

Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Tutela degli investitori e risoluzione delle controversie investitore-Stato negli accordi commerciali e di investimento dell'UE con i paesi terzi»

(2015/C 332/06)

Relatore: BOYLE

Il Comitato economico e sociale europeo, in data 10 luglio 2014, ha deciso, conformemente al disposto dell'articolo 29, paragrafo 2, del Regolamento interno, di elaborare un parere d'iniziativa sul tema:

«*Tutela degli investitori e risoluzione delle controversie investitore-Stato negli accordi commerciali e di investimento dell'UE con i paesi terzi*».

La sezione specializzata Relazioni esterne, incaricata di preparare i lavori del Comitato in materia, ha formulato il proprio parere in data 28 aprile 2015.

Nella sua 508^a sessione plenaria, dei giorni 27 e 28 maggio 2015 (seduta del 27 maggio), il Comitato economico e sociale europeo ha adottato il seguente parere con 199 voti favorevoli, 55 voti contrari e 30 astensioni.

Glossario delle abbreviazioni usate nel presente parere

All — Accordo internazionale di investimento

ALS — Accordo di libero scambio

CDF — Carta dei diritti fondamentali

CE — Commissione europea

CEDU — Convenzione europea dei diritti dell'uomo

CETA — *Comprehensive Economic Trade Agreement* (Accordo economico e commerciale globale) (Canada)

CGUE — Corte di giustizia dell'Unione europea

ICSID — *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti)

IED — Investitore estero diretto

INTA — Commissione del PE per il commercio internazionale

ISDS — *Investor State Dispute Settlement* (Risoluzione delle controversie tra investitore e Stato)

LSE — *London School of Economics*

NAFTA — *North American Free Trade Area* (Area di libero scambio nordamericana)

OCSE — Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OSC — Organizzazione della società civile

PE — Parlamento europeo

PI — Protezione degli investitori

PMI — Piccole e medie imprese

SC — Società civile

SM — Stati membri dell'UE

TBC — *Transatlantic Business Council*

TBI — trattato bilaterale di investimento

TCE — trattato sulla Carta dell'energia

TFUE — trattato sul funzionamento dell'Unione europea

TTIP — *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (Partenariato transatlantico su commercio e investimenti)

TUE — trattato sull'Unione europea

UE — Unione europea

UNCITRAL — Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale

UNCTAD — Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo

WTO-DSP — Procedura di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio

1. Conclusioni e raccomandazioni

Conclusioni

1.1. Gli investimenti esteri diretti recano un contributo importante alla crescita economica, e gli investitori esteri devono essere protetti contro l'espropriazione diretta, non devono subire discriminazioni e godere di diritti equivalenti a quelli degli investitori interni.

1.2. Il diritto di uno Stato di legiferare nell'interesse pubblico riveste un'importanza capitale e non deve essere compromesso dalle disposizioni di alcun AII. È quindi indispensabile che tale diritto sia sancito in modo inequivocabile da una clausola «orizzontale».

1.3. Il sistema ISDS non deve elevare lo status del capitale transnazionale a quello di uno Stato sovrano o autorizzare gli investitori esteri a contestare il diritto degli Stati di disciplinare e decidere i propri affari interni.

1.4. Nel corso del tempo, il ricorso al sistema ISDS ha dato luogo a una serie di abusi, ai quali adesso occorre porre rimedio. Il sistema è infatti viziato, nel suo funzionamento, da difetti quali la scarsa trasparenza, la mancanza di regole chiare in materia arbitrale, l'assenza di diritto d'appello e la discriminazione nei confronti degli investitori nazionali che non possono ricorrervi, cui si aggiunge il timore che esso tuteli investimenti puramente speculativi, che tra l'altro non creano occupazione, e la preoccupazione di uno sfruttamento del sistema da parte di studi legali specializzati. Adesso l'obiettivo è quello di proporre una procedura ISDS alternativa, che contemperi le legittime esigenze degli investitori con le preoccupazioni espresse, a causa di tale percezione negativa del sistema ISDS, da altre componenti della società civile.

Dalla consultazione sull'ISDS effettuata dalla CE è emersa con evidenza una marcata divisione tra i punti di vista espressi dalla comunità imprenditoriale in generale e quelli espressi nella grande maggioranza delle risposte fornite dal resto della SC.

1.5. Il potere attribuito a un panel di tre professionisti del diritto che operano nel settore privato di giudicare ed emettere decisioni vincolanti, in ambiti di fondamentale interesse pubblico, suscita preoccupazione. Malgrado l'UNCITRAL abbia di recente adottato nuove regole di trasparenza, sussistono preoccupazione dovute al fatto che il sistema attuale manca di trasparenza e non prevede alcun diritto di appello.

1.6. Si è ormai ben lontani dall'idea originaria alla base del sistema ISDS, il quale è ormai diventato una fonte di enormi profitti per un piccolo numero di studi legali specializzati in diritto degli investimenti che dominano il settore.

1.7. Il sistema ISDS viene ormai promosso, da taluni studi legali specializzati, come un importante strumento preventivo di attenuazione del rischio per chi si accinge a effettuare un investimento. In alcuni casi di primo piano, è diventato uno strumento di pressione, per cui la stessa minaccia di un contenzioso dà luogo a un «gelo normativo» che inibisce i legislatori che perseguono politiche legittime di interesse pubblico. Preoccupa, inoltre, che esso abbia attirato investimenti speculativi da parte di fondi di copertura (*hedge funds*) e altri soggetti.

1.8. Una serie di interpretazioni ampie del concetto di espropriazione hanno fatto crescere il timore che i contribuenti si trovino a dover sopportare il costo dell'indennizzo pagato dallo Stato per avere attuato politiche di interesse pubblico che si suppone limitino i profitti.

1.9. Quello contenuto nell'accordo UE-Canada (CETA) firmato alla fine del 2014 e quello separato aggiunto all'ALS UE-Singapore sono i primi capitoli sugli investimenti mai negoziati dall'UE nell'ambito di un accordo da quando, nel 2009, il trattato di Lisbona le ha attribuito competenze in materia di investimenti. Sebbene tali capitoli siano volti ad apportare miglioramenti rispetto al sistema ISDS attuale e a introdurre quello che secondo le dichiarazioni della CE è un nuovo modello di sistema ISDS dell'UE «di avanguardia», essi sono ben lungi dall'essere sufficienti a dissipare i timori dell'opinione pubblica. I modelli contenuti nell'accordo con Singapore e nel CETA non sono identici e secondo molti il sistema ISDS rimane una procedura non equilibrata ed estremamente costosa che limita la democrazia, non prevede diritto d'appello e mette a repentaglio il diritto di uno Stato di regolamentare, conferendo agli investitori esteri diritti che vanno ben oltre quelli sanciti dalle costituzioni nazionali e superano quelli attribuiti agli investitori interni. Il CESE rileva con preoccupazione che le disposizioni sul sistema ISDS contenute nel testo del CETA costituiscono attualmente la base negoziale per l'ALS UE-Giappone.

1.10. Il fatto che le stesse persone possano essere, di volta in volta, arbitri nel sistema ISDS e legali delle imprese configura chiaramente un conflitto di interessi, che tuttavia il CETA omette di affrontare, e ciò conferma l'opinione secondo cui il sistema ISDS non è un metodo equo, imparziale o equilibrato per risolvere le controversie in materia di investimenti.

