

Anno XLIV - N. 4
OTTOBRE_DICEMBRE 2008

Poste italiane s.p.a. - Spedizione in Abbonamento Postale - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB PADOVA - Pubbl. trim.

Rivista di diritto internazionale privato e processuale

fondata da **MARIO GIULIANO**

diretta da

FAUSTO POCAR *responsabile*

TULLIO TREVES

SERGIO M. CARBONE

ANDREA GIARDINA

RICCARDO LUZZATTO

FRANCO MOSCONI

estratto



EDIZIONI CEDAM - PADOVA

IL CASO EASTERN SUGAR: ACCORDI BILATERALI SUGLI INVESTIMENTI, UNIONE EUROPEA E DIRITTO COMUNITARIO

di MICHELE POTESTÀ

DOTTORANDO DI RICERCA NELL'UNIVERSITÀ DI MILANO

SOMMARIO: 1. Il caso *Eastern Sugar*. – 2. Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti tra Stati membri dell'Unione europea. – 3. Gli accordi bilaterali sugli investimenti con Stati terzi.

1. Il lodo pronunciato il 27 marzo 2007 da un Tribunale arbitrale nella controversia tra la società olandese *Eastern Sugar B.V.* e la Repubblica ceca ha affrontato una questione di notevole interesse nel campo del diritto internazionale degli investimenti che non risulta essere mai stata sollevata prima d'ora in un procedimento arbitrale:¹ il Tribunale è stato posto dinanzi all'interrogativo se il regime di protezione accordato ad un investitore straniero da parte di un trattato bilaterale sulla promozione e la protezione degli investimenti dovesse ritenersi superato per il fatto che i due Stati parte al trattato fossero Stati membri dell'Unione europea.

La soluzione fornita dagli arbitri a tale problema merita attenzione, considerato il numero – tutt'altro che limitato – di accordi bilaterali sugli investimenti (*Bilateral Investment Treaties* o BITs) tra Stati che sono membri dell'Unione europea. La questione potrebbe quindi riproporsi in termini simili in altre occasioni, vista la frequenza sempre maggiore con cui investitori stranieri ricorrono ai meccanismi di risoluzione delle controversie tra Stati e investitori previsti nella maggior parte dei BITs.²

Alla base della controversia tra la società *Eastern Sugar* e la Repubblica ceca vi è un accordo bilaterale sugli investimenti concluso nel 1991 tra i Paesi Bassi e l'allora Repubblica federale cecoslovacca.³ In base all'art. 8 di tale BIT, l'investitore olandese, produttore di zucchero, sottopone ad un

¹ *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) c. The Czech Republic*, SCC no. 088/2004, Partial Award, 27 marzo 2007 (pres. Karrer; Volterra e Gaillard arbitri), reperibile al sito Internet <http://ita.law.uvic.ca> (consultato il 1° aprile 2008).

² Cfr. i dati riportati nella nota a cura del Segretariato dell'UNCTAD del 5 gennaio 2007, *International Investment Rule-setting: Trends, Emerging Issues and Implications*, U.N. Doc. TD/B/COM.2/73, p. 9 ss. Cfr. anche MAURO, *Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell'ICSID*, in questa *Rivista*, 2006, p. 67 ss.

³ Cfr. l'Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, firmato a Praga il 29 aprile 1991, in *United Nations Treaty Series*, vol. 2242, p. 205 ss.

Tribunale arbitrale *ad hoc* la controversia con la Repubblica ceca, lamentando la violazione dell'accordo bilaterale e degli standard di trattamento ivi previsti. Eastern Sugar sostiene, in particolare, di essere stata discriminata dalle autorità ceche attraverso l'emanazione di alcuni decreti volti a colpire specificamente la società. Nel merito, il Tribunale accoglie, anche se non completamente, le ragioni dell'investitore, accertando la violazione da parte dello Stato ospite dello standard del «giusto ed equo trattamento» (*fair and equitable treatment*), contenuto nell'art. 3 par. 1 del BIT, ed accordando a Eastern Sugar un risarcimento di oltre 25 milioni di euro.⁴

La parte del lodo che presenta profili di maggior interesse è quella relativa all'accertamento da parte del Tribunale arbitrale della propria giurisdizione, ove è affrontata la questione dei BITs intracomunitari.⁵ La Repubblica ceca, infatti, contesta la giurisdizione del Tribunale, affermando che la propria adesione all'Unione europea, avvenuta nel 2004, avrebbe avuto l'effetto di far terminare o limitare implicitamente l'applicazione del BIT concluso in precedenza con i Paesi Bassi.⁶ Notando come nessun BIT sia stato più concluso tra due Stati dopo il momento in cui entrambi sono divenuti membri dell'Unione europea,⁷ la Repubblica ceca sostiene che l'ordinamento comunitario non lasci più in sostanza alcuno spazio ad accordi bilaterali sugli investimenti tra Stati membri. In particolare, secondo lo Stato convenuto, accordi bilaterali sugli investimenti e regole comunitarie sarebbero «strutture giuridiche in competizione» vertenti sulla medesima materia, ossia sulla facoltà delle parti di investire risorse sul territorio di un altro Stato e di liberamente disporre dei ricavi.⁸ Il diritto comunitario darebbe all'investitore «diritti equivalenti» rispetto a quelli contenuti nel BIT, che è dunque da ritenere «superato» dal regime comunitario e non applicabile in una eventuale controversia.⁹

Nell'affrontare la questione, il Tribunale arbitrale prende le mosse da

⁴ L'investitore sosteneva di essere stato danneggiato da tre decreti emessi rispettivamente nel 2000, 2001 e 2003 dalle autorità ceche. Il Tribunale arbitrale ritiene che i primi due decreti, pur avendo avuto effetti pregiudizievoli per l'investitore, non assurgano a violazione del BIT (cfr. *Eastern Sugar B.V. c. The Czech Republic*, par. 274 e 287). Il Tribunale riconosce invece che il terzo decreto, che ha ingiustamente «preso di mira» Eastern Sugar, costituisce una «misura discriminatoria e irragionevole ai sensi dell'art. 3 par. 1 del BIT» (*ibidem*, par. 335-338). Si veda però la *Partial Dissenting Opinion* dell'arbitro Volterra, reperibile anch'essa all'indirizzo <http://ita.law.uvic.ca> (consultato il 1° aprile 2008).

⁵ Cfr. *Eastern Sugar B.V. c. The Czech Republic*, par. 91-190.

