



Aiuti di Stato e arbitrati

DI ANDREA ZOPPINI¹

SOMMARIO: 1. *Bilateral Investment Treaty* (BIT), Trattato sulla Carta dell'energia e diritto europeo; 2. Lodo arbitrale e disciplina degli aiuti di Stato: il caso Micula; 3. La sentenza Achmea della Corte di giustizia e il rapporto tra arbitrati internazionali e diritto europeo; 3.1. La Comunicazione della Commissione europea e la Dichiarazione degli Stati del 15 gennaio 2019; 4. L'impatto della pronuncia Achmea sui procedimenti arbitrali attivati secondo la disciplina del Trattato sulla Carta dell'energia.

1. *Bilateral Investment Treaty* (BIT), Trattato sulla Carta dell'energia (ECT) e diritto europeo

Il rapporto tra aiuti di Stato e arbitrati si inserisce attualmente all'interno di un contesto disciplinare assai articolato. È, pertanto, opportuno considerare unitamente: *a*) le misure di protezione degli investimenti, di volta in volta, previste dai *Bilateral Investment Treaty* (BIT) *intra*-UE; *b*) le regole del Trattato sulla Carta dell'Energia (ECT); *c*) la normativa contenuta nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), segnatamente gli artt. 107-109, nonché gli artt. 267 e 344.

La disciplina internazionale degli investimenti ha inteso bilanciare due interessi distinti: da una parte, l'interesse dello Stato di destinazione dell'investimento (c.d. "Stato ospitante") ad attrarre investimenti stranieri per rafforzare il proprio sviluppo economico, dall'altro, l'interesse dell'investitore di ottenere efficaci strumenti di protezione, soprattutto dinanzi ai rischi di mutamenti regolatori². In questo senso, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, si

¹ Professore ordinario di diritto privato, Università degli Studi Roma Tre.

² Recentemente, BAUERLE DANZMAN, *The Political Economy of Bilateral Investment Treaties*, in KRAJEWSKI, HOFFMANN (eds.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, 2019, p. 11 ss.; MARRELLA, voce *Investimenti (dir. int.)*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/investimenti-dir-int_%28Diritto-on-line%29/.

sono diffusi numerosi BIT, ovverosia accordi internazionali tra due Stati relativi agli investimenti sostenuti da parte dei cittadini di uno Stato in un altro Stato. Attraverso i BIT, gli Stati contraenti assumevano obblighi reciproci a favore degli investitori, assicurando, ad esempio, un trattamento giusto ed equo, il divieto di espropriazione anche indiretta senza pieno indennizzo, la libertà di riesportare il capitale investito ed i profitti. Si riconosceva, inoltre, il diritto dell'investitore di attivare un arbitrato internazionale diretto contro lo Stato ospitante per violazione di quanto riconosciuto in forza dei BIT³.

L'individuazione del modello arbitrale, quale strumento di composizione delle controversie, pone sul tappeto differenti questioni attinenti al rapporto tra disciplina europea e regole contenute nei BIT *intra-UE*, ovvero, nei trattati vigenti tra paesi *attualmente* membri dell'Unione europea, ma conclusi antecedentemente al Trattato di Lisbona⁴.

Un primo ordine di problemi riguarda l'applicabilità del diritto europeo da parte dei tribunali arbitrali: in questo caso, occorre valutare se gli strumenti negoziali tra Stati membri debbano essere soggetti esclusivamente alle regole discendenti dai singoli BIT o, invece, se all'interno dei procedimenti arbitrali possano trovare applicazione le regole previste a livello comunitario, come, ad esempio, quelle in materia di aiuti di Stato.

Tale profilo diventa rilevante laddove un lodo emesso da un tribunale arbitrale in forza di un BIT *intra-UE* - attraverso il quale si impone ad uno Stato membro un obbligo risarcitorio nei confronti di un'impresa investitrice per la lesione del legittimo affidamento riposto nella stabilità del quadro regolatorio - venga ad essere interpretato come una forma di aiuto di stato, contrastando così con le regole comunitarie⁵. La misura risarcitoria può rappresentare un vantaggio selettivo e anticoncorrenziale, ovvero costituire un aiuto di Stato imputabile ad uno Stato membro, o mira solo a tutelare un investitore rispetto ai danni patiti? Il lodo arbitrale potrà trovare, comunque, esecuzione?

Un ulteriore momento di criticità attiene al rapporto tra effettività della tutela dei diritti espressa dagli artt. 267 e 344 TFUE e tutela accordata all'investitore attraverso il procedimento arbitrale. Occorrerà, quindi, chiedersi se il procedimento di giustizia arbitrale designato dai BIT *intra-UE* si inserisca all'interno del sistema di tutela giurisdizionale prevista dai trattati

³ KENDE, *Arbitral Awards Classified as State Aid under European Union Law*, in *ELTE Law Journal*, 2015, p. 37 ss.

⁴ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. e) TFUE, la politica commerciale comune è materia di competenza esclusiva dell'Unione europea; l'art. 207, par. 1, TFUE, prevede, inoltre, che "la politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione". Per un approfondimento, v. GALLO, NICOLA, *The External Dimension of EU Investment Law: Jurisdictional Clashes and Transformative Adjudication*, in *Fordham International Law Journal*, 39 (2016), spec. p. 1105 ss.

⁵ Cfr. ORTOLANI, *Intra-EU Arbitral Awards vis-à-vis Article 107 TFUE: State Aid Law as a Limit to Compliance*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 6 (2015), p. 118 ss.

comunitari oppure se sia alternativo ad essa, così intaccando il c.d. monopolio interpretativo del diritto europeo.

La compatibilità tra BIT *intra*-UE e diritto europeo e il rapporto tra giurisdizione arbitrale prevista dai BIT *intra*-UE e sistema giurisdizionale comunitario, come si vedrà di seguito, sono stati al centro di due importanti pronunciamenti: la sentenza Achmea della Corte di giustizia del 6 marzo 2018⁶ e la recente sentenza sul c.d. “Caso Micula” del Tribunale dell’Unione europea del 18 giugno 2019⁷. Con la prima decisione si è affermata la contrarietà di una clausola arbitrale contenuta in un BIT *intra*-UE rispetto agli artt. 267 e 344 TFUE; il Tribunale dell’Unione europea, invece, ha riconosciuto la validità di un lodo arbitrale emesso a seguito di un BIT *intra*-UE, attraverso il quale si condannava uno Stato al risarcimento di un danno patito dall’investitore in un periodo antecedente all’ingresso dello Stato condannato nell’Unione europea.

Per quanto riguarda la tutela degli investimenti internazionali nel settore dell’energia, un ruolo centrale è giocato dal Trattato sulla Carta dell’energia, entrato in vigore il 16 aprile 1998, siglato da 47 Stati e di cui è parte anche l’Unione europea (il recesso dell’Italia è efficace dal gennaio 2016, ma, ai sensi dell’art. 47, par. 3, ECT, le disposizioni del Trattato continuano ad applicarsi per vent’anni a decorrere dall’efficacia del recesso). Tale trattato multilaterale punta a: salvaguardare la concorrenza (art. 6), promuovere e proteggere gli investimenti in ambito energetico (artt. 10, 12 e 13), offrire norme chiare circa la composizione delle controversie (art. 26 ss.)⁸. Secondo l’ECT, ogni Stato si impegna a creare condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per gli investitori delle altre Parti contraenti; pertanto, gli investimenti godono di piena tutela e sicurezza e non possono essere pregiudicati da misure statali discriminatorie e ingiustificate.