1.11. Il CESE si compiace per il processo di consultazione pubblica sull'ISDS realizzato nell'ambito del TTIP. A differenza di quanto avvenuto per il CETA, esso ha reso i negoziati TTIP più trasparenti e stabilisce un precedente importante che il Comitato ritiene fermamente debba essere seguito d'ora in poi in tutti i futuri negoziati commerciali. In risposta alla consultazione, la CE ha individuato quattro settori specifici su cui portare avanti una riflessione più approfondita e il CESE pur non considerando che questo costituisca un elenco completo, ha fornito contributi dettagliati su queste questioni specifiche nelle sezioni 7 e 10 del presente parere.

1.12. Il CESE, inoltre, si rallegra che la CE si prefigga l'obiettivo di eliminare le «liti temerarie» da qualsiasi futuro meccanismo di protezione degli investitori. È importante che le parti di un accordo AII siano tutelate da un filtro politico generale che consenta loro di impedire consensualmente per ragioni fondate che una pretesa dia luogo a un arbitrato.

1.13. Gli investitori dovrebbero essere incoraggiati a considerare il meccanismo di risoluzione delle controversie previsto nei Trattati come una *extrema ratio* e a ricorrere a metodi alternativi quali la conciliazione e la mediazione. Assicurazioni private e clausole contrattuali di tutela offrono agli investitori esteri una protezione adeguata che consente loro di ridurre al minimo i rischi.

1.14. Le esigenze di tutela degli IED variano da un paese all'altro. Nei paesi con un sistema giuridico maturo, che funziona in modo democratico e sfugge alla corruzione, le controversie in materia di investimenti dovrebbero essere risolte con gli strumenti della mediazione, del ricorso all'autorità giudiziaria nazionale e della risoluzione Stato-Stato. Questi requisiti sono soddisfatti nell'UE, negli Stati Uniti e in Canada, e il fatto stesso che il flusso degli investimenti transatlantici si attesti oggi su livelli così elevati dimostra che l'assenza di un sistema ISDS non pregiudica affatto gli investimenti. Pertanto il CESE reputa non necessario introdurre una clausola ISDS nel TTIP o nel CETA ed è contrario alla sua inclusione.

1.15. Il sistema ISDS rischia di far deragliare sia il TTIP che il CETA. La CE deve valutare se continuare a perseguire questo obiettivo, politicamente sensibile quanto impopolare presso l'opinione pubblica, sia un modo assennato e corretto di procedere.

1.16. Dai paesi in via di sviluppo giunge un messaggio chiaro, secondo cui quello dell'ISDS è un meccanismo inaccettabile, destinato a scontrarsi con la forte opposizione di un numero sempre maggiore di attori globali. Se non si trova un sistema alternativo, diventerà più difficile introdurre disposizioni a tutela degli investitori negli accordi da stipulare con i paesi in cui essa è maggiormente necessaria.

1.17. Vi sono forti preoccupazioni quanto ai rapporti tra le decisioni adottate in base al sistema ISDS e l'ordinamento giuridico dell'UE (in particolare i Trattati europei e le Costituzioni nazionali). I collegi arbitrali privati hanno la capacità di emettere decisioni che non sono conformi al diritto dell'UE o violano la CDF. È per questo motivo che il CESE reputa assolutamente necessaria una verifica da parte della CGUE, in base a un procedimento formale di richiesta di parere, della compatibilità del sistema ISDS con il diritto dell'UE, prima che le istituzioni competenti giungano a una decisione e prima dell'entrata in vigore provvisoria di qualsiasi AII negoziato dalla CE.

Raccomandazioni

1.18. Se, per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti, si vuole adottare una soluzione globale, questa non può basarsi su un modesto rilancio dell'attuale sistema ISDS, che gode di scarsissimo favore presso l'opinione pubblica.

1.19. Il fatto che tutti i paesi del G7 siano impegnati in negoziati, giunti ormai ad una fase avanzata, su accordi globali in materia di commercio e investimenti offre un'opportunità unica di adottare un sistema credibile che coniughi i legittimi interessi degli investitori con i diritti dello Stato.

1.20. Se la prospettiva dev'essere quella di un'autorità unitaria, allora questa non deve essere composta da professionisti del diritto che operano nel settore privato e deve essere più accessibile alle PMI e deve incorporare un'istanza di appello.

1.21. Il CESE sollecita con forza la CE a valutare le proposte di riforma del sistema ISDS avanzate dall'Unctad, e conclude che l'istituzione di una Corte internazionale degli investimenti costituirebbe la soluzione migliore per garantire un sistema democratico, giusto, trasparente ed equo.

2. Introduzione

2.1. Con l'adozione a schiacciante maggioranza del parere sul dossier REX/390⁽¹⁾, il CESE ha deciso di elaborare un parere d'iniziativa sull'ISDS. Benché tale raccomandazione riguardasse specificamente il TTIP, si è poi convenuto di estenderne l'ambito di applicazione alla PI e all'ISDS negli accordi commerciali e di investimento dell'UE con i paesi terzi.

2.2. Benché il presente parere esamini le più ampie implicazioni del sistema ISDS, è inevitabile che molto del materiale utilizzato e dei riferimenti fatti si riferisca specificamente al TTIP. Fin dall'inizio dei negoziati su tale trattato, l'ISDS è stato un tema dominante per le parti interessate europee e statunitensi.

2.3. La CE ha tenuto una consultazione pubblica online durata oltre 15 settimane (dal marzo al luglio del 2014) in merito al sistema ISDS da inserire nel TTIP. Prima di elaborare il suo parere, quindi, il CESE ha ritenuto opportuno attendere la pubblicazione dei risultati di tale consultazione e tenere poi un'audizione pubblica. I risultati della consultazione sono stati pubblicati alla metà di gennaio del 2015 e l'audizione si è svolta il successivo 3 febbraio; gli uni e l'altra sono stati estremamente utili ai fini dell'elaborazione di questo parere.

3. Contesto

3.1. Il sistema

3.1.1. Il sistema ISDS è uno strumento di diritto internazionale pubblico che conferisce all'investitore il diritto di avviare un procedimento specifico per risolvere le controversie che lo oppongono a uno Stato estero, nei termini stabiliti in un AII. I trattati mirano a far sorgere, a carico delle parti, alcuni obblighi fondamentali in materia di investimenti esteri, garantendo che i governi rispettino principi fondamentali quali:

- l'obbligo di non discriminare in base alla nazionalità e di assicurare un trattamento giusto ed equo,
- il divieto di esproprio, diretto o indiretto, senza un tempestivo e adeguato indennizzo che tuteli il soggetto espropriato,
- la garanzia della possibilità di trasferire capitali.

3.1.2. Qualora ritengano che uno Stato abbia violato uno di questi obblighi, gli investitori esteri rientranti nell'ambito di applicazione dell'AII possono ricorrere a un arbitrato internazionale mediante il meccanismo di ISDS. I ricorrenti hanno l'onere di provare che le misure in questione hanno procurato loro un danno significativo. Se il ricorso è accolto, il paese ospitante deve pagare un indennizzo per i danni cagionati. A differenza che nel DSP dell'OMC, qui, se la controversia vede soccombere lo Stato, questo non è tenuto a modificare la sua legislazione.