⁶ *Ibidem*, par. 117. La Repubblica ceca (v. par. 103 del lodo) cita a sostegno della propria tesi la sentenza della Corte di giustizia, 27 febbraio 1962, in causa 10/61, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1962, p. 1 ss., che aveva stabilito che «il trattato CEE, nelle materie che disciplina, prevale sulle convenzioni concluse fra gli Stati membri anteriormente alla sua entrata in vigore».

⁷ Cfr. *Eastern Sugar B.V. c. The Czech Republic*, par. 98.

⁸ *Ibidem*, par. 101.

⁹ *Ibidem*, par. 104.

due documenti, il cui contenuto è riprodotto in larga parte all'interno del lodo. Secondo la Repubblica ceca, entrambi i documenti avallerebbero la tesi per cui gli accordi bilaterali sugli investimenti tra Stati che sono membri dell'Unione sarebbero da ritenersi terminati.

Il primo documento è una lettera inviata il 13 gennaio 2006 dall'allora Direttore generale della Direzione generale mercato interno e servizi della Commissione europea, Alexander Schaub, ad un membro del governo dello Stato.¹⁰ La Commissione, rispondendo ad una richiesta di chiarimento rivolta da quest'ultimo sulla questione dell'efficacia dei BITs tra Stati membri, esprime l'avviso che «i BITs intracomunitari vadano terminati nella misura in cui le questioni affrontate da tali accordi cadano sotto la competenza comunitaria». Attraverso un percorso argomentativo non del tutto chiaro, la Commissione giunge alla conclusione che, per fatti verificatisi in seguito all'adesione di uno Stato all'Unione europea, un accordo bilaterale sugli investimenti non è applicabile a questioni che ricadano nelle competenze comunitarie.¹¹ La lettera sottolinea che l'applicazione di BITs intracomunitari potrebbe comportare un trattamento più favorevole degli investitori e degli investimenti tra gli Stati parte all'accordo bilaterale e, di conseguenza, discriminare altri Stati membri (o loro cittadini), creando una situazione che non sarebbe in conformità con i principi contenuti nei trattati istitutivi.

Il secondo documento riportato nel lodo arbitrale è un breve estratto da una nota inviata dalla Commissione al Comitato economico e finanziario, organo consultivo che riferisce regolarmente alla Commissione e al Consiglio.¹² La Commissione sostiene che la maggior parte delle previsioni contenute nei BITs sono state «sostituite» dal diritto comunitario a partire dal momento in cui lo Stato interessato ha aderito all'Unione europea.¹³ Sottolineando le «incertezze giuridiche» che la presenza di tali accordi bilaterali intracomunitari crea, la Commissione afferma che «it is strongly recommended that Member States exchange notes to the effect that such BITs are no longer applicable, and also formally rescind such agreements».¹⁴

Il Tribunale arbitrale è, invece, dell'avviso che i BITs tra Stati membri non siano automaticamente superati dal diritto comunitario. Rilevando come tanto nei trattati che hanno segnato l'ingresso della Repubblica ceca

¹⁰ *Ibidem*, par. 119, ove è riprodotta la lettera inviata il 13 gennaio 2006 dalla Direzione generale mercato interno e servizi della Commissione europea a Ladislav Zelinka, vice Ministro delle finanze della Repubblica ceca.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Cfr. l'art. 114 CE.

¹³ Cfr. *Eastern Sugar B.V. c. The Czech Republic*, par. 126, ove è riportato l'estratto dalla nota del novembre 2006 inviata dalla Direzione generale mercato interno e servizi della Commissione europea al Comitato economico e finanziario.

¹⁴ *Ibidem*.

nell'Unione europea quanto nello stesso BIT alla base della controversia non venga disciplinata la questione del rapporto tra il BIT e il trattato istitutivo della CE,¹⁵ gli arbitri affrontano la questione del possibile conflitto in base alla convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, in particolare in base al suo art. 59 in tema di abrogazione tacita.¹⁶ Il Tribunale arbitrale ripercorre i requisiti che tale norma richiede perché si verifichi l'abrogazione di un precedente trattato da parte di uno successivo. Gli arbitri affermano innanzi tutto che il BIT e il trattato CE non vertono sulla «medesima materia». Nell'interpretazione data dal Tribunale, infatti, il trattato CE disciplina sì anche l'aspetto degli investimenti tra uno Stato membro e l'altro, attraverso la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento; tuttavia esso non si estende fino a coprire aspetti quali il trattamento equo e giusto, la protezione contro le espropriazioni nonché i meccanismi arbitrali di risoluzione delle controversie, che costituiscono i tratti salienti di ogni accordo bilaterale in materia di investimenti. Inoltre, secondo gli arbitri non è provato che nelle intenzioni di entrambe le parti la materia dovesse essere regolata dal trattato CE, né il BIT risulta essere «incompatibile» con il trattato CE, trattandosi anzi di due strumenti «complementari». ¹⁷ Per queste ragioni, e non sentendosi vincolato dalle prese di posizione della Commissione europea, il Tribunale arbitrale afferma di avere giurisdizione in base all'accordo bilaterale tra Paesi Bassi e Repubblica ceca.¹⁸

2. Il fenomeno dei BITs tra Stati che sono membri dell'Unione europea ha assunto proporzioni considerevoli dopo l'allargamento dell'Unione a venticinque Stati nel 2004 e a ventisette nel 2007: se prima del 2004 si contavano solamente due trattati bilaterali in materia di investimenti stipulati tra tali Stati,¹⁹ oggi – in seguito all'ultimo allargamento – i BITs am-

¹⁵ *Ibidem*, par. 142-154.

¹⁶ L'art. 59 della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, rubricato «Termination or suspension of the operation of a treaty implied by conclusion of a later treaty», prevede che: «1. A treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a later treaty relating to the same subject matter and: (a) it appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or (b) the provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time».

¹⁷ Cfr. *Eastern Sugar B.V. c. The Czech Republic*, par. 169 ss.

¹⁸ *Ibidem*, par. 181. La Repubblica ceca aveva inoltre richiesto al Tribunale arbitrale di sospendere il procedimento e di rimettere alla Corte di giustizia delle Comunità europee la questione dell'efficacia del BIT tra i due Stati membri in seguito all'adesione della Repubblica ceca all'UE. Il Tribunale, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla impossibilità per un tribunale arbitrale di avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale *ex art. 234 CE*, rigetta tale domanda e rifiuta di sospendere il procedimento (*ibidem*, par. 130 ss.).