È, altresì, prevista la possibilità, in caso di violazione degli obblighi in materia di protezione e promozione degli investimenti, di risolvere le controversie tra una Parte contraente e un

⁶ C. giust. UE, grande sezione, 6 marzo 2018, C-284/16.

⁷ Trib. UE, 18 giugno 2019, T-624/15, T-694/15 e T-704/15.

⁸ In tema, v. CROSS, KUBE, *Is the Arbitration Clause of the Energy Charter Treaty Compatible with EU Law in its Application Between EU Member States?*, Analysis commissioned by Umweltinstitut München e.V. (The Munich Environmental Institute), Febbraio, 2018; ALVAREZ, *Redefining the Relationship Between the Energy Charter Treaty and the Treaty of Functioning of the European Union: From a Normative Conflict to Policy Tension*, in *ICSID Review*, 2 (2018), p. 560 ss. Più diffusamente, GAILLARD, MCNEILL, *The Energy Charter Treaty*, in YANNACA-SMALL (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues*, Oxford, 2018, p. 31 ss. Cfr., anche, KLEINHEISTERKAMP, *Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty*, in *Journal of International Economic Law*, 15 (2012), p. 85 ss.

investitore di un'altra Parte contraente attraverso il ricorso all'arbitrato o alla conciliazione internazionale (secondo le modalità previste dall'art. 26 ECT)⁹.

Per quanto riguarda i casi che coinvolgono l'Italia con riguardo al decreto Spalma incentivi (d.l. 91/2014), gli investitori hanno contestato solo la violazione del legittimo affidamento e la violazione della c.d. *Umbrella clause* (art. 10, par. 1, ECT)¹⁰. Secondo gli investitori, il diritto agli incentivi si sarebbe tradotto in veri e propri contratti di diritto privato (art. 24, comma 2, lett. d), d.lgs. 28/2011), in forza dei quali lo Stato italiano avrebbe assunto verso gli investitori una obbligazione contrattuale a non mutare per un periodo di venti anni la misura della tariffa incentivante¹¹.

Se da un lato è principio pacifico che l'art. 10, par. 1, ECT non impone l'immutabilità del quadro regolatorio né può essere interpretato come una rinuncia dello Stato a esercitare il potere legislativo, dall'altro i tribunali arbitrali tendono a interpretare in modo variegato lo standard del *fair and equitable treatment* (FET), che include l'obbligo per lo Stato di non ledere il legittimo affidamento (*legitimate expectations*) degli investitori stranieri¹².

⁹ GAILLARD, MCNEILL, *The Energy Charter Treaty*, cit., p. 45 s.; CROSS, KUBE, *Is the arbitration clause of the Energy Charter Treaty compatible with EU law in its application between EU Member States?*, cit., p. 4, sostengono che "the ECT's ISDS clause in its application between the EU Member States is in breach of Article 344 and 267 TFEU".

¹⁰ *Amplius*, DE LUCA, SACERDOTI, *Investment dispute settlement*, in KRAJEWSKI, HOFFMANN (eds.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, cit., p. 193 ss., spec. p. 212 s.

¹¹ V. il lodo deciso a favore dell'Italia, ICSID Case No. ARB/14/3, 27 dicembre 2016, *Blusun v. Italian Republic*.

¹² Cfr. ICSID Case No. ARB/07/22, 23 settembre 2010, *AES v. Hungary*. In questo caso, l'investitore (generatore di energia) lamentava la violazione di un PPA sottoscritto con l'Ungheria (prima dell'ingresso della medesima nell'Unione europea) che garantiva al primo l'acquisto di energia a prezzi competitivi, consentendogli numerosi profitti. L'Ungheria, successivamente, reintroduceva un sistema di determinazione dei prezzi, già abolito per consentire di attrarre investimenti stranieri. Per il Tribunale arbitrale, la modifica regolatoria rappresentava un obiettivo legittimo di politica pubblica e le nuove misure di *price cap* risultavano ragionevoli e non discriminatorie. V., anche, ICSID Case No. ARB/07/19, 25 novembre 2015, *Electrabel v. Hungary*. *Electrabel* era una società elettrica belga che presentava ricorso contro l'Ungheria per aver risolto un PPA, firmato prima dell'adesione dell'Ungheria all'UE. A seguito dell'ingresso dell'Ungheria nell'Unione europea, la Commissione europea ordinava all'Ungheria di porre fine all'aiuto di Stato contenuto nel PPA e di recuperare gli aiuti ricevuti dai beneficiari. *Electrabel*, quindi, avviava un procedimento arbitrale ai sensi dell'ECT contro l'Ungheria, rivendicando una violazione dei diritti previsti dal TCE a tutela della stabilità dell'investimento. In questo caso, il Tribunale ha dichiarato che l'attuazione da parte dell'Ungheria della decisione della Commissione europea per quanto riguardava gli aiuti di Stato non era irrazionale o arbitraria e quindi non contrastava con il dovere previsto dall'ECT di offrire un trattamento giusto ed equo. È opportuno notare che mentre la Commissione europea insisteva per far riconoscere l'applicabilità del diritto europeo al caso di specie, dando conto del rischio che l'esecuzione di un eventuale risarcimento discendente dal lodo potesse tradursi in aiuto di Stato, il Tribunale, invece, si è limitato a osservare che esso agiva sulla base delle regole del diritto internazionale. Cfr., ancora, il lodo ICSID Case No. ARB/13/36, 4 maggio 2017, *Eiser v. Kingdom of Spain*, ove dinanzi a una riduzione degli incentivi alle energie rinnovabili, il Tribunale ha riconosciuto la violazione dell'art. 10, par. 1, ECT, precisando che "the Article 10(1) obligation to accord fair and equitable treatment means that regulatory regimes cannot be radically altered as applied to existing investments in ways that deprive investors who invested in reliance on those regimes of their investment's value". In questo senso, v. anche, il lodo Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 15 febbraio 2018, *Novaenergia v. Kingdom of Spain*.

Tale principio si risolve in tre condizioni: *a)* perché gli interventi regolatori degli Stati non siano considerati lesivi del principio del legittimo affidamento è essenziale verificare che siano stati prevedibili (*predictability*) da parte di un investitore prudente e accorto; *b)* le modifiche devono essere non arbitrarie o radicali (*reasonableness*). Cosa che accade quando gli interventi regolatori sono lesivi dello standard della ragionevolezza, perché introducono modifiche del regime economico arbitrarie o così radicali da pregiudicare in modo significativo l'investimento e una *fair remuneration* dello stesso; *c)* infine, deve sussistere proporzionalità tra la modifica regolatoria e l'interesse pubblico perseguito (*proportionality*). Cosa che accade nel caso in cui un intero regime tariffario è eliminato o sostituito da una regolazione che non ha precedenti o è contraddittoria con la precedente¹³.

La presenza dell'Unione europea quale parte contraente invita a riflettere sul rapporto tra diritto europeo e ECT. Da una parte, occorre considerare che le istituzioni dell'Unione europea e i suoi Stati membri sono vincolati da accordi internazionali sottoscritti dall'Unione europea, ai sensi dell'art. 216 TFUE; dall'altra parte, è opportuno ricordare che gli accordi internazionali possono prevalere solo sul diritto secondario, mentre le fonti di diritto primario dell'Unione europea si impongono sugli accordi internazionali stessi. Ad alimentare i profili critici sull'effettiva applicazione dell'ECT concorre quanto disposto all'art. 16 ECT, laddove è previsto che qualora due o più Parti contraenti abbiano in precedenza concluso ovvero abbiano aderito successivamente ad un accordo internazionale le cui clausole trattano in qualsiasi modo la materia oggetto delle parti III (Promozione e tutela degli investimenti) o V (Soluzione delle controversie) del presente Trattato: “1. nessun elemento delle parti III o V del presente Trattato, può essere interpretato come deroga a qualsiasi disposizione di dette clausole dell'altro accordo o a qualsiasi diritto alla risoluzione della controversia, rispetto a quanto previsto in detto accordo; e 2. nessun elemento in dette clausole dell'altro accordo può essere interpretato come deroga a qualsiasi disposizione delle parti III o V del presente Trattato, o a qualsiasi diritto alla risoluzione della controversia, rispetto a quanto previsto nel presente Trattato, qualora dette clausole siano più favorevoli per gli investitori o l'investimento”.

Tutto ciò premesso, il rapporto tra giudizio del tribunale arbitrale, designato ai sensi dell'art. 26 ECT, e diritto dell'Unione europea rimane una questione complessa ed irrisolta. Se, da un lato, la protezione degli investimenti e la certezza dei diritti riconosciuti dall'ECT fa leva sulla

¹³ ZOPPINI, *Se la tutela degli investimenti minaccia gli Stati*, in <https://www.ilsole24ore.com/art/commenti-e-idee/2019-03-21/se-tutela-investimenti-minaccia-stati-165757.shtml?uuid=ABbn2DgB>. V., anche, FACCIO, *The Italian Energy Reform as a Source of International Investment Disputes*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, spec. p. 479 ss.

previsione di un sistema di giurisdizione arbitrale che assicuri l'effettività della tutela in conformità del Trattato e delle norme e dei principi applicabili del diritto internazionale (art. 26, par. 6, ECT e art. 27, par. 3, lett. g)¹⁴, d'altra parte il rischio di dare esecuzione a lodi che distorcano la concorrenza e alterino il mercato comunitario ha portato la Commissione europea, in seguito alla sentenza *Achmea*, ad adottare una Comunicazione sulla sorte degli investimenti *intra-UE*¹⁵. Secondo la Commissione, l'art. 26 ECT, se interpretato correttamente, "non prevede una clausola compromissoria tra investitori e Stato applicabile tra gli investitori di due diversi Stati membri dell'UE". La clausola in questione risulterebbe incompatibile con il diritto primario dell'UE e pertanto inapplicabile. Dall'adesione dell'Unione europea all'ECT, secondo la Commissione, sono discesi soltanto diritti e obblighi tra l'Unione europea e i paesi terzi, senza che ciò abbia intaccato i rapporti tra gli Stati membri e l'Unione europea.

Successivamente alla Comunicazione della Commissione europea, i rappresentanti degli Stati membri, in data 15 gennaio 2019, hanno dichiarato che "insieme alla Commissione discuteranno senza indebito ritardo se siano necessarie ulteriori misure per rendere legalmente vincolanti tutte le conseguenze giuridiche della «sentenza *Achmea*», in relazione all'applicazione all'interno dell'UE del trattato sulla Carta dell'energia". Non appare, quindi, ancora chiara la sorte dell'ECT che, in assenza di un nuovo trattato multilaterale, continua a produrre i propri effetti¹⁶.

Alla luce di questo scenario, risulta interessante considerare come le pronunce arbitrali più recenti abbiano, sostanzialmente, sconfessato la linea dettata dalla Commissione europea e poi recepita dai rappresentanti degli Stati membri, valorizzando: a) l'autonomia procedurale e decisionale degli arbitrati previsti dall'ECT, b) la soggezione del Tribunale arbitrale esclusivamente ai principi e alle norme del diritto internazionale; c) la peculiare natura multilaterale dell'ECT che impedirebbe l'equiparazione di esso ai BTC *intra-UE*¹⁷.

2. Lodo arbitrale e disciplina degli aiuti di Stato: il caso Micula

¹⁴ Su questo punto, v. ALVAREZ, *Redefining the Relationship Between the Energy Charter Treaty and the Treaty of Functioning of the European Union: From a Normative Conflict to Policy Tension*, cit., p. 571, per cui non ci sono conflitti di giurisdizione, poiché i tribunali arbitrali applicano l'ECT e il diritto internazionale e non sono deputati a interpretare il diritto europeo.

¹⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Tutela degli investimenti *intra-UE*, 19 luglio 2018.

¹⁶ Per un primo commento alla Dichiarazione del 15 gennaio 2019, v. PANTALEO, *La mancata esecuzione del lodo arbitrale nel caso Achmea: quale futuro per le controversie in materia di investimento intra-UE?*, in *Dir. un. eur.*, 2018, p. 712.

¹⁷ Ci si riferisce ai casi: ICSID Case No. ARB/14/1, 16 maggio 2018, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*; ICSID Case No. ARB/12/12, 31 agosto 2018, *Vattenfall v. Federal Republic of Germany*; ICSID Case No. ARB/15/50, 7 maggio 2019, *Eskosol v. Italian Republic*.

La recente decisione del Tribunale dell'Unione europea del 18 giugno 2019 può aiutare a fare chiarezza attorno a un profilo delicato in materia di investimenti internazionali; ovvero, se l'ottemperanza a un lodo arbitrale possa declinarsi in aiuto di Stato ed esporre, quindi, lo Stato membro soccombente in giudizio al dovere di recuperare quanto pagato al creditore in forza della condanna¹⁸.

Giova, quindi, ricostruire la vicenda che ha portato il Tribunale dell'Unione europea a pronunciarsi. Il governo rumeno, nell'ottobre del 1998, aveva adottato un'ordinanza governativa d'emergenza (EGO 24) che concedeva a taluni investitori - previo ottenimento del certificato di "investitori permanenti" - incentivi economici, tra cui esenzioni dal pagamento dei dazi doganali e dell'iva, nonché il rimborso dei dazi doganali su materie prime. La durata del regime di favore veniva prevista, con decisione del marzo 1999, per un periodo massimo di dieci anni. I fratelli Micula, a far data dal 1° gennaio 2000, avevano ricevuto il certificato di "investitori permanenti" e avevano iniziato a svolgere attività economica in Romania. A partire dal 2003, inoltre, tra Svezia e Romania veniva concluso un BIT che prevedeva misure di protezione per gli investitori di ambedue i paesi, come il riconoscimento del diritto ad un trattamento giusto ed equo e la possibilità di risolvere le controversie attraverso il ricorso alla giustizia arbitrale. Nell'agosto 2004, la Romania, nell'ambito dei negoziati per l'ingresso nell'Unione europea, abrogava pressoché integralmente le misure incentivanti sino ad allora previste.

Dinanzi alla modifica del quadro regolatorio, i Micula, hanno fatto ricorso al procedimento arbitrale, lamentando la violazione del legittimo affidamento (gli incentivi sarebbero stati disponibili per un termine massimo decennale e, quindi, sino all'aprile 2009) e la lesione del diritto a un trattamento equo ed imparziale.

Nell'ambito del procedimento arbitrale, la Commissione europea è intervenuta in qualità di *amicus curiae*, spiegando che gli incentivi previsti dalla disciplina rumena fossero incompatibili con le regole comunitarie in materia di aiuti di Stato. La Commissione già in quella sede ha precisato che qualsiasi decisione volta a ripristinare gli incentivi o a risarcire i ricorrenti avrebbe rappresentato un aiuto di Stato e, pertanto, un'eventuale esecuzione avrebbe integrato una violazione delle norme comunitarie.

¹⁸ ICSID Case No. ARB/05/20, 11 dicembre 2013, Micula v. Romania. In tema, v. GALLO, NICOLA, *The External Dimension of EU Investment Law: Jurisdictional Clashes and Transformative Adjudication*, cit., p. 1008 ss. Per un commento, v. BATTINI, *Il «caso Micula». Diritto amministrativo e entanglement globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 325 ss.; MACCHIA, *Il «caso Micula». Il labirinto amministrativo tra discrezionalità e regole*, ivi, p. 343 ss.; STELLA, *Obbligo di recupero degli aiuti di stato illegittimi e (previo) giudicato arbitrale di condanna al risarcimento del danno ...da revoca degli aiuti. È davvero il crepuscolo del giudicato?*, in *Int'l Lis*, 2016, p. 175 ss.

Ciononostante, il Tribunale arbitrale ha condannato la Romania al pagamento di 178.000.000 di Euro e i giudici rumeni, aditi dai ricorrenti per l'esecuzione del lodo, in primo grado hanno autorizzato l'esecuzione del lodo, mentre in appello hanno sospeso l'esecuzione. Nelle more, una parte del risarcimento dovuto è stato compensato con debiti tributari pregressi dei ricorrenti.

In questo scenario, la Commissione europea il 30 marzo 2015 ha adottato una Decisione con cui dichiarava incompatibile con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato l'esecuzione del lodo e intimava alla Romania di astenersi dal corrispondere il risarcimento e di recuperare quanto già versato¹⁹. L'attuazione del lodo, quindi, avrebbe conferito ai ricorrenti un vantaggio economico selettivo. Precisa la Commissione che, attraverso l'abrogazione delle misure incentivanti, la Romania ha inteso creare un mercato concorrenziale, compatibile con le regole europee, e, pertanto, qualsiasi pronuncia risarcitoria per i danni patiti dalla revoca delle medesime misure avrebbe rappresentato un vantaggio non disponibile altrimenti in condizioni di mercato. È interessante notare come per la Commissione europea il risarcimento sia stato concesso sulla base di un BIT *intra*-UE che avrebbe dovuto considerarsi nullo a partire dalla data di adesione della Romania all'Unione europea, poiché confliggente con le disposizioni di diritto primario europeo. Per la Commissione, inoltre, la misura risarcitoria avrebbe integrato un aiuto di Stato anche in termini di imputabilità: attraverso il BIT, la Romania avrebbe preconstituito le condizioni per il vantaggio selettivo derivante dal lodo e, inoltre, ogni atto di volontaria esecuzione del lodo dimostrerebbe l'imputabilità della misura allo Stato rumeno.

Se la posizione della Commissione europea si è tradotta in un argine a protezione della legalità comunitaria, di diverso tenore è risultata la pronuncia del Tribunale dell'unione europea che, valorizzando il profilo temporale dei fatti della controversia, ha rilevato l'illegittimità dell'azione della Commissione europea e ha escluso la parificazione tra risarcimento e aiuto di Stato²⁰.

Il Tribunale dell'unione europea ha subito considerato che il contenzioso verteva su fatti antecedenti all'ingresso della Romania nell'Unione europea; ancor più, è stato riconosciuto che il Tribunale arbitrale si fosse limitato a determinare il danno calcolando l'importo corrispondente a un diritto sorto nel 2005, ovvero a far data dalla abrogazione degli incentivi da parte della Romania. Inoltre, secondo il Tribunale dell'unione europea, pur essendo stato emesso nel 2013, il lodo costituisce solo un elemento accessorio del risarcimento e poiché non

¹⁹ Decisione della Commissione, 30 marzo 2015, 2015/1470, relativa all'aiuto di Stato SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) cui la Romania ha dato esecuzione - Lodo arbitrale Micula/Romania dell'11 dicembre 2013.

²⁰ Trib. UE, 18 giugno 2019, T-624/15, T-694/15 e T-704/15, cit.

è scindibile dalle misure di incentivo fiscali anteriori “esso non può essere qualificato come aiuto nuovo e fondare la competenza della Commissione e l’applicabilità del diritto dell’Unione per tutti gli eventi sopravvenuti in passato, vale a dire i fatti all’origine delle controversie che sono anteriori all’adesione della Romania all’Unione [...]”²¹.

Il Tribunale dell’unione europea si è incaricato, quindi, di precisare che la Commissione europea non era in alcun modo competente a valutare il carattere degli incentivi rumeni, almeno per il periodo antecedente all’adesione della Romania nell’Unione europea; inoltre, la Commissione non poteva tantomeno pronunciarsi sulla compatibilità del diritto al risarcimento con la normativa comunitaria, poiché tale diritto trovava fondamento in un momento anteriore all’ingresso della Romania nell’Unione europea. Gli importi previsti a titolo risarcitorio per il periodo intercorrente tra l’abrogazione delle misure incentivanti (2005) e il 31 dicembre 2006 (dal 1° gennaio 2007 la Romania entra nell’Unione europea) non potevano costituire un aiuto di Stato e la Commissione ha illegittimamente esercitato le proprie competenze in modo indebito e retroattivo²².

Nell’escludere l’applicazione dell’art. 107 TFUE al risarcimento comminato dal lodo arbitrale, il Tribunale dell’unione europea ha ribadito che il risarcimento di un danno subito non può essere considerato un aiuto, a meno che non porti a indennizzare la revoca di un aiuto illegale o incompatibile. Considerando che il risarcimento è connesso ai danni discendenti dalla revoca degli incentivi (2005), per gli importi compresi nel periodo tra il 2005 e il 31 dicembre 2006 non trova applicazione il diritto europeo e, di conseguenza, non può procedersi ad una qualificazione del risarcimento in termini di aiuto di Stato²³.

La rilevanza del fattore temporale ha, quindi, condotto il Tribunale dell’unione europea ad escludere l’applicazione della disciplina degli aiuti di Stato, perlomeno, per quanto attiene agli importi che vanno dal 2005 al 2016. Da ciò ne è derivato che il Tribunale arbitrale non fosse soggetto al diritto unionale; tuttavia, tale sottrazione sembra valere, stante anche il richiamo

²¹ Per il Tribunale dell’unione europea il fatto che il risarcimento dei danni sia stato versato successivamente all’adesione della Romania all’Unione europea è irrilevante, poiché “i versamenti effettuati nel 2014 rappresentano l’esecuzione di un diritto sorto nel 2005” (par. 80).

²² Secondo il Tribunale dell’unione europea, inoltre, “per quanto riguarda gli importi concessi per il risarcimento per il periodo successivo all’adesione della Romania all’Unione, ossia il periodo compreso tra il 1° gennaio 2007 e il 1° aprile 2009, anche a supporre che il pagamento del risarcimento dei danni relativi a tale periodo possa essere qualificato come aiuto incompatibile, dato che la Commissione non ha operato alcuna distinzione tra i periodi di risarcimento del danno subito dai ricorrenti prima o dopo l’adesione, essa ha in ogni caso ecceduto le proprie competenze in materia di controllo degli aiuti di Stato” (par. 91).

²³ Sul tema del rapporto tra risarcimento e aiuti di Stato, v. ORTOLANI, *Intra-EU Arbitral Awards vis-à-vis Article 107 TFUE: State Aid Law as a Limit to Compliance*, cit., p. 120 ss.

alla sentenza *Achmea*, solo per i fatti risalenti ai periodi antecedenti all'adesione della Romania all'Unione europea.

Tale decisione non disinnesci ogni conflitto sul rapporto tra diritto europeo e regole contenute nei BIT *intra*-UE per periodi successivi all'adesione all'Unione europea da parte degli Stati impegnati nei BIT.

3. La sentenza *Achmea* della Corte di giustizia e il rapporto tra arbitrati internazionali e diritto europeo

Il rapporto tra diritto europeo e regole contenute all'interno di un BIT *intra*-UE è stato al centro della decisione resa dalla Corte di giustizia il 5 marzo 2018²⁴. Dinanzi ai giudici lussemburghesi pendeva una richiesta di rinvio pregiudiziale sollevata dal *Bundesgerichtshof*, al fine di conoscere “se gli artt. 267 e 344 TFUE debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 del BIT, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare”.

Prima di considerare la decisione della Corte di giustizia, giova ripercorrere la vicenda per sommi capi. Tra la Repubblica slovacca e il Regno dei Paesi Bassi era stato concluso un BIT nel 1991, e in vigore dal 1° gennaio 1992, il cui art. 8 prevedeva una clausola arbitrale per la risoluzione delle controversie. Il collegio arbitrale stabiliva il proprio regolamento interno in conformità del regolamento arbitrale UNCITRAL e decideva secondo diritto, tenendo conto in particolare, ma non in via esclusiva: del diritto vigente della parte contraente interessata; delle disposizioni del BIT e delle disposizioni di accordi speciali relativi all'investimento; dei principi generali del diritto internazionale (art. 8, par. 6, BIT).

La Slovacchia è entrata a far parte dell'Unione europea nel 2004 e, attraverso una riforma del sistema sanitario, ha aperto nel medesimo anno il mercato a operatori domestici e internazionali che offrivano servizi di assicurazione sanitaria privata. La *Achmea*, impresa facente capo a un gruppo di assicurazioni olandese, dopo essere stata autorizzata quale organismo di assicurazione sanitaria, aveva stabilito la sede in Slovacchia, ove aveva apportato

²⁴ C. giust. UE, grande sezione, 6 marzo 2018, C-284/16, cit. Per più puntuali commenti alla pronuncia, BRIGUGLIO, *Achmea and the Day after Achmea*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 504 ss.; CONTARTESE, ANDENAS, *EU Autonomy and Investor-State Dispute Settlement under Inter Se Agreements between EU Member States: Achmea*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 157 ss.

capitali ed erogava prestazioni di assicurazione sanitaria privata. A seguito di alcune misure adottate dalla Slovacchia nel 2006 e nel 2007, volte a restringere liberalizzazione del mercato, la Achmea, ha avviato un procedimento arbitrale ai sensi dell'art. 8 BIT: il giudizio ha visto soccombere la Slovacchia, condannata al pagamento di circa 22.000.000 di Euro²⁵, che ha successivamente richiesto un annullamento del lodo al *Oberlandesgericht* di Francoforte sul Meno. Il ricorso è stato respinto e la controversia è approdata, quindi, innanzi al *Bundesgerichtshof*.

Dinanzi alle questioni sollevate dal *Bundesgerichtshof*, la Corte di giustizia ha subito precisato che “un accordo internazionale non può pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e, quindi, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto. Tale principio trova riconoscimento in particolare nell'articolo 344 TFUE, a norma del quale gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti da questi ultimi”.

Attraverso tale premessa, la Corte di giustizia ha rimarcato l'autonomia del diritto europeo, il primato esercitato dallo stesso sul diritto degli Stati membri, nonché la *Drittwirkung* di una serie di disposizioni europee nei confronti di cittadini e Stati membri. Per preservare tale autonomia, si è provveduto, attraverso i Trattati, alla definizione di un sistema giurisdizionale “destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione”, la cui chiave di volta è rappresentata dal sistema del rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 267 TFUE.

Giunta a tali considerazioni, la Corte di giustizia, tenendo conto di quanto previsto dall'art. 8, par. 6, BIT, ha rilevato che il tribunale investito della controversia è, se del caso, competente ad interpretare o ad applicare il diritto dell'Unione europea, quale parte del diritto in vigore negli Stati contraenti del BIT, e in particolare le disposizioni riguardati le libertà economiche fondamentali.

Inoltre, la Corte di giustizia ha dovuto verificare se il collegio arbitrale rientrasse nel sistema giurisdizionale europeo, risultando quindi abilitato ad adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE. La Corte di giustizia ha rilevato che il tribunale arbitrale non costituiva un elemento del sistema giurisdizionale stabilito nei Paesi Bassi e in Slovacchia, poiché il carattere derogatorio della giurisdizione del collegio arbitrale rappresentava una delle principali ragioni d'essere dell'articolo 8 BIT²⁶.

²⁵ UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, 7 dicembre 2012, Achmea B.V. v. The Slovak Republic.

²⁶ Insiste la Corte di giustizia nel ritenere che un elemento di specialità della giurisdizione arbitrale, tale da non poter essere annessa all'interno degli organi giurisdizionali comunitari, è dato dalla previsione che le decisioni del

La conclusione della Corte di giustizia è apparsa decisa a contestare la compatibilità del sistema di tutela dei diritti previsto dal BIT con il diritto europeo: una censura che ha inteso proteggere l'effettività del diritto europeo²⁷. Lo strumento arbitrale è stato ritenuto capace di *escludere* che le controversie ad esso sottoposte, anche laddove possano riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto europeo, "siano risolte in modo da garantire l'efficacia del suddetto diritto". La previsione di una giurisdizione arbitrale di composizione delle controversie commerciale è discesa da un BIT *intra*-UE e non in forza di un accordo internazionale concluso dall'Unione europea²⁸. Ciò è stato, in conclusione, ritenuto idoneo a generare un forte impatto in termini di tenuta della primazia e dell'autonomia del diritto europeo, oltre a contrastare con il principio di leale collaborazione e minare la fiducia reciproca tra gli Stati membri. L'art. 8 BIT verrebbe, quindi, a delineare un sistema giurisdizionale alternativo e discriminatorio; esso offrirebbe, infatti, una tutela specifica condizionata alla nazionalità dell'investitore e, pertanto, contrasterebbe con le regole di parità del mercato comune europeo²⁹.

collegio arbitrale siano definitive (art. 8, par. 7, BIT) e, pertanto, in contrasto con quanto previsto dall'art. 19 TUE. Precisa, inoltre, la Corte di giustizia che "tuttavia, un procedimento di arbitrato, come quello di cui all'articolo 8 del TBI, si distingue da un procedimento di arbitrato commerciale. Infatti, mentre il secondo trova la sua origine nell'autonomia della volontà delle parti in causa, il primo deriva da un trattato, mediante il quale gli Stati membri acconsentono a sottrarre alla competenza dei propri organi giurisdizionali, e quindi al sistema di vie di ricorso giurisdizionale che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE impone loro di stabilire nei settori coperti dal diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:(...), punto 34), controversie che possono riguardare l'applicazione o l'interpretazione di tale diritto. In tali circostanze, le considerazioni enunciate al punto precedente, relative all'arbitrato commerciale non sono applicabili a un procedimento di arbitrato, come quello di cui all'articolo 8, del TBI" (par. 55). Criticamente su questo profilo, BRIGUGLIO, *Achmea and the Day after Achmea*, cit., p. 510. Per l'A. «la autonomia compromissoria delle parti private che fonda il singolo arbitrato commerciale è a sua volta assentita ed autorizzata dalle leggi nazionali dei singoli Stati. E dunque delle due l'una: o si dice (come dovrebbe e come nella sostanza suggeriva l'avvocato generale) che le controversie arbitrali (tutte) nulla hanno a che vedere con le "controversie relative all'interpretazione o all'applicazione dei trattati" che gli Stati membri a norma dell'art. 344 TFUE "si impegnano a non sottoporre a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato", ed allora si salva anche l'arbitrato da TBI; oppure si intende in senso lato quella espressione come comprensiva di qualsiasi controversia in cui il diritto dell'Unione possa essere direttamente o indirettamente applicato, ed allora l'"impegno" incombente ex art. 344 è vulnerato non solo da un TBI, ma prima ancora ed *a fortiori* dalle leggi nazionali che consentono alle parti private (compreso fra l'altro lo Stato quando stipula *iure privatorum* una qualsiasi convenzione arbitrale *ad hoc*) di sottoporre quelle controversie ad un "modo di composizione diverso" da quelli giurisdizionali quale è appunto l'arbitrato *tout court*». Precisa CONSOLO, *Postilla. La foglia di fico del (negato, ma per gli arbitri ICSID ancor più insostenibilmente) rinvio pregiudiziale. Da Denuit ad Achmea*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1976, che «la natura "derogatoria" degli arbitrati rispetto al normale, più sorvegliato e "coeso" - dal punto di vista della leale collaborazione, che la sentenza evoca in modo scettico (*de iure* certo gli arbitri vi sarebbero tenuti quanto i magistrati togati e laici) - circuito giurisdizionale europeo si spiega e si giustifica perché potrà capitare che la fonte del danno patito dall'investitore derivi proprio dal diritto europeo, che gli Stati membri sono obbligati a recepire. *Hic sunt leones*: qui cessa il dovere di leale collaborazione con le istituzioni europee e si afferma una sorta di *suprema lex mercatoria* pattizia».

²⁷ BRIGUGLIO, *Achmea and the Day after Achmea*, cit., p. 508.

²⁸ STELLA, *Cala il sipario sull'arbitrato degli investimenti "intra-UE": la Corte UE esige che le liti tra investitori e Stati membri siano decise da giudici togati*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1973.

²⁹ Il *Bundesgerichtshof*, con la sentenza del 31 ottobre 2018, si è uniformato alla decisione della Corte di giustizia e non ha dato esecuzione al lodo arbitrale. Per alcune considerazioni, v. PANTALEO, *La mancata esecuzione del lodo arbitrale nel caso Achmea: quale futuro per le controversie in materia di investimento intra-UE?*, cit., p. 689 ss.

Il risultato finale, secondo la Corte di giustizia, è quello per cui il tribunale arbitrale previsto dal BIT è in grado di mettere in discussione il carattere proprio dell'ordinamento istituito dai Trattati e garantito dalla procedura del rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE³⁰.

3.1 La Comunicazione della Commissione europea e la Dichiarazione degli Stati del 15 gennaio 2019

L'incompatibilità tra giurisdizione arbitrale prevista da BIT *intra*-UE e il diritto primario europeo, sollevata dalla sentenza *Achmea*, ha portato la Commissione europea ad adottare una Comunicazione attinente alla tutela degli investimenti *intra*-UE³¹.

La Commissione europea ha posto subito in chiaro come occorra favorire un contesto normativo prevedibile, stabile e chiaro, al fine di promuovere e proteggere gli investimenti. In quest'occasione, la Commissione ha rivendicato il primato del diritto europeo, rimarcando come il sistema giurisdizionale europeo assicuri massimamente l'effettività della tutela dei diritti degli investitori.

La compresenza dei BIT *intra*-UE, siglati da alcuni Stati ora membri dell'Unione europea in un periodo antecedente all'ingresso degli stessi nell'Unione europea, ha condotto alla creazione di un sistema parallelo di tutela che si sovrappone alle norme del mercato unico, ostacolando la piena applicazione del diritto europeo. Secondo la Commissione europea ciò avviene “quando i TBI *intra*-UE vengono interpretati in modo da costituire la base per la concessione di aiuti di stato illegali in violazione delle condizioni di parità nel mercato unico”.

Il sistema dei BIT *intra*-UE è incompatibile con il diritto europeo, poiché entra in conflitto con il principio di non discriminazione tra investitori all'interno del mercato unico, risolvendosi in un modello di tutela dipendente dalla nazionalità dell'investitore. La conseguente istituzione di un sistema alternativo di risoluzione delle controversie finisce per sottrarre alla giurisdizione statale casi che riguardano misure nazionali e che fanno riferimento al diritto europeo. I giudici arbitrali investiti della controversia, inoltre, “non possono applicare adeguatamente il diritto dell'UE, in assenza del dialogo giurisdizionale indispensabile con la Corte di giustizia”.

La Commissione europea, valorizzando quanto deciso nella sentenza *Achmea*, ha rilevato come tutte le clausole compromissorie contenute nei BIT *intra*-UE siano inapplicabili e che “qualsiasi collegio arbitrale istituito sulla base delle suddette clausole è incompetente a causa

³⁰ CONSOLO, *Postilla. La foglia di fico del (negato, ma per gli arbitri ICSID ancor più insostenibilmente) rinvio pregiudiziale. Da Denuit ad Achmea*, cit., p. 1976 s.

³¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Tutela degli investimenti *intra*-UE, 19 luglio 2018, cit.

dell'assenza di un valido patto compromissorio". Le conseguenze che si traggono da questa Comunicazione sono nette: gli organi giurisdizionali saranno tenuti ad annullare qualsiasi lodo arbitrale e a rifiutare di darne esecuzione e, inoltre, "in base al principio di certezza del diritto gli Stati membri sono inoltre vincolati a sciogliere formalmente i rispettivi TBI intra-UE".

Il mercato internazionale dell'energia verrebbe, a detta della Commissione europea, ad essere interessato da quanto statuito nella sentenza Achmea, specialmente in riferimento al meccanismo arbitrale previsto dall'art. 26 ECT per ciò che riguarda i rapporti *intra-UE*. La Commissione rammenta che "tale disposizione, se interpretata correttamente, non prevede una clausola compromissoria tra investitori e Stato applicabile tra gli investitori di due diversi Stati membri dell'UE". Ne deriva che, dato il primato del diritto europeo, tale clausola, se interpretata come applicabile a livello *intra-UE*, risulterebbe incompatibile con il diritto primario europeo e quindi sarebbe inapplicabile.

La Commissione europea ha esteso analogicamente alla clausola di cui all'art. 26 ECT la soluzione offerta dalla sentenza Achmea per i meccanismi arbitrali previsti dai BIT *intra-UE*. A tale conclusione, non osterebbe la sottoscrizione dell'ECT da parte della stessa Unione europea: per la Commissione europea, "la partecipazione dell'UE a tale trattato ha soltanto creato diritti e obblighi tra l'UE e i paesi terzi e non ha influito sui rapporti tra gli Stati membri dell'UE".

In sintesi, ai fini di assicurare l'autonomia del diritto europeo e di proteggere l'effettività della tutela dei diritti degli investitori comunitari, è impossibile invocare i BIT *intra-UE*, che contrastano con il diritto unionale e risultano "non più necessari nel mercato unico". Gli investitori, pertanto, agiscono nell'ambito di applicazione del diritto europeo che ne garantisce una tutela piena ed effettiva, divenendo precluso ad essi ricorrere ai collegi arbitrali istituiti dai BIT *intra-UE* o, per le controversie *intra-UE*, ai collegi arbitrali istituiti dall'ECT.

La sentenza Achmea e la Comunicazione della Commissione europea hanno condotto i rappresentanti permanenti dei governi degli Stati membri dell'Unione europea a rilasciare una Dichiarazione, volta a far emergere il comune intento di salvaguardare la priorità del diritto europeo dinanzi al rischio di erosioni addebitabili a sistemi alternativi di risoluzione delle controversie. La Dichiarazione ha rimarcato l'incompatibilità dei sistemi arbitrali previsti dai BIT *intra-UE* con il diritto europeo (facendo risalire l'incompetenza di ogni tribunale arbitrale adito alla mancanza di un'offerta valida di arbitrato da parte dello Stato membro contraente il BIT sottostante). Subito è stato posto in chiaro che l'adesione dell'Unione europea all'ECT ha comportato che lo stesso ECT faccia parte del diritto europeo e che, pertanto, debba essere compatibile con i trattati istitutivi. Al fine di assicurare ciò, occorre superare l'interpretazione

offerta dai tribunali arbitrali, secondo cui l'ECT contiene una clausola compromissoria arbitrale tra investitori e Stato applicabile tra gli Stati membri: “tale interpretazione renderebbe la clausola compromissoria incompatibile con i trattati istitutivi e quindi dovrebbe essere disapplicata”.

La Dichiarazione si prefigge di dare un concreto seguito a quanto espresso dalla sentenza Achmea: gli Stati membri convenuti in forza di un BIT chiederanno agli organi giurisdizionali incaricati, compresi quelli di qualsiasi paese terzo, di non accettare la validità o di non eseguire alcun lodo a causa della mancanza di un valido consenso; gli Stati membri, inoltre, informeranno la comunità degli investitori che non dovrà essere avviato alcun nuovo procedimento di arbitrato sugli investimenti *intra*-UE.

In maniera risoluta è stato affermato, infine, che gli Stati membri risolveranno, entro il 6 dicembre 2019, tutti i BIT conclusi tra di essi, mediante la sottoscrizione di un trattato multilaterale o bilaterale³². Rimane invece, incerto il destino dell'ECT, stante un generico richiamo ad un impegno a discutere - seppur “senza indebito ritardo” - circa la necessità di adottare “ulteriori misure per rendere legalmente vincolanti tutte le conseguenze giuridiche della «sentenza Achmea», in relazione all'applicazione all'interno dell'UE del trattato sulla Carta dell'energia”³³.

4. L'impatto della pronuncia Achmea sui procedimenti arbitrali attivati secondo la disciplina del Trattato sulla Carta dell'energia.

La pronuncia Achmea, resa dalla Corte di giustizia, e gli sviluppi maturati in seno alla Commissione europea e agli Stati membri possono essere concretamente apprezzati anche attraverso tre recenti lodi arbitrali riguardanti investimenti internazionali nel campo energetico.

Il lodo ICSID Masdar Solar v. Kingdom of Spain, concluso con la condanna della Spagna, originava da un ricorso presentato da un investitore olandese nei confronti della Spagna per

³² La Dichiarazione precisa che “Accordi e lodi arbitrali, in quei casi di arbitrato *intra*-UE sugli investimenti che non possano più essere annullati o accantonati e siano stati volontariamente rispettati o fatti valere in via definitiva prima della «sentenza Achmea», non dovranno essere impugnati. Gli Stati membri discuteranno, nel contesto del trattato multilaterale o nel contesto di accordi di cessazione bilaterali, di modalità pratiche di attuazione, conformi al diritto dell'Unione, da adottare per tali lodi arbitrali e accordi. Ciò non pregiudica l'incompetenza dei tribunali arbitrali nei casi in corso all'interno dell'UE” (punto 7).

³³ PANTALEO, *La mancata esecuzione del lodo arbitrale nel caso Achmea: quale futuro per le controversie in materia di investimento intra-UE?*, cit., p. 712.

l'abolizione di alcune misure incentivanti nel settore dell'energia solare, tale da ledere il legittimo affidamento nella stabilità del quadro regolatorio (art. 10, par. 1, ECT).

Nell'ambito del giudizio, lo Stato spagnolo ha formulato istanza di riapertura del procedimento, richiamando gli effetti della sentenza Achmea e sollevando un difetto di giurisdizione del Tribunale arbitrale³⁴. Il Tribunale arbitrale, però, ha rigettato l'eccezione, reputando che la sentenza Achmea non abbia avuto ad oggetto i meccanismi arbitrali previsti da trattati multilaterali, come l'ECT, limitandosi, di contro, a valutare solo la compatibilità della giurisdizione arbitrale attivata in forza di un BIT *intra*-UE con il diritto europeo. Pertanto, il sistema di giustizia arbitrale previsto nell'ECT, rimane salvo anche in caso di controversia tra Stati membri³⁵.

In un ulteriore procedimento arbitrale ICSID, Vattenfall v. Republic of Germany, è stato esaminato il rapporto tra la decisione Achmea e l'ECT³⁶. La Germania, convenuta in giudizio dagli investitori svedesi operanti nell'ambito dell'energia nucleare per la decisione di sospendere l'operatività delle centrali nucleari, aveva deciso di far valere una serie di obiezioni fondate sulla sentenza Achmea: *in primis*, è stato sostenuto che la sentenza Achmea debba applicarsi *erga omnes* e con effetti *ex tunc* sia rispetto ai BIT *intra*-UE che rispetto all'ECT. Inoltre, la Germania ha precisato che un eventuale risarcimento fissato dal lodo sarebbe stato contrario al diritto UE e pertanto non esigibile.

Il Tribunale, rigettando le istanze della parte convenuta, ha posto in risalto la specialità dell'ECT, che rimane l'unica fonte di legittimazione della giurisdizione arbitrale, e la necessità di assicurare, attraverso l'applicazione dei principi del diritto internazionale³⁷, un'interpretazione effettiva ed uniforme delle regole ivi contenute, non potendosi distinguere tra controversie *intra*-UE o *extra*-UE³⁸. In seguito, considerando quanto disposto con la sentenza Achmea, il Tribunale ha sottolineato come il principio di diritto espresso dalla Corte

³⁴ CSID Case No. ARB/14/1, 16 maggio 2018, Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, cit., par. 669 ss.

³⁵ CSID Case No. ARB/14/1, 16 maggio 2018, Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, cit., parr. 681-691, ove si richiama l'opinione espressa dall'Avvocato generale Wathelet, 19 settembre 2017, "in tal senso, le disposizioni sostanziali per la tutela dell'investimento previste da tale trattato nonché il meccanismo di ISDS operano anche tra gli Stati membri. Osservo che se nessuna istituzione dell'Unione o nessuno Stato membro ha chiesto un parere alla Corte sulla compatibilità di tale trattato con i trattati UE e FUE, è perché nessuno aveva il benché minimo sospetto di una presunta incompatibilità".

³⁶ ICSID Case No. ARB/12/12, 31 agosto 2018, Vattenfall v. Federal Republic of Germany, cit.

³⁷ ICSID Case No. ARB/12/12, 31 agosto 2018, Vattenfall v. Federal Republic of Germany, cit., par. 150. Il Tribunale ha precisato che "EU law, to the extent of the TEU and the TFEU, including their interpretation by the ECJ, constitutes a part of international law, within the terms of Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice".

³⁸ ICSID Case No. ARB/12/12, 31 agosto 2018, Vattenfall v. Federal Republic of Germany, cit., spec. parr. 108-129.

di giustizia europea abbia riguardato solamente il rapporto tra la clausola arbitrale di un BIT *intra*-UE e gli artt. 267 e 344 TFUE. Pertanto, in difetto di uno specifico richiamo all'ECT, il Tribunale ha rilevato come non sia possibile estendere gli effetti della sentenza *Achmea* al caso in questione, tenendo presente che l'ECT costituisce un accordo multilaterale non paragonabile a un BIT *intra*-Ue³⁹.

Ancora, una recente pronuncia resa dal Tribunale ICSID il 7 maggio 2019, *Eskosol v. Italian Republic*, ha chiarito i rapporti tra arbitrati internazionali attivati in forza delle previsioni dell'ECT e diritto europeo⁴⁰. L'Italia, convenuta in giudizio, aveva chiesto la cessazione del procedimento arbitrale a seguito della Dichiarazione dei rappresentanti degli Stati membri del 15 gennaio 2019.

Il Tribunale ha subito messo in chiaro che la fonte della giurisdizione arbitrale è rappresentata dal diritto internazionale e non dal diritto europeo; il diritto europeo è parte del diritto internazionale, ma non assurge a esclusiva base normativa attraverso cui interpretare e applicare l'ECT. Circa l'estensione degli effetti della sentenza *Achmea* al caso in questione, il Tribunale ha precisato che nella sentenza della Corte di giustizia è mancato un qualsiasi riferimento all'ECT e, pertanto, la pronuncia dei giudici europei è limitata ai soli BIT *intra*-UE. A sostegno della tesi esposta, il Tribunale ha sostenuto che la sentenza *Achmea* non può invalidare una decisione arbitrale né precludere l'esercizio della giurisdizione arbitrale, poiché essa non è vincolante per un tribunale chiamato a operare solo in un contesto giuridico internazionale in forza delle previsioni dell'ECT e della Convenzione ICSID.

Inoltre, in ossequio al principio di certezza del diritto, gli investitori hanno legittimamente adito il tribunale arbitrale, così come stabilito dall'ECT che, in difetto di recesso o di modifiche, continua ad impegnare gli Stati che lo hanno sottoscritto. Sulla scorta di tali considerazioni, il Tribunale ha rilevato che, pur volendo considerare la Dichiarazione dei rappresentanti degli Stati membri quale un'interpretazione congiunta e vincolante dell'art. 26, par. 6, ECT, rimane inaccettabile assegnare portata retroattiva alla Dichiarazione e, così, richiedere la conclusione di un arbitrato pendente e avviato in buona fede dall'investitore. Diversamente, ne discenderebbe una violazione del principio di certezza del diritto. Il Tribunale ha, inoltre, precisato come la Dichiarazione del gennaio 2019 si sia tradotta in un impegno a discutere i

³⁹ ICSID Case No. ARB/12/12, 31 agosto 2018, *Vattenfall v. Federal Republic of Germany*, cit., par. 164. Per il Tribunale “legal certainty requires that any relevant rule of international law that is taken into account during interpretation be clear. It is not for this Tribunal to extrapolate from the ECJ Judgment and declare a new rule of international law which is not clearly stated therein, or to decide which other scenarios would pose the same EU law concerns as those that the ECJ found in relation to the Dutch-Slovak BIT”.

⁴⁰ ICSID Case No. ARB/15/50, 7 maggio 2019, *Eskosol v. Italian Republic*, cit.

rapporti tra diritto europeo ed ETC da parte degli Stati membri dell'Unione europea, non producendo, al momento, alcun effetto sulla validità dell'ECT⁴¹.

Il Tribunale, in conclusione, ha preso parola sul rischio che un eventuale lodo di condanna non possa trovare esecuzione, poiché ritenuto in contrasto con le regole previste dai Trattati europei e, specialmente con la disciplina in materia di aiuti di Stato⁴². Sebbene non siano stati negati i timori di ulteriori controversie discendenti dall'esecuzione del lodo, il Tribunale ha dichiarato di non poter accettare limitazioni nell'esercizio delle proprie funzioni - al punto da emettere c.d. *unenforceable awards* -, poiché la giurisdizione arbitrale è unicamente determinata dalla Convenzione ICSID e dall'ECT.

⁴¹ ICSID Case No. ARB/15/50, 7 maggio 2019, Eskosol v. Italian Republic, cit., par. 227.

⁴² ICSID Case No. ARB/15/50, 7 maggio 2019, Eskosol v. Italian Republic, cit., par. 228 ss.