11/23. Il paragrafo 1 e la prima frase del paragrafo 2 dell'articolo 8.31 recitano come segue: "1. Nell'emettere la propria decisione il tribunale costituito a norma della presente sezione applica il presente accordo interpretandolo in conformità della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e alle altre regole e agli altri principi del diritto internazionale applicabili tra le parti. 2. Il tribunale non è competente a statuire sulla legittimità di una misura che costituisca una presunta violazione del presente accordo ai sensi del diritto interno di una parte."

decidere sulla legittimità di una misura di diritto interno presumibilmente adottata in violazione delle disposizioni dell'accordo stabiliti dall'articolo in esame risultino sufficientemente efficaci nel salvaguardare l'autonomia del diritto dell'Unione europea, dal momento che costituiscono una valida garanzia contro l'eventualità che il tribunale istituito a norma della sezione F interpreti o applichi i Trattati istitutivi⁷³. La Corte di giustizia specifica inoltre che quanto ulteriormente sancito dal paragrafo 2 dell'articolo 8.31⁷⁴ non invalida questa sua constatazione, dato che le precisazioni contenute in tale disposizione hanno come solo scopo quello di dare atto della circostanza che il tribunale del CETA chiamato a esaminare la conformità con l'accordo del provvedimento adottato dalla parte che ospita l'investimento potrà prendere in considerazione il diritto interno della parte convenuta unicamente in quanto questione di fatto, essendo tenuto a seguire l'interpretazione prevalente che del diritto di cui trattasi i giudici e le autorità della parte interessata forniscono⁷⁵. Ciò vuol dire che qualora la parte convenuta sia rappresentata dall'Unione europea o da uno dei suoi Stati membri, l'esame che il tribunale del CETA inevitabilmente effettuerà del diritto comunitario non può essere assimilato a una sua interpretazione. A tali condizioni, la Corte di giustizia trova accettabile che un tribunale esterno al sistema giurisdizionale dell'Unione europea abbia il potere di decidere in via definitiva delle controversie promosse da un investitore nei confronti di una parte senza consentire al richiedente di sollevare questioni riguardanti la medesima disputa dinanzi a essa⁷⁶. Alla luce di queste considerazioni, la Corte di giustizia conclude che la sezione F del capo otto del CETA non attribuisce ai tribunali previsti alcuna competenza in materia di interpretazione o applicazione del diritto dell'Unione europea⁷⁷. Sulla base di queste affermazioni, risulta possibile ritenere che nel parere appena esaminato la Corte di giustizia abbia esplicitamente riconosciuto la differenza sussistente tra il considerare il diritto dell'Unione europea

⁷³ Parere 1/17, supra n. 69, paras. 121-122.

⁷⁴ La seconda e la terza frase del paragrafo 2 dell'articolo 8.31 recitano come segue: "Si precisa che, nel determinare la compatibilità di una misura con il presente accordo, il tribunale, ove opportuno, può considerare il diritto interno di una parte come una questione di fatto. A tal fine il tribunale segue l'interpretazione prevalente che del diritto interno danno i tribunali o le autorità di tale parte; qualunque significato attribuito dal tribunale al diritto interno non è vincolante per i tribunali o le autorità di tale parte."

⁷⁵ Parere 1/17, supra n. 69, para. 131.

⁷⁶ Ivi, paras. 134-135.

⁷⁷ Ivi, para. 136.

parte del complesso di norme applicabili nell'ambito di un meccanismo di risoluzione delle controversie, rilevante ai fini della composizione della lite, e il considerare il diritto dell'Unione europea parte del contesto fattuale della disputa, rilevante ai fini della valutazione della conformità con l'accordo internazionale in questione di un provvedimento di diritto interno⁷⁸. Occorre ricordare a questo proposito che nella sentenza *Achmea* la Corte di giustizia ha giudicato la clausola compromissoria contenuta nel TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca incompatibile con le disposizioni dei Trattati istitutivi a motivo del fatto che il diritto dell'Unione europea potesse assumere una rilevanza sia in qualità di diritto in vigore nella parte contraente interessata sia in qualità di diritto derivante da un accordo pertinente tra le parti contraenti. Tale circostanza avrebbe infatti permesso che un collegio arbitrale esterno al sistema giurisdizionale comunitario come quello istituito ai sensi dell'articolo 8 del sopracitato accordo bilaterale in materia di investimenti interpretasse o applicasse il diritto dell'Unione europea. Da questa prospettiva, risulta possibile sostenere che nel parere appena esaminato la Corte di giustizia abbia implicitamente ammesso che un tribunale arbitrale può essere investito del compito di interpretare o applicare il diritto dell'Unione europea nel senso da essa stessa inteso nella decisione del 6 marzo 2018 soltanto se tale diritto figura nel complesso di norme giuridiche applicabili nell'ambito del meccanismo di risoluzione delle controversie⁷⁹.

A questo punto, risulta opportuno verificare se il tribunale arbitrale istituito a norma dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia è chiamato a interpretare o applicare il diritto dell'Unione europea nel senso inteso dalla Corte di giustizia nella sentenza *Achmea*. Effettuando una comparazione del contenuto dell'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca con il contenuto dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia, emerge una differenza nella formulazione delle due disposizioni che assume particolare rilievo ai fini del presente lavoro. Il paragrafo 6 dell'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca stabilisce:

⁷⁸ Dashwood A., *supra* n. 66, p. 427.

⁷⁹ *Ibidem*.

Il collegio arbitrale decide secondo diritto, tenendo conto in particolare, ma non in via esclusiva:

- *del diritto vigente della parte contraente interessata;*
- *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 internazionale⁸⁰.

Il paragrafo 6 dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia prevede:

Un tribunale istituito in virtù del paragrafo 4 decide sulle questioni oggetto di controversia in conformità del presente Trattato e delle norme e dei principi applicabili del diritto internazionale⁸¹.

È sufficiente una semplice lettura per affermare con certezza che la norma appena citata non contiene riferimenti al diritto vigente della parte contraente interessata né effettua rimandi alle disposizioni di qualsiasi accordo pertinente tra le parti contraenti. Ciò induce a pensare che la clausola compromissoria del Trattato sulla Carta dell'energia non preveda che il tribunale arbitrale possa tenere conto del diritto dell'Unione europea nella sua opera di risoluzione delle controversie sottoposte alla sua attenzione, sia quest'ultimo considerato in qualità di diritto in vigore in ogni Stato membro o in qualità di diritto derivante da un accordo internazionale tra gli Stati membri. Appare tuttavia necessario verificare se il diritto dell'Unione europea può considerarsi come rientrante nella categoria delle norme e dei principi applicabili del diritto internazionale cui si riferisce l'articolo 26. Un'argomentazione a favore di tale inclusione è stata formulata dal tribunale arbitrale nella causa *Electrabel S.A. contro Repubblica ungherese*⁸². Dal suo punto di vista, il diritto dell'Unione europea costituisce un ordinamento giuridico sui generis che presenta sfaccettature diverse a seconda della prospettiva adottata per analizzarlo, quella della comunità internazionale, quella degli Stati membri, quella

⁸⁰ Causa C-284/16, *Slowakische Republik contro Achmea B.V. (Achmea)*, ECLI:EU:C:2018:158, para. 4 (corsivo aggiunto).

⁸¹ *The International Energy Charter. Consolidated Energy Charter Treaty with Related Documents*, Last Updated on 15 January 2016, art. 26, para. 6.

⁸² *Electrabel S.A. contro Ungheria*, caso ICSID n. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability.

delle istituzioni europee⁸³. Ciò induce il tribunale arbitrale a ritenere che il diritto dell'Unione europea abbia una natura molteplice, costituisca cioè sia un regime giuridico di natura internazionale sia un regime giuridico di natura nazionale⁸⁴. Ma la sua opinione è che il fatto che il diritto di cui trattasi trovi applicazione anche all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri non inficia in alcun modo il suo essere parte di un sistema regionale di diritto internazionale, dal momento che se si assume la prospettiva della comunità internazionale ci si rende conto che non esiste differenza alcuna tra l'applicazione diretta e l'applicazione indiretta delle norme derivanti dai Trattati istitutivi all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali⁸⁵. È alla luce di queste osservazioni che il tribunale arbitrale conclude che la natura del diritto dell'Unione europea è tale da rendere ingiustificata qualsiasi differenza di trattamento tra le norme dell'ordinamento giuridico comunitario e le norme dell'ordinamento giuridico internazionale nell'ambito di una controversia per la cui risoluzione sia richiesta l'applicazione delle regole e dei principi pertinenti di diritto internazionale⁸⁶. Un'argomentazione contraria all'inserimento del diritto dell'Unione europea nel complesso di regole applicabili nell'ambito di una controversia tra un investitore privato e una parte contraente al Trattato sulla Carta dell'energia è stata presentata dal tribunale arbitrale nella causa Eskosol S.p.A. in liquidazione contro Repubblica italiana⁸⁷. È in virtù del significato ordinario dei termini dell'articolo 26 che esso afferma che la nozione di “regole e principi applicabili di diritto internazionale” non può essere intesa come comprendente le disposizioni di altri accordi internazionali tra le parti contraenti al Trattato sulla Carta dell'energia, in quanto riconduce in via esclusiva a un insieme di norme di natura generale atte a disciplinare il comportamento di

⁸³ Ivi, para. 4117.

⁸⁴ Ivi, para. 4118.

⁸⁵ Ivi, paras. 4124-4125.

⁸⁶ Ivi, para. 4126. Nel paragrafo in questione, il tribunale arbitrale afferma: “Accordingly, in the Tribunal’s view, there is no fundamental difference in nature between international law and EU law that could justify treating EU law, unlike other international rules, differently in an international arbitration requiring the application of relevant rules and principles of international law.”.

⁸⁷ Eskosol S.p.A. in liquidazione contro Repubblica italiana, caso ICSID n. ARB/15/50, Decision on Termination Request and Intra-EU Objection del 7 maggio 2019, para. 114. Nel paragrafo citato, il tribunale arbitrale dichiara: “[...] the Tribunal does not agree that the effect would be to incorporate EU law as part of the applicable law. This is based both on the “natural and ordinary meaning” of the terms in Article 26(6), and on the “context” of those terms in relation to other provisions of the ECT.”.

tutti gli Stati appartenenti alla comunità internazionale⁸⁸. Ciò induce il tribunale arbitrale a sostenere che il diritto dell'Unione europea non possa considerarsi come parte del complesso di norme applicabili nell'ambito del meccanismo di risoluzione delle controversie disciplinato dall'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia, dal momento che il TUE e il TFUE hanno dato luogo a un sistema giuridico di carattere prettamente regionale⁸⁹. Dal suo punto di vista, l'esame del contesto nel quale la nozione sopracitata è stata formulata offre un'ulteriore prova a sostegno di tale conclusione, dato che il Trattato sulla Carta dell'energia contiene una disposizione avente il preciso scopo di regolare il rapporto con altri accordi⁹⁰. La sua opinione è che qualora gli autori dell'articolo 26 avessero voluto incorporare le disposizioni di altri accordi internazionali tra le parti contraenti al Trattato sulla Carta dell'energia nel complesso di norme di cui un tribunale arbitrale deve tener conto nella sua opera di composizione delle controversie tra investitori e Stati sottoposte alla sua attenzione, non ci sarebbe stato alcun bisogno di introdurre un articolo specificamente diretto a fornire una disciplina in caso di sovrapposizione con le clausole di altri strumenti convenzionali⁹¹. Occorre tuttavia sottolineare che, seppure esprimendo opinioni del tutto discordanti in merito alla possibilità che il tribunale arbitrale istituito in conformità dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia sia chiamato a interpretare o applicare il diritto dell'Unione europea nel senso inteso dalla Corte di giustizia nella sentenza *Achmea*, entrambi i tribunali arbitrali riconoscono l'eventuale necessità di considerare il diritto dell'Unione europea come una questione di fatto. Il tribunale arbitrale nella causa *Electrabel S.A. contro Repubblica ungherese* dichiara a tal riguardo:

In the Tribunal's view, when it is not applied as international rules under the ECT, EU law must in any event be considered as part of the Respondent's

⁸⁸ Ivi, paras. 117-121 che cita *Eiser Infrastructure Ltd ed Energia Solar Luxembourg Sarl contro Regno di Spagna*, caso ICSID n. ARB/13/36, 4 maggio 2017, paras. 197-198 e *Vattenfall AB contro Repubblica federale tedesca*, caso ICSID n. ARB/15/20, Decision on the *Achmea Issue* del 31 agosto 2018, para. 133.

⁸⁹ Ivi, paras. 121 e 181. In quest'ultimo paragrafo, il tribunale arbitrale afferma: “[...] the EU Treaties are not general international law displacing all other sub-systems of international law; rather, they exist side-by-side with other sub-systems, including those created by various multilateral treaties. The ECT is one such other sub-system of law, and it vests authority in arbitral tribunals such as this one.”

⁹⁰ Ivi, para. 122; *The International Energy Charter*, supra n. 4, art. 16.

⁹¹ *Ibidem*.

national order, i.e., to be treated as a “fact” before this international tribunal. The importance of rules contained in a national legal order, as a factual element to be taken into account, has long been acknowledged by international tribunals⁹².

Il tribunale arbitrale nella causa Eskosol S.p.A. in liquidazione contro Repubblica italiana dichiara a tal riguardo:

For avoidance of doubt, the Tribunal’s conclusion that EU law is not part of the ECT’s applicable law, and particularly not for determining the scope of the Tribunal’s jurisdiction under Article 26 of the ECT, does not mean that an ECT tribunal could not consider EU law as a matter of fact if potentially relevant to the merits of a dispute, just as an ECT tribunal may consider a State’s domestic law as part of the factual matrix of a case⁹³.

Sebbene costituisca una voce fuori dal coro, l’opinione del tribunale arbitrale nella causa Electrabel appare sufficientemente convincente da contrastare con notevole persuasività l’opinione del tribunale arbitrale nella causa Eskosol. Da qui deriva un’evidente incertezza circa la possibilità di affermare risolutamente che il diritto dell’Unione europea non rientra nel complesso di norme applicabili nell’ambito del meccanismo di risoluzione delle controversie disciplinato dall’articolo 26 e di dichiarare fermamente che un tribunale arbitrale istituito in conformità della clausola compromissoria contenuta nel Trattato sulla Carta dell’energia non è chiamato a interpretare o applicare le norme dell’ordinamento giuridico comunitario nel senso inteso dalla Corte di giustizia nella sentenza Achmea.

3.6 L’incompatibilità dell’articolo 26 del Trattato sulla Carta dell’energia con il diritto dell’Unione europea

L’incertezza di cui si parla nel paragrafo precedente sembra non trasparire affatto da quanto di recente affermato dalla Corte di giustizia relativamente alla causa Repubblica di Moldova contro società Komstroy LLC. È stato nel settembre del 2021 che la Corte di giustizia si è pronunciata in merito al rapporto esistente tra il diritto dell’Unione europea e la clausola compromissoria contenuta nel Trattato

⁹² Electrabel S.A. contro Ungheria, supra n. 82, paras. 4127-4128.