¹⁹ Si tratta di due BITs conclusi dalla Germania con Grecia e Portogallo, prima che tali Stati aderissero all'Unione europea. Cfr., per il BIT Germania-Grecia, *Vertrag zwischen der*

monterebbero a circa 190, secondo i dati forniti dalla Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo (UNCTAD):²⁰ infatti, ognuno dei Paesi ex socialisti ha concluso, per lo più nella prima metà degli anni '90, una serie di accordi bilaterali con Stati membri dell'Unione europea c.d. di prima generazione, al fine di attrarre investimenti esteri nel nuovo contesto delle economie di mercato.²¹

Considerato l'elevato numero di BITs intracomunitari, i problemi affrontati nel caso *Eastern Sugar* assumono un'importanza che va al di là dell'arbitrato in questione: a quanto riporta lo stesso Stato convenuto, si contano molti altri arbitrati in materia di investimenti già instaurati nei confronti della Repubblica ceca da investitori comunitari²² ed è prevedibile – anche alla luce della risposta positiva data alla questione dal Tribunale – che in futuro gli investitori continueranno ad invocare BITs intracomunitari nei confronti di Stati membri dell'Unione.

Dai documenti citati nel lodo arbitrale riconducibili alla Commissione europea emerge chiaramente che essa è contraria a che gli accordi bilaterali in materia di investimenti tra Stati membri dell'Unione continuino ad essere applicati. Al di là di alcuni passaggi non del tutto chiari della lettera del gennaio 2006, della quale infatti sia l'investitore sia la Repubblica ceca tentano di dare una lettura a proprio vantaggio,²³ la preoccupazione principale della Commissione appare quella di evitare che la permanenza in vigore dei BITs intracomunitari possa creare situazioni di disparità di trattamento tra cittadini dell'Unione. Un investitore (persona fisica o giuridica) della nazionalità di uno Stato membro potrebbe, infatti, beneficiare di un certo trattamento da parte dello Stato ospite dell'investimento grazie ad un BIT concluso tra il proprio Stato di nazionalità e lo Stato ospite. Nei confronti del medesimo Stato ospite, al contrario, un investitore comunitario di altra nazionalità non potrebbe invocare la stessa protezione per il

Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Griechenland über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, firmato ad Atene il 27 marzo 1961, reperibile sul sito www.unctad.org; e, per il BIT Germania-Portogallo, *Treaty concerning the encouragement and reciprocal protection of investment (with protocol and exchange of letters)*, firmato a Bonn il 16 aprile 1980, in *United Nations Treaty Series*, vol. 1337, p. 97 ss.

²⁰ Cfr. l'elenco, disponibile all'indirizzo www.unctad.org, degli accordi bilaterali sugli investimenti conclusi da ciascuno Stato.

²¹ In base ai dati forniti dall'UNCTAD, la Repubblica ceca e l'Ungheria sono i maggiori firmatari di accordi bilaterali sugli investimenti con altri Stati membri dell'Unione europea (ventiquattro BITs intracomunitari ciascuno), mentre l'Irlanda è parte a un solo BIT con altro Stato membro (la Repubblica ceca). L'Italia ha firmato dodici BITs intracomunitari (conclusi con Bulgaria, Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia e Ungheria).

²² Cfr. *Eastern Sugar B.V. c. The Czech Republic*, par. 127, per le osservazioni svolte dal Ministero delle finanze della Repubblica ceca in una lettera indirizzata al governo ceco.

²³ *Ibidem*, par. 120.

fatto che il proprio Stato non ha concluso un accordo bilaterale sugli investimenti.

Il problema della disparità di trattamento si può porre innanzi tutto in relazione a quegli standard di tipo sostanziale che usualmente sono garantiti agli investitori stranieri dai BITs (il «giusto ed equo trattamento», la «full protection and security», le previsioni in tema di espropriazioni, nazionalizzazioni o provvedimenti equivalenti, ecc.). Tuttavia, a questo riguardo, è stato sostenuto che i BITs non presentano alcun «valore aggiunto» rispetto al diritto comunitario:²⁴ i principi comunitari di libertà di stabilimento, di libera circolazione dei capitali, di non discriminazione in ragione della nazionalità e di tutela della proprietà privata fornirebbero agli investitori una protezione equivalente rispetto a quella accordata dagli standard di trattamento che si trovano nella maggior parte degli accordi bilaterali in materia di investimenti.²⁵

La maggiore differenza tra regime comunitario e accordi bilaterali in materia di investimenti risiede, peraltro, nel meccanismo procedurale a cui può ricorrere l'investitore che voglia far valere i propri diritti nei confronti dello Stato che ospita l'investimento. La maggior parte dei BITs prevede, infatti, meccanismi di risoluzione delle controversie tra Stato e investitore di tipo arbitrale, di solito nella forma dell'arbitrato ICSID o *ad hoc*. Come anche ricordato dagli arbitri nel caso *Eastern Sugar*, tali previsioni rappresentano il punto fondamentale degli accordi bilaterali in materia di investimenti.²⁶ A differenza dei BITs, il sistema comunitario non conosce invece alcun meccanismo equivalente agli arbitrati tra Stato e investitore. L'investitore che volesse far valere le proprie ragioni contro lo Stato ospite del proprio investimento dovrebbe perseguire le normali vie giudiziarie interne a quello Stato, le quali potrebbero tuttavia rivelarsi meno vantaggiose (ad esempio in termini di rapidità del procedimento) della via arbitrale. Ci si può, d'altra parte, chiedere se il divieto di discriminazione previsto dal diritto comunitario osti a che uno Stato membro conceda a cittadini o società di alcune nazionalità la possibilità di mettere in moto un procedimento arbitrale, senza estendere tale facoltà a tutti i cittadini o

²⁴ Cfr. POULAIN, *Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne*, in *Revue générale droit int. public*, 2007, p. 803 ss., a p. 814. Nella stessa direzione anche le osservazioni del Ministero delle finanze della Repubblica ceca, in *Eastern Sugar B.V. c. The Czech Republic*, par. 127.

²⁵ Cfr. POULAIN, *Quelques interrogations* cit., p. 813 ss., anche per i riferimenti alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia. Sui concetti di «libertà di stabilimento», «libera circolazione dei capitali» e «libertà di investire», cfr. JUILLARD, *Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment*, in *ICSID Rev.-Foreign Investment Law Jour.*, 2000, p. 322 ss.

