



Convergere con la Cina sulle regole applicabili agli investimenti diretti esteri: la risposta dell'U.E. alla migrazione di tecnologia nel quadro turbolento delle attuali relazioni commerciali internazionali*

SOMMARIO: 1. Segnali di accelerazione nel negoziato con la Repubblica popolare cinese per la conclusione del *comprehensive agreement* sugli investimenti. – 2. Dal diritto al «trasferimento» all'impegno di «diffusione» della tecnologia nei paesi in via di sviluppo. Il ruolo dell'Accordo TRIPS nella cornice variabile degli FTAs. – 3. Il rischio di *migrazione per legge* della tecnologia: il Tallone d'Achille degli IDE. La richiesta di avvio di consultazioni con la Cina all'Organo per la soluzione delle controversie dell'OMC e la revisione della normativa cinese. – 4. Conclusioni.

1. Segnali di accelerazione nel negoziato con la Cina per la conclusione del *comprehensive agreement* sugli investimenti

Si è svolto a Bruxelles fra il 15 e il 19 luglio il 22° *round* negoziale per la conclusione dell'Accordo sugli investimenti fra Unione europea e Cina¹. Nelle intenzioni si tratta di un c.d. *comprehensive agreement*, dunque di un trattato, che in italiano potremmo chiamare onnicomprensivo, all'interno del quale, sotto il titolo «investimenti» saranno allocati temi diversi e trasversali, non necessariamente organizzati, dal punto di vista sistematico e logico, secondo l'impostazione alla quale eravamo per tradizione abituati ma, pragmaticamente, espressione realistica e specchio coerente delle inquiete e confuse dinamiche sottese alle attuali

* Professore Ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

¹ Cfr. *Report to the 22° round of negotiations for the EU-China investment agreement*, Brussels, 22 July 2019, *TRADE.B2/*. Nella parte dedicata all'accesso al mercato, risulta dalla nota, sono stati affrontati i temi salute e trasporti. Sono inoltre proseguite le consultazioni sui mercati finanziari, sugli impegni in materia di trattamento nazionale. Si tratta in questo ultimo caso di un argomento di particolare rilievo in Cina rispetto ai contratti di trasferimento di tecnologia con stranieri. Fino a poco tempo fa, infatti, questi ultimi subivano discriminazioni rispetto ai *licensees* locali. Sono stati poi affrontate anche questioni legate al tema dello sviluppo sostenibile con riferimento anche a standard di lavoro. Si sono gettate infine le basi rispetto ad altri temi, collegati alla disciplina degli investimenti, e alla soluzione delle controversie (*state to state dispute settlement*) che verranno approfonditi nella sessione di settembre. Si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, *Vertice UE-Cina: riequilibrare il partenariato strategico*, Comunicato stampa, Bruxelles 9 aprile 2019, IP/19/2055; COMMISSIONE, *Vertice UE-Cina: approfondire il partenariato strategico globale*, Beijing, 16 luglio 2018, Comunicato stampa, IP 18/4521

relazioni internazionali². Questo vale in generale per gli accordi di libero scambio o di partenariato economico di ultima generazione in vigore, o in corso di negoziazione, nell'Unione europea e in altre aree geografiche³. In proposito, e senza addentrarmi in questa sede nella controversa questione della riconducibilità delle suddette iniziative bilaterali al quadro normativo dell'Organizzazione mondiale del commercio⁴, mi limito ad osservare che l'interdipendenza, la complessità e la variabilità dei riferimenti e delle situazioni che caratterizzano attualmente la vita della comunità internazionale suggeriscono approcci flessibili, ma all'interno di una cornice di regole certe e di meccanismi di soluzione delle controversie *ad hoc*, soprattutto in materia economica.