3.1.3. Il sistema ISDS si fonda, in larga misura, sull'argomento che esso offre uno spazio neutro, depoliticizzato, per risolvere le controversie tra investitori esteri e Stati ospitanti. Esso consente alle imprese di proporre ricorso contro gli Stati davanti a collegi arbitrali internazionali. Questa via di ricorso, tuttavia, è percorribile solo dalle società estere o transnazionali che operano attraverso un'affiliata transfrontaliera. Le comunità, i cittadini, gli imprenditori nazionali e i governi coinvolti non possono avvalersi dello stesso meccanismo.

3.1.4. Gli arbitri non sono autorità pubbliche, magistrati di ruolo come i giudici nazionali. I collegi giudicanti sono composti principalmente da tre professionisti del diritto privati, che si riuniscono a porte chiuse e sono nominati ogni volta per una singola controversia. La loro decisione è definitiva e non soggetta ad alcun appello formale.

⁽¹⁾ Parere sul tema «Le relazioni commerciali transatlantiche e il punto di vista del CESE su una cooperazione rafforzata e un eventuale accordo di libero scambio tra l'UE e gli USA» (GU C 424, del 26.11.2014, pag. 9).

3.1.5. Se entrambe le parti in causa lo desiderano, i procedimenti di ISDS possono essere mantenuti completamente riservati, anche se la controversia riguarda questioni di interesse pubblico. Sebbene il modello statunitense di TBI favorisca una maggiore trasparenza, in molti accordi esistenti la riservatezza è ancora prevista. Le regole dell'UNCITRAL in materia di trasparenza migliorerebbero sostanzialmente la situazione se saranno universalmente applicate.

3.2. *Fatti e cifre*

3.2.1. Il 93 % dei TBI contiene una clausola ISDS⁽²⁾. Ma clausole analoghe figurano anche in determinati accordi internazionali commerciali (come il NAFTA) e di investimento (come il TCE). Nel 2014 il TCE, superando il NAFTA, è diventato l'accordo invocato più di frequente⁽³⁾.

3.2.2. Dagli anni cinquanta ad oggi, gli SM hanno concluso oltre 1 400 TBI, pari a circa la metà del totale mondiale⁽⁴⁾. Tutti questi accordi contengono disposizioni molto simili in materia di PI e ISDS. Nel mondo, gli investitori europei risultano essere i maggiori utenti del sistema ISDS (50 % di tutte le controversie).

3.2.3. Attualmente l'UE sta negoziando il TTIP con gli Stati Uniti e un ALS globale con il Giappone, e ha da poco concluso i negoziati con il Canada. Questi negoziati hanno, più di ogni altra questione, suscitato un enorme dibattito pubblico sulla necessità di introdurre un meccanismo di ISDS nel rispettivo capitolo riguardante gli investimenti.

3.2.4. Solo nove SM dell'UE hanno concluso TBI con gli Stati Uniti (Bulgaria, Croazia, Repubblica ceca, Estonia, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania e Slovacchia), sette SM ne hanno conclusi con il Canada e nessuno con il Giappone. Tutti questi accordi risalgono a una data anteriore all'adesione all'UE.

3.2.5. Lo stock di investimenti esteri diretti detenuto da investitori statunitensi in questi nove SM è pari all'1 % del totale degli investimenti esteri diretti degli Stati Uniti nell'UE. Riguardo poi agli investimenti esteri diretti di questi SM negli Stati Uniti, tale percentuale è di appena lo 0,1 % dello stock totale di investimenti esteri diretti in quel paese⁽⁵⁾.

3.3. *Carico di lavoro*

3.3.1. Il numero delle controversie deferite al sistema ISDS è cresciuto enormemente tra il 2002 e il 2014 (58 nel 2013 e 42 nel 2014)⁽⁶⁾ e, alla fine del 2014, gli arbitrati in base a trattati hanno raggiunto il numero di 610. Tuttavia, dato che la maggior parte dei collegi arbitrali non tiene un registro pubblico delle dispute ad esso deferite, si stima che il numero totale di queste sia superiore.

3.3.2. Delle 356 controversie composte in questo modo di cui si è a conoscenza, il 25 % è stato risolto a favore dell'investitore e il 37 % a favore dello Stato. I dettagli del 28 % di tali controversie sono rimasti riservati.

3.4. *Tempi e costi*

3.4.1. Il costo medio di un arbitrato è di 4 milioni di dollari per parte, e l'82 % dell'importo è costituito dalle parcelle legali⁽⁷⁾. Alcuni procedimenti arbitrali durano diversi anni.

3.4.2. I costi elevati di questi procedimenti fanno sì che essi siano sempre più spesso finanziati da terzi. Riducendo il rischio finanziario per le imprese, ciò contribuisce a incrementare le liti temerarie, di cui gli Stati devono sostenere totalmente le spese legali. Il CESE è fortemente contrario alla pratica, segnalata in relazione a determinati procedimenti di ISDS, di investimenti speculativi effettuati da *hedge funds* in cambio di una quota dell'indennizzo ottenuto dalla parte vittoriosa⁽⁸⁾.

⁽²⁾ OCSE, *ISDS — A scoping paper for the investment policy community*, 2012.

⁽³⁾ Unctad, *Recent Trends in IIAs and ISDS*, n. 1 (febbraio 2015) http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

⁽⁴⁾ Nota illustrativa che accompagna la consultazione pubblica sull'ISDS nel TTIP.

⁽⁵⁾ Unctad — Nota informativa sull'ISDS negli Stati Uniti e nell'UE.

⁽⁶⁾ Cfr. nota 3.

⁽⁷⁾ E (SN/EP/6777), 10/12/2013.

⁽⁸⁾ Centro di ricerca del Parlamento europeo, *ISDS — State of play and prospects for reform* («Il sistema ISDS: situazione attuale e prospettive di riforma») http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/EPRS_BRI%282015%29545736_EN.pdf

4. Gli argomenti a favore del sistema ISDS

4.1. Con l'eccezione dell'Irlanda, tutti gli SM hanno sistemi ISDS nei rispettivi TBI. Vi sono anche 190 TBI intra-UE, a cui risale il 16 % di tutte le controversie deferite a un sistema ISDS di cui si abbia notizia nel mondo.

4.2. Il mandato a negoziare conferito nel 2012 alla CE dagli allora 27 SM include l'obiettivo di introdurre un sistema ISDS, e più precisamente *un meccanismo di risoluzione delle controversie efficace e all'avanguardia*.