²⁶ Cfr. *Eastern Sugar B.V. c. The Czech Republic*, par. 166-167, ove richiamate anche altre decisioni arbitrali che hanno sottolineato l'importanza delle disposizioni dei BITs in tema di risoluzione delle controversie Stato-investitore.

società comunitari. A questo proposito è stato richiamato il principio espresso dalla Corte di giustizia nel caso *Matteucci* in relazione alla libera circolazione delle persone: in tale occasione la Corte ha affermato che un accordo bilaterale tra Stati membri, sia pure concluso al di fuori del campo di applicazione del trattato CE e anteriore a questo, non può ostare all'applicazione del principio di parità di trattamento previsto dal diritto comunitario.²⁷

Chi si oppone al mantenimento in vigore dei BITs intracomunitari fa inoltre leva sul principio della fiducia reciproca tra istituzioni degli Stati membri dell'Unione europea.²⁸ È innegabile che i meccanismi arbitrali Stato-investitore contenuti nei BITs siano stati concepiti e sviluppati al fine primario di garantire all'investitore straniero la possibilità di evitare i tribunali nazionali dello Stato ospite dell'investimento,²⁹ considerati un foro non in grado di offrire sufficienti garanzie di imparzialità. Tale ragione era presumibilmente alla base anche dei BITs conclusi all'indomani della caduta del muro di Berlino con i Paesi dell'Europa centro-orientale, ove si era in presenza di strutture giudiziarie considerate non sufficientemente affidabili dagli Stati esportatori di capitali. Oggi, al contrario, nel nuovo contesto post-allargamento, imperniato sulla fiducia reciproca e sullo sviluppo di un clima favorevole all'entrata di investimenti esteri, tali accordi bilaterali non avrebbero più alcuna ragion d'essere.³⁰

Queste argomentazioni, alcune delle quali sollevate anche nel corso del procedimento, non sono però sembrate sufficientemente convincenti al Tribunale arbitrale del caso *Eastern Sugar*, il quale, come già osservato, ha sostenuto che i BITs intracomunitari conservino un ruolo e uno spazio ancora importante nell'Unione europea. A favore della soluzione data dal Tribunale a tali problemi può aver giocato anche un dato non secondario: la Commissione europea, evidentemente favorevole – in via di principio – alla progressiva eliminazione dei BITs intracomunitari, non ha tradotto, almeno

²⁷ Cfr. la sentenza 27 settembre 1988, in causa 235/87, *Matteucci*, in *Raccolta*, 1988, p. 5589 ss. Contrario alla tesi dell'invocabilità del principio di parità di trattamento in relazione ad un meccanismo di natura meramente procedurale, quale è l'arbitrato internazionale, SÖDERLUND, *Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty*, in *Jour. Int. Arbitration*, 2007, p. 455 ss., a p. 462.

²⁸ Cfr. POULAIN, *Quelques interrogations* cit., p. 816 ss. Si vedano anche le osservazioni della Repubblica ceca in *Eastern Sugar B.V. c. The Czech Republic*, par. 107: «[t]he application of the BIT would also breach the EU principle of mutual trust. This principle would imply that Eastern Sugar brings its claim before a Czech national court. There would be no room for international arbitration in this area».

²⁹ Cfr. POULAIN, *op. cit.*, p. 817.

³⁰ POULAIN, *op. cit.*, p. 809 ss. Cfr. anche, dello stesso A., *L'investissement international: définition ou définitions?*, in KAHN, WÄLDE (éds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux. New Aspects of International Investment Law*, Leiden, 2007, p. 123 ss., a p. 143 ss.

per il momento, le proprie prese di posizione in una formale procedura di infrazione a carico degli Stati membri che non abbiano posto termine a tali accordi bilaterali.³¹ A questo proposito risulta interessante l'evoluzione dell'atteggiamento tenuto dal già citato Comitato economico e finanziario nei suoi *Reports* annuali indirizzati alla Commissione e al Consiglio. Nel *Report* del 2006, il Comitato sottolineava le «incertezze» giuridiche derivanti dal mantenimento in vigore dei BITs intracomunitari e i relativi «rischi» per gli Stati membri, alludendo con ciò presumibilmente al rischio per uno Stato di essere convenuto in un procedimento arbitrale instaurato da un investitore comunitario. In conseguenza di tale situazione, il Comitato invitava gli Stati membri a rivedere la necessità di mantenere in vigore tali accordi bilaterali e ad informare la Commissione delle «azioni intraprese in questo contesto», riservandosi di verificare il progresso compiuto dagli Stati alla fine del 2007.³² Nel successivo *Report* del 2007, il Comitato prende atto però del fatto che molti Stati europei non condividano la preoccupazione («concern») della Commissione circa i rischi di arbitrati e di trattamento discriminatorio degli investitori. Al contrario, una chiara maggioranza degli Stati membri preferisce mantenere gli accordi esistenti, in particolare in vista delle disposizioni in materia di espropriazione, indennizzo, protezione degli investimenti e risoluzione delle controversie Stato-investitore.³³ Tuttavia, nonostante questo rilievo, il Comitato non chiude la porta all'eventualità che azioni bilaterali tra Stati membri possano comunque aiutare a risolvere la questione.³⁴ In effetti, in assenza di elementi univoci a sostegno dell'abrogazione tacita in base all'art. 59 della convenzione di Vienna, solamente un accordo estintivo dei BITs tra le Parti potrebbe eliminare quelle «incertezze» connesse al mantenimento in vigore dei BITs stessi, paventate dalla Commissione. I BITs sono, infatti, normalmente conclusi per un periodo iniziale di dieci anni (o altra durata) e sono di solito rinnovabili tacitamente per un ulteriore periodo,³⁵ salvo facoltà di

³¹ Cfr. *Eastern Sugar B.V. c. The Czech Republic*, par. 122.

³² Cfr. il documento del Consiglio dell'Unione europea del 4 gennaio 2007, n. 5044/07, *2006 EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and Freedom of Payments*, par. 16.

³³ Cfr. il documento del Consiglio dell'Unione europea dell'8 gennaio 2008, n. 5123/08, *2007 EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and Freedom of Payments*, par. 15.

³⁴ «Still a few Member States are seeking a solution for this issue. The EFC takes note that it remains the responsibility of Member States that have been informed of the Commission's concerns to address the issue through bilateral actions and therefore invites Member States to do what is necessary in this regard», *ibidem*.

³⁵ Alcuni BITs prevedono che, allo scadere del periodo iniziale, il trattato rimanga in vigore senza limiti di tempo, salva sempre la facoltà di ciascuna Parte di denunciare il trattato. Per tali profili temporali si veda UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, New York-Geneva, 2007, p. 20 ss.

denuncia del trattato ad opera di una Parte.³⁶ Tuttavia, al fine di evitare comportamenti «opportunistici» da parte degli Stati ospiti dell'investimento,³⁷ in caso di denuncia unilaterale del trattato si prevede che gli investimenti compiuti prima della data di tale denuncia continuino a godere della protezione convenzionale per un periodo che è in genere di dieci o quindici anni.³⁸ Anche con riferimento ai BITs intracomunitari, una denuncia unilaterale del trattato non libererebbe, se non dopo molti anni, lo Stato ospite dell'investimento dal rischio di essere convenuto in un procedimento arbitrale da parte di un investitore comunitario che abbia compiuto un investimento prima della denuncia.³⁹ Pertanto, un accordo tra i due Stati parte al trattato sembrerebbe l'unica strada percorribile per scongiurare il «rischio» di instaurazione di arbitrati.

In assenza di un tale accordo estintivo, è difficile pensare che, anche in futuro, i tribunali arbitrali che dovessero essere investiti della questione possano decidere di non applicare un trattato bilaterale sugli investimenti formalmente in vigore tra Stati membri dell'Unione europea. Nel caso *Eastern Sugar*, d'altronde, la scelta compiuta dal Tribunale arbitrale appariva abbastanza obbligata, per varie ragioni. In primo luogo, i fatti alla base della controversia risalivano a un periodo anteriore all'adesione dello Stato convenuto all'Unione europea, quando l'investitore poteva ragionevolmente contare sulla protezione accordatagli dal BIT, in base a quelle *legitimate expectations* spesso evocate dalla giurisprudenza arbitrale.⁴⁰ Inoltre, per poter ritenere abrogato implicitamente il BIT da parte del successivo trattato di adesione all'Unione europea, si sarebbe dovuto effettivamente riconoscere che trattato CE e BIT disciplinano la «medesima materia». La stessa Commissione europea, a questo riguardo, non esprime una posizione del tutto chiara: a proposito dei BITs intracomunitari sostiene, da un lato, che «most of their content is superseded by Community law upon accession of the respective Member State», dall'altro mette più di una volta in correlazione il superamento della disciplina contenuta nei BITs con la «Community competence», la quale però non si estende, almeno nel vigore del trattato di Roma, alla disciplina degli investimenti esteri.⁴¹ In ogni caso, nonostante le effettive sovrapposizioni tra disciplina

³⁶ Cfr. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003, pp. 51-52.

³⁷ Cfr. HELFER, *Exiting treaties*, in *Virginia Law Rev.*, 2005, p. 1579 ss., a p. 1625.

³⁸ Cfr. ad es. l'art. 13 del BIT Paesi Bassi-Repubblica ceca e l'art. 22 del modello di BIT statunitense, reperibile sul sito del Dipartimento di Stato all'indirizzo <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf> (consultato il 1° aprile 2008).

³⁹ Cfr. anche *Eastern Sugar B.V. c. The Czech Republic*, par. 127, per le osservazioni svolte a questo riguardo dal Ministero delle finanze della Repubblica ceca.

⁴⁰ Cfr. SNODGRASS, *Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delineating a General Principle*, in *ICSID Rev.-Foreign Investment Law Jour.*, 2006, p. 1 ss.

⁴¹ Cfr. gli artt. 131 ss. del trattato CE sulla politica commerciale comune. Si veda su tale

dei BITs e regime comunitario su molti aspetti sostanziali, rimangono per la verità dubbi sulla reale identità dei due regimi in termini di protezione accordata all'investitore. Tale identità certamente non sussiste se si considera poi il meccanismo arbitrale Stato-investitore che è incluso nella maggior parte degli accordi bilaterali sugli investimenti ed è al contrario assente nell'ordinamento comunitario. La possibilità per l'investitore di avvalersi di tale strumento potrebbe effettivamente costituire un trattamento diversificato tra cittadini comunitari. Tuttavia, qualora tale problematica venisse sollevata in un procedimento arbitrale, come è avvenuto nel caso *Eastern Sugar*, è difficilmente ipotizzabile che ciò possa avere delle conseguenze in termini di applicazione o meno di un BIT da parte degli arbitri: in tali ipotesi, infatti, la discriminazione non colpirebbe l'investitore – che anzi si avvantaggia del meccanismo di risoluzione delle controversie del BIT – ma i soggetti comunitari, estranei al procedimento, che a quel meccanismo non hanno accesso. Tutt'al più, come osservano gli arbitri del caso *Eastern Sugar*, «it will be for those other countries and investors to claim their *equal rights*».⁴²

La questione potrebbe piuttosto trovare la propria soluzione davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee, adita dalla Commissione nell'ambito di una procedura di infrazione, evenienza che, però, come si è visto, al momento non si è verificata.

3. La Commissione europea si è trovata in altre occasioni ad affrontare questioni di compatibilità con il diritto comunitario poste da accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti. I problemi affrontati in tali circostanze non riguardavano però accordi bilaterali stipulati tra Stati membri dell'Unione, bensì tra Stati membri o candidati all'adesione, da un lato, e Paesi terzi, dall'altro.

Una prima vicenda ha avuto ad oggetto i BITs conclusi negli anni '90 tra gli Stati Uniti e otto Paesi dell'Europa centro-orientale (Repubblica ceca, Estonia, Lettonia, Lituania, Polonia, Slovacchia, Bulgaria e Romania). Nel 2002, durante il processo di allargamento, quando alcuni di questi Stati

problema CEYSSENS, *Towards a Common Foreign Investment Policy? Foreign Investment in the European Constitution*, in *Legal Issues of Econ. Integration*, 2005, p. 259 ss. Si noti che il trattato di Lisbona ha incluso nella politica commerciale comune anche gli «investimenti esteri diretti». Cfr. l'art. 188 C (che sostituisce l'art. 133 del trattato CE) inserito dal trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. C 306 del 17 dicembre 2007.

⁴² Cfr. anche *Eastern Sugar B.V. c. The Czech Republic*, par. 170: «if the EU Treaty gives more rights than does the BIT, then all EU parties, including the Netherlands and Dutch investors, may claim those rights. If the BIT gives rights to the Netherlands and to Dutch investors that it does not give other EU countries and investors, it will be for those other countries and investors to claim their *equal rights*. But the fact that these rights are unequal does not make them incompatible» (corsivo nell'originale).

si apprestavano ad entrare nell'Unione europea e altri erano candidati all'adesione,⁴³ la Commissione riscontrava alcuni possibili punti di conflitto tra gli obblighi che i futuri Stati membri avrebbero assunto con l'adesione all'Unione europea e gli obblighi derivanti dagli accordi bilaterali sugli investimenti da loro conclusi con gli Stati Uniti.⁴⁴

È utile ricordare che il diritto comunitario non prevale automaticamente sugli accordi che gli Stati membri hanno concluso con Stati terzi prima dell'adesione all'Unione. Il trattato CE contiene infatti nell'art. 307 una c.d. clausola di subordinazione, in base alla quale i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni con Stati terzi stipulate prima dell'adesione all'Unione europea rimangono pienamente operanti nonostante l'assunzione di nuovi obblighi da parte degli Stati membri in seguito all'entrata in vigore del trattato CE nei loro confronti.⁴⁵ Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, l'art. 307 «ha lo scopo di precisare, conformemente al diritto internazionale, che l'applicazione del trattato non pregiudica l'impegno dello Stato membro interessato di rispettare i diritti degli Stati terzi derivanti da una convenzione anteriore e di osservare i propri obblighi in proposito».⁴⁶

L'art. 307 pone tuttavia a carico degli Stati membri un obbligo di agire per eliminare i conflitti con il trattato CE derivanti da tali trattati pre-adesione, attraverso il ricorso «a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate».⁴⁷ Tale obbligo è ribadito nei confronti dei nuovi Stati nell'art. 6 par. 10 dell'atto di adesione.⁴⁸ Come chiarito dalla Corte di giustizia a proposito dell'art. 307 e come è espressamente stabilito nell'art.

⁴³ I sei Stati che si apprestavano ad aderire all'UE il 1° maggio 2004 erano Repubblica ceca, Estonia, Lettonia, Lituania, Polonia e Slovacchia, mentre Bulgaria e Romania (entrati a fare parte dell'Unione il 1° gennaio 2007) erano allora solo Stati candidati. Tutti i BITs in questione sono reperibili sul *database* dell'UNCTAD all'indirizzo www.unctad.org.

⁴⁴ Sulla vicenda cfr. BRUMMER, *The Ties That Bind? Regionalism, Commercial Treaties, and the Future of Global Economic Integration*, in *Vanderbilt Law Rev.*, 2007, p. 1349 ss., a p. 1372 ss.; RADU, *Foreign Investors in the EU. Which 'Best Treatment'? Interactions Between Bilateral Investment Treaties and EU Law*, in *Eur. Law Jour.*, 2008, p. 237 ss.

⁴⁵ Cfr. MASTROIANNI, *Art. 307*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, pp. 1372-1376; MANZINI, *The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 2001, p. 781 ss.

⁴⁶ Cfr. la sentenza 14 ottobre 1980, in causa 812/79, *Burgoa*, in *Raccolta*, 1980, p. 2787 ss., punto 8. L'art. 307 va inteso come riconoscimento, nell'ordinamento comunitario, del principio generale del diritto dei trattati, codificato nell'art. 30 par. 4 lett. *b* della convenzione di Vienna, per cui gli obblighi assunti da due o più Stati non possono essere modificati a seguito della conclusione di un successivo accordo da parte di uno o alcuni degli Stati parti del primo accordo, da una parte, e altri Stati, dall'altra. Cfr. MASTROIANNI, *Art. 307 cit.*, p. 1373.

⁴⁷ Cfr. l'art. 307 par. 2 del trattato CE.

⁴⁸ Cfr. l'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia,

6 par. 10 dell'atto di adesione, nel caso in cui non sia stato possibile eliminare le incompatibilità attraverso negoziati con lo Stato terzo, non è esclusa l'opzione per lo Stato membro di denunciare unilateralmente il trattato.⁴⁹

Per quanto concerne i BITs stipulati dagli otto Paesi europei con gli Stati Uniti, la Commissione individuava negli accordi bilaterali in questione alcune disposizioni incompatibili con il diritto comunitario. In particolare, gli ampi obblighi reciproci di non discriminazione – sotto forma del trattamento della nazione più favorita e del trattamento nazionale – previsti da ciascun BIT avrebbero obbligato lo Stato membro a trattare un investitore statunitense allo stesso modo di un cittadino comunitario, senza alcuna possibilità di discriminare a favore del secondo, come invece consentito dal diritto comunitario in alcuni settori «sensibili» (quale il settore agricolo o quello degli audiovisivi). Inoltre, i BITs con gli Stati Uniti contenevano il divieto per lo Stato ospite dell'investimento di imporre *performance requirements* (quali l'impiego di fattori di produzione locale, l'attuazione di «quote» su determinati prodotti, ecc.), che sono invece a volte previsti dal diritto comunitario in alcuni settori.⁵⁰ Infine, la libertà di trasferimento dei capitali e degli utili garantita agli investitori da parte dei BITs poneva problemi di compatibilità con i poteri del Consiglio dei ministri dell'Unione europea di restringere i movimenti di capitali in talune circostanze.

Gli otto Stati dell'Europa centro-orientale, assistiti dalla Commissione, iniziavano negoziati con gli Stati Uniti per fare fronte a tali incompatibilità. La consapevolezza degli Stati Uniti che la Commissione avrebbe anche

della Repubblica di Slovenia e della Repubblica Slovacca e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 236 del 23 settembre 2003.

⁴⁹ Secondo la Corte di giustizia, «se è pur vero che, nel quadro dell'art. 234 [ora 307] del trattato, spetta agli Stati membri scegliere le misure idonee da adottare, incombe ai medesimi nondimeno l'obbligo di eliminare le incompatibilità esistenti tra una convenzione pre-comunitaria e il trattato CE. Non può quindi escludersi che uno Stato membro debba procedere alla denuncia di un accordo, quando incontri difficoltà che ne rendano impossibile la modifica». Cfr. le sentenze 4 luglio 2000, in causa C-62/98, *Commissione c. Portogallo*, in *Raccolta*, 2000, p. I-5171 ss., punto 49; 4 luglio 2000, in causa C-84/98, *Commissione c. Portogallo*, *ivi*, p. I-5215, punto 58. In argomento si veda in particolare MANZINI, *The Priority of Pre-Existing Treaties* cit., p. 788 ss. L'art. 6 par. 10 dell'atto di adesione recita: «Nella misura in cui gli accordi tra uno o più nuovi Stati membri, da una parte, e uno o più paesi terzi, dall'altra, siano incompatibili con gli obblighi derivanti dal presente atto, il nuovo Stato membro adotta le misure appropriate per eliminare le incompatibilità constatate. Qualora un nuovo Stato membro incontri difficoltà nell'adattare un accordo concluso con uno o più paesi terzi prima dell'adesione, a norma dell'accordo si ritira dallo stesso».