⁹³ Eskosol S.p.A. in liquidazione contro Repubblica italiana, supra n. 87, para. 123.

sulla Carta dell'energia. Adita in via pregiudiziale dalla Corte d'appello di Parigi, la Corte di giustizia ha dichiarato l'incompatibilità tra il diritto dell'Unione europea e la clausola compromissoria di cui all'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia. Il procedimento principale riguardava il mancato saldo da parte di un'impresa pubblica moldova, la Moldtranselectro, del debito contratto con un distributore di energia elettrica ucraino, la Energoalians⁹⁴. La controversia è stata sottoposta a un tribunale arbitrale ad hoc con sede a Parigi istituito ai sensi dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia⁹⁵. Quest'ultimo, dopo essersi dichiarato competente, ha condannato la Repubblica di Moldova al pagamento di una determinata somma in favore della Energoalians⁹⁶. La Repubblica di Moldova ha dunque proposto un ricorso di annullamento avverso tale lodo arbitrale adducendo come giustificazione l'assenza di competenza del tribunale ad hoc⁹⁷. Occorre precisare a tal proposito che ai sensi dell'articolo 1520 del codice di procedura civile francese il ricorso per annullamento avverso il lodo arbitrale emesso in Francia è ammissibile soltanto se il collegio arbitrale si è dichiarato erroneamente competente o incompetente⁹⁸. Con sentenza del 12 aprile 2016, la Corte d'appello di Parigi ha annullato il lodo, sostenendo che il tribunale arbitrale istituito ai sensi dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia si era dichiarato erroneamente competente⁹⁹. In seguito all'impugnazione proposta dalla Komstroy, società subentrata nei diritti della Energoalians, la Corte di cassazione ha annullato integralmente la sentenza del 12 aprile 2016, rinviando le parti dinanzi alla Corte d'appello in diversa composizione¹⁰⁰. In ragione delle argomentazioni presentate dalle parti in causa, la Corte d'appello ha poi deciso di sottoporre alla Corte di giustizia tre domande pregiudiziali vertenti sull'interpretazione degli articoli 1 e 26 del Trattato sulla Carta dell'energia, in particolare sulla definizione del termine "investimento", contenuta nella prima disposizione in rilievo, e sul significato

⁹⁴ Conclusioni dell'avvocato generale Maciej Szpunar, Causa C-741/19, Repubblica di Moldova contro Società Komstroy, subentrata nei diritti della società Energoalians, ECLI:EU:C:2021:164, paras. 10-14.

⁹⁵ Ivi, para. 15.

⁹⁶ Ivi, para. 16.

⁹⁷ Ivi, para. 17.

⁹⁸ Ivi, para. 9.

⁹⁹ Ivi, para. 18.

¹⁰⁰ Ivi, para. 19.

dell'espressione "investimento realizzato nell'area di un'altra parte contraente", contenuta nella seconda disposizione in rilievo¹⁰¹. Nella sentenza del 21 settembre 2021, la Corte di giustizia ha ritenuto di doversi dichiarare competente a rispondere alle questioni sollevate¹⁰². In primo luogo, essa ha affermato che esisteva un interesse certo dell'Unione europea a che le disposizioni oggetto delle domande pregiudiziali proposte dal giudice del rinvio ricevessero un'interpretazione uniforme, dato che gli articoli 1 e 26 trovavano applicazione sia nell'ambito di situazioni non disciplinate dal diritto comunitario sia nell'ambito di situazioni disciplinate dal diritto comunitario¹⁰³. In secondo luogo, essa ha affermato che la scelta delle parti della controversia di stabilire la sede dell'arbitrato a Parigi rendeva applicabile al procedimento principale non solo il diritto francese ma anche il diritto dell'Unione europea, in quanto i giudici di uno Stato membro hanno l'obbligo di assicurare il rispetto dell'ordinamento giuridico comunitario¹⁰⁴. Quanto al merito della disputa, la Corte di giustizia ha asserito che non era possibile desumere dalla sua competenza a pronunciarsi su questioni pregiudiziali che si inserivano nell'ambito di una controversia che contrapponeva un operatore economico di uno Stato terzo a un altro Stato terzo che la clausola compromissoria contenuta nel Trattato sulla Carta dell'energia trovasse applicazione anche nell'ambito di una disputa tra un operatore economico di uno Stato membro e un altro Stato membro¹⁰⁵. Per questo motivo, essa ha ritenuto opportuno verificare se una controversia tra un investitore privato di uno Stato membro e un altro Stato membro poteva essere sottoposta a un procedimento arbitrale promosso sulla base dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia¹⁰⁶. La Corte di giustizia ha quindi riproposto il ragionamento seguito nella sentenza Achmea, ribadendo la necessità di preservare il principio di autonomia dell'ordinamento giuridico europeo soprattutto rinunciando a sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione del diritto dell'Unione europea a un modo di

¹⁰¹ Ivi, para. 22.

¹⁰² Causa C-741/19, Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC, succeduta alla Energoalians (Komstroy), ECLI:EU:C:2021:655, para. 38.

¹⁰³ Ivi, paras. 29-31.

¹⁰⁴ Ivi, paras. 32-34.

¹⁰⁵ Ivi, para. 41.

¹⁰⁶ Ivi, para. 47.

composizione diverso da quelli previsti dai Trattati istitutivi¹⁰⁷. Innanzitutto, essa ha affermato che la circostanza che fosse chiamato a statuire conformemente a un atto di diritto dell'Unione europea quale era il Trattato sulla Carta dell'energia ben avrebbe potuto portare il tribunale arbitrale previsto dal paragrafo 4 della disposizione in questione a interpretare o applicare il diritto dell'Unione europea¹⁰⁸. Successivamente, la Corte di giustizia ha dichiarato che il fatto che la sua ragione di esistenza consistesse principalmente nel derogare alla giurisdizione degli Stati membri rendeva il tribunale arbitrale di cui all'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia un elemento al di fuori del sistema giurisdizionale della Repubblica francese¹⁰⁹. In seguito, essa ha asserito che il carattere limitato del sindacato giurisdizionale cui il lodo emesso dal tribunale arbitrale istituito ai sensi della clausola compromissoria del Trattato sulla Carta dell'energia implicava che il meccanismo di risoluzione delle controversie disciplinato dall'articolo 26 fosse tale da escludere il pieno controllo del rispetto del diritto dell'Unione europea¹¹⁰. Infine, la Corte di giustizia ha sostenuto che la facoltà di assoggettarsi alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito in forza di un accordo internazionale concluso dall'Unione europea da essa stessa ammessa in precedenti sentenze non poteva estendersi fino a consentire di prevedere in detto trattato una disposizione in base alla quale una controversia tra un investitore privato di uno Stato membro e un altro Stato membro vertente sul diritto dell'Unione europea potesse essere sottratta al sistema giurisdizionale comunitario¹¹¹. La Corte di giustizia ha pertanto concluso

¹⁰⁷ Ivi, paras. 42-46 che cita sentenza del 6 marzo 2018, *Achmea B.V. contro Repubblica slovacca*, causa C-284/16, EU:C:2018:158, paras. 32-33 e 35-37, parere 2/13, *Adesione dell'Unione alla CEDU*, del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, paras. 158, 165, 167, 174-176 e 201, parere 1/17, *Accordo CETA UE-Canada*, del 30 aprile 2019, EU:C:2019:341, paras. 109-111, sentenza del 18 dicembre 2018, *Wightman e altri*, causa C-621/18, EU:C:2018:999, para. 45, sentenza del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, causa C-64/16, EU:C:2018:117, para. 33 e parere 1/09, *Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti*, dell'8 marzo 2011, EU:C:2011:123, paras. 67 e 83.

¹⁰⁸ Ivi, paras. 48-50.

¹⁰⁹ Ivi, paras. 51-53 che cita sentenza del 6 marzo 2018, *Achmea B.V. contro Repubblica slovacca*, causa C-284/16, EU:C:2018:158, para. 43, parere 1/09, *Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti*, dell'8 marzo 2011, EU:C:2011:123, para. 82, sentenza del 4 novembre 1997, causa C-337/95, *Parfums Christian Dior*, paras. 21-23, sentenza del 6 marzo 2018, *Achmea B.V. contro Repubblica slovacca*, causa C-284/16, EU:C:2018:158, paras. 45-46 e 49.

¹¹⁰ Ivi, paras. 55-57.

¹¹¹ Ivi, paras. 61-63 che cita sentenza del 6 marzo 2018, *Achmea B.V. contro Repubblica slovacca*, causa C-284/16, EU:C:2018:158, para. 57, parere 1/19, *Accordo SEE-I del 14 dicembre 1991*, EU:C:1991:490, paras. 40 e 70, parere 1/09, *Accordo sulla creazione di un sistema unico di*

che l'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia doveva essere interpretato nel senso che esso non era applicabile alle controversie interne all'Unione europea¹¹². A differenza della sentenza Achmea, la decisione del 21 settembre 2021 non coglie la comunità di osservatori di sorpresa: sia l'accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento intra-UE sia le proposte dell'Unione europea nell'ambito del processo di modernizzazione del Trattato sulla Carta dell'energia avevano in qualche modo anticipato una simile presa di posizione da parte della Corte di giustizia¹¹³. Tuttavia, essa costituisce il primo caso in cui a pronunciarsi esplicitamente a favore dell'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea della clausola compromissoria contenuta in un accordo misto quale il Trattato sulla Carta dell'energia è stata la Corte di giustizia.

3.7 I tentativi di modernizzazione del Trattato sulla Carta dell'energia

Si tratta ora di guardare alle possibili implicazioni della sentenza Komstroy sul futuro della clausola compromissoria contenuta nel Trattato sulla Carta dell'energia. L'Unione europea e i suoi Stati membri potrebbero risolvere la questione dell'applicazione a livello intra-UE dell'articolo 26 negoziando con le altre parti contraenti le opportune modifiche da apportare all'accordo in questione. Qualora le discussioni in merito alle ulteriori misure da adottare al fine di implementare tutte le conseguenze giuridiche della sentenza Achmea¹¹⁴ accertino la definitiva incompatibilità dell'articolo 26 con il diritto dell'Unione europea, procedere all'estinzione del Trattato sulla Carta dell'energia risulterebbe più difficoltoso di quanto porre fine ai trattati bilaterali di investimento intra-UE non sia già¹¹⁵. Il Trattato sulla Carta dell'energia costituisce infatti un accordo multilaterale concluso da diversi paesi terzi, oltre all'Unione europea e ai suoi Stati

risoluzione delle controversie in materia di brevetti, dell'8 marzo 2011, EU:C:2011:123, paras. 74 e 76, e parere 2/13, Adesione dell'Unione alla CEDU, del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, paras. 182-183.

¹¹² Ivi, para. 66.

¹¹³ Riguardo all'accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento intra-UE, si veda infra Capitolo IV, para. 4.5. Riguardo alle proposte dell'Unione europea nell'ambito del processo di modernizzazione del Trattato sulla Carta dell'energia, si veda infra para. 3.7.

¹¹⁴ Riguardo a quanto dichiarato dagli Stati membri in merito al futuro della clausola compromissoria contenuta nel Trattato sulla Carta dell'energia si veda infra Capitolo IV, para. 4.5.

¹¹⁵ Talus K. e Särkänne K., (2020), "Achmea, the ECT and the Impact on Energy Investment in the EU", in Baltag C. e Stanič A. (a cura di), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, pp. 20-21.

membri, disciplinante numerose altre materie, oltre alla tutela degli investimenti e alla risoluzione delle controversie tra soggetti privati e parti contraenti. Occorre pertanto segnalare che in ragione del considerevole numero di procedimenti arbitrari promossi sulla base dell'articolo 26, che ne hanno fatto “the most frequently invoked international investment agreement” a partire dal 2001, il Trattato sulla Carta dell'energia ha attirato l'interesse di innumerevoli osservatori che non si sono risparmiati nel formulare una lunga serie di critiche al suo contenuto¹¹⁶. Ciò ha reso necessario un intervento riformatore da parte della Conferenza della Carta dell'energia, la quale ha incaricato un apposito sottogruppo del compito di supervisionare il processo di modernizzazione del trattato¹¹⁷. La lista di argomenti da sottoporre a scrutinio in quest'opera di rinnovamento è stata approvata nel novembre del 2018, quando per mezzo di una dichiarazione le parti contraenti hanno riconosciuto l'importanza che il processo di revisione assume nell'assicurare che l'accordo continui a garantire una fornitura stabile in campo energetico, un accesso ampio alle risorse energetiche, un futuro sostenibile nel settore energetico¹¹⁸. Allo stato attuale, possono contarsi tredici rounds negoziali, ognuno dei quali ha affrontato un limitato numero di temi fra quelli elencati nella decisione del novembre del 2020¹¹⁹. La maggioranza degli Stati contraenti ha espresso un'opinione favorevole in merito al processo di modernizzazione del Trattato sulla Carta dell'energia¹²⁰. Fra i principali obiettivi che gli Stati parte all'accordo sperano di conseguire mediante il processo di modernizzazione figura

¹¹⁶ Shirlow E. e Abrahams L., (2020), “ECT Modernisation Perspectives: An Introduction”, Kluwer Arbitration Blog, disponibile al sito <ECT Modernisation Perspectives: An Introduction - Kluwer Arbitration Blog>, consultato in data 24/05/2022; International Energy Charter, Media, News, “Updated Statistics on Investment Arbitration Cases Under the Energy Charter Treaty”, disponibile al sito <Updated statistics on investment arbitration cases under the Energy Charter Treaty - Energy Charter>, consultato in data 24/05/2022.

¹¹⁷ International Energy Charter Annual Report 2019, disponibile al sito <AR_2019.pdf (energycharter.org)>, consultato in data 24/05/2022.

¹¹⁸ International Energy Charter, Media, News, “Approved Topics for the Modernisation of the Energy Treaty”, disponibile al sito <Approved topics for the modernisation of the Energy Charter Treaty - Energy Charter>, consultato in data 24/05/2022; Energy Charter Secretariat, Decision of the Energy Charter Conference, “Modernisation of the Energy Charter Treaty”, CCDEC 2018 18 STR, Brussels, 27 November 2018; Romanian Chairmanship of the Energy Charter Conference, Bucharest Energy Charter Declaration, Bucharest, 27 November 2018, preamble VII, p. 1.

¹¹⁹ In occasione della nomina dei membri del sottogruppo è stato altresì stabilito che ogni ciclo di trattative avrebbe avuto una durata di quattro giorni e una cadenza di tre mesi.

¹²⁰ Energy Charter Secretariat, Decision of the Energy Charter Conference, “Adoption by Correspondence – Policy Options for Modernisation of the ECT”, CCDEC 2019 08 STR, Brussels, 6 October 2019.

la realizzazione di investimenti più puliti e più verdi nel campo dell'energia¹²¹. Ad esempio, le parti contraenti hanno deciso di rettificare alcune delle disposizioni atte a chiarire il significato di espressioni ricorrenti come la definizione di “attività economica nel settore energetico” e introdurre alcune nuove disposizioni volte a garantire il rispetto del principio di sviluppo sostenibile¹²². Un'altra importante aspirazione che gli Stati parte all'accordo coltivano consiste nel miglioramento degli standards di protezione degli investimenti privati effettuati nel settore dell'energia¹²³. Ad esempio, le parti contraenti hanno deciso di individuare una serie di elementi utili a specificare il contenuto del principio generale di trattamento giusto ed equo¹²⁴. Infine, un'ultima rilevante novità che gli Stati parte all'accordo tentano di produrre riguarda proprio il meccanismo di risoluzione delle controversie disciplinato dall'articolo 26¹²⁵. Ad esempio, le parti contraenti hanno deciso di perfezionare alcune delle norme dirette a conferire una maggiore trasparenza alla procedura di arbitrato¹²⁶. Occorre sottolineare a questo riguardo che nelle sue direttive negoziali il Consiglio dell'Unione europea ha dichiarato il proprio impegno nell'assicurare che nell'ambito del processo di riforma del meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dal Trattato sulla Carta dell'energia siano vagliate anche le opzioni di modifica dei regolamenti di arbitrato già discusse nei contesti UNCITRAL e ICSID, soprattutto l'idea di procedere alla creazione di una corte multilaterale degli investimenti¹²⁷. Nelle sue proposte concernenti la modernizzazione del Trattato sulla Carta dell'energia, l'Unione europea ha chiarito che in attesa dell'istituzione di detta istanza sarebbe opportuno dal suo punto di vista che le altre parti contraenti all'accordo considerino il moderno sistema

¹²¹ Shirlow E. e Abrahams L., supra n. 116, pp. 2-3.

¹²² International Energy Charter, Media, News, “Public Communication on the First Negotiation Round on the Modernisation of the ECT”, disponibile al sito <Public Communication on the First Negotiation Round on the Modernisation of the ECT / Публичное сообщение о первом раунде переговоров по модернизации ДЭХ - Energy Charter>, consultato in data 25/05/2022.

¹²³ Shirlow E. e Abrahams L., supra n. 116, p. 3.

¹²⁴ Energy Charter Secretariat, supra n. 120.

¹²⁵ Shirlow E. e Abrahams L., supra n. 116, p. 4.

¹²⁶ International Energy Charter, Media, News, “Public Communication on the Second Negotiation Round on the Modernisation of the ECT”, disponibile al sito <Public communication on the second negotiation round on the modernisation of the ECT / Публичное сообщение о втором раунде переговоров по модернизации ДЭХ - Energy Charter> consultato in data 25/05/2022.

¹²⁷ Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea, “Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty - Adoption”, Brussels, 2 luglio 2019, 10745/19 ADD 1, LIMITE ENER 397 WTO 190 FDI 20, p. 5.

giurisdizionale degli investimenti che gli Stati membri hanno elaborato nell'ambito dell'accordo CETA come una valida alternativa al meccanismo di risoluzione delle controversie disciplinato dall'articolo 26¹²⁸. L'Unione europea suggerisce infatti di evitare che il diritto interno degli Stati contraenti costituisca parte del diritto applicabile nella risoluzione della controversia, assicurando che il tribunale arbitrale chiamato ad accertare il significato della misura nazionale contestata dall'investitore privato consideri le norme che compongono l'ordinamento giuridico dello Stato contraente coinvolto nella disputa come mera questione di fatto, limitandosi a seguire l'interpretazione prevalente che del provvedimento di cui trattasi i giudici e le autorità di detto Stato contraente forniscono¹²⁹. Nel 2022 sono stati organizzati quattro cicli negoziali che hanno avuto luogo tra il 18 e il 21 gennaio, tra l'1 e il 4 marzo, tra il 19 e il 22 aprile e tra il 16 e il 20 maggio¹³⁰. Nel mese di dicembre sarà possibile conoscere la valutazione che la Conferenza della Carta dell'energia darà dei progressi ottenuti durante l'anno in corso. Per il momento, l'unico modo per avere un aggiornamento circa il livello di avanzamento delle trattative sulla modernizzazione del Trattato sulla Carta dell'energia consiste nel fare riferimento a quanto affermato relativamente ai negoziati svoltisi nel corso del 2021, i quali sono stati giudicati sufficientemente fruttuosi da permettere alle parti contraenti di conseguire gli obiettivi prefissati¹³¹.

¹²⁸ EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT), p. 15.

¹²⁹ Ivi, p. 16. Riguardo al diritto applicabile nell'ambito del meccanismo di risoluzione delle controversie sorte tra un investitore privato di una parte contraente e l'altra parte contraente disciplinato dall'articolo 8.31 del CETA si veda supra capitolo III, paragrafo 3.5.

¹³⁰ International Energy Charter, Modernisation of the Treaty, disponibile al sito <Modernisation of the Treaty - Energy Charter Treaty>, consultato in data 26/05/2022.

¹³¹ Energy Charter Secretariat, Decision of the Energy Charter Conference, "Progress Report of the Modernisation Group 2021", CCDEC 2021 21 NOT, Brussels, 14 December 2021, para. 8.

Capitolo IV

Le clausole arbitrali contenute nei trattati bilaterali in materia di investimento: quale futuro?

Sommario

4.1 Introduzione	70
4.2 Le iniziative degli Stati membri dell’Unione europea	71
4.3 La convenzione di arbitrato ad hoc: una possibile alternativa alla clausola compromissoria?	78
4.4 Le possibili alternative alle clausole arbitrali	83

4.1 Introduzione

Lo status delle clausole compromissorie contenute nei trattati bilaterali di investimento interni all’Unione continua a costituire oggetto di ampio dibattito. Come è stato possibile constatare nei capitoli precedenti, a dispetto delle asserzioni della Corte di giustizia nella sentenza *Achmea*, esistono numerose opinioni che non mancano di destare un certo interesse a sostegno della sopravvivenza dell’arbitrato tra investitore e Stato. Occorre tuttavia immaginare uno scenario in cui la tutela offerta dagli accordi internazionali in materia di investimento non ci sia più¹. Per portare a termine una simile operazione, appare opportuno fare riferimento alle iniziative a cui gli Stati membri hanno dato luogo nel tentativo di rendere chiara la propria posizione in merito alle implicazioni della sentenza *Achmea* sui TBI intra-UE (paragrafo 4.2). Il presente capitolo guarda quindi alle varie soluzioni che possono sostituirsi alle clausole compromissorie contenute nei trattati in materia di investimento (paragrafo 4.4), la cui analisi appare utile a ipotizzare una situazione in cui la protezione degli interessi degli agenti economici non sia più affidata ai

¹ Triantafilou E. e Pusztai D., (2020), “*Achmea, Investment Treaty Arbitration, Public International Law and EU Law: The Way Forward*”, in Baltag C. e Stanič A. (a cura di), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU – Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, p. 58.

tribunali arbitrali. In particolare, alla luce di quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 26 ottobre relativa al caso PL Holdings contro Repubblica polacca (paragrafo 4.3), viene posto l'accento sulla possibilità che esista un margine entro cui le convenzioni di arbitrato ad hoc costituiscono una valida alternativa alle clausole compromissorie.

4.2 Le iniziative degli Stati membri dell'Unione europea

Nonostante le implicazioni della sentenza Achmea sul futuro delle clausole compromissorie contenute nei trattati in materia di investimento interni all'Unione rimangano alquanto controverse, gli Stati membri hanno deciso di adottare alcuni provvedimenti diretti a chiarire la loro posizione in merito al dibattito sorto in dottrina. Occorre rammentare a questo riguardo che in una comunicazione indirizzata al Parlamento europeo e al Consiglio la Commissione aveva invitato gli Stati membri a sciogliere formalmente i rispettivi TBI intra-UE². Così a meno di un anno dall'emanazione della decisione del 6 marzo 2018, le autorità nazionali degli Stati membri esprimono la volontà di estinguere i trattati bilaterali che regolano i loro rapporti reciproci nel campo degli investimenti adottando tre distinte dichiarazioni, il cui contenuto risulta in massima parte lo stesso³. L'unica differenza rilevante è rintracciabile nella parte che ciascuna di esse dedica al rapporto tra la clausola compromissoria contenuta nel Trattato sulla Carta dell'energia e il diritto dell'Unione europea⁴. Nella dichiarazione sottoscritta da ventidue Stati membri, con esclusione di Finlandia, Lussemburgo, Malta, Slovenia, Svezia e Ungheria, si legge che l'interpretazione di molti tribunali arbitrali secondo cui la clausola compromissoria contenuta nel Trattato sulla Carta dell'energia trova applicazione anche nei rapporti tra Stati membri renderebbe tale norma incompatibile con i

² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 19 luglio 2018, "Tutela degli investimenti intra-UE", Bruxelles, 19.07.2018, COM (2018) 547 final, pp. 3-4 (si veda supra capitolo II, para. 2.2).

³ Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Enforcement of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union; Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 16 January 2019 on the Enforcement of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union; Declaration of the Representative of the Government of Hungary, of 16 January 2019 on the Enforcement of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union.

⁴ Talus K., e Särkänne K., supra n. 41, p. 19.

Trattati istitutivi e suscettibile di immediata disapplicazione⁵. I ventidue Stati membri affermano inoltre che discussioni circa ulteriori misure volte a rendere legalmente vincolanti tutte le conseguenze giuridiche della sentenza Achmea in relazione all'applicazione del Trattato sulla Carta dell'energia a livello intra-UE seguiranno senza indebito ritardo⁶. Nella dichiarazione sottoscritta da Finlandia, Lussemburgo, Malta, Slovenia e Svezia si legge che il fragore dei molti tribunali arbitrali che ritengono che il Trattato sulla Carta dell'energia contenga una clausola compromissoria applicabile anche nei rapporti intra-UE si contrappone al silenzio della Corte di giustizia che si è pronunciata soltanto sull'incompatibilità della clausola arbitrale contenuta nel TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca con il diritto dell'Unione europea⁷. I cinque Stati membri affermano inoltre che discussioni circa la compatibilità dell'applicazione a livello intra-UE del Trattato sulla Carta dell'energia con il diritto dell'Unione europea sarebbero inappropriate in assenza di una sentenza specificamente volta a dirimere la questione⁸. Nella dichiarazione sottoscritta dall'Ungheria si legge che le enunciazioni della Corte di giustizia nella sentenza Achmea non hanno alcuna attinenza con i procedimenti arbitrali avviati a norma della clausola compromissoria del Trattato sulla Carta dell'energia⁹. Analogamente a Finlandia, Lussemburgo, Malta, Slovenia e Svezia, l'Ungheria afferma inoltre che il tema dell'applicabilità del Trattato sulla Carta dell'energia nei rapporti interni all'Unione europea necessita di un ulteriore dibattito che

⁵ Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019, supra n. 59, p. 2 che cita Articolo 26, paragrafo 3, del Trattato sulla Carta dell'energia e Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 19 luglio 2018, supra n. 2, pp. 3-4. I ventidue Stati membri sono: Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica ceca, Romania, Slovacchia, Spagna.

⁶ Ivi, p. 4.

⁷ Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 16 January 2019, supra n. 59, p. 3 che cita Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/14/1; Eiser Infrastructure Limited ed Energía Solar Luxembourg S.à.r.l contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/13/36; Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l contro Regno di Spagna e Antin Energia Termosolar B.V. contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/13/2; Vattenfall AB, Vattenfall GMBH, Vattenfall Europé Nuclear Energy GMBH, Kernkraftwerk Krümmel GMBH & Co. Ohg, Kernkraftwerk Brunbüttel GMBH & Co. oHG contro Repubblica federale tedesca, caso ICSID n. ARB/12/12; Antaris Investments A/S contro Regno di Spagna, caso SCC n. 150/2015.

⁸ Ivi, p. 3.

⁹ Declaration of the Representative of the Government of Hungary, of 16 January 2019, supra n. 59, p. 3, para. 8.

possibilmente conduca a un accordo tra gli Stati membri¹⁰. Risulta evidente dalle summenzionate dichiarazioni che, per quanto la maggioranza degli Stati membri sia giunta ad affermare che la decisione del 6 marzo 2018 produce effetti anche sulla clausola compromissoria del Trattato sulla Carta dell'energia, tale conclusione non è affatto condivisa.

Allo scopo di evitare che nuovi casi di incompatibilità tra clausole compromissorie e diritto dell'Unione europea possano verificarsi, gli Stati membri decidono di negoziare un trattato multilaterale sull'estinzione dei TBI intra-UE¹¹. Nell'ottobre del 2019, la Commissione europea annuncia quindi che gli Stati membri hanno raggiunto un accordo circa l'estinzione dei 190 trattati bilaterali conclusi al fine di regolare le loro reciproche relazioni nel campo degli investimenti¹². Il trattato è stato stipulato il 5 maggio 2019, quando ventitré Stati membri lo hanno siglato, ed è entrato in vigore il 29 agosto 2020, quando due degli Stati membri firmatari, Danimarca e Ungheria, lo hanno ratificato¹³. Lituania, Lussemburgo e Portogallo hanno rilasciato dichiarazioni concernenti l'accordo in questione; in esse hanno ribadito la necessità di provvedere alla creazione di un nuovo effettivo meccanismo per la risoluzione delle controversie tra Stati membri in materia di investimenti al fine di tutelare gli interessi degli operatori economici europei¹⁴. Anche i Paesi Bassi

¹⁰ Ivi, p. 3, para. 9.

¹¹ Accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione europea, 5 maggio 2020, GU L 169/1.

¹² European Commission, EU Member States Sign an Agreement for the Termination of Intra-EU Bilateral Investment Treaties, 5 May 2019, disponibile al sito <EU Member States sign an agreement for the termination of intra-EU bilateral investment treaties | Commissione europea (europa.eu)>, consultato in data 21/05/2022.

¹³ European Council, Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union – Ratification Details, disponibile al sito <Agreement - Consilium (europa.eu)>, consultato in data 21/05/2022; Accordo sull'estinzione, supra n. 67, articolo 16(1): “Il presente accordo entra in vigore 30 giorni di calendario a decorrere dalla data in cui il depositario riceve il secondo strumento di ratifica, approvazione o accettazione.”. Gli Stati membri firmatari sono: Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia, Spagna e Ungheria.

¹⁴ European Council, Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union – Declaration/Reservation (Lithuania), disponibile al sito <Ratification - Consilium (europa.eu)>, consultato in data 21/05/2022; European Council, Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union – Declaration/Reservation (Luxembourg), disponibile al sito <Ratification - Consilium (europa.eu)>, consultato in data 21/05/2022; European Council, Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union – Declaration/Reservation (Portugal), disponibile al sito <Ratification - Consilium (europa.eu)>, consultato in data 21/05/2022.

hanno presentato una dichiarazione concernente l'accordo in questione; in essa hanno manifestato l'esigenza di porre l'accento sul fatto che la sentenza Achmea non implichi alcun obbligo per i suoi paesi e territori d'oltremare di estinguere i rispettivi TBI¹⁵. Generalmente parlando, tre sono gli obiettivi principali che gli Stati membri si sono prefissati di conseguire attraverso la conclusione dell'accordo: l'estinzione dei trattati bilaterali di investimento; la cessazione degli effetti delle clausole di caducità contenute nei trattati bilaterali di investimento; la revoca del consenso ai procedimenti arbitrali pendenti promossi sulla base dei trattati bilaterali di investimento¹⁶. Occorre precisare a questo riguardo che le clausole di caducità consentono la tutela temporanea degli interessi degli operatori economici che hanno realizzato i loro investimenti prima dell'estinzione del TBI. Quanto ai primi due obiettivi, seppure sottolineando che l'accordo lascia impregiudicata la questione della compatibilità delle disposizioni sostanziali contenute nei trattati bilaterali di investimento con il diritto dell'Unione europea, gli Stati membri hanno dedicato l'intera seconda sezione alle soluzioni per l'estinzione dei TBI¹⁷. A questo proposito, l'allegato A contiene un elenco dei trattati bilaterali di investimento ancora vigenti che sono destinati all'estinzione e l'allegato B contiene un elenco dei trattati bilaterali di investimento già estinti le cui clausole di caducità sono destinate alla cessazione¹⁸. Quanto al terzo obiettivo, l'accordo sull'estinzione divide i procedimenti arbitrali promossi sulla base dei TBI in tre diverse categorie, assumendo come riferimento la data del 6 marzo 2018, ossia il giorno in cui la Corte di giustizia ha emanato la sentenza Achmea: i procedimenti arbitrali conclusi; i procedimenti arbitrali nuovi; i procedimenti arbitrali pendenti¹⁹. La prima categoria riguarda i procedimenti arbitrali che hanno avuto come esito o un accordo transattivo concluso o un lodo definitivo reso prima del 6 marzo 2018. Se l'esito è costituito da un lodo definitivo, quest'ultimo o deve essere stato eseguito prima del

¹⁵ European Council, Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union – Declaration/Reservation (Netherlands), disponibile al sito <Ratification - Consilium (europa.eu)>, consultato in data 21/05/2022.

¹⁶ Tropper J. e Reinisch A., (2021), "The 2020 Termination Agreement of intra-EU BITs and its Effect on Investment Arbitration in the EU – A Public International Law Analysis of the Termination Agreement", *Austrian Yearbook on International Arbitration 2022*, vol. 16, p. 303.

¹⁷ Accordo sull'estinzione, supra n. 67, preambolo IX, p. 2, e sezione 2, p. 4.

¹⁸ Ivi, artt. 2-4.

¹⁹ Ivi, sezione 3, pp. 4-5.

6 marzo 2018 o deve essere stato revocato o annullato prima della data di entrata in vigore dell'accordo sull'estinzione²⁰. In ogni caso, questa tipologia di procedimento arbitrale è esclusa dalla portata dell'accordo sull'estinzione e non può essere sottoposta a riapertura²¹. La seconda categoria riguarda i procedimenti arbitrali iniziati il 6 marzo 2018 o successivamente²². La terza categoria riguarda i procedimenti arbitrali iniziati prima del 6 marzo 2018 che non possono considerarsi come rientranti nella tipologia dei procedimenti arbitrali conclusi²³. Il trattamento riservato a queste due categorie include un elemento di natura retroattiva: sia che abbiano avuto inizio prima del 6 marzo 2018 sia che abbiano avuto inizio dopo il 6 marzo 2018, entrambe le tipologie di procedimento arbitrale in esame risultano pendenti alla data della conclusione dell'accordo sull'estinzione, con la conseguenza che le disposizioni di tale accordo retroagiscono rispetto a tali tipologie²⁴. Riguardo alla seconda categoria, l'accordo sull'estinzione sancisce che le clausole compromissorie dei trattati bilaterali di investimento elencati nei due allegati summenzionati non possono fungere da base giuridica per un procedimento arbitrale nuovo, obbligando le parti contraenti di detti trattati a informare i collegi arbitrali istituiti a norma di dette clausole delle conseguenze giuridiche derivanti dalla sentenza Achmea e chiedere al giudice nazionale competente di procedere alla revoca o all'annullamento o di rinunciare al riconoscimento o all'esecuzione del lodo arbitrale reso in forza di dette clausole nell'ambito di un procedimento giudiziario ad esso relativo²⁵. I due obblighi appena citati trovano applicazione anche relativamente alla terza categoria, quella concernente i procedimenti arbitrali pendenti, per la quale l'accordo sull'estinzione prevede un sistema di misure di natura transitoria che interviene soltanto qualora l'investitore privato non abbia impugnato il provvedimento oggetto della controversia dinanzi al giudice nazionale e il lodo definitivo non abbia accertato che la misura contestata esula dall'ambito di applicazione del TBI o ottempera alle disposizioni contenute nel TBI²⁶.

²⁰ Ivi, sezione 1, art. 1(4), p. 3.

²¹ Ivi, art. 6.

²² Ivi, sezione 1, art. 1(5), p. 3.

²³ Ivi, sezione 1, art. 1(6), p. 3.

²⁴ Tropper J. e Reinisch A., supra n. 72, p. 305.

²⁵ Accordo sull'estinzione, supra n. 67, artt. 5 e 7, pp. 4 e 5.

²⁶ Ivi, art. 8(1) e (2), p. 5.

Quest'ultima condizione appare alquanto problematica, dal momento che prevede un trattamento diverso dei lodi a seconda che si tratti di decisioni favorevoli o di decisioni avverse allo Stato membro convenuto. Soltanto qualora il lodo definitivo abbia accertato che il provvedimento contestato sia contrario al contenuto del trattato bilaterale di investimento in questione è infatti possibile ricorrere al sistema di misure transitorie di cui all'articolo 8. In primo luogo, l'investitore privato e lo Stato membro hanno la facoltà di chiedere alla controparte di attivare il meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dall'accordo sull'estinzione, purché l'operatore economico abbia richiesto la sospensione del procedimento arbitrale pendente o si sia astenuto dall'agire per ottenere il riconoscimento o l'esecuzione del lodo già reso nel procedimento arbitrale pendente²⁷. Affinché il meccanismo di risoluzione disciplinato dall'articolo 9 dell'accordo sull'estinzione si attivi è necessario che la misura nazionale contestata oggetto del procedimento arbitrale pendente sia stata precedentemente dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione europea da parte della Corte di giustizia o da parte del giudice nazionale²⁸. Le parti della controversia sono chiamate a designare di comune accordo un facilitatore, il quale nell'organizzare secondo imparzialità i negoziati per la risoluzione della disputa tiene in debito conto le sentenze emesse dalla Corte di giustizia o dal giudice nazionale²⁹. In caso di composizione amichevole, le parti della controversia ne accettano i termini senza ritardo in maniera giuridicamente vincolante³⁰. In mancanza di una composizione amichevole, le parti della controversia hanno un mese per proporre un regolamento della disputa che ritengano accettabile, sulla base del quale il facilitatore organizza nuove trattative³¹. Entro un mese dal ricevimento della proposta modificata definitiva di composizione amichevole formulata dal facilitatore, ciascuna parte decide se accettarne i termini³². Qualora scelga di non accogliere la proposta, la parte interessata deve

²⁷ Ivi, art. 9(1)(a) e (b), p. 5. Nel testo dell'accordo, viene utilizzata la congiunzione "e", che sta ad indicare due condizioni cumulative, al posto della congiunzione "o", che invece sta ad indicare due condizioni alternative.

²⁸ Ivi, art. 9(3), p. 5.

²⁹ Ivi, art. 9(8) e (10), p. 6.

³⁰ Ivi, art. 9(14), p. 7.

³¹ Ivi, art. 9(11), p. 6.

³² Ivi, art. 9(12), p. 6.

comunicare alla controparte senza ritardo e per iscritto le ragioni di tale decisione³³. La circostanza che nessuna soluzione sia stata individuata in caso di mancato accordo tra le parti della procedura costituisce indubbiamente un punto a sfavore dell'accordo sull'estinzione. In questo caso, dall'articolo 9 non risulta desumibile se l'investitore privato coinvolto nella controversia ha la possibilità di riprendere il procedimento arbitrale che era stato sospeso o di eseguire il lodo che era stato reso. La seconda via messa a disposizione dell'investitore privato consiste nell'accesso ai mezzi di ricorso giurisdizionale contemplati dal diritto interno anche qualora il limite di tempo previsto dall'ordinamento nazionale per esperire l'azione siano scaduti, purché l'operatore economico abbia richiesto la sospensione del procedimento arbitrale pendente e abbia rinunciato ai diritti attribuitigli dal trattato bilaterale di investimento pertinente o si sia astenuto dall'agire per ottenere l'esecuzione del lodo già reso nel procedimento arbitrale pendente e si sia guardato dal proporre un procedimento arbitrale nuovo³⁴. Affinché l'accesso al giudice nazionale disciplinato dall'articolo 10 dell'accordo sull'estinzione si espliciti è necessario che la pretesa sia fatta valere sulla base del diritto nazionale o del diritto dell'Unione europea³⁵. A questo riguardo, la norma in questione precisa che le disposizioni del trattato bilaterale di investimento estinto non sono da considerarsi come parte del diritto applicabile nei procedimenti proposti dinanzi al giudice nazionale³⁶. Questa esclusione appare alquanto controversa, dal momento che nega all'investitore privato coinvolto nella disputa di adire il giudice nazionale allo scopo di ottenere il rispetto effettivo degli elevati standards di trattamento garantiti dai TBI che soltanto in parte si sovrappongono alle misure di protezione che il diritto comunitario prevede a favore degli operatori economici europei. Occorre a questo punto porre l'accento su una caratteristica dell'accordo sull'estinzione che assume un certo rilievo nell'ambito del presente lavoro. Nel preambolo si legge che l'accordo sull'estinzione dovrebbe applicarsi a tutti i procedimenti arbitrari tra investitori privati e Stati membri istituiti sulla base di trattati bilaterali di investimento interni all'Unione in conformità con qualsiasi convenzione di arbitrato

³³ Ivi, art. 9(13), p. 6.

³⁴ Ivi, art. 10(1)(a), p. 7.

³⁵ Ivi, art. 10(1)(b), p. 7.

³⁶ Ivi, art. 10(3), p. 7.

o regolamento di arbitrato, fra cui anche la Convenzione ICSID e il regolamento UNCITRAL³⁷. Una tipologia di procedimenti arbitrali intra-UE che l'accordo sull'estinzione lascia completamente inalterata, per espressa previsione contenuta nel preambolo, è costituita da quella promossa sulla base della clausola compromissoria del Trattato sulla Carta dell'energia³⁸. A questo riguardo, gli Stati membri firmatari hanno espresso la volontà di rimandare a un secondo momento il dibattito circa l'applicabilità delle disposizioni dell'accordo sull'estinzione al meccanismo di risoluzione delle controversie disciplinato dall'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia³⁹. Con tutta probabilità, tale decisione è stata determinata dalla circostanza che alla data di adozione dell'accordo sull'estinzione la Corte di giustizia non si era ancora esplicitamente pronunciata su questa particolare questione⁴⁰.

4.3 La convenzione di arbitrato ad hoc: una possibile alternativa alla clausola compromissoria?

Alla luce dei provvedimenti adottati dagli Stati membri, risulta necessario chiedersi se esistono possibili alternative alle clausole compromissorie contenute nei trattati bilaterali di investimento interni all'Unione. In particolare, appare opportuno verificare se sussiste la possibilità che una convenzione di arbitrato ad hoc costituisca una soluzione al problema del venir meno della tutela degli interessi degli investitori esteri fornita dai TBI intra-UE. A questo proposito, fondamentale è l'analisi delle affermazioni della Corte di giustizia nella sentenza del 26 ottobre 2021 concernente il caso PL Holdings Sàrl contro Repubblica polacca. È stato in questa occasione che la Corte di giustizia si è pronunciata in merito al rapporto esistente tra il diritto dell'Unione europea e la clausola compromissoria contenuta nell'Accordo tra il governo del Regno del Belgio e il governo del Granducato di Lussemburgo, da una parte, e il governo della Repubblica popolare di Polonia, dall'altra, avente ad oggetto l'incentivazione e la protezione reciproca degli investimenti. Adita in via pregiudiziale dalla Corte suprema svedese, la Corte di

³⁷ Ivi, preambolo VII, p. 2.

³⁸ Ivi, preambolo X, p. 2.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Riguardo alla pronuncia della Corte di giustizia relativa alla compatibilità della clausola compromissoria contenuta nel Trattato sulla Carta dell'energia si veda supra Capitolo III, para. 3.6.

giustizia ha dichiarato l'incompatibilità tra il diritto dell'Unione europea e una normativa nazionale che consente a uno Stato membro di concludere con un investitore di un altro Stato membro una convenzione di arbitrato ad hoc che renda possibile la prosecuzione di un procedimento arbitrale avviato sulla base di una clausola compromissoria di contenuto identico a tale convenzione presente in un trattato bilaterale di investimento intra-UE e nulla a causa della sua contrarietà al diritto dell'Unione europea. Il procedimento principale riguardava la sospensione da parte della Repubblica polacca dei diritti di voto collegati ai titoli di una società a responsabilità limitata di diritto lussemburghese, la PL Holdings, a causa delle conseguenze negative risultanti dall'eccessiva influenza esercitata da quest'ultima sulla sana gestione della banca polacca nel cui capitale essa aveva acquisito partecipazioni⁴¹. Invocando l'articolo 9 dell'accordo in materia di investimenti tra il Belgio e il Lussemburgo, da un lato, e la Polonia, dall'altro, la PL Holdings ha avviato un procedimento arbitrale contro la Polonia dinanzi all'Istituto di arbitrato della Camera di Commercio di Stoccolma⁴². Con lodo speciale del 28 giugno 2017, l'organismo arbitrale ha rigettato l'eccezione di invalidità della convenzione di arbitrato ad hoc sollevata dalla Polonia⁴³. Conformemente al diritto svedese e ai principi dell'arbitrato commerciale, detto accordo si era formato tra le parti della controversia per fatti concludenti, cioè sulla base del loro comportamento⁴⁴. In particolare, esso era venuto ad esistenza in seguito alla costituzione della Polonia nel procedimento avviato sulla base della proposta di arbitrato che la PL Holdings aveva presentato secondo le stesse modalità previste dall'articolo 9 del TBI⁴⁵. Lo Stato membro aveva poi omesso di contestare validamente la competenza del collegio arbitrale entro il termine previsto dal diritto svedese⁴⁶. Con lodo definitivo del 28 settembre 2017, l'organismo arbitrale ha condannato la Polonia al pagamento di 150 milioni di euro in favore della PL Holdings⁴⁷. In seguito, la Polonia ha

⁴¹ Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott, Causa C-109/20, Repubblica di Polonia contro PL Holdings Sàrl, ECLI:EU:C:2021:321, paras. 10-12.

⁴² Ivi, para. 13.

⁴³ Ivi, para. 15.

⁴⁴ Causa C-109/20, Repubblica polacca contro PL Holdings Sàrl (PL Holdings), ECLI:EU:C:2021:875, para. 28.

⁴⁵ Ibidem; Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott, supra n. 22, para. 19.

⁴⁶ PL Holdings, supra n. 25, para. 36.

⁴⁷ Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott, supra n. 22, para. 17.

chiesto l'annullamento di entrambi i lodi arbitrali dapprima dinanzi alla Corte d'appello svedese, la quale ha respinto il ricorso, poi davanti alla Corte suprema svedese, la quale ha adito la Corte di giustizia⁴⁸. Il fondamento normativo di tale ricorso era l'articolo 34 della legge svedese in materia di arbitrato, ai sensi del quale un lodo arbitrale può essere annullato in tutto o in parte su ricorso di una delle parti, laddove non sia fondato su una valida convenzione di arbitrato conclusa inter partes⁴⁹. La domanda pregiudiziale sollevata dalla Corte suprema svedese verteva ancora una volta sull'interpretazione degli articoli 267 e 344 TFUE⁵⁰. In particolare, il giudice del rinvio ha chiesto se dette disposizioni, come interpretate dalla Corte di giustizia nella sentenza Achmea, ostavano a una convenzione di arbitrato ad hoc stipulata tra uno Stato membro e un investitore di un altro Stato membro, qualora il consenso dello Stato membro al procedimento arbitrale fosse dedotto dalla sua volontaria rinuncia a sollevare eccezioni di difetto di giurisdizione⁵¹. Prima di procedere all'esame del merito, la Corte di giustizia ha riformulato la domanda sollevata dal giudice del rinvio, affermando che con la sua questione pregiudiziale la Corte suprema svedese intendeva chiedere se gli articoli 267 e 344 TFUE dovevano essere interpretati nel senso che ostavano a una normativa nazionale che consentisse a uno Stato membro di stipulare con un investitore di un altro Stato membro una convenzione di arbitrato ad hoc che rendesse possibile la prosecuzione di un procedimento arbitrale avviato sulla base di una clausola compromissoria di contenuto identico a tale convenzione presente in un trattato bilaterale di investimento intra-UE e nulla a causa della sua contrarietà proprio agli articoli 267 e 344 TFUE⁵². In primo luogo, la Corte di giustizia ha affermato che la clausola compromissoria di cui all'articolo 9 del TBI in questione era incompatibile con il diritto dell'Unione europea al pari di quella oggetto della causa che aveva dato luogo alla sentenza del 6 marzo 2018, precisando che in conseguenza dell'applicazione dell'articolo 4 dell'accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento intra-UE detta disposizione non avrebbe potuto più fungere da base

⁴⁸ Ivi, paras. 18-19.

⁴⁹ Ivi, para. 6.

⁵⁰ Ivi, para. 20.

⁵¹ Ibidem che cita sentenza del 6 marzo 2018, Achmea B.V. contro Repubblica slovacca, Causa C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

⁵² PL Holdings, supra n. 25, para. 37.

giuridica per un procedimento arbitrale a decorrere dalla data di adesione della Polonia⁵³. In secondo luogo, la Corte di giustizia ha dichiarato che il consentire a uno Stato membro di sottoporre una controversia che può riguardare l'applicazione e l'interpretazione del diritto dell'Unione europea a un organismo arbitrale avente le stesse caratteristiche di quello previsto da una clausola compromissoria nulla come quella contenuta nel TBI in questione avrebbe costituito un'elusione degli obblighi che gli Stati membri sono tenuti ad adempiere in virtù degli articoli 267 e 344 TFUE come interpretati nella sentenza Achmea⁵⁴. In terzo luogo, la Corte di giustizia ha sostenuto che il consentire a uno Stato membro di sanare la nullità di una clausola compromissoria tramite un contratto con un investitore di un altro Stato membro sarebbe stato contrario all'obbligo che gli Stati membri sono tenuti ad adempiere in virtù dell'articolo 7 dell'accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento intra-UE, ai sensi del quale le parti contraenti che sono vincolate da TBI sulla cui base è stato promosso un procedimento arbitrale pendente chiedono al giudice nazionale competente di provvedere alla revoca o all'annullamento o di rinunciare al riconoscimento o all'esecuzione del lodo arbitrale reso in forza di dette clausole nell'ambito di un procedimento giudiziario ad esso relativo⁵⁵. La Corte di giustizia ha pertanto concluso che gli articoli 267 e

⁵³ Ivi, para. 46. L'articolo 9 del TBI in questione recita come segue: "In caso di mancata composizione entro il termine di sei mesi a decorrere dalla notifica di cui al paragrafo 1, la controversia viene sottoposta, a scelta dell'investitore, ad arbitrato dinanzi ad uno degli organismi arbitrali qui di seguito indicati: [...]. L'organismo arbitrale conosce della controversia sulla base: della legge della Parte contraente in causa sul territorio della quale l'investimento è situato, ivi comprese le relative norme sul conflitto di leggi; delle disposizioni del presente accordo; delle condizioni dell'accordo specifico che sarà intervenuto in merito all'investimento; delle regole e dei principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. I lodi arbitrali sono definitivi e cogenti per le parti in causa. Ogni Parte contraente s'impegna a dare esecuzione ai lodi arbitrali conformemente alla propria normativa nazionale.". L'articolo 4 dell'Accordo sull'estinzione dei Trattati Bilaterali di Investimento tra Stati membri dell'Unione europea recita come segue: "Le parti contraenti confermano che le Clausole Compromissorie tra un investitore e uno Stato, previste da un Trattato Bilaterale di Investimento sono in contrasto con i trattati dell'UE e sono pertanto inapplicabili. Per effetto di tale incompatibilità tra le Clausole Compromissorie e i trattati dell'UE, a decorrere dalla data in cui l'ultima delle parti di un Trattato Bilaterale di Investimento è diventata Stato membro dell'Unione europea la Clausola Compromissoria di detto Trattato non può fungere da base giuridica per il Procedimento Arbitrale".

⁵⁴ Ivi, para. 47.

⁵⁵ Ivi, paras. 52-54. L'articolo 7 dell'Accordo sull'estinzione dei Trattati Bilaterali di Investimento tra Stati membri dell'Unione europea recita come segue: "Le Parti contraenti che sono vincolate da Trattati Bilaterali di Investimento sulla base dei quali sono stati promossi Procedimenti Arbitrali Pendenti o Nuovi Procedimenti Arbitrali: informano i collegi arbitrali, in cooperazione tra loro e sulla base della dichiarazione di cui all'allegato C, delle conseguenze giuridiche derivanti dalla sentenza del 6 marzo 2018, Achmea, di cui all'articolo 4; e qualora siano parte di un procedimento

344 TFUE dovevano essere interpretati nel senso che ostavano a una normativa nazionale che consentisse a uno Stato membro di stipulare con un investitore di un altro Stato membro una convenzione di arbitrato ad hoc che rendesse possibile la prosecuzione di un procedimento arbitrale avviato sulla base di una clausola compromissoria di contenuto identico a tale convenzione presente in un trattato bilaterale di investimento intra-UE e nulla a causa della sua contrarietà alle medesime disposizioni⁵⁶. Sebbene il diffuso timore di mettere in pericolo l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario abbia impedito che la decisione del 26 ottobre 2021 fosse percepita come un fulmine a ciel sereno, la questione pregiudiziale sollevata dalla Corte suprema svedese aveva in parte alimentato la speranza che i procedimenti arbitrali promossi sulla base di un contratto stipulato tra uno Stato membro e un investitore di un altro Stato membro potessero sopravvivere all'annosa questione della compatibilità tra il diritto dell'Unione europea e le clausole compromissorie contenute nei trattati bilaterali di investimento intra-UE⁵⁷. La Corte d'appello di Stoccolma aveva infatti respinto il ricorso presentato dalla Polonia sulla base del fatto che l'incompatibilità dichiarata nella sentenza Achmea riguardasse il meccanismo di risoluzione delle controversie disciplinato dall'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca, il quale differiva da quello previsto da una convenzione di arbitrato ad hoc la cui origine era rintracciabile nell'autonomia della volontà delle parti in causa. Proprio in virtù di questa sostanziale differenza, essa aveva concluso nel senso che la decisione della Corte di giustizia del 6 marzo 2018 non precludeva la PL Holdings e la Polonia dal prendere parte a un procedimento arbitrale in materia di investimenti avviato in conformità della convenzione summenzionata⁵⁸. Occorre inoltre sottolineare che la sentenza del 26 ottobre 2021 costituisce il primo caso in cui la Corte di giustizia ha fondato le sue argomentazioni contrarie al riconoscimento della validità di una clausola compromissoria relativa a dispute in materia di investimenti sulle

giudiziario relativo a un lodo arbitrale reso in forza di un Trattato Bilaterale di Investimento, chiedono al giudice nazionale competente, anche di un paese terzo, di revocare detto lodo, annullarlo o astenersi dal riconoscerlo e darvi esecuzione, a seconda dei casi.”.

⁵⁶ Ivi, para. 56.

⁵⁷ Nella sentenza Achmea, la Corte di giustizia definisce i procedimenti arbitrali promossi sulla base di un contratto stipulato tra uno Stato membro e un investitore di un altro Stato membro procedimenti di arbitrato commerciale.

⁵⁸ Svea Court of Appeal, casi n. T 8538-17 e n. T 12033-17, paras. 5.2.3 e 5.2.4.

disposizioni dell'Accordo sull'estinzione dei Trattati Bilaterali di Investimento tra Stati membri del 5 maggio 2020.

4.4 Le possibili alternative alle clausole arbitrali

Dopo aver ripercorso il ragionamento della Corte di giustizia nella sentenza PL Holdings, risulta inevitabile approfondire il discorso relativo alle possibili alternative alle clausole compromissorie contenute nei trattati in materia di investimento. Occorre innanzitutto rilevare che la speranza che i procedimenti di arbitrato commerciale possano rimanere indenni dalle implicazioni della sentenza Achmea non è del tutto persa. A rendere sospetta agli occhi della Corte di giustizia la convenzione di arbitrato ad hoc conclusa tra la Polonia e la PL Holdings infatti erano anche la circostanza che il suo contenuto fosse identico a quello della clausola compromissoria di cui all'articolo 9 del TBI tra il Belgio e il Lussemburgo, da un lato, e la Polonia, dall'altro e il fatto che lo scopo principale del procedimento arbitrale promosso sulla base di tale convenzione consistesse nel risolvere la disputa che la Polonia e la PL Holdings non potevano dirimere mediante il meccanismo di composizione disciplinato da detto articolo a causa della sua nullità. Questo potrebbe consentire di astrarre dal caso specifico trattato nella sentenza del 26 ottobre 2021 e di affermare che una convenzione di arbitrato ad hoc può costituire una valida alternativa alle clausole compromissorie contenute nei trattati bilaterali di investimento intra-UE soltanto se il loro contenuto risulta sufficientemente diverso da quello di tali clausole e il loro scopo non risiede nel permettere la prosecuzione di procedimenti arbitrali avviati sulla base di tali clausole. Occorre tuttavia sottolineare che la Commissione europea e gli Stati membri hanno ripetutamente sostenuto l'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea anche delle clausole compromissorie previste dai TBI intra-UE dal contenuto diverso rispetto a quello dell'articolo 8 dell'accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca, come le norme che prevedono la possibilità di sottoporre una disputa al Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimento⁵⁹. In ogni caso, qualora le condizioni sopraelencate fossero sufficienti

⁵⁹ A questo riguardo si vedano: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 19 luglio 2018, *Tutela degli investimenti intra-UE*, Bruxelles, 19 luglio 2018, COM

a renderle valide, le convenzioni di arbitrato ad hoc che trovano il proprio fondamento nell'autonomia della volontà delle parti in causa potrebbero costituire una possibile alternativa alle clausole compromissorie contenute nei trattati bilaterali di investimento intra-UE. Del resto, spesso la regolamentazione del rapporto tra investitore privato e Stato ospitante è affidata al contratto⁶⁰. Sebbene il fatto che non sia prevista alcuna opera di raccolta e di pubblicazione dei contratti stipulati in materia di investimento non renda agevole ottenere un indicatore accurato relativo al loro grado di utilizzo da parte degli operatori economici, risulta possibile affermare che questi strumenti costituiscono tuttora una componente fondamentale del moderno regime di protezione degli investimenti diretti esteri⁶¹. Una caratteristica che potrebbe giocare a loro favore è il consentire agli investitori privati di negoziare i termini più idonei a disciplinare i diversi aspetti di ogni singola operazione economica⁶². Il trattato bilaterale di investimento invece adotta un approccio standardizzato nel definire le condizioni alle quali una parte contraente effettua investimenti nel territorio dell'altra o ospita investimenti nel proprio territorio, rivelandosi quindi inadatto a regolamentare la realizzazione di un particolare progetto⁶³. Certo, al vantaggio appena individuato fa da contraltare la circostanza che negoziare di volta in volta con lo Stato ospitante si rivelerebbe non solo dispendioso in termini di tempo ma anche complicato in termini di risultato, dal momento che l'investitore privato avrebbe una forza contrattuale generalmente inferiore rispetto a quella dell'organo statale deputato a prendere parte alle trattative. Al contrario, il trattato bilaterale di investimento offre all'operatore economico una disciplina già pronta che attende soltanto di essere applicata, consentendogli di aggirare qualsiasi complicazione legata al fatto di doversi sedere

(2018) 547 final; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/14/1, lodo del 16 maggio 2018; Vattenfall AB e altri contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue del 31 marzo 2018; UP e C.D Holding Internazionale contro Repubblica ungherese, caso ICSID n. ARB/13/35, lodo del 9 ottobre 2018. Per un resoconto relativo ai summenzionati documenti si veda supra Capitolo II, paras. 2.2 e 2.4.

⁶⁰ Yackee J. W., (2008), "Do We Really Need BITs – Toward a Return to Contract in International Investment Law", *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol. 3, n. 1, p. 133.

⁶¹ Ivi, p. 134.

⁶² Ivi, p. 133.

⁶³ Ivi, pp. 133-134.

al tavolo delle trattative con una controparte generalmente dotata di maggiore potere negoziale.

Naturalmente, esistono diverse altre soluzioni che possono sostituirsi alle clausole compromissorie contenute nei trattati bilaterali di investimento intra-UE. Una prima possibile alternativa è stata suggerita proprio dall'Unione europea. Nel giugno del 2018, il Consiglio ha autorizzato la Commissione a negoziare una convenzione che istituisce una corte multilaterale permanente per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti chiamata a soppiantare i diversi tribunali previsti dai recenti accordi commerciali conclusi dall'Unione europea⁶⁴. A questo scopo, sono in corso le trattative nell'ambito del III Gruppo di lavoro dell'UNCITRAL⁶⁵. La corte dovrebbe comprendere un tribunale di appello, il cui ruolo sarebbe quello di sottoporre a revisione le decisioni emesse dall'organo giudiziario di prima istanza con il potere di chiedere un eventuale riesame del caso⁶⁶. I membri della corte dovrebbero essere soggetti a stringenti requisiti relativamente al loro livello di competenza e al loro grado di imparzialità, il cui rispetto sarebbe garantito da un codice di condotta incluso nella convenzione istitutiva⁶⁷. I procedimenti dinanzi alla corte dovrebbero essere condotti in modo trasparente, garantendo la possibilità di intervento ai terzi, e in modo efficace, assicurando la rapida composizione delle controversie⁶⁸. Occorre tuttavia sottolineare che in una nota al paragrafo 7 il Consiglio precisa che le clausole compromissorie contenute nei trattati bilaterali di investimento conclusi tra Stati membri e nel Trattato sulla Carta dell'energia non rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive in esame⁶⁹. Appare al tempo stesso necessario evidenziare che nei documenti concernenti il processo di modernizzazione del

⁶⁴ Council of the European Union, "Negotiating Directives for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes", Brussels, 20 March 2018, 12981/17 ADD 1 DCL 1, FDI 25 WTO 229.

⁶⁵ Per un aggiornamento circa l'andamento dei relativi negoziati si veda: UNCITRAL Working Group III (ISDS Reform), Status of work, 25 May 2022, disponibile al sito <Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform | United Nations Commission On International Trade Law>.

⁶⁶ Council of the European Union, *supra* n. 102, para. 10, p. 4.

⁶⁷ *Ivi*, para. 11, p. 5.

⁶⁸ *Ivi*, paras. 13 e 15, p. 6.

⁶⁹ *Ivi*, nota 1, para. 7, p. 3: "Without prejudice to the question of their validity or applicability under EU law, bilateral investment treaties concluded among Member States, as well as the intra-EU application of the Energy Charter Treaty shall not fall within the scope of these directives."

Trattato sulla Carta dell'energia, nel dichiarato tentativo di estendere all'accordo in questione le riforme concernenti il meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato avviate nei contesti UNCITRAL e ICSID, il Consiglio ha auspicato la realizzazione di una corte multilaterale cui le parti una volta espresso il proprio consenso dovranno sottoporre la disputa avente ad oggetto gli investimenti effettuati sulla base delle disposizioni del Trattato sulla Carta dell'energia che le vede coinvolte⁷⁰. Uno dei vantaggi che l'istituzione di una corte multilaterale permanente potrebbe arrecare alle parti della controversia consiste nel migliorare gli standards di prevedibilità e di coerenza del meccanismo di composizione delle dispute⁷¹. Il carattere permanente del pool di giudici infatti consentirebbe alle parti di prevedere almeno entro una certa misura il modo in cui il tribunale deciderà del caso sottoposto alla sua attenzione, specialmente in ragione della circostanza che i suoi membri sarebbero inevitabilmente indotti a fare riferimento a quanto da loro stessi affermato nelle precedenti sentenze, evitando così l'eventualità che si pronuncino in modo diverso sulle questioni già affrontate anteriormente⁷². L'esistenza di un meccanismo di appello contro la decisione emessa dal giudice di prima istanza inoltre rafforzerebbe tali standards di prevedibilità e di coerenza, dal momento che essere a conoscenza del fatto che la propria decisione potrà essere sottoposta a ulteriore scrutinio esorterebbe l'organo giurisdizionale di grado inferiore a emanare la propria sentenza soltanto dopo una sufficientemente scrupolosa valutazione delle questioni di fatto e di diritto⁷³.

Un'altra più intuitiva soluzione alla questione delle clausole compromissorie contenute nei trattati bilaterali di investimento consisterebbe nell'affidare

⁷⁰ Council of the European Union, supra n. 102, p. 5; European Commission, Note for the Attention of the Trade Policy Committee, "Energy Charter Treaty Modernisation: Revised Draft EU Proposal", Brussels, 20 April 2020, WK 3937/2020 INIT, p. 15. FN3: "For greater certainty, if the Contracting Party which is party to the dispute and the Contracting Party of the Investor have both consented to the jurisdiction of the multilateral investment court, the dispute under subparagraph 2(c) shall be submitted for resolution to such a multilateral court to the exclusion of the other mechanisms of dispute resolution referred to in paragraphs 4(a) to (c)."

⁷¹ Brown C.M., (2020), "The EU's Approach to Multilateral Reform of Investment Dispute Settlement", in Baltag C. e Stanič A. (a cura di), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, p. 227.

⁷² Ivi, pp. 228-229.

⁷³ Ivi, p. 229 che cita Dimitropoulos G., (2018), "Investor-State Dispute Settlement Reform and Theory of Institutional Design", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 535, n. 9.

nuovamente la soluzione delle controversie che coinvolgono investitori stranieri ai tribunali nazionali dello Stato ospitante. Questo equivarrebbe a un ritorno al passato, tuttavia potrebbe rivelarsi utile a quei soggetti economici non in grado di esercitare sufficiente potere negoziale al fine di ottenere condizioni di investimento vantaggiose attraverso la stipulazione di un contratto⁷⁴. Eppure, una simile alternativa potrebbe essere causa di molteplici problemi per gli investitori stranieri. In primo luogo, i giudici nazionali potrebbero non essere del tutto imparziali nel rilasciare la propria decisione perché vi sarebbe la possibilità che essi risentano dell'influenza politica dell'organo statale con cui il ricorrente è in causa⁷⁵. Fortunatamente, nell'ambito dell'Unione europea quest'ipotesi non è facile da realizzarsi, ma le recenti vicende della Polonia sembrano contraddire le più elementari regole della convivenza democratica che costituiscono parte integrante dei valori fondanti dell'Unione europea⁷⁶. Nel gennaio del 2020, il Parlamento polacco ha approvato una legge che asservisce la magistratura al potere esecutivo, ponendole il divieto assoluto di critica su qualsiasi decisione che sia stata adottata dal governo e di svolgimento di qualsiasi attività che possa essere considerata politica⁷⁷. Il primo ministro polacco Morawiecki ha definito necessaria tale riforma, dichiarando di ritenere indispensabile che si effettui una valutazione obiettiva delle prestazioni della magistratura⁷⁸. Trattasi di un argomento sul quale si è dibattuto con intensità anche in Italia, in vista del referendum abrogativo del 12 giugno 2022 che con il suo terzo quesito chiede ai cittadini italiani di pronunciarsi circa la partecipazione dei membri laici a tutte le deliberazioni del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e dei consigli giudiziari. In secondo luogo, i tribunali nazionali potrebbero non essere abbastanza preparati per affrontare una controversia tra investitore e Stato perché avrebbero inevitabilmente poca esperienza nell'applicazione dei complessi principi che regolano il diritto internazionale degli investimenti⁷⁹. In terzo luogo, le corti nazionali potrebbero non essere

⁷⁴ Triantafilou E. e Pusztai D., supra n. 1, p. 60.

⁷⁵ Salacuse J.W., (2007), "Is There a Better Way – Alternative Methods of Treaty-Based Investor-State Dispute Resolution", *Fordham International Law Journal*, vol. 31, n. 1, p. 163.

⁷⁶ Gaiardoni A., "Magistratura, la deriva autoritaria della Polonia: cosa può fare l'Ue?", *Il Bo live*, 28 gennaio 2020, Università di Padova.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Salacuse J.W., supra n. 113, p. 163.

particolarmente adatte a garantire una rapida composizione della disputa che vede coinvolto un investitore straniero perché sarebbero spesso oppresse da una mole di lavoro soverchiante che le lente procedure burocratiche impediscono di snellire⁸⁰.

Un'ultima possibile alternativa alle clausole compromissorie contenute nei trattati bilaterali di investimento intra-UE è rappresentata dai cosiddetti Alternative Dispute Resolution methods⁸¹. Ciò che caratterizza questi meccanismi di risoluzione delle controversie è l'intervento da parte di un terzo, il quale assiste le parti coinvolte nella disputa nella loro opera di negoziazione di una soluzione⁸². Nel corso del procedimento, le parti in causa mantengono il controllo sull'andamento delle trattative relative alla disputa e preservano il diritto di rifiutare la proposta di composizione o di ritirare il consenso al metodo ADR⁸³. Naturalmente, la modalità di intervento dei terzi dipende dalle capacità e dalle risorse del facilitatore, nonché dagli interessi e dalle esigenze delle parti della controversia⁸⁴. Occorre quindi riconoscere che non esiste una singola inequivocabile formula per assolvere al compito di facilitatore nell'ambito di una controversia sottoposta a un metodo ADR. Diversi commentatori ritengono che i metodi in questione consentano di dare luogo a procedimenti non solo meno costosi ma anche più rapidi di quelli che conducono all'emissione di sentenze giuridiche, dimostrandosi incredibilmente efficaci nel ristabilire i rapporti che sussistevano tra le parti prima del sorgere della disputa⁸⁵.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Di seguito metodi ADR. Mauro M.R., (2019), "Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 390.

⁸² Salacuse J.W., supra n. 113, p. 157.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ivi, pp. 157-158 che cita Mnookin R.H. e Ross L., "Introduction to Kenneth J. Arrow et al., Barriers to Conflict Resolution 6 (1st edition 1995)".

Conclusioni

Il presente lavoro ha inteso indagare la questione della compatibilità delle clausole compromissorie contenute nei trattati bilaterali di investimento e nel Trattato sulla Carta dell'energia con il diritto dell'Unione europea alla luce delle importanti affermazioni della Corte di giustizia nel caso *Achmea B.V. contro Repubblica slovacca*. La ricostruzione effettuata nel primo capitolo ha consentito di appurare che quello tra il diritto internazionale degli investimenti e il diritto dell'Unione europea è un rapporto notevolmente complesso. Tale rapporto si è evoluto con il tempo per mezzo dell'introduzione di importanti novità normative, in particolare grazie al riconoscimento esplicito ad opera del Trattato di Lisbona dell'esistenza di una competenza esterna dell'Unione europea in materia di investimenti diretti esteri. Detto rapporto è stato inoltre progressivamente chiarito per mezzo dell'intervento di rilevanti attori istituzionali, in particolare grazie alla partecipazione in qualità di *amicus curiae* della Commissione europea ai procedimenti istituiti dinanzi ai tribunali arbitrali cui erano state sottoposte le controversie sorte tra le parti contraenti di alcuni TBI. Con l'analisi effettuata nel secondo capitolo è stato possibile apprezzare lo sforzo di ciascuno dei soggetti coinvolti nel dibattito concernente la validità delle clausole compromissorie contenute nei trattati in materia di investimento di preservare il complesso di regole che costituisce il fondamento normativo del suo agire. La Commissione europea e gli avvocati generali propongono un'interpretazione estensiva della sentenza *Achmea*. Essi sostengono la necessità che la portata della decisione emessa dalla Corte di giustizia il 6 marzo 2018 si estenda ai meccanismi di risoluzione delle controversie istituiti sulla base, non solo, di un trattato bilaterale di investimento concluso tra Stati membri diverso dal TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca, ma anche, di un accordo multilaterale di investimento concluso sia dall'Unione europea sia dai suoi Stati membri come il Trattato sulla Carta dell'energia. I tribunali arbitrali istituiti in conformità con le clausole compromissorie contenute in alcuni dei TBI intra-UE invece propongono un'interpretazione restrittiva della sentenza *Achmea*. Essi respingono le eccezioni di difetto di giurisdizione sollevate sulla base dell'incompatibilità dell'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Repubblica slovacca con il diritto dell'Unione europea dichiarata dalla Corte di giustizia il 6 marzo 2018. Detta

analisi ha permesso di constatare che sia le argomentazioni che propongono una lettura estensiva sia le argomentazioni che propongono una lettura restrittiva hanno una loro fondatezza, dal momento che coloro che le propugnano assumono una prospettiva diversa a seconda dell'ordinamento giuridico cui appartengono. Dall'approfondimento effettuato nel terzo capitolo è stato possibile desumere che non è affatto scontato che la clausola compromissoria di cui all'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia non possa trovare applicazione a livello intra-UE. Ciò appare manifesto sia dalle pertinenti norme in materia di coordinamento fra strumenti giuridici, il cui ricorso nell'ambito del dibattito relativo al rapporto esistente tra il diritto dell'Unione europea e il Trattato sulla Carta dell'energia non conduce a un esito inequivocabile, sia dalle affermazioni della Corte di giustizia nel parere 1/17, la cui riesamina nell'ambito del dibattito relativo alla possibilità per un tribunale arbitrale istituito in conformità dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia di interpretare o applicare le norme dell'ordinamento giuridico comunitario non porta ad alcuna soluzione definitiva. Tutto quanto risulta deducibile da tale approfondimento però viene messo in discussione dalle recenti affermazioni della Corte di giustizia, la quale nell'ottobre del 2021 ha dichiarato l'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea dell'articolo 26 del Trattato sulla Carta dell'energia. È stato pertanto posto l'accento sulla possibilità che la soluzione a qualsiasi contrasto tra l'ordinamento giuridico comunitario e il contenuto del Trattato sulla Carta dell'energia possa scaturire dal processo negoziale volto alla modernizzazione di detto accordo avviato nel novembre del 2018. Con lo studio effettuato nel quarto capitolo si è cercato di fornire una risposta soddisfacente all'interrogativo concernente il futuro delle clausole compromissorie contenute nei trattati in materia di investimento. Tale risposta non può certo dirsi definitiva, dal momento che le opinioni in merito alla compatibilità fra il diritto dell'Unione europea e l'arbitrato in materia di investimenti continuano a divergere. Sono stati infatti individuati due diversi scenari: uno, nel quale la possibilità di ricorrere all'arbitrato prevista da un accordo internazionale in materia di investimenti coesista con il sistema giuridico dell'Unione europea; l'altro, nel quale la funzione di provvedere alla protezione degli interessi degli agenti economici non sia più affidata ai tribunali arbitrali. In particolare, beneficiando dell'ausilio delle

sentenze più recenti della Corte di giustizia e delle iniziative più rilevanti degli Stati membri, detto studio ha permesso di rilevare che le plausibili alternative all'arbitrato nel campo degli investimenti diretti esteri comprendono innanzitutto i rimedi previsti dall'ordinamento giuridico dello Stato membro ospitante l'investimento. Venendo meno la protezione fornita in via arbitrale infatti, i tribunali nazionali dello Stato membro nel cui territorio l'investimento è stato effettuato tornerebbero ad essere il primo strumento a tutela degli agenti economici, con tutti i limiti che li caratterizzano. Ovviamente, rimane aperta la possibilità di avviare procedimenti arbitrali sulla base di contratti stipulati fra uno Stato membro e un investitore privato di un altro Stato membro. Meritevole di nota appare anche la proposta da più parti avanzata di istituire una corte multilaterale permanente chiamata a sostituire i diversi tribunali previsti dai recenti accordi commerciali conclusi dall'Unione europea.

Bibliografia

Libri

Baltag C. e Dudaş Ş., (2020), “Achmea, Arbitral Tribunals and the ECT: Modernisation or Regression?”, in Baltag C. e Stanič A. (a cura di), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, pp. 23-41.

Brown C.M., (2020), “The EU’s Approach to Multilateral Reform of Investment Dispute Settlement”, in Baltag C. e Stanič A. (a cura di), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, pp. 219-236.

Collins D., (2017), “An Introduction to International Investment Law”, Cambridge University Press, Cambridge.

Cremades B. e Cairns D., (2004), “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes”, in Horn N. e Kroll S. (a cura di), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer.

Groussot X. e Öberg M.L., (2021), “The Web of Autonomy of the EU Legal Order: Achmea”, in Butler G. e Wessel R.A. (a cura di), *EU External Relations Law: The Cases in Context*, Oxford, Hart Publishing, pp. 1-12.

Happold M. e De Boeck M., (2020), “The European Union and the Energy Charter Treaty: What Next After Achmea?”, in Andenas M., Pantaleo L., Happold M. e Contartese C. (a cura di), *EU External Action in International Economic Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, pp. 251-280.

Hobér K., (2020), “The Energy Charter Treaty”, Oxford University Press, Oxford.

Hope J. e Åkerlund T., (2020), “All Eyes on Sweden: Swedish Challenge Cases Post-Achmea”, in Baltag C. e Stanič A. (a cura di), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, pp. 105-113.

Mauro M.R., (2019), “Diritto internazionale dell’economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

St John T., “The Creation of Investor-State Arbitration”, in Schultz T. e Ortino F. (a cura di), *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, pp. 792-822.

Sullivan J. e Ingle D., (2021), “Arbitration under the Energy Charter Treaty: The Relevance of EU Law”, in Mata Dona J.R. e Lavranos N. (a cura di), *International Arbitration and EU Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 320-337.

Talus K. e Särkänne K., (2020), “Achmea, the ECT and the Impact on Energy Investment in the EU”, in Baltag C. e Stanič A. (a cura di), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, pp. 9-22.

Triantafylou E. e Pusztai D., (2020), “Achmea, Investment Treaty Arbitration, Public International Law and EU Law: The Way Forward”, in Baltag C. e Stanič A. (a cura di), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, pp. 43-62.

Articoli

Alvarez G.M., (2018), “The Achmea Case: More Questions than Answers?”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 15, n. 59, pp. 136-155.

Amariles D.R., Farhadi A.A. e Van Waeyenberge A., (2020), “Reconciling International Investment Law and European Union Law in the Wake of Achmea”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 69, n. 4, pp. 907-943.

Anderle M. e Leontiev A., (2022), “Here Comes Doomsday...Or Does It? - Implications of Achmea on Intra-EU Investment Arbitration in Light of Recent Case Law”, *European Investment Law and Arbitration Review Online*, vol. 6, n. 1, pp. 154-168.

Baltag C., (2019), “Post-Achmea: Declaration of the EU Member States on Investment Protection in the EU”, *Romanian Arbitration Journal*, vol. 13, n. 1, pp. 121-122.

Basedow R., (2016), “A Legal History of the EU’s International Investment Policy”, *The Journal of World Investment & Trade*, European University Institute, Firenze.

Basedow R., (2020), “The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration”, *Journal of International Economic Law*, vol. 23, n. 1, pp. 270-292.

Belyi A., (2021), “The Energy Charter Process in the Face of Uncertainties”, *The Journal of World Energy Law & Business*, vol. 14, n. 5, pp. 363-375.

Bjorge E., (2017), “EU Law Constraints on Intra-EU Investment Arbitration”, *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16, n. 1, pp. 71-86.

Castellá Bartlett E.R., (2018), “No Enforcement of the Energy Charter Treaty Arbitration Clause on Intra European Investment: A Legal Pirouette from the Commission Through its Communication on the Protection of Intra-EU Investment”, *Cuadernos europeos de Deusto*, n. 61/2019, pp. 169-194.

Contartese C. e Andenas M., (2019), “A. Court of Justice EU Autonomy and Investor-State Dispute Settlement under Inter se Agreements between EU Member States: Achmea”, *Common Market law review*, vol. 56, n. 1, pp. 157-191.

Damjanovic I. e Quirico O., (2019), “Intra-EU Investment Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty in Light of Achmea and Vattenfall: A Matter of Priority”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 26, n. 1, pp. 102-156.

Dashwood A., (2021), “Article 26 ECT and Intra-EU Disputes - The Case against an Expansive Reading of Achmea”, *European Law Review*, vol. 46, n. 4, pp. 415-434.

Dimitropoulos G., (2018), “Investor-State Dispute Settlement Reform and Theory of Institutional Design”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 535, n. 9.

Gáspár-Szilágyi S. e Usynin M., (2019), “The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice’s Achmea Judgment”, *European Investment Law and Arbitration Review Online*, vol. 4, n. 1, pp. 29-65.

Fanou M., (2019), “Intra-European Union Investor-State Arbitration Post-Achmea: RIP? An Assessment in the Aftermath of the Court of Justice of the European Union, Case C-284/16, Achmea, Judgment of 6 March 2018, EU: C: 2018: 158”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26, n. 2, pp. 316-340.

Fanou M., (2020), “The CETA ICS and the Autonomy of the EU Legal Order in Opinion 1/17 - A Compass for the Future”, *Cambridge Yearbook of European legal studies*, n. 22/2020, pp. 106-132.

Gaiardoni A., “Magistratura, la deriva autoritaria della Polonia: cosa può fare l’Ue?”, *Il Bo live*, 28 gennaio 2020, Università di Padova.

Guarín Duque G., (2020), “The Termination Agreement of Intra-EU Bilateral Investment Treaties: A Spaghetti-Bowl with Fewer Ingredients and More Questions”, *Journal of International Arbitration*, vol. 37, n. 6, pp. 797-826.

Happold M., (2021), “Eskosol v Italy: EU Law and the ECT as Distinct and Separate Legal Regimes”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, n. 2, pp. 278-285.

Hepburn J. e Peterson L., (2015), “Tribunal’s Full Reasons – and EC’s Amicus Brief – on Intra-EU BIT Compatibility Issue Finally Come to Light in EURAM v Slovakia Case”, *Investment Arbitration Reporter*.

Hess B., (2018), “The fate of investment dispute resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice”, *MPILux Research Paper*, vol. 19, n. 3, pp. 114-137.

Jarka B.O., (2018), “The Decimation of the Intra EU BITs”, *Challenges of the Knowledge Society*, pp. 532-538.

Kleinheisterkamp J., (2012), “Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, n. 1, pp. 85-109.

Kochenov D.V. e Lavranos N., (2021), “Achmea versus the Rule of Law: CJEU’s Dogmatic Dismissal of Investors’ Rights in Backsliding Member States of the European Union”, *Hague Journal on the Rule of Law*, pp. 1-25.

Konoplyanik A. e Walde T., (2006), “Energy Charter Treaty and Its Role in International Energy”, *Journal of Energy & Natural Resources*, vol. 24, n. 4.

Korom V., (2022), “Intra-EU BITs in Light of the Achmea Decision”, *Central European Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 1, pp. 97-117.

Kovács B., (2022), “Watch for the Ripples, Not Just the Splash”, *Central European Journal of Comparative Law*, vol. 3, n. 1, pp. 137-160.

Lacson A., (2019), “What Happens Now: The Future of Intra-EU Investor-State Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 51, n. 4, pp. 1327-1346.

Lee J., (2018), “The Empire Strikes Back: Case Note on the CJEU Decision in Slovak Republic c. Achmea BV, March 6, 2018”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 11, n. 1, pp. 137-152.

Liebkind A., Norburg F. e Hvarfner O.D., (2022), “The ECT, Achmea and Intra-EU Arbitration - Swedish Court Requests Preliminary Ruling from the CJEU”, *European Investment Law and Arbitration Review Online*, vol. 6, n. 1, pp. 239-255.

Materljan I., (2020), “Investment Court System under CETA and the Autonomy of EU Law”, *EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC)*, vol. 4, pp. 181-220.

Metaxas A., (2021), “Opinion 1/17: Autonomy of EU Legal Order and the Conflicting Context of International Investment Arbitration”, *European Papers - A Journal on Law and Integration*, vol. 6, n. 1, pp. 631-644.

Moarbes C., (2021), “Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union”, *International Legal Materials*, vol. 60, n. 1, pp. 99-137.

Negret A., (2022), “Opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe in Anie and Others v. Italy - End of the Road for Intra-EU ECT Arbitration?”, *European Investment Law and Arbitration Review Online*, vol. 6, n. 1, pp. 256-269.

Ng S.H., (2021), “The Future of the Energy Charter Treaty in Post-Achmea Era”, *Oxford University Undergraduate Law Journal*, n. 10/2021, pp. 111-136.

Odermatt J., (2021), “Is EU Law International? Case C-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order”, *European Papers - A Journal on Law and Integration*, vol. 6, n. 3, pp. 1255-1268.

Pantaleo L., (2018), “La mancata esecuzione del lodo arbitrale nel caso Achmea: quale futuro per le controversie in materia di investimento intra-UE?”, *Il diritto dell’Unione europea*, n. 4/2018, pp. 689-714.

Pocania E.B., (2020), “The Relationship between European Law and International Investment Law in Light of the CJEU’s Achmea Decision”, *Romanian Arbitration Journal*, vol. 14, n. 4, pp. 119-136.

Pohl J.H., (2018), “Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?”, *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 4, pp. 767-791.

Restrepo Amariles D., Farhadi A.A. e Van Waeyenberge A., (2020), “Reconciling International Investment Law and European Union Law in the Wake of Achmea”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69, n. 4, pp. 907-943.

Reuter A., (2021), “Taking Investor’s Rights Seriously: The Achmea and CETA Rulings of the European Court of Justice do not Bar Intra-EU Investment Arbitration”, *ICSID review*, vol. 36, n. 1, pp. 33-45.

Rusche T.M., (2022), “How to Enforce the Achmea Judgment - Tools for EU Member States before, during and after Investment Arbitration Proceedings Brought by an Investor from Another EU Member State”, *European Investment Law and Arbitration Review Online*, vol. 6, n. 1, pp. 310-338.

Salacuse J.W., (2007), “Is There a Better Way – Alternative Methods of Treaty-Based Investor-State Dispute Resolution”, *Fordham International Law Journal*, vol. 31, n. 1.

Scheu J. e Nikolov P., (2021), “Jurisdiction of Tribunals to Settle Intra-EU Investment Treaty Disputes”, *ICSID review*, vol. 36, n. 1, pp. 171-188.

Scheu J. e Nikolov P., (2020), “The Incompatibility of Intra-EU Investment Treaty Arbitration with European Union Law - Assessing the Scope of the ECJ’s Achmea Judgment”, *German Yearbook of International Law*, vol. 62, pp. 1-26.

Scheu J. e Nikolov P., (2020), “The Setting Aside and Enforcement of Intra-EU Investment Arbitration Awards after Achmea”, *Arbitration International*, vol. 36, n. 2, pp. 253-274.

Shan W. e Zhang S., (2011), “The Treaty of Lisbon: Halfway Toward a Common Investment Policy?”, *European Journal of International Law*, vol. 21, n. 4, pp. 1049-1065.

Simões F.D., (2017), “A Guardian and a Friend? The European Commission’s Participation in Investment Arbitration”, *Michigan State International Law Review*, vol. 25, n. 233.

Suatean I., (2021), “CJEU: Intra-EU Arbitration under the ECT Is Incompatible with EU Law. Brief on CJEU’s Judgment in the Case of Republic of Moldova v Komstroy”, *Romanian Arbitration Journal*, vol. 15, n. 3, pp. 133-137.

Tropper J. e Reinisch A., (2021), “The 2020 Termination Agreement of intra-EU BITs and its effect on investment arbitration in the EU - A public international law

analysis of the Termination Agreement”, *Austrian Yearbook on International Arbitration 2022*, vol. 16, pp. 301-340.

Verburg C., (2019), “Modernising the Energy Charter Treaty: An Opportunity to Enhance Legal Certainty in Investor-State Dispute Settlement”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 20, nn. 2-3, pp. 425-454.

Wehland H., (2009), “Intra-EU Agreements and Arbitration: Is European Law an Obstacle?”, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 58, n. 2, pp. 297-320.

Williams B., (2021), “Qualifying Achmea: Investor-State Arbitration, Jurisdictional Conflict and EU Decision-Making”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 87, n. 1, pp. 111-120.

Yackee J.W., (2008), “Do We Really Need BITs – Toward a Return to Contract in International Investment Law”, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol. 3, n. 1.

Zannoni D., (2019), “At the Crossfire between Energy Charter Commitments and EU Prohibitions”, *Il diritto dell’Unione europea*, n. 3/2019, pp. 579-607.

Legislazione dell’Unione europea

Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, GU C 306 del 13.12.2007, pp. 1-271.

Versione consolidata del Trattato sull’Unione europea, 2016/C 202/01, (GU C 202 del 7.6.2016, pag. 13).

Versione consolidata del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea, 2016/C 202/01, (GU C 202 del 7.06.2016, pag. 47).

Trattati internazionali

The Vienna Convention on the Law of Treaties (with annex), Done at Vienna on 23 May 1969, Entered into force on 27 January 1980, No. 18232.

Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals

of Other States, Submitted on 18 March 1965, Entered into Force on 14 October 1966.

Administrative Council of the Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID Additional Facility Rules, 27 September 1978.

The International Energy Charter. Consolidated Energy Charter Treaty with Related Documents, Last Updated on 15 January 2016.

The Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (CETA), 14 January 2017, OJ L11/23.

Pubblicazioni delle istituzioni e degli Stati membri dell'Unione europea

Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, CONF-UP 1788/91, 1991.

Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, CONF-UP 1845/91, 1991

Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, CONF-UP 1850/91, 1991.

Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, CONF-UP 1862/91, 1991.

Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, CONF-UP 2017/91, 1991.

“The European Energy Charter”, Communication from the Commission, Brussels, 14 February 1991, COM (91) 36 final.

“The Energy Charter Treaty: Fresh Impetus from the European Community”, Communication from the Commission, Brussels, 4 November 1993, COM (93) 542 final.

“A Level Playing Field for Direct Investment World-Wide”, Communication from the Commission, Brussels, 1 March 1995, COM (95) 42 final.

European Commission, “Report on the Operation of the Treaty on the European Union”, Brussels, 10 May 1995, SEC (95) 731 final.

Council and Commission Decision of 23 September 1997 on the conclusion, by the European Communities, of the Energy Charter Treaty and the Energy Charter

Protocol on energy efficiency and related environmental aspects, 98/181/EC, ECSC, Euratom, 9 March 1998, OJ L 69.

Comunicazione presentata dalla Comunità europea al segretario della Carta sull'energia conformemente all'articolo 26, paragrafo 3, lettera b), punto iii) del trattato sulla Carta dell'energia, GU L 69, 9 MARZO 1998.

Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, Brussels, 15 November 2006, ECFIN/CEFCPE (2006) REP/56882.

Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, Brussels, 17 December 2008, ECOFIN 629 MDC 2, 17363/08.

“Commission Asks Member States to Terminate Their Intra-EU Bilateral Investment Treaties”, Press Release, Brussels, 18 June 2015, IP/15/5198.

Commission Decision of 30 March 2015 on State Aid SA.38517 (2014/C) (EX 2014/NN) implemented by Romania – Arbitral Award Micula v Romania of 11 December 2013, GU L 232/43.

Domanda di parere presentata dal Regno del Belgio ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 11, TFUE (Parere 1/17) (2017/C 369/02).

Council of the European Union, “Negotiating Directives for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes”, Brussels, 20 March 2018, 12981/17 ADD 1 DCL 1, FDI 25 WTO 229.

Commission Communication to the European Parliament and the Council, “Protection of Intra-EU Investment”, Brussels, 19 July 2018, COM (2018) 547 final.

Declarations of the Representatives of the Governments of the Member States of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union.

Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States of 16 January 2019 on the Enforcement of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union.

Declaration of the Representative of the Government of Hungary of 16 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Courts of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union.

Statement submitted to the Energy Charter Treaty Secretariat pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the ECT replacing the statement made on 17 November 1997 on behalf of the European Communities, 2 May 2019, OJ L 115.

Recommendation for a Council decision authorising the entering into negotiations on the modernisation of the Energy Charter Treaty, Brussels, 14 May 2019, COM (2019) 231 final.

“Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty – Adoption”, Decision of the Council of the European Union, Brussels, 2 July 2019, 10745/19 + ADD 1.

European Commission, “Energy Charter Treaty Modernisation: Revised Draft EU Proposal”, Note for the Attention of the Trade Policy Committee, Brussels, 20 April 2020, WK 3937/2020 INIT.

Accordo sull’estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell’Unione europea, 5 maggio 2020, GU L 169/1.

Pubblicazioni del Segretariato della Carta dell’energia

Energy Charter Secretariat, “Modernisation of the Energy Charter Treaty”, Decision of the Energy Charter Conference, Brussels, 28 November 2017, CCDEC 2017 23 STR.

Energy Charter Secretariat, “Modernisation of the Energy Charter Treaty”, Decision of the Energy Charter Conference, Brussels, 27 November 2018, CCDEC 2018 18 STR.

Romanian Chairmanship of the Energy Charter Conference, Bucharest Energy Charter Declaration, Bucharest, 27 November 2018.

Energy Charter Secretariat, “Adoption by Correspondence – Policy Options for Modernisation of the ECT”, Decision of the Energy Charter Conference, CCDEC 2019 08 STR, Brussels, 6 October 2019.

Energy Charter Secretariat, “Progress Report of the Modernisation Group 2021”, Decision of the Energy Charter Conference, CCDEC 2021 21 NOT, Brussels, 14 December 2021.

Sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea

Causa C-337/95, Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior B.V. contro Evora B.V., 4 novembre 1997.

Causa C-459/03, Commissione delle Comunità europee contro Irlanda, ECLI:EU:C:2006:345.

Causa C-394/11, Valerie Hariev Belov contro CHEZ Elektro Bulgaria AD e altri, ECLI:EU:C:2013:48.

Causa C-377/13, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA contro Autoridade Tributária e Aduaneira, ECLI:EU:C:2014:1754.

Causa C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme contro Corporació de Salut del Maresme i la Selva, ECLI:EU:C:2015:644.

Causa C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses contro Tribunal de contas, ECLI:EU:C:2018:117.

Causa C-284/16, Slowakische Republik contro Achmea BV (Achmea), ECLI:EU:C:2018:158.

Causa C-621/18, Andy Wightman e altri contro Secretary of State for Exiting the European Union, ECLI:EU:C:2018:999.

Cause riunite C-798/18 e C-799/18, Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e altri (C-798/18), Athesia Energy Srl e altri (C-799/18) contro Ministero dello Sviluppo Economico, Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA, nei confronti di Elettricità Futura – Unione delle Imprese Elettriche italiane, Confederazione Generale dell’Agricoltura Italiana – Confagricoltura, ECLI:EU:C:2020:876.

Causa C-741/19, Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC (Komstroy), ECLI:EU:C:2021:655.

Causa C-109/20, Repubblica polacca contro PL Holdings Sàrl (PL Holdings), ECLI:EU:C:2021:875.

Pareri della Corte di giustizia dell'Unione europea

Parere 1/19, Accordo SEE-I del 14 dicembre 1991, ECLI:EU:C:1991:490.

Parere 1/94, Competenza della Comunità europea a stipulare l'Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, in particolare l'Accordo generale sul commercio dei servizi (GATS) e l'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale, ivi compreso il commercio dei prodotti contraffatti (TRIP), ECLI:EU:C:1994:384.

Parere 2/92, Competenza della Comunità o di una delle sue istituzioni a partecipare alla terza decisione modificata del Consiglio dell'OCSE relativa al trattamento nazionale, ECLI:EU:C:1995:83.

Parere 1/09, Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti, ECLI:EU:C:2011:123.

Parere 2/13, Adesione dell'Unione alla CEDU, ECLI:EU:C:2014:2454.

Parere 1/17, Accordo economico e commerciale globale tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra (CETA), ECLI:EU:C:2019:341.

Parere 1/20, Richiesta di parere presentata dal Regno del Belgio ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 11, TFUE, GU C 53/15, 15.2.2021.

Conclusioni degli avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea

Conclusioni dell'avvocato generale Melchior Wathelet, Causa C-284/16, Slowakische Republik contro Achmea BV (Achmea), ECLI:EU:C:2017:699.

Conclusioni dell'avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe, Cause riunite C-798 e C-799/18, Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) contro Ministero dello Sviluppo economico, ECLI:EU:C:2020:876.

Conclusioni dell'avvocato generale Maciej Szpunar, Causa C-741/19, Repubblica di Moldova contro Komstroy LLC (Komstroy), ECLI:EU:C:2021:164.

Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott, Causa C-109/20, Repubblica polacca contro PL Holdings Sàrl, ECLI:EU:C:2021:321

Lodi dei tribunali arbitrali

Eastern Sugar contro Repubblica ceca, caso SCC n. 088/2004, Partial Award, 27 marzo 2007.

AES Summit Generation Limited e AES-Tisza Erözü Kft contro Ungheria, caso ICSID n. ARB/07/22, Award, 23 settembre 2010.

Eureko B.V. contro Repubblica slovacca, caso PCA n. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability, and Suspension, 26 ottobre 2010.

European American Investment Bank AG (EURAM) contro Repubblica slovacca, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 22 ottobre 2012.

PV Investors contro Regno di Spagna, caso PCA n. 2012-14, Preliminary Award on Jurisdiction, 13 ottobre 2014.

Charanne B.V. & Construction Investments SARL contro Regno di Spagna, caso SCC n. V 062/2012, Final Award, 21 gennaio 2016.

Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier e Michael Stein contro Repubblica italiana, caso ICSID n. ARB/14/3, Final Award, 27 dicembre 2016.

Eiser Infrastructure Ltd ed Energia Solar Luxembourg Sarl contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/13/36, 4 maggio 2017.

Novenergia II Energy & Environment (SCA) SICAR contro Regno di Spagna, caso SCC n. V 2015/063, Final Award, 15 febbraio 2018.

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/14/1, Award, 16 maggio 2018.

Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. e Antin Energia Termosolar B.V. contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/13/31, Award, 15 giugno 2018.

Vattenfall AB e altri contro Repubblica federale tedesca, caso ICSID n. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue, 31 agosto 2018.

UP e C.D Holding Internationale contro Repubblica ungherese, caso ICSID n. ARB/13/35, Award, 9 ottobre 2018.

Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR e NovEnergia II Italian Portfolio SA contro Repubblica italiana, caso SCC n. V 2015/095, Final Award, 23 dicembre 2018.

Foresight Luxembourg Solar 1 Sàrl, Foresight Luxembourg Solar 2 Sàrl, GWM Renewable Energy I, GWM Renewable Energy II e Greentech Energy Systems contro Regno di Spagna, caso SCC n. V 2015/150, Final Award, 14 novembre 2018.
CEF Energia B.V. contro Repubblica italiana, caso SCC n. V 2015/158, Award, 16 gennaio 2019.

9REN Holding Sàrl contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/15/15, Award, 31 maggio 2019.

NexEra Energy Global Holdings B.V. e NexEra Energy Spain Holdings B.V. contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/14/11, Final Award, 31 maggio 2019.

Belenergia S.A. contro Repubblica italiana, caso ICSID n. ARB/15/40, Award, 6 agosto 2019.

Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, e altri contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/15/1, Award, 2 dicembre 2019.

Watkins Holding Sàrl, Watkins (Ned) B.V., Watkins Spain S.L., Redpier S.L., Northsea Spain S.L., Parque Eólico Marmellar S.L. e Parque Eólico La Boga S.L. contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/15/44, Award, 21 gennaio 2020.

Decisioni dei tribunali arbitrali

Ioan Micula e altri contro Romania, caso ICSID n. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 settembre 2008.

Electrabel S.A. contro Ungheria, caso ICSID n. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 novembre 2012.

RREEF Infrastructure (GP) Ltd e RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 giugno 2016.

Eskosol S.p.A. in liquidazione contro Repubblica italiana, caso ICSID n. ARB/15/50, Decision on Italy's Request for Immediate Termination and Italy's Jurisdictional Objection Based on Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes, 7 maggio 2019.

BayWa r.e. Renewable Energy GmbH e BayWa r.e. Asset Holding GmbH contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/15/16, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 2 dicembre 2019.

RWE Innogy GmbH e RWE Innogy Aersa S.A.U. contro Regno di Spagna, caso ICSID n. ARB/14/34, Decision on Jurisdiction, Liability, and Certain Issues of Quantum, 30 dicembre 2019.

Controversie pendenti dinanzi a tribunali nazionali

Svea Court of Appeal, caso n. T 8538-17.

Svea Court of Appeal, caso n. T 12033-17.

Svea Court of Appeal, caso n. T 4658-18.

Svea Court of Appeal, caso n. T 1626-19.

Svea Court of Appeal, caso n. T 3229-19.

Svea Court of Appeal, caso n. T 4236-19.

Swedish Supreme Court, caso n. T 1569-19.

Risorse dal web

Basedow R., (2021), “Moldova v. Komstroy and the Future of Intra-EU Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: What Does the ECT’s Negotiating History Tell Us?”, Kluwer Arbitration Blog, disponibile al sito <Moldova v. Komstroy and the Future of Intra-EU Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: What Does the ECT’s Negotiating History Tell Us? - Kluwer Arbitration Blog>.

Batifort S., Tsutieva D. e Erney E., (2021), “ASIL DRIG: The Future of Investor-State Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty”, Kluwer Arbitration Blog, disponibile al sito <ASIL DRIG: The Future of Investor-State Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty - Kluwer Arbitration Blog>.

Beham M. e Prantl D., (2020), “Intra-EU Investment Reform: What Options for the Energy Charter Treaty?”, Kluwer Arbitration Blog, disponibile al sito <Intra-EU Investment Reform: What Options for the Energy Charter Treaty? - Kluwer Arbitration Blog>.

Behl T. e Arora D., (2021), “Modernization of the Energy Charter Treaty: Addressing the Elephant in the Room over Investment Protection v/s Sustainable Development”, Indian Journal of Projects, Infrastructure and Energy Law, disponibile al sito <Modernization of Energy Charter Treaty: Addressing the

Elephant in the Room over Investment Protection v/s Sustainable Development | IJPIEL>.

Bukowski M., (2021), “The EU’s Bittersweet Proposal to Redefine ‘economic activity’ under the Energy Charter Treaty: Expected Implications for International Arbitration”, Kluwer Arbitration Blog, disponibile al sito <The EU’s Bittersweet Proposal to Redefine ‘economic activity’ under the Energy Charter Treaty: Expected Implications for International Arbitration - Kluwer Arbitration Blog>.

Croisant G., (2021), “CJEU extends Achmea to Ad Hoc Arbitration Agreements Identical to Intra-EU BIT’s Arbitration Clause”, Kluwer Arbitration Blog, disponibile al sito <CJEU Extends Achmea to Ad Hoc Arbitration Agreements Identical to Intra-EU BITs’ Arbitration Clause - Kluwer Arbitration Blog>.

Croisant G. e Ingwersen H., (2020), “Belgium seeks CJEU’s Opinion on the Future Interaction between a Modernised ECT and EU Law”, Kluwer Arbitration Blog, disponibile al sito <Belgium Seeks CJEU’s Opinion on the Future Interaction between a Modernised ECT and EU law - Kluwer Arbitration Blog>.

Davoise M. e Burgstaller M., (2018), “Another One BIT the Dust: Is the Netherlands’ Termination of Intra-EU Treaties the Latest Symptom of a Backlash Against Investor-State Arbitration”, Kluwer Arbitration Blog, disponibile al sito <Another One BIT the Dust: Is the Netherlands' Termination of Intra-EU Treaties the Latest Symptom of a Backlash Against Investor-State Arbitration? - Kluwer Arbitration Blog>.

Florou A., (2020), “ECT Modernisation Perspectives: The Energy Charter Treaty and EU Law - A Cherry-Picking Relationship?”, Kluwer Arbitration Blog, disponibile al sito <ECT Modernisation Perspectives: The Energy Charter Treaty and EU Law - A Cherry-Picking Relationship? - Kluwer Arbitration Blog>.

Fouchard C. e Thieffry V., (2021), “CJEU Ruling in Moldova v. Komstroy: the End of Intra-EU Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty (and a Restrictive Interpretation of the Notion of Protected Investment)”, Kluwer Arbitration Blog, disponibile al sito <CJEU Ruling in Moldova v. Komstroy: the End of Intra-EU Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty (and a Restrictive Interpretation of the Notion of Protected Investment) - Kluwer Arbitration Blog>.

Hindelang S., (2018), “The Limited Immediate Effects of CJEU’s Achmea Judgement”, *Verfassungsblog*, disponibile al sito <The Limited Immediate Effects of CJEU’s Achmea Judgement – Verfassungsblog>.

Lowther J., (2020), “Keeping Intra-EU ISDS Alive: The Supreme Court of Sweden requests Preliminary Ruling from the CJEU on Validity of Arbitration Agreement in Light of Achmea Decision”, *Kluwer Arbitration Blog*, disponibile al sito <Keeping Intra-EU ISDS Alive: The Supreme Court of Sweden Requests Preliminary Ruling from the CJEU on Validity of Arbitration Agreement in Light of Achmea Decision - Kluwer Arbitration Blog>.

Stanic A., (2020), “Does the Advocate General’s Opinion Provide Clarity on the Validity of Intra-EU ECT Investor-State Arbitral Awards?”, *Kluwer Arbitration Blog*, disponibile al sito <Does the Advocate General’s Opinion Provide Clarity on the Validity of Intra-EU ECT Investor-State Arbitral Awards? - Kluwer Arbitration Blog>.

Shirlow E. e Abrahams L., (2020), “ECT Modernisation Perspectives: An Introduction”, *Kluwer Arbitration Blog*, disponibile al sito <ECT Modernisation Perspectives: An Introduction - Kluwer Arbitration Blog>.

Tropper J., (2021), “From Achmea to Komstroy”, *Völkerrechtsblog*, disponibile al sito <From Achmea to Komstroy - Völkerrechtsblog (voelkerrechtsblog.org)>.

Rankin J., “EU-Canada Trade Deal in Crisis as Canadian Minister Walks Out”, *The Guardian*, 22 ottobre 2016, disponibile al sito <EU-Canada trade deal in crisis as Canadian minister walks out | International trade | The Guardian>.

International Energy Charter Annual Report 2019, disponibile al sito <AR_2019.pdf (energycharter.org)>.

International Energy Charter, Process, Overview, disponibile al sito <Overview - Energy Charter>.

International Energy Charter, Process, European Energy Charter (1991), disponibile al sito <European Energy Charter (1991) - Energy Charter>.

International Energy Charter, Media, News, “Updated Statistics on Investment Arbitration Cases Under the Energy Charter Treaty”, disponibile al sito <Updated statistics on investment arbitration cases under the Energy Charter Treaty - Energy Charter>.

International Energy Charter, Media, News, “Approved Topics for the Modernisation of the Energy Treaty”, disponibile al sito <Approved topics for the modernisation of the Energy Charter Treaty - Energy Charter>.

International Energy Charter, Media, News, “Public Communication on the First Negotiation Round on the Modernisation of the ECT”, disponibile al sito <Public Communication on the First Negotiation Round on the Modernisation of the ECT /Публичное сообщение о первом раунде переговоров по модернизации ДЭХ - Energy Charter>.

International Energy Charter, Media, News, “Public Communication on the Second Negotiation Round on the Modernisation of the ECT”, disponibile al sito <Public communication on the second negotiation round on the modernisation of the ECT / Публичное сообщение о втором раунде переговоров по модернизации ДЭХ - Energy Charter>.

International Energy Charter, Modernisation of the Treaty, disponibile al sito <Modernisation of the Treaty - Energy Charter Treaty>.

European Parliament, “White Paper on the 1996 Intergovernmental Conference Volume II. Summary of Positions of the Member States of the European Union with a View to the 1996 Intergovernmental Conference”, disponibile al sito <WHITE PAPER ON THE 1996 INTERGOVERNMENTAL CONFERENCE VOLUME II (TOC) (europa.eu)>.

European Commission, EU Member States Sign an Agreement for the Termination of Intra-EU Bilateral Investment Treaties, 5 May 2019, disponibile al sito <EU Member States sign an agreement for the termination of intra-EU bilateral investment treaties | Commissione europea (europa.eu)>.

European Council, Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union – Ratification Details, disponibile al sito <Agreement - Consilium (europa.eu)>.

European Council, Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union – Declaration/Reservation (Lithuania), disponibile al sito <Ratification - Consilium (europa.eu)>.

European Council, Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union – Declaration/Reservation (Luxembourg), disponibile al sito <Ratification - Consilium (europa.eu)>.

European Council, Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union – Declaration/Reservation (Portugal), disponibile al sito <Ratification - Consilium (europa.eu)>.

European Council, Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union – Declaration/Reservation (Netherlands), disponibile al sito <Ratification - Consilium (europa.eu)>.