4.3. La posizione della CE⁽⁹⁾ è che il sistema ISDS è:

- *uno strumento importante per proteggere gli investimenti e quindi per promuovere e assicurare la crescita economica nell'UE,*
- *un modo efficace di far rispettare gli obblighi che i nostri partner commerciali assumono nei confronti dei nostri investitori quando concludono trattati in materia di investimenti.*

4.4. Una tavola rotonda di imprenditori sul TTIP, organizzata dal gruppo Datori di lavoro del CESE, è giunta alla conclusione, espressa in una dichiarazione comune⁽¹⁰⁾, che *un accordo internazionale come il TTIP dovrebbe creare le giuste condizioni per attirare in futuro un alto livello di investimenti nel mercato transatlantico. Si tratta, in particolare, di accordare agli investitori di ambo le parti un accesso ampio e un trattamento non discriminatorio e di migliorare l'attuale quadro normativo in materia di PI, comprese le disposizioni sul sistema ISDS, rendendo questo sistema più accessibile alle PMI e garantendo il giusto equilibrio tra i diritti degli investitori e il diritto delle autorità statali e substatali di legiferare nell'interesse pubblico. La necessità di assicurarsi che le disposizioni sul sistema ISDS proposte per il TTIP non limitino in alcun modo la capacità degli Stati membri dell'UE di legiferare nell'interesse dei loro cittadini era emersa anche dalle conclusioni di una riunione congiunta delle categorie Agricoltori e Consumatori e ambiente svoltasi nel giugno 2014 e dedicata proprio ai negoziati transatlantici.*

4.5. La necessità di un sistema ISDS è fortemente sostenuta dagli ambienti imprenditoriali di entrambe le sponde dell'Atlantico, che ravvisano in tale meccanismo una salvaguardia fondamentale per gli investitori esteri sostenendo che:

- *è una componente essenziale della tutela degli investimenti, costituendo un meccanismo di risoluzione delle controversie neutrale e basato sui fatti, con regole atte a promuovere il rispetto delle norme e a evitare i ricorsi temerari,*
- *contribuisce a rafforzare il diritto degli Stati di legiferare e quello degli investitori di essere protetti dal diritto internazionale.*

4.6. Si sostiene inoltre che il sistema ISDS è uno strumento di ultima istanza utilizzato solo in casi estremi, quando tutte le altre opzioni non hanno dato alcun esito, e che circa il 90 % dei TBI non è mai stato invocato da un investitore per ricorrere a un procedimento di questo tipo. Benché lo stock globale di investimenti esteri diretti valga oltre 25 mila miliardi di dollari, dal 1987 ad oggi vi sono state soltanto circa 500 controversie. La decisione arbitrale prevede solo un indennizzo pecuniario. Gli arbitri non hanno la possibilità di modificare le misure normative o di altro tipo adottate dagli Stati⁽¹¹⁾.

4.7. La comunità imprenditoriale, inoltre, sostiene che un sistema ISDS ben funzionante e moderno è importante anche per le PMI, le quali hanno proposto il 22 % dei ricorsi presentati in tutto il mondo⁽¹²⁾.

4.8. Malgrado le richieste del mondo delle imprese di negoziare un accordo sugli investimenti di stampo liberista⁽¹³⁾, si riconosce la necessità di fare del sistema ISDS uno strumento più efficace, moderno, prevedibile e trasparente e di definire in modo più chiaro concetti importanti come «investitore/investimento», «giusto ed equo trattamento» ed «espropriazione indiretta»⁽¹⁴⁾.

⁽⁹⁾ Commissione europea, Scheda informativa sul sistema ISDS, paragrafo 2, del 3 ottobre 2013.

⁽¹⁰⁾ Tavola rotonda imprenditoriale del CESE, Dichiarazione comune sul TTIP, 16 dicembre 2014.

⁽¹¹⁾ BusinessEurope, *ISDS — Overview of BusinessEurope position* («Il sistema ISDS: sintesi della posizione di BusinessEurope»), febbraio 2015.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, nonché in Eurochambres, documento di sintesi *Views and priorities for the negotiations with the US for a TTIP* («Punti di vista e priorità per i negoziati sul TTIP con gli Stati Uniti»), 6 dicembre 2013.

⁽¹³⁾ Transatlantic Business Council, *Comments of the TBC regarding the proposed TTIP* («Osservazioni del TBC in merito alla proposta di TTIP»), 10 maggio 2013.

⁽¹⁴⁾ BusinessEurope, *TTIP — An Indispensable Tool to Protect Investors* («Il TTIP: uno strumento indispensabile per proteggere gli investitori»), 2 maggio 2014. BusinessEurope, *ISDS — Overview of BusinessEurope position* («Il sistema ISDS: sintesi della posizione di BusinessEurope»), febbraio 2015.

4.9. Dato l'altissimo profilo dei negoziati sul TTIP, il CETA e l'ALS UE-Giappone, si sostiene che l'eventuale mancato raggiungimento di un accordo sul sistema ISDS per questi trattati comprometterebbe gravemente le prospettive di negoziare una clausola ISDS in qualsiasi altro TBI, dato che ogni accordo avrà ripercussioni su quelli futuri.

5. Le preoccupazioni legate al sistema ISDS e l'opposizione ad esso

5.1. La posizione favorevole al sistema ISDS non trova riscontro in altri settori cruciali della SC. Tuttavia, vi è un ampio consenso sulla necessità di garantire agli investitori esteri tutela dall'espropriazione diretta, assenza di discriminazione e accesso alle stesse vie di ricorso offerte agli investitori interni.

5.2. Una forte opposizione, su entrambe le sponde dell'Atlantico, è stata espressa da sindacati, ONG, associazioni di consumatori e ambientaliste e organizzazioni della sanità pubblica.

5.3. La preoccupazione principale è che il sistema ISDS non sia adatto allo scopo e che finisca per conferire al capitale transnazionale uno status giuridico equivalente a quello di uno Stato sovrano. Il Comitato osserva tuttavia che, se due paesi intendono promuovere le reciproche relazioni economiche attraverso un AI, ciascuno prometterà all'altro che garantirà determinati livelli di trattamento agli investitori e agli investimenti provenienti dall'altro.

5.4. Se all'inizio il sistema ISDS aveva un ambito di applicazione limitato, essendo diretto ad aiutare gli IED a ottenere un indennizzo per l'espropriazione diretta dei loro beni da parte di governi di paesi in via di sviluppo privi di sistemi giudiziari efficaci, tale sistema è ormai divenuto un meccanismo che:

— sposta in maniera sostanziale l'equilibrio dei poteri tra investitori, Stati e altre parti interessate, e

— fa prevalere i diritti delle imprese sul diritto sovrano degli Stati di regolamentare e decidere sui propri affari interni.

5.5. Il concetto di espropriazione si è dilatato fino a includere *misure equivalenti all'esproprio, espropriazione indiretta ed espropriazione per via normativa* . La conseguenza è che sono stati ammessi ricorsi contro qualsiasi provvedimento statale suscettibile di ripercuotersi sui profitti attuali, futuri o anche solo ragionevolmente attesi, persino nei casi in cui la politica o misura contestata è di carattere generale e non si applica allo specifico investimento del ricorrente.

5.6. Decisioni sfavorevoli di giudici nazionali sono state impugnate in quanto «espropri»: è il caso della causa da 500 milioni di dollari intentata contro il Canada dal gigante farmaceutico statunitense Eli Lilly il quale sostiene che le decisioni della Corte federale canadese in merito a due farmaci brevettati violerebbero i suoi diritti di investitore. Si tratta del primo caso in cui un'impresa farmaceutica titolare di brevetti cerca di sfruttare gli straordinari privilegi accordati dagli accordi commerciali conclusi dagli Stati Uniti per ottenere una più ampia tutela del monopolio conferitole da tali brevetti ⁽¹⁵⁾.

