

L'Accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione europea

written by Alessandra Lang

1. Mentre l'attenzione dei giuristi era calamitata dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul programma PSPP della Banca centrale europea, il 5 maggio 2020 ha avuto luogo un altro evento, che impegnerà gli studiosi nei prossimi mesi quanto se non di più della menzionata sentenza: 23 Stati membri hanno firmato [l'accordo per l'estinzione dei BIT tra essi conclusi](#). Come noto, gli accordi bilaterali sulla promozione e protezione degli investimenti (Bilateral investment treaty - BIT) sono una tipologia di accordi tanto diffusa quanto discussa, con i quali una parte concede agli investitori dell'altra parte contraente un trattamento di favore, nonché il consenso all'arbitrato nella peculiare forma dell'arbitrato su investimenti. Gli Stati membri dell'Unione hanno concluso un numero cospicuo di BIT, sia con Stati terzi (BIT extra-UE), sia con Stati che successivamente hanno aderito all'Unione (BIT intra-UE, cioè accordi nati come BIT extra-UE, che l'adesione ha trasformato in accordi tra Stati membri). Grazie ai BIT intra-UE, gli investitori che rientrano nel campo di applicazione di un BIT possono continuare a valersi dei diritti da questo attribuiti, compresa la clausola compromissoria, oltre a beneficiare dell'accesso al mercato interno e delle libertà fondamentali di circolazione previste dal diritto dell'Unione. La dottrina ha iniziato ben presto ad interrogarsi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di tali BIT, indagando diversi profili e giungendo a conclusioni difformi. La Commissione europea sosteneva la tesi l'incompatibilità e della conseguente necessità di un superamento di tali accordi. Aveva così avviato un dialogo con gli Stati membri e incominciato alcune azioni di infrazione ([IP/15/5198](#)), che però non erano andate oltre il parere motivato ([MEMO/16/3125](#)). La parola risolutiva è giunta dalla Corte di giustizia. Nel [caso Achmea](#), la Corte ha affermato che la clausola compromissoria del BIT Paesi Bassi-Slovacchia del 1991 è contraria agli articoli 267 e 344 TFUE. La sentenza, commentatissima in dottrina (si veda la [bibliografia su eur-lex](#) e il commento in questa [rivista](#)), sia per il contributo alla definizione del principio

dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, sia specificamente per il profilo della compatibilità della clausola compromissoria del BIT intra-UE con il diritto dell'Unione, aveva aperto la questione dei suoi effetti anche oltre il caso di specie. La Commissione ne trae la conferma della sua posizione ([COM/2018/547](#)). Anche la maggioranza degli Stati membri si diceva convinta della necessità di porre termine ai BIT, pur rimanendo incerto il mezzo, se con un accordo plurilaterale oppure con più azioni unilaterali eventualmente concertate (v. [Dichiarazione di 22 Stati membri del 15 gennaio 2019](#)). Alla fine, 23 Stati hanno concluso l'accordo in esame, il cui contenuto (breve, ma estremamente complesso) può essere così sintetizzato: esso a) estingue e priva di effetti tutte le disposizioni dei BIT, b) regola gli effetti della inapplicabilità della clausola compromissoria, c) consente all'investitore l'accesso a meccanismi di soluzione delle controversie già sottoposte ad arbitrato prima del 6.3.2018 e non ancora risolte.

a) L'accordo in esame deroga al regime della denuncia quale stabilito dai BIT (sono elencati nell'allegato A i 132 BIT interessati, conclusi in un arco di tempo compreso tra il 1961 e il 2008. Tranne i BIT Germania-Grecia del 1961 e Germania-Portogallo del 1980, gli altri intercorrono con o tra Stati che hanno aderito all'Unione a partire dal 2004), e determina la cessazione degli effetti della clausola denominata "di caducità" (denominazione insolita, che non sembra invalsa nella dottrina in lingua italiana, che preferisce l'originale inglese "sunset/survival clause"). Tale clausola determina l'ultrattività (spesso per 10-15 anni) delle disposizioni convenzionali, compresa la clausola compromissoria, a favore degli investimenti effettuati prima dell'estinzione del BIT. L'accordo in esame causa la cessazione degli effetti di tale clausola anche in relazione a BIT già estinti, ma la cui clausola di caducità è ancora vigente (i BIT interessati sono elencati nell'allegato B, e vi sono compresi i tre BIT dell'Italia con Malta, Bulgaria e Slovenia, cessati dal 2008). L'estinzione dei BIT non avverrà contemporaneamente, perché l'accordo entrerà in vigore con il deposito del secondo strumento di ratifica e ovviamente travolgerà gli accordi mano a mano che gli Stati ratificheranno. Nella [banca dati del Consiglio](#), depositario dell'accordo, risulta del 6 maggio la notifica della Danimarca.

b) L'accordo stabilisce che le clausole compromissorie dei BIT sono inapplicabili per contrarietà al diritto dell'Unione e improduttive di effetti in modo retroattivo, a far data dall'adesione all'Unione della seconda parte contraente di ciascun BIT, e regola le conseguenze di tale constatazione, che deriva dal conflitto tra fonti, non dalla volontà degli Stati stessi, sugli arbitrati conclusi e pendenti.

c) L'investitore che abbia iniziato un procedimento arbitrale dopo la sentenza *Achmea*, che sia pendente alla data di entrata in vigore dell'accordo, può (o talvolta deve) transitare ad un altro regime di soluzione delle controversie. Da un lato, gli Stati favoriscono la proposizione di azioni giudiziarie ai tribunali nazionali, prevedendo l'inapplicabilità dei termini di decadenza nazionali, ma specificando che il diritto applicabile non sarà quello del BIT. Dall'altra, prevedono un meccanismo *ad hoc* di facilitazione (extragiudiziale e extraarbitrale) per chiudere in modo amichevole la controversia, con una transazione.