Tornando al negoziato con la Cina, ritengo utile evidenziare che l'incontro fa seguito a quello svoltosi nel mese di giugno a Pechino⁵ e precede di poco più di un mese il prossimo ciclo negoziale previsto per il 23 settembre sempre a Pechino. La precedente sessione risale ad un anno prima⁶. L'accelerazione di un negoziato, al cui avvio la Commissione era stata autorizzata dal Consiglio il 18 ottobre 2013 ma il cui lancio – seppure come *Partnership and Cooperation Agreement* - deve essere collocato già nel dicembre 2005, non sorprende⁷. La Cina è da più di un anno uno degli obiettivi principali della c.d. guerra commerciale condotta dagli Stati Uniti d'America a difesa dei settori strategici della propria economia⁸ e nel mirino delle rappresentanze di interessi dei settori industriali tecnologici in molti paesi dell'Unione europea⁹.

² Comunque denominati, gli accordi di nuova generazione (partenariato economico, libero scambio, regionali, sugli investimenti, *comprehensive agreement*) gli accordi bilaterali ai quali mi riferisco mirano a ridurre le barriere agli scambi di merci e servizi e agli investimenti diretti esteri. Tali accordi, per esempio, rafforzano la protezione e l'*enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale e industriale, contengono elenchi di prodotti (e metodi) alimentari o tradizionali che beneficiano della protezione geografica di origine, vincolano le parti ad aderire a determinate convenzioni internazionali, comprendono le c. d. *non trade issues* attinenti o in grado di creare ostacoli agli scambi: la tutela dell'ambiente, standard in materia di lavoro, diritti umani, cultura, educazione, standard sanitari, tecnici riconoscimento dell'equivalenza delle certificazioni e molto altro.

³ Per un aggiornamento sui negoziati in corso cfr. <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/>; con particolare riferimento alla Cina v. P. K. YU, *Sinic trade agreements and China's global intellectual property strategy*, in C. ANTONS, R. M. HILTY, *Intellectual property and free trade agreements in the Asia-Pacific Region*, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2015, p. 247 ss.

⁴ Il riferimento è soprattutto alla compatibilità e all'eventuale coordinamento degli FTAs e degli altri recenti accordi di partenariato economico con gli artt. I e XXIV GATT nonché all'assoggettamento di essi al sistema OMC di soluzione delle controversie nel caso in cui l'accordo stesso non introduca meccanismi specifici o disponga direttamente l'applicabilità dell'Intesa OMC sulla soluzione delle controversie.

⁵ Cfr. Report of the 21th round of negotiations for the EU-China Investment Agreement, Brussels, 18 June 2019, TRADE.B2/. Nella sessione sono stati trattati i temi legati all'accesso al mercato, servizi finanziari, telecomunicazioni e ICT, trasferimento e liberalizzazione nel movimento dei capitali, trattamento nazionale, soluzione delle controversie, trattamento nazionale.

⁶ Cfr. Commissione europea, *Vertice UE-Cina: approfondire il partenariato strategico globale*, Comunicato stampa del 16 luglio 2018, IP/18/4521.

⁷ V. Council of the European Union, "Joint statement of 9th EU-China Summit. Helsinki 9 September 2006", 12642/06 (Press 249), C/06/249, Brussels, 11 September 2006; cfr. anche Risoluzione del Parlamento europeo del 16 dicembre 2015 sulle relazioni UE-Cina (2015/2003(INI))

⁸ V. , per gli Stati Uniti, China Technology Transfer Control Act of 2019 (S1459, 116th Congress, May 14, 2019 richiamabile su <https://scipol.org/track/s-1459-china-technology-trasfer-control-act-2019>

⁹ V. F. KUNZE, T. WINDELS, « "Made in China 2025": Technologietransfer und Investitionen in ausländische Hochtechnologiefirmen. China Weg zum Konkurrenten um die Zukunftstechnologien » in *ifo Schnelldienst*, 14/2018, p. 3 ss, <https://www.ifo.de/DocDL/sd-2018-14-kunze-windels-et-al-china-2018-07-26.pdf>; v. *ivi*, le ulteriori relazioni e in particolare O. EMONS, *China: Partner oder Rivale?*

Sullo sfondo c'è il programma *Made in China 2025*, spregiudicatamente ambizioso e lucidamente determinato, volto a trasformare la fabbrica del pianeta nel punto di riferimento mondiale per innovazione e sviluppo tecnologico, attraverso misure mirate ad attrarre investimenti strategici verso la Cina e a realizzarne all'estero¹⁰.