5.7. Oggi studi legali specializzati in diritto societario forniscono consulenza, e traggono profitti, per cause che hanno ben poco a che fare con l'espropriazione di beni privati. Una manciata di studi legali che si occupano di diritto degli investimenti ha cavalcato il boom del contenzioso e finito per dominare il mercato.

5.8. È necessario che il TTIP contenga una clausola ISDS?

5.8.1. Riguardo al TTIP, è difficile sostenere che gli investitori abbiano motivo di preoccuparsi dei sistemi giuridici nazionali. Sia l'UE che gli Stati Uniti, infatti, hanno sistemi giuridici maturi e robusti, e non si capisce perché i diritti degli IED non possano essere tutelati adeguatamente inserendo una semplice clausola di protezione giuridica non discriminatoria e di parità di accesso ai giudici nazionali. Argomenti simili possono essere addotti a proposito del Canada e del Giappone. Se si dimostra difficile far riconoscere i diritti internazionali attraverso il negoziato, la mediazione o nei tribunali nazionali in queste democrazie altamente sviluppate, allora la questione andrebbe definita principalmente con una soluzione a livello degli Stati coinvolti.

⁽¹⁵⁾ <https://www.citizen.org/eli-lilly-investor-state-factsheet>

5.8.2. Secondo una relazione della LSE che analizza il modello statunitense di TBI del 2012, i settori specifici in cui tale modello di accordo si spinge al di là del diritto britannico sono di considerevole importanza, ragion per cui, anche alla luce dell'entità degli investimenti statunitensi nel Regno Unito, vi è il forte rischio che in futuro quest'ultimo incorra in costi politici risultanti dall'abbandono o dalla modifica di politiche preferite a causa delle obiezioni mosse da investitori statunitensi nel suo territorio.

5.8.3. Non è credibile l'argomento secondo cui la mancanza di un meccanismo di ISDS sarebbe un impedimento per gli investimenti esteri. Il volume di tali investimenti varia grandemente da un paese all'altro dell'UE. Alcuni degli SM che nei loro TBI con gli USA prevedono procedure di ISDS presentano il più basso flusso di investimenti esteri in entrata dagli Stati Uniti:

- lo stock degli IED tra Stati Uniti e UE ha, in entrambe le direzioni, un valore attuale di oltre 2,5 mila miliardi di dollari USA (1,5 mila miliardi di euro), il Belgio da solo ha un livello di IED statunitensi quattro volte superiore a quello della Cina,
- il Brasile, il paese latinoamericano che riceve maggiori IED, non ha concluso alcun accordo in materia di investimenti che contenga una clausola ISDS,
- il caso dell'Australia mostra che uno stesso Stato può benissimo non includere clausole di tutela degli investimenti nell'accordo commerciale con un paese (gli Stati Uniti) e includerle invece in quello con un altro paese (la Corea del Sud). Non vi è motivo per cui l'UE non possa seguire un cammino analogo.

5.8.4. È tutto da dimostrare che l'assenza di un meccanismo di ISDS nel TTIP renderebbe più difficile per l'UE includere una clausola ISDS nei futuri accordi, bilaterali e non, in materia di investimenti con paesi non appartenenti all'OCSE come la Cina, la quale ha già sviluppato una fitta rete di TBI (con oltre 130 paesi, compresi 26 SM) e certamente non desidera concludere un accordo meno di quanto non lo voglia l'UE. Bisognerebbe invece chiedersi se sarebbe nell'interesse dell'UE permettere alle imprese di Stato cinesi, che sono essenzialmente un braccio operativo del governo di Pechino, avvalersi del sistema ISDS per contestare politiche nazionali di SM. Ciò, infatti, consentirebbe a un paese estero di sfruttare una procedura concepita per scopi commerciali per ottenere risultati che dovrebbero essere raggiunti mediante il negoziato e la diplomazia.

5.8.5. In un documento analitico pubblicato nel marzo 2015 dal Centro per gli studi politici europei (CEPS), dal Centro per le relazioni transatlantiche (CTR) e dall'Università Johns Hopkins si conclude che «[...] è improbabile che l'inclusione nel TTIP di un capitolo sulla tutela degli investimenti, comprensivo di un sistema ISDS, generi benefici economici o politici significativi per l'UE. La nostra analisi, inoltre, suggerisce che l'inclusione di tali disposizioni comporterebbe costi economici e politici significativi per l'Unione europea. Pur tenendo conto dell'importanza di non sovrastimare i potenziali costi, la nostra valutazione globale è che, con ogni probabilità, per l'UE i costi sarebbero superiori a ogni potenziale beneficio. Di conseguenza, riteniamo che, qualora l'introduzione del sistema ISDS non fosse accompagnata da concessioni sostanziali da parte degli Stati Uniti, che compensino i costi derivanti da tale sistema, sarebbe prudente che l'UE prendesse in considerazione soluzioni alternative»⁽¹⁶⁾.

5.9. Il quadro politico attuale

5.9.1. Sud Africa, Bolivia, Ecuador, Venezuela e Indonesia hanno iniziato a cancellare, magari gradualmente, i TBI da loro stipulati. Risulta che anche l'India stia riesaminando i suoi trattati, mentre l'Australia, all'indomani del caso Philip Morris, ha annunciato che in nessuno degli accordi che concluderà in futuro accetterà che sia inserita una clausola ISDS.

5.9.2. La National Conference of Legislators, che rappresenta tutti i 50 parlamenti statali degli USA, ha annunciato⁽¹⁷⁾ che *non sosterrà alcun accordo commerciale che includa un meccanismo di ISDS perché questo interferisce con la potestà dei legislatori statali di adottare e far rispettare norme giuste e non discriminatorie a tutela della salute, della sicurezza e del benessere pubblici, della salute e sicurezza dei lavoratori e dell'ambiente.*

⁽¹⁶⁾ «Transatlantic Investment Treaty Protection», pubblicato simultaneamente sui siti web del CEPS (www.ceps.eu) e del CTR (<http://transatlantic.sais-jhu.edu>).

⁽¹⁷⁾ <http://www.citizen.org/documents/State-Legislators-letter-on-Investor-State-and-TPP.pdf>

5.9.3. L'opposizione al sistema ISDS sta crescendo anche in Europa, dove la Germania, l'Austria, la Grecia e la Francia mettono in discussione i diritti da accordare agli investitori nel TTIP.

5.9.4. Segnali di allarme sono stati lanciati nel PE da membri dell'influente INTA, che hanno chiesto che la clausola ISDS venga eliminata dal TTIP.

5.9.5. Il Comitato delle regioni avverte che il sistema di ISDS concordato tra UE e Stati Uniti, che aggira i giudici nazionali, comporta rischi significativi, e ritiene pertanto che se ne possa fare a meno⁽¹⁸⁾.

5.9.6. Queste posizioni rispecchiano quelle della moltitudine di OSC europee contrarie all'inclusione di clausole ISDS nel TTIP. Uno dei punti fondamentali è che l'investitore che si sia rivolto dapprima al sistema giudiziario del paese ospitante e ne abbia ottenuto un giudizio definitivo può ancora ricorrere a un arbitrato in materia di investimenti e il collegio arbitrale diventa così il giudice ultimo, in spregio alle regole della democrazia.