2. Rimane invece aperta la questione dell'effetto della giurisprudenza *Achmea* sull'arbitrato commerciale. La Corte di giustizia distingue arbitrato sugli investimenti e arbitrato commerciale, precisando che il suo ragionamento riguarda solo il primo, non il secondo, ma parte della dottrina non considera persuasiva la distinzione.

3. Non tutti gli Stati membri sono parti contraenti dell'accordo in esame: quattro vi sono rimasti estranei. Se l'Irlanda non ha BIT in vigore (l'unico BIT intra-UE, con la Repubblica Ceca, è estinto), non così gli altri tre: come risulta dalla [banca dati dell'Unctad](#), Austria, Finlandia e Svezia sono vincolate rispettivamente da 11, 10 e 11 BIT intra-UE. Anche su di loro grava l'obbligo di dare attuazione al principio di diritto espresso dalla sentenza *Achmea*, come ricordato dalla Commissione (Austria e Svezia hanno ricevuto un parere motivato nel 2016). Inoltre, la mancata denuncia dei BIT, in un contesto nel quale la maggioranza degli Stati li ha estinti, potrebbe attribuire un indebito vantaggio agli investitori di tali Stati, a detrimento degli investitori degli altri Stati membri e forse addirittura falsare le condizioni di concorrenza nel mercato interno. I BIT residui potrebbero essere comunque denunciati sulla base delle regole del BIT stesso, magari per iniziativa dell'altro Stato membro che è anche parte contraente dell'accordo in esame. Salvo diversa pattuizione, la clausola di caducità, se presente, manterrebbe gli effetti del BIT estinto. La Commissione ha ribadito la minaccia di un'azione di infrazione, e il diverso scenario, in cui ormai è indubbia la volontà della maggioranza di chiudere l'epoca dei BIT intra-UE, potrebbe indurla a far seguire i fatti alle parole.

4. Nel preambolo dell'accordo si legge che esso non riguarda i procedimenti arbitrali ex art. 26 del [trattato sulla Carta dell'energia](#), di cui sono parti contraenti sia Stati membri, sia l'Unione. La Commissione ritiene che la clausola compromissoria di tale accordo, che contiene disposizioni sulla protezione degli investimenti tipiche dei BIT, non possa essere invocata da un investitore di uno

Stato membro per istituire un arbitrato nei confronti di un altro Stato membro ([COM/2018/547](#)). Secondo alcuni tribunali arbitrali, invece, la clausola del trattato è una valida manifestazione del consenso anche in tali casi. Questa interpretazione, a detta della Commissione, ma anche della maggioranza degli Stati membri ([dichiarazione del 15.1.2019](#)), è contraria al diritto dell'Unione e renderebbe inapplicabile la clausola. Al momento, la questione rimane dunque aperta.

5. I BIT extra-UE non sono invece toccati dalla giurisprudenza *Achmea*. Benché in dottrina vi siano voci discordanti, la tesi secondo la quale le clausole compromissorie di tali BIT rimangono applicabili sembra più persuasiva, alla luce della lettura che la stessa Corte di giustizia fa delle sue parole nel parere sul CETA ([Accordo economico e commerciale globale UE-Canada](#)). La Corte, infatti, ha precisato che le relazioni tra UE e Stati terzi non sono basate sul principio della fiducia reciproca, che invece fonda i rapporti tra gli Stati membri ([parere 1/17](#), par. 129). Ed è proprio il principio della fiducia reciproca che è messo in discussione dal sistema arbitrale dei BIT intra-UE. Il ragionamento svolto per l'accordo CETA può essere esteso ai BIT extra-UE degli Stati. Una categoria particolare di BIT extra-UE deve però essere menzionata, per le affinità che presenta con i BIT intra-UE: quelli conclusi da Stati poi divenuti membri dell'Unione con Norvegia (sono 8) e Islanda (sono 2), a loro volta membri dell'Accordo SEE. Infatti, da un lato, la fiducia reciproca ha un posto importante nelle relazioni tra le parti ([sentenza *Ruska Federacija*](#)), dall'altra, la partecipazione al mercato comune, che secondo la Commissione come immediatamente si dirà, rende superflui i BIT stessi, portano a ritenere che anche per essi qualche problema di compatibilità con il diritto UE possa porsi.

6. L'accordo in esame, infine, lascia impregiudicata la questione della compatibilità con il diritto dell'Unione delle disposizioni sostanziali dei BIT. Il tema della soluzione delle controversie e della disciplina applicabile agli investimenti è centrale, tanto che [Lussemburgo](#) e [Portogallo](#) hanno formulato due dichiarazioni proprio per auspicare la pronta adozione di una normativa comune. La Commissione europea, per parte sua, all'indomani della sentenza *Achmea*, aveva sottolineato nella già menzionata comunicazione [COM/2018/547](#) il carattere adeguato della normativa dell'Unione e aveva fatto il punto dei diritti che gli investitori possono ricavare dal diritto dell'Unione a tutela dei loro investimenti. Un cambiamento del diritto applicabile agli investimenti che non garantisca un'adeguata tutela rischia di generare controversie relative alla lesione delle

legittime aspettative degli investitori che potrebbero impegnare i tribunali per anni.