⁵⁰ Per il divieto di *performance requirements* cfr. l'art. II par. 4 del BIT USA-Polonia, l'art. II par. 6 dei BITs USA-Estonia, USA-Lettonia e USA-Lituania, e l'art. II par. 5 dei BITs USA-Bulgaria, USA-Repubblica ceca, USA-Slovacchia e USA-Romania. Sui *performance requirements* cfr. MAURO, *Gli accordi bilaterali* cit., p. 133 ss.; DOLZER, STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, 1995, pp. 79-81; UNCTAD, *Host Country Operational Measures*, New York-Geneva, 2001.

potuto richiedere ai nuovi Stati di denunciare i trattati in questione, per poter pienamente attuare l'*acquis communautaire*, deve aver favorito il raggiungimento di un accordo tra le Parti.⁵¹ Nel settembre 2003 veniva così siglata un'intesa (*Understanding*) dichiarata «non vincolante in base al diritto internazionale», destinata a «guidare» il processo di revisione dei BITs.⁵² Nei mesi successivi, gli Stati Uniti e ciascuno Stato europeo firmavano un protocollo addizionale con cui venivano emendati gli accordi bilaterali sugli investimenti secondo i dettami contenuti nell'intesa del settembre 2003.⁵³

In seguito a tali modifiche, i BITs contengono ora un elenco di settori (quali l'agricoltura, i valori mobiliari, i servizi di investimento e altri servizi finanziari, alcuni tipi di trasporto, ecc.) in cui il nuovo Stato membro si riserva di applicare o mantenere eccezioni al trattamento della nazione più favorita o al trattamento nazionale, «in quanto ciò sia necessario per adeguarsi agli obblighi derivanti da misure adottate dall'Unione europea».⁵⁴ In questa direzione, l'art. II di ciascun protocollo addizionale include anche un'intesa sull'esatta interpretazione da attribuire all'eccezione al trattamento della nazione più favorita collegata all'appartenenza di uno degli Stati contraenti a una zona di libero scambio o a un'unione doganale (c.d. clausola REIO).⁵⁵ Tale eccezione era già presente nell'originaria versione di ciascun BIT.⁵⁶ Tuttavia, al fine di sgombrare il campo

⁵¹ Cfr. le parole contenute nel *Report* del Dipartimento di Stato USA nonché nella lettera del Presidente degli Stati Uniti al Senato, che accompagnano ciascuno dei protocolli addizionali, sui quali *infra* nel testo.

⁵² Cfr. l'*Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Treaties, signed by the U.S., the European Commission, and acceding and candidate countries for accession to the European Union (September 22, 2003)*, reperibile sul sito del Dipartimento di Stato americano all'indirizzo www.state.gov/s/l/2003/44366.htm (consultato il 1° aprile 2008). Cfr. anche il comunicato stampa della Commissione europea del 23 settembre 2003 (IP/03/1284).

⁵³ I protocolli addizionali sono reperibili sul sito del Senato statunitense all'indirizzo www.senate.gov.

⁵⁴ Più precisamente, per quanto concerne il trattamento nazionale, i settori o le materie in cui è possibile applicare o mantenere eccezioni sono l'agricoltura, gli audiovisivi, i valori mobiliari, i servizi di investimento e altri servizi finanziari, la pesca, gli idrocarburi, le sovvenzioni, alcuni tipi di trasporto (veicoli aerei, vie navigabili interne e marittimo); per quanto concerne il trattamento della nazione più favorita, i settori eccettuati sono l'agricoltura, gli audiovisivi e gli idrocarburi. Si prevede, tuttavia, che agli investimenti americani già esistenti in questi settori non si potrà applicare – per un certo numero di anni – tale facoltà di derogare al trattamento nazionale o al trattamento della nazione più favorita. Cfr. l'art. IV di ciascun protocollo addizionale.

⁵⁵ Sulla clausola REIO (*regional economic integration organisation*) cfr. MAURO, *Gli accordi bilaterali* cit., p. 166 ss.; UNCTAD, *The REIO exception in MFN Treatment Clauses*, New York-Geneva, 2004.

⁵⁶ Cfr. l'art. XII par. 2 lett. *a* del BIT USA-Polonia, l'art. II par. 10 lett. *a* dei BITs USA-Estonia, USA-Lettonia e USA-Lituania, e l'art. II par. 9 lett. *a* dei BITs USA-Bulgaria, USA-Repubblica ceca, USA-Slovacchia e USA-Romania.

dai dubbi che il linguaggio non del tutto chiaro di tale clausola poteva generare,⁵⁷ si chiarisce che tale eccezione copre anche l'appartenenza ad un'area economica integrata quale l'Unione europea. Inoltre, si prevede che nei settori dell'agricoltura e degli audiovisivi il divieto di *performance requirements* previsto dai BITs non valga a limitare quelle misure con cui gli Stati ospiti dell'investimento attuino programmi di quote o impongano l'acquisto o uso di beni prodotti o servizi forniti nell'Unione europea.⁵⁸

È rimasto, invece, privo di una soluzione definitiva il problema concernente le restrizioni ai movimenti dei capitali. Il trattato CE prevede infatti che i movimenti dei capitali provenienti da Stati terzi o ad essi diretti possano subire delle restrizioni in alcune ipotesi: in base all'art. 57 par. 2, il Consiglio può adottare misure concernenti i movimenti di capitali provenienti da Paesi terzi o ad essi diretti in relazione ad investimenti diretti, inclusi atti che comportino un «regresso» della legislazione comunitaria in materia di libera circolazione di capitali. A norma dell'art. 59, il Consiglio può inoltre prendere nei confronti di Paesi terzi misure di salvaguardia temporanee nel caso in cui, in circostanze eccezionali, i movimenti di capitali con tali Stati causino o minaccino di causare difficoltà gravi per il funzionamento dell'Unione economica e monetaria. Infine, l'art. 60 del trattato CE consente al Consiglio di adottare, nei confronti di Stati terzi, misure restrittive in materia di movimenti di capitali e di pagamenti nel quadro della politica estera e di sicurezza comune.⁵⁹ Sulla possibile interferenza tra poteri del Consiglio e obblighi assunti dagli Stati con i BITs, gli Stati Uniti, gli otto Stati e la Commissione non sono arrivati ad un accordo soddisfacente per tutte le Parti.⁶⁰ L'unico compromesso raggiunto sembra essere stato quello di richiamare l'attenzione sulla clausola, già presente in tutti gli otto BITs, che permette a ciascuno Stato parte all'accordo di prendere misure necessarie «per la protezione dei propri interessi essenziali di sicurezza»: a questo riguardo uno scambio di note tra Stati Uniti e futuro Stato membro ha precisato che tale clausola va interpretata come comprendente anche gli interessi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.