2. Dal diritto al «trasferimento» all'impegno di «diffusione» della tecnologia nei paesi in via di sviluppo. Il ruolo dell'Accordo TRIPS nella cornice variabile degli FTAs.

Che siano i diritti di proprietà immateriale - soprattutto i brevetti, ma anche il diritto d'autore se solo si pensa al *software* - la mossa intorno alla quale si gioca la partita, è noto e comprensibile in un mondo che si muove verso la scarsità delle risorse. Da questo punto di vista, dalla conclusione dell'Accordo TRIPS dell'OMC nell'aprile 1994 al termine dell'Uruguay round del GATT, e dalle aspre discussioni fra paesi in via di sviluppo e paesi economicamente avanzati che ne hanno scandito la nascita e la vita, sembrano passati i secoli. In realtà sono trascorsi solo venticinque anni¹¹.

All'inizio, al centro del dibattito, vi erano il riconoscimento e la tutela, nei mercati di esportazione, dei diritti di esclusiva delle imprese riferibili a territori dei Membri. Ad essi si contrapponeva la richiesta di trasferimento di tecnologia, di cooperazione tecnica e in genere di sostenibilità per lo sviluppo da parte dei paesi economicamente deboli¹².

Gli strumenti di base utilizzati dall'Accordo TRIPS nel quadro del sistema multilaterale erano, e sono, lo standard minimo obbligatorio in tutti i Membri dell'OMC, il principio di non discriminazione nelle due forme della parità esterna e della parità interna, l'incorporazione delle convenzioni dell'OMPI e il rapporto di reciproco sostegno con fra OMC e la stessa OMPI, la cooperazione tecnica, le deroghe e le flessibilità soprattutto per i paesi in via di sviluppo¹³. Sul punto specifico dell'accesso alla tecnologia, e a chiusura del sistema, vanno considerati in particolare gli articoli 7 e 8 TRIPS. Il primo porta il titolo «Obiettivi» e recita «*The protection*

Unterschiedliche Perspektiven und Erfahrungen mit Investoren aus China, p. 15 ss. L'a. vede per l'U.E. una politica industriale comune come unica soluzione per bilanciare l'azione degli Stati Uniti e della Cina.

¹⁰ Cfr. J. CHAISSE, *China's International Investment Policy: Formation, evolution, and transformation(s)*, in J. CHAISSE, L. NOTTAGE (ed by), *International investment treaties and arbitration across Asia*, Leiden/Boston, 2018, p. 544 ss.; dal punto di vista degli effetti per i settori industriali strategici con particolare riferimento alla Germania v. A. REINECK, H-J. SCHMERER, «*Made in China 2015*» - von der «*Werkbank der Welt*» zum *Hochtechnologieführer?*, in *ifo Schnelldienst*, 14/2018, p. 12 ss.

¹¹ V. Sull'accordo v. C. M. CORREA, A. A. YUSUF, *Intellectual property and international trade. The TRIPS Agreement*, third edition, Aalphen an den Rijn, 2016; A. YUSUF, *TRIPS: Background, principles and general provisions*, ivi, p. 3 ss.; K. E. MASKUS, J. H. REICHMANN (Ed by), *International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*, Cambridge, 2005; v. in particolare C. M. CORREA, *Can the TRIPS agreement foster technology transfer to developing countries*, ivi, p. 227 ss. e K. E. MASKUS, K. SAGGI, T. PUTTITANUN, *Patent rights and international technology transfer through direct investments and licensing*, ivi, p. 265 ss.