6. La consultazione pubblica della CE sulla tutela degli investitori e l'ISDS nel TTIP

6.1. Il CESE accoglie con favore la decisione della CE di lanciare una consultazione pubblica sull'ISDS nell'accordo TTIP. Escludendo quelle ripetute, le risposte ricevute sono state 143 053, a dimostrazione del grande interesse da parte del pubblico. Un documento di lavoro dei servizi della CE pubblicato nel gennaio 2015 presenta un'analisi approfondita del contenuto e della sostanza di questa risposta del pubblico⁽¹⁹⁾.

6.2. La consultazione si basava su un testo di riferimento a sua volta basato sul CETA. Purtroppo, però, la bozza di tale accordo e quella dell'accordo con Singapore non erano state oggetto di consultazione pubblica. Ma, in ogni caso, il fatto che il CETA, i cui negoziati si erano già conclusi, sia stato usato come base per la consultazione pubblica, *a cose fatte*, ha fatto temere che tale consultazione fosse poco più che la ratifica di un *fatto compiuto*, intesa ad avallare la nuova generazione di accordi in materia d'investimenti proposta dall'UE. E il fatto che il documento di riferimento per la consultazione si concentrasse sulle modalità e non contenesse alcun quesito specifico sui principi dell'ISDS inclusi nel TTIP ha ulteriormente rafforzato questo timore. Comunque, lo scopo della consultazione era quello di consultare le parti interessate sulle modalità per migliorare il sistema ISDS nell'ambito del TTIP.

6.3. Anche se la consultazione ha aggiunto ben poco rispetto alla massa di informazioni già disponibili grazie all'intenso dibattito pubblico online sull'ISDS, essa ha rappresentato comunque un'iniziativa estremamente utile per mettere insieme le diverse linee argomentative e offrire alla società civile un'opportunità di dare il suo diretto contributo.

6.4. C'è da rammaricarsi del fatto che alcuni sostenitori del sistema ISDS abbiano dichiarato privo di valore il 97 % delle risposte, inviato collettivamente attraverso diverse piattaforme online, quando invece la presentazione di risposte collettive è una parte legittima della consultazione pubblica. Il CESE si rallegra quindi per l'assicurazione della CE che «tutte le risposte sono state prese in considerazione su un piano di parità».

6.5. Il CESE prende atto che meno dell'1 % dei rispondenti ha dichiarato di investire negli Stati Uniti, ma non ritiene che ciò costituisca un motivo di preoccupazione. Su questioni come la democrazia e il diritto sovrano degli Stati di decidere sui loro affari interni, il contributo e il parere di un'ampia base della SC sono componenti essenziali e vitali.

6.6. La CE ha individuato quattro ambiti in cui si dovrebbe esplorare la possibilità di apportare ulteriori miglioramenti:

- la tutela del diritto di regolamentare,
- la costituzione e il funzionamento dei collegi arbitrali,
- il rapporto tra i sistemi giudiziari statali e il sistema ISDS, e
- il riesame delle decisioni basate sul sistema ISDS mediante un meccanismo di appello.

⁽¹⁸⁾ Parere del CdR sul TTIP (ECOS-V-063), febbraio 2015.

⁽¹⁹⁾ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf

Questi ambiti sono sviluppati nel documento di riflessione *Investment in TTIP and beyond — the path for reform*, presentato il 6 maggio 2015 dalla commissaria europea Malmström al Parlamento europeo ed al Consiglio.

6.7. Il CESE ha appreso con sorpresa che, in occasione del Dialogo della società civile del 18 maggio 2015, si sia avuta conferma che il modello di PI attualmente in uso nei negoziati per l'ALS UE-Giappone è quello già concordato nell'ambito del CETA. Dato che la suddetta commissaria europea, nel documento di riflessione sopracitato, ha individuato nel testo del CETA numerosi ambiti in cui apportare miglioramenti, il CESE è preoccupato dal fatto che i negoziati con un partner globale importante come il Giappone continuino a basarsi su questo testo.

7. Il diritto di regolamentare

7.1. Il CESE è preoccupato del fatto che le risposte alla consultazione pubblica inviate dall'European Service Forum chiedano che le eccezioni e limitazioni siano ridotte al minimo e che la CE *adoperi il mandato negoziale conferitole dal trattato di Lisbona per migliorare e rafforzare, anziché annacquare*, il sistema ISDS. Tra le rivendicazioni da loro avanzate, figurano *clausole di «trattamento della nazione più favorita» e «trattamento nazionale» senza alcuna deroga, clausole di «trattamento giusto ed equo» senza deroghe, un'ampia clausola di protezione, nessuna eccezione per determinati settori, nessun meccanismo di filtro, piena compensazione per le espropriazioni dirette e indirette* ⁽²⁰⁾.

7.2. Il sistema ISDS è usato sempre più spesso per aggirare i sistemi giudiziari nazionali e convenire invece gli Stati di fronte a collegi arbitrali internazionali, esigendo un indennizzo statale (quindi pagato dai contribuenti) per politiche di interesse pubblico che avrebbero l'effetto di limitare i profitti. Una prassi, questa, particolarmente diffusa nei campi della tutela della salute e dell'ambiente.

7.3. Di recente, alcuni casi eclatanti hanno avuto l'effetto di far crescere l'opposizione al sistema ISDS:

- il ricorso della Philip Morris contro l'Australia, in cui si sostiene che il *packaging* imposto per le sigarette riduce il valore dell'investimento dell'impresa in marchi commerciali e altre proprietà intellettuali,
- il ricorso, basato sul TCE, con cui la Vattenfall chiede alla Germania oltre 3,7 miliardi di dollari USA per la decisione tedesca di smantellare gradualmente le centrali nucleari;
- il ricorso con cui la Lone Pine chiede 250 milioni di dollari canadesi dopo che, per motivi di tutela ambientale, la provincia del Quebec ha imposto una moratoria sulla fratturazione idraulica (*fracking*);
- il ricorso della Veolia contro l'Egitto, in cui si sostiene che la decisione egiziana di aumentare il salario minimo pregiudicherà i profitti dell'impresa;
- la Libia è stata condannata a pagare 935 milioni di dollari USA a titolo di *lucro cessante* a un'impresa del Kuwait per aver cancellato un progetto turistico che avrebbe creato per quest'ultima *opportunità reali e certe* di profitto ⁽²¹⁾. Si noti che l'investitore aveva investito nel progetto soltanto 5 milioni di dollari USA e i lavori di costruzione non erano mai iniziati;
- la Romania è stata convenuta dalla Micula per un investimento che questa aveva effettuato prima dell'adesione del paese all'UE, beneficiando così di un incentivo statale alle imprese. Dopo l'adesione, infatti, per rispettare le regole sugli aiuti di Stato, la Romania aveva interrotto il suo programma di incentivi. Il collegio arbitrale ha condannato lo Stato romeno a pagare un indennizzo di 116 000 dollari più interessi (per un totale stimato in 250 000 dollari) per non aver rispettato gli obblighi assunti nel TBI. Nel 2004 la DG Concorrenza ha notificato alla Romania un'ingiunzione provvisoria di non pagare perché il pagamento sarebbe stato considerato un aiuto di Stato illegale; ciò nonostante, gli arbitri hanno autorizzato la Micula a rivolgersi, per essere indennizzata, ai giudici statunitensi, avvalendosi di una clausola che rinviava alla convenzione di New York.