Quest'ultima questione concernente il coordinamento con i poteri del Consiglio potrà peraltro trovare una soluzione nel quadro di quel meccanismo di consultazioni tra le Parti istituito dall'intesa: si prevede, infatti, che

⁵⁷ Cfr. RADU, *Foreign Investors in the EU* cit., p. 247.

⁵⁸ Cfr. l'art. I di ciascun protocollo addizionale.

⁵⁹ Tale norma ha costituito la base giuridica per i provvedimenti di embargo e di blocco di beni nella Comunità di persone e imprese appartenenti a Stati terzi nel caso di crisi internazionali. Cfr. MALATESTA, *Art. 60*, in POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, pp. 296-297; FORTUNATO, GODANO, *Art. 60*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea* cit., pp. 431-432.

⁶⁰ Cfr. il par. I dell'*Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Treaties* cit.

gli Stati Uniti e la Commissione si consultino ogniqualvolta «una nuova misura comunitaria che incida sugli investimenti esteri sia presa in considerazione e possa sollevare questioni di compatibilità con pre-esistenti accordi internazionali tra Stati membri e gli Stati Uniti». ⁶¹

Piú di recente, la Corte di giustizia delle Comunità europee è stata investita di una questione concernente la compatibilità con il diritto comunitario di alcune disposizioni contenute in BITs conclusi da Stati membri con Paesi terzi. Secondo la Commissione, Austria, Svezia e Finlandia non avrebbero provveduto a porre rimedio, in base al già citato art. 307 par. 2 del trattato, alle incompatibilità presenti in diversi accordi bilaterali sugli investimenti stipulati con Stati terzi prima dell'adesione all'Unione europea. ⁶² Ad avviso della Commissione, la mancata eliminazione delle situazioni di incompatibilità si sarebbe dunque tradotta in una violazione degli obblighi comunitari sanzionabile attraverso la procedura di infrazione *ex art. 226* del trattato. All'esame della Corte sono precisamente quelle disposizioni dei BITs concernenti il libero trasferimento dei capitali che hanno rappresentato il punto piú critico dei negoziati con gli Stati Uniti. Secondo la Commissione, tali disposizioni non consentirebbero allo Stato membro parte dei BITs «di applicare restrizioni alla libera circolazione di capitali e di pagamenti che il Consiglio dell'Unione europea può adottare ai sensi dell'art. 57 n. 2, 59 e 60 del trattato CE». ⁶³ Sarà la prima occasione in cui la Corte avrà modo di pronunciarsi su questioni di compatibilità con il diritto comunitario poste da accordi bilaterali sugli investimenti. L'elevato numero di BITs portati all'attenzione della Corte (ventinove) ⁶⁴ e l'importanza delle

⁶¹ *Ibidem*, par. V B. Cfr. anche l'art. III di ciascun protocollo addizionale che inserisce in ogni BIT una disposizione che recita: «the Parties agree to consult promptly, on the request of either, to resolve any disputes in connection with this Treaty, or to discuss any matter relating to the interpretation or application of this Treaty. The Parties also agree to consult promptly whenever a Party believes that steps are necessary to assure compatibility between this Treaty and the Treaty Establishing the European Community with a view to assuring compatibility».

⁶² Cfr. le cause tuttora pendenti davanti alla Corte di giustizia C-205/06, *Commissione c. Austria*; C-249/06, *Commissione c. Svezia*; e C-118/07, *Commissione c. Finlandia*. La Commissione aveva iniziato una procedura di infrazione anche nei confronti della Danimarca, per un BIT concluso nel 1968 con l'Indonesia. Cfr. a tale proposito il comunicato stampa del 10 maggio 2004 (IP/04/618). L'accordo bilaterale sugli investimenti con l'Indonesia non conteneva, infatti, nessuna deroga agli obblighi di non discriminazione connessa all'appartenenza ad un'organizzazione regionale di integrazione economica (c.d. clausola REIO sulla quale si veda *supra* nel testo). La procedura di infrazione non è giunta però alla fase contenziosa e nessun ricorso alla Corte risulta pendente contro la Danimarca su tali problemi.

⁶³ Cfr. il ricorso della Commissione del 5 maggio 2006, in causa C-205/06, *Commissione c. Austria*, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. C 165 del 15 luglio 2006. Cfr. anche i ricorsi della Commissione del 2 giugno 2006 in causa C-249/06, *Commissione c. Svezia*, *ibidem*, n. C 178 del 29 luglio 2006, e del 27 febbraio 2007 in causa C-118/07, *Commissione c. Finlandia*, *ibidem*, n. C 95 del 28 aprile 2007.

⁶⁴ Si tratta di sei BITs conclusi dall'Austria (con Corea, Capo Verde, Cina, Malesia, Fe-

norme del trattato che la Commissione ritiene violate dalle disposizioni contenute negli accordi bilaterali rendono particolarmente interessanti tali procedimenti. È già stata peraltro richiamata la giurisprudenza della Corte a proposito degli obblighi per gli Stati membri derivanti dall'art. 307: la Corte ha ammesso a più riprese che, contro le incompatibilità risultanti da trattati con Stati terzi conclusi prima dell'adesione all'Unione, è configurabile anche l'estremo rimedio della denuncia unilaterale del trattato, a condizione che «la denuncia... sia consentita dal diritto internazionale».⁶⁵ Tale opzione sembrerebbe concretamente percorribile nei casi citati, considerato che, come si è visto, i BITs prevedono usualmente la facoltà per ciascuna Parte di denunciare l'accordo.

derazione russa e Turchia), sei dalla Finlandia (Federazione russa, Bielorussia, Cina, Malesia, Sri Lanka, Uzbekistan) e diciassette dalla Svezia (nella *Gazz. Uff. Un. eur.* si cita espressamente solo il BIT con il Vietnam).

⁶⁵ Cfr. le sentenze 4 luglio 2000, *Commissione c. Portogallo* cit., punto 34; 4 luglio 2000, *Commissione c. Portogallo* cit., punto 40; 14 settembre 1999, in causa C-170/98, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1999, p. I-5493, punto 42. Cfr. MANZINI, *The Priority of Pre-Existing Treaties* cit., pp. 790-792.