¹² V. C. CORREA, *Can TRIPS agreement foster technology transfer to developing countries?*, in K. E. MASKUS, J. H. REICHMAN, *International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*, Cambridge, 2005, p.227 ss.

¹³ Cfr. A. KUR, *The pendulum keeps swinging – present discussions on and around the TRIPS Agreement*, in A. KUR, M. LEVIN (ed. by), *Intellectual Property Rights in a fair world trade system. Proposals for reform of TRIPS*, Cheltenham, 2011, p. 3 ss.; A. KUR, H. GROSSE RUSE-KHAN, *Enough is enough – The notion of binding ceilings in international intellectual property protection*, in A. KUR, M. LEVIN (ed. by), *Intellectual Property Rights* cit., p. 359 ss.; H. GROSSE RUSE-KHAN, *Assessing the need for a general public exception in the TRIPS agreement*, ivi, p. 167 ss.

and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology” dovendo questo verificarsi «*to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge*» e comunque «*in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations*». Se la prima parte di esso inizialmente sembrava rispondere, con un condizionale («*should contribute*»), alla richiesta dei Paesi in via di sviluppo di vedersi riconosciuto il *diritto* al trasferimento di tecnologia, essa deve essere letta oggi, a mio avviso, sotto una luce diversa e più generale¹⁴. Essa va infatti estesa sia al rapporto fra paesi tecnologicamente avanzati, sia a protezione degli interessi della collettività trasversalmente intesa («*users of technological knowledge*»), la società civile. Di tali interessi i governi dovrebbero essere vincolati a tenere conto come possibile bilanciamento rispetto alla richiesta crescente dei settori industriali di rafforzare ulteriormente la protezione dei diritti di esclusiva. Vero è che la sede multilaterale dell’OMC al momento sembra avere perso forza, pur rimanendo essa oggi l’unica in grado di proteggere le aspettative dei paesi più deboli e con queste l’equilibrio nelle relazioni economiche internazionali.

Per altro verso gli accordi di libero scambio e/o i c.d. accordi di partenariato economico rinviano quasi sempre direttamente all’accordo TRIPs seppure rafforzando, rispetto ad esso, la protezione dei diritti immateriali, a seconda dei casi, con norme o capitoli *TRIPs plus*, *TRIPs extra* o *TRIPs and*¹⁵. L’art. 7 dunque rimane e potrebbe comunque svolgere in futuro un ruolo importante sul piano ermeneutico in sede di soluzione delle controversie, anche davanti ad organi istituiti dai singoli accordi bilaterali. Ciò vale altresì per l’art. 8 TRIPs, denominato «*Principles*». Esso pure, al primo comma, contiene un riferimento espresso allo sviluppo tecnologico¹⁶. Le potenzialità di tali articoli, sotto il profilo dell’applicazione evolutiva dell’Accordo, sono quindi rilevanti in prospettiva e per ora solo parzialmente esplorate dagli organi contenziosi dell’OMC.

3. Il rischio di migrazione per legge della tecnologia: il Tallone d’Achille degli IDE in Cina. La richiesta UE di avvio di consultazioni con la Cina all’Organo per la soluzione delle controversie dell’OMC e la revisione della normativa cinese.

La dura reazione unilaterale degli Stati Uniti nei confronti delle importazioni dalla Cina ha reso evidente che il *focus* – per la legge del bicchiere mezzo pieno - non sono più il diritto allo sviluppo e l’accesso alla tecnologia per i paesi poveri. L’attenzione si è spostata e attiene ora all’esercizio della *signoria* sul diritto di esclusiva (ceduto contrattualmente al licenziatario estero) secondo il diritto locale sugli investimenti. Gli Stati, soprattutto le economie asiatiche

¹⁴ Sul trasferimento di tecnologia con riferimento ai paesi in via di sviluppo cfr. anche WIPO, *Standing committee on the law of patents, transfer of technology. Document prepared by the Secretariat*, Geneva, April 13, 2011

¹⁵ Con una terminologia ormai in uso ci si riferisce con l’acronimo *TRIPs plus* alle norme (ma anche, a seconda dei casi, a specifici accordi oppure a capitoli di accordi) che rafforzano la protezione già prevista dall’accordo TRIPs, con *TRIPs extra* alle materie che non trovano regolamentazione nell’accordo e con *TRIPs and* questioni di natura diversa dalla proprietà immateriale che incidono sulla regolamentazione dei diritti di esclusiva. In materia cfr. P. ROFFE, *Intellectual property chapters in free trade agreements: Their significance and systemic implications*, in J. DREXL, H. GROSSE RUSE-KHAN, S. NADDE-PHLIX (ed), *EU bilateral trade agreements and intellectual property: For better or worse?*, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2014, p. 17 ss. e altri saggi pubblicati nel volume, spec. Gervais, Watal, Aleman, Waskus.

¹⁶ «*Members may[...] adopt measures necessary to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this agreement.*»

c. d. emergenti, mirano ad attrarre investimenti dall'estero per spingere la crescita¹⁷. Questo risultato sarà tanto più immediato quanto più stretto sarà il rapporto fra la capacità di attrarre gli investimenti e le condizioni (ovvero le rinunce) imposte al titolare del brevetto in termini di cessione/esaurimento del diritto di esclusiva. Per quanto attiene specificamente alla Cina la questione va ben oltre poiché l'obiettivo è quello della conquistare la *leadership* tecnologica mondiale a scapito di chi attualmente la detiene. Le misure protezionistiche sono disposte dalle normative nazionali che attengono agli investimenti (come per esempio l'obbligo di costituire una *joint venture* con società locali che detengono quote maggioritarie), al trasferimento di tecnologia o che riguardano direttamente i settori industriali strategici, quali quelli delle energie innovative e delle biotecnologie. E' dunque questo il Tallone d'Achille degli investimenti diretti in Cina¹⁸.

E' dubbio che queste condizioni siano compatibili con gli accordi internazionali applicabili, in particolare con l'accordo TRIPs. Ed è su questo sfondo che, non potendo fare (ancora) riferimento ad un accordo bilaterale, nel giugno 2018 l'Unione europea ha chiesto all'Organo per la soluzione delle controversie dell'OMC (DSB, *Dispute settlement body*) l'avvio di consultazioni con la Cina relativamente a determinate misure imposte da quest'ultima sul trasferimento di tecnologia. L'UE ha fatto valere, fra l'altro, la contrarietà al diritto dell'OMC di alcune disposizioni delle norme attuative della legge cinese sugli investimenti stranieri e della disciplina relativa all'importazione ed esportazione di tecnologie¹⁹. L'UE lamenta in particolare la violazione di specifiche norme dell'Accordo TRIPs, del principio del trattamento nazionale e dell'art. X del GATT, nonché del Protocollo di adesione della Cina all'OMC. Alla richiesta di consultazioni hanno aderito gli Stati Uniti. Poco tempo prima, il 23 marzo del 2018 l'avvio di consultazioni con la Cina ai sensi dell'art. 4.4 DSU era stato chiesto al DSB dagli stessi Stati Uniti e alla richiesta ha aderito, a sua volta, l'UE.²⁰ Gli Stati Uniti lamentano la violazione degli art. 3, 28.1 a, b e 28.2 TRIPs. Contrariamente alla richiesta di consultazioni avanzata dall'UE in questo caso si è già arrivati alla costituzione del *panel*. Il 19 giugno 2019, tuttavia, è stata presentata da parte del ricorrente la richiesta di sospendere i lavori fino al 31 dicembre 2019. Nel frattempo, infatti, il governo cinese ha modificato in parte la normativa sugli investimenti diretti esteri²¹.

L'esistenza dei vincoli imposti dalla normativa cinese sui soli contratti di trasferimento di tecnologia (mantenimento della responsabilità per fatti dei terzi da parte del titolare originario; diritto del licenziatario di continuare ad utilizzare la tecnologia dopo lo scadere del contratto) e sulla costituzione di una *joint venture* con partner stranieri (presenza di partner locali) ha portato alla ribalta espressioni come furto di tecnologia, esproprio forzato, licenza obbligatoria, esaurimento dei diritti di esclusiva. Altre voci però si sono levate in favore della Cina basandosi soprattutto sulla locale cultura dell'accoglienza e hanno invitato l'UE ad

¹⁷ La tendenza riguarda in modo particolare il continente asiatico: v. L. NOTTAGE, J. CHAISSE, S. THANITCUL, *International investment treaties and arbitration across Asia: A bird's eye view*, in J. CHAISSE, L. NOTTAGE, *International investment treaties and arbitration across Asia*, Leiden, Boston, 2018, p. 5 ss.; D. Robertson, *Governance and international investment treaties for Asia: A principled approach to assessing regulatory action*, *ivi*, p. 646 ss.

¹⁸ Cfr. Chaisse, *China's international investment policy cit.*, p. 557

¹⁹ Law of the People's Republic of China on chinese-foreign equity joint ventures; il ricorso riguarda la regolamentazione attuativa di altre normative e in particolare e la disciplina relativa alla amministrazione delle importazioni ed esportazioni di tecnologie.: WTO-DS 549 *China – Certain measures on the transfer of technology*

²⁰ WTO-DS542 *China – Certain measures concerning the protection of intellectual property rights*

²¹ Cfr., anche per i riferimenti al diritto cinese, la breve nota di D. PRUD'HOMME, *Reform of China's 'forced' technology transfer policies*, oxford Law faculty, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/2019/07/reform-chinas-forced-technology-transfer-policies>

aumentare gli sforzi sul piano negoziale bilaterale a garanzia della reciprocità e della parità di trattamento con i cittadini: il passo (strategico) verso una politica industriale dell'Unione²². Guardando alla riforma delle normative cinesi alle quali ho accennato, rimane a mio avviso un margine di ambiguità. La strada è comunque quella giusta e non è un caso che essa coincida con l'accelerazione del negoziato bilaterale con l'UE.

4. Conclusioni

Mi sia concessa una riflessione a conclusione di questo breve *excursus*. Che i diritti di proprietà intellettuale nel diritto internazionale degli scambi siano oramai a pieno titolo materia del diritto degli investimenti è evidente. Altrettanto acquisito è il fatto che essi, in presenza di specifici requisiti, beneficino della esenzione rispetto alle regole nazionali in materia di concorrenza come conferma il *Regolamento 316/20114 relativo all'applicazione dell'art. 101, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia* il cui preambolo al n. 4 sottolinea come gli accordi di trasferimento di tecnologia favoriscano normalmente un più efficiente uso delle risorse e promuovano la concorrenza. Sul piano delle relazioni internazionali in materia economica, tuttavia, proprio in questi due ambiti, quello degli investimenti e quello della concorrenza, nonostante i numerosi tentativi intrapresi, non si è ancora giunti alla conclusione di un accordo multilaterale né in sede OMC, né in altre sedi. L'unica via che si è trovata è quella dei negoziati bilaterali. Pertanto, pur non essendo essa, a mio avviso, quella più efficace dal punto di vista della stabilità nel lungo periodo, essa è l'unica possibile al momento e deve essere percorsa da parte dell'Unione europea rispetto alla Cina.

²² Così F. KUNZE, T. WINDELS, *Made in China 2025* cit., p. 3 ss.; O. EMONS, *China: Partner oder Rivale* cit., p. 15 ss.