⁽²⁰⁾ Risposta dell'ESF alla consultazione pubblica sul sistema ISDS, del 20 giugno 2014.

⁽²¹⁾ <http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/awards-and-decisions-14/>

7.4. I trattati in materia di investimenti vietano qualsiasi restrizione al rimpatrio di fondi o profitti. Gli Stati non possono imporre controlli sui movimenti di capitali per fermare attacchi alle loro valute o restringere i flussi di capitali in fuga (*hot money*) durante una crisi, benché l'FMI consideri tali controlli una misura politica essenziale. Nessuno Stato è stato colpito dalle decisioni basate sul sistema ISDS più duramente dell'Argentina, che ha dovuto pagare oltre 500 milioni di dollari USA in seguito alla sua decisione del 2002 di sganciare la propria valuta dal dollaro statunitense.

7.5. Clausole di esclusione dei servizi pubblici figurano nel Capo 11 del CETA (dedicato allo scambio di servizi transfrontaliero), ma non vi sono esenzioni o esclusioni per tali servizi nel Capo 10 (dedicato alla tutela degli investimenti). In linea di principio, se è giusto che gli investitori siano protetti da atti arbitrari delle autorità statali, la definizione di *espropriazione*, specie se *indiretta*, suscita preoccupazione quanto alla possibilità degli Stati di riportare determinate attività oggi svolte da soggetti privati nell'alveo di quelle fornite dallo Stato, per legittimi motivi di interesse pubblico. Ai sensi del Capo 10 del CETA, per esproprio deve intendersi qualsiasi normativa che abbia l'effetto di ridurre il valore di attività imprenditoriali private. L'indennizzo deve corrispondere alla *«perdita reale»*. Ciò potrebbe rendere economicamente proibitivo per gli Stati riportare dei servizi nell'alveo delle proprie attività.

7.6. Nello stesso CETA si riconosce che la definizione di esproprio indiretto è troppo ampia, tanto è vero che il paragrafo 3 dell'Allegato X.11 mira a far luce sulla questione enunciando gli obiettivi di interesse pubblico (quali la salute, la sicurezza o la tutela dell'ambiente) che non darebbero luogo a un'espropriazione indiretta. Questo enunciato, tuttavia, rischia di essere interpretato come una norma prescrittiva, portando così a ritenere che il perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico più ampi, come la politica economica o di bilancio o la rinazionalizzazione di servizi cruciali, autorizzi pretese risarcitorie per espropriazione indiretta nell'ambito di un procedimento di ISDS. È quindi essenziale che questo punto venga chiarito.

7.7. Nell'annunciare i suoi piani per impedire agli investitori di abusare del sistema ISDS, la CE afferma che nel TTIP *vorrebbe fossero incluse disposizioni atte a impedire ricorsi temerari* ⁽²²⁾. La bozza del CETA prevede anche una procedura «accelerata» per il rigetto dei ricorsi infondati e temerari. Tuttavia, attribuire al termine «temerario» un significato giuridico rigoroso sarà estremamente difficile e rischia di offrire altro terreno fertile agli avvocati specializzati in diritto degli investimenti.

7.8. La bozza di CETA, inoltre, contiene una definizione «chiusa» di «trattamento giusto ed equo», definizione che gli oppositori del sistema ISDS ritengono troppo ampia e il mondo delle imprese non abbastanza flessibile. Essa, in effetti, da una parte lascia al giudice un ampio margine di interpretazione, dall'altra non è accompagnata da un meccanismo di riesame flessibile.

7.9. La semplice minaccia di ricorrere al sistema ISDS può provocare un «gelo normativo», dissuadendo gli Stati dal legiferare nell'interesse pubblico per timore del contenzioso e di una conseguente condanna pecuniaria. Ad esempio, il governo neozelandese ha «congelato» una legge sulla confezione generica dei prodotti del tabacco in attesa che venisse decisa la causa intentata dalla Philip Morris contro l'Australia.

7.10. In un'informativa redatta, per le multinazionali sue clienti, dallo studio legale Freshfields Bruckhaus Deringer si legge che *oggi le imprese sono più sensibili al peso che possono assumere i trattati in materia di investimenti, non solo come ultimo baluardo quando le cose vanno male, ma anche come importante strumento preventivo di attenuazione del rischio quando si accingono a effettuare un investimento*.

7.11. Benché la CE si sia impegnata a evitare che, nei futuri accordi commerciali e in materia di investimenti dell'UE, uno Stato possa essere obbligato ad abrogare un provvedimento, si trascura di considerare l'impatto che può avere la minaccia di un'ingentissima penale una volta che sia stata intentata una causa del valore di miliardi di dollari.

7.12. La bozza del CETA, infine, dispone che le spese dell'arbitrato siano a carico della parte soccombente. Ciò significa che chi propone un ricorso temerario dovrà pagare tutte le relative spese. Tuttavia, è improbabile che questa regola, applicata a cause di enorme valore come molte di quelle più recenti, costituisca un deterrente per imprese multinazionali ricche di liquidità e per studi legali specializzati, se si confronta questo rischio con i possibili guadagni. Per le PMI, invece, i costi medi di 4 milioni di dollari per parte costituiranno un forte deterrente contro la presentazione di ricorsi in base a clausole ISDS.

⁽²²⁾ CE, *Factsheet on ISDS* («Scheda informativa sul sistema ISDS»), paragrafo 8, del 3 ottobre 2013.

8. Costituzione e funzionamento dei collegi arbitrali

8.1. Il sistema esistente è illustrato nella sezione 3 di questo parere. Su questo punto, nella consultazione pubblica, si rileva una diffusa preoccupazione.

In generale, si è concordi nel ritenere che il sistema ISDS non possa continuare a esistere nella sua forma attuale.

8.2. *Gli arbitri delle controversie in materia di investimenti*

8.2.1. Per ogni singola causa, ciascuna parte nomina un arbitro ed entrambe devono accordarsi sul nome del terzo. In mancanza di tale accordo, il terzo arbitro è in genere nominato da un'autorità. Ciò è in contrasto con quanto avviene con i giudici nazionali che sono nominati senza alcun intervento delle parti. Di solito gli arbitri sono scelti tra membri dell'ICSID o dell'UNCITRAL e il più delle volte sono giuristi di chiara fama (avvocati esperti, professori di diritto, ex giudici...). Contrariamente alla prassi invalsa in sede OMC, non sembra che gli avvocati che patrocinano gli Stati nelle cause ISDS, o i negoziatori dei governi per i trattati in materia di investimenti, siano stati designati come arbitri in cause che coinvolgono altri Stati.

8.2.2. Secondo il Corporate Europe Observatory (CEO) ⁽²³⁾, molti arbitri sono stati avvocati in altre cause ISDS: il 50 % per gli investitori e il 10 % per gli Stati. Si ritiene talora che questo scambiarsi di ruolo da parte di un numero relativamente ristretto di giuristi (15 avvocati sono stati arbitri nel 55 % di tutte le cause) ⁽²⁴⁾ li induca a una reciproca solidarietà «corporativa», a sua volta potenzialmente foriera di «compromessi malsani» ⁽²⁵⁾. L'aumento dei casi in cui una parte non accetta gli arbitri proposti dall'altra è indice di preoccupazioni riguardo all'imparzialità del gruppo dei candidati ⁽²⁶⁾.

8.3. Chiaramente, le disposizioni del CETA sulla designazione e la condotta degli arbitri e la conduzione del procedimento, pur essendo riconosciute da molti come un miglioramento importante in alcuni ambiti, non godono di un ampio sostegno da parte della SC. Vi sono infatti gravi preoccupazioni riguardo alla costituzione e al funzionamento dei collegi arbitrali:

- le proposte degli Stati di regolamentare nell'interesse pubblico potrebbero ancora essere soggette a una richiesta di indennizzo che sarà esaminata da un collegio di tre professionisti del diritto del settore privato;
- le garanzie contro i conflitti d'interessi sono deboli, e non valgono a dissipare i timori che, in un sistema ISDS, possano essere insufficienti. L'articolo X.25 del CETA dispone che gli arbitri debbano rispettare gli orientamenti sui conflitti d'interesse nell'arbitrato internazionale emanati dall'International Bar Association (Associazione internazionale forense). Tuttavia, ciò non risolve il problema fondamentale posto da coloro che svolgono le funzioni di avvocato e di arbitro per la stessa parte in cause diverse, che è il nodo cruciale del conflitto di interessi;
- la bozza di CETA dispone che le informazioni debbano essere rese pubbliche in base alle regole di trasparenza dell'UNCITRAL e che le udienze debbano essere aperte al pubblico. Tuttavia, questo promettente contributo iniziale alla trasparenza è gravemente compromesso dall'ampia discrezionalità concessa al collegio arbitrale nel decidere sulla pubblicità delle sessioni e degli atti del procedimento.

⁽²³⁾ Il CEO è un gruppo di attivisti e ricercatori senza scopo di lucro che effettua studi e pubblica relazioni sulle attività di lobbying delle imprese presso l'Unione europea (<http://corporateeurope.org/>).

⁽²⁴⁾ EPRS, *ISDS — State of play and prospects for reform* («Il sistema ISDS: situazione attuale e prospettive di riforma»), del 21 gennaio 2014.

⁽²⁵⁾ OCSE, *Working Paper on International Investment* (documento di lavoro sugli investimenti internazionali), n. 3/2012, pagg. 44-45.

⁽²⁶⁾ Unctad, *Reform of ISDS — In Search of a Roadmap* («La riforma del sistema ISDS: in cerca di una tabella di marcia»), n. 2, giugno 2013, pag. 4.

9. Rapporto tra i sistemi giudiziari statali e il sistema ISDS

9.1. Gli IED godono attualmente di un diritto quasi unico, in base al quale un soggetto privato può deferire uno Stato a un collegio arbitrale ai sensi del diritto internazionale. Le norme internazionali in materia di diritti umani conferiscono diritti ben precisi; ma, essenzialmente per evitare di scavalcare i sistemi giudiziari nazionali, impongono ai titolari di questi diritti di esaurire le vie di ricorso interne prima di poter farli valere davanti a un'istanza internazionale. Il CETA, invece, non richiede il previo esaurimento delle vie di ricorso interne. Gli investitori sono tenuti soltanto ad esperire una consultazione.

9.2. Gli SM hanno manifestato preoccupazioni riguardo alla compatibilità del sistema ISDS previsto nel CETA e per il TTIP con i Trattati europei e il diritto costituzionale nazionale⁽²⁷⁾. I miglioramenti di tale sistema proposti per i TBI non hanno finora alleviato tali preoccupazioni⁽²⁸⁾. Nella propria politica commerciale (articoli 205 e 207 del TFUE) l'UE è tenuta a rispettare i principi enunciati dall'articolo 3 del TFUE, la CDF e altri principi giuridici dell'UE.

Tuttavia, ai sensi di un accordo commerciale secondo cui le controversie in materia di investimenti sono decise da procedure arbitrali internazionali che non sono vincolate al rispetto di tali principi è possibile giungere a decisioni non conformi al diritto dell'UE (cfr. sopra, al punto 7.3, la causa Micula/Romania).

9.3. Possibilmente questa «delega» di giurisdizione a collegi arbitrali non vincolati dai principi dell'UE non è sancita dal trattato di Lisbona e potrebbe andare ben al di là dei poteri giuridici dell'Unione. La CGUE ha subordinato la creazione di tale giurisdizione internazionale all'assenza di pregiudizio per i principi dell'autonomia del sistema giuridico dell'Unione e della distribuzione dei poteri sancita dai Trattati⁽²⁹⁾.

9.4. Dato che il TTIP deve essere concluso come accordo misto, prima che possa entrare (provvisoriamente) in vigore è necessario il consenso dei parlamenti di tutti i 28 SM. In relazione all'esclusione dei giudici nazionali, dovrà essere riaffermato il principio di sussidiarietà.

9.5. Occorre riconoscere che vi è una certa tensione tra il diritto dell'UE e quello internazionale, in particolare quando ad essere in gioco è il monopolio giurisdizionale della CGUE (articolo 19 TUE e artt. 263 segg. TFUE). Ne sono testimonianza il parere della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU⁽³⁰⁾ e la posizione della CE a favore della supremazia del diritto dell'Unione nella causa Micula/Romania. Secondo lo stesso articolo 14.16 della bozza del CETA, le disposizioni del CETA non hanno efficacia diretta e devono essere recepite nel diritto dell'UE o in quello degli Stati membri per poter essere fatte valere dagli investitori. Tutto ciò complica ulteriormente i rapporti tra l'ordinamento giuridico dell'UE e le cause decise da collegi arbitrali in base al sistema ISDS.

9.6. Pertanto, prima di introdurre, per la prima volta, un sistema ISDS in accordi di libero scambio stipulati dall'UE che avranno un impatto globale sugli SM e su molti cittadini europei, il CESE reputa assolutamente necessario che la CGUE ne valuti la compatibilità con il diritto dell'Unione. Tale valutazione preventiva assume particolare rilievo in relazione ai valori fondamentali dell'UE e alla CDF, ma anche al monopolio della stessa Corte sull'interpretazione del diritto e al principio di sussidiarietà. È quindi imperativo che, prima dell'entrata in vigore anche solo provvisoria dell'accordo previsto, sia stato ottenuto dalla CGUE un parere giuridico conforme (articolo 218 TFUE). In proposito, occorre notare che, qualora il CETA entrasse in vigore, una clausola di sopravvivenza ivi contenuta ne prolungherebbe l'efficacia per 20 anni dopo la sua estinzione per qualsiasi causa in riferimento agli investimenti effettuati prima della risoluzione dell'accordo.

⁽²⁷⁾ Andreas Fischer-Lescano, parere giuridico *Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA)* («Disposizioni di diritto europeo e costituzionale per il CETA»), Brema, ottobre 2014; Markus Krajewski, *Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective* («Modalità di tutela degli investimenti e sistema ISDS nel TTIP dal punto di vista delle organizzazioni sindacali»), Università Friedrich-Alexander, Erlangen-Norimberga, FES, ottobre 2014; Siegfried Broß, *Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit* («ALS: alcune osservazioni sulla problematica dell'arbitrato privato»), relazione sulla promozione della partecipazione al processo decisionale, n. 4, Fondazione H. Böckler, 2015.

⁽²⁸⁾ Corporate Europe Observatory, *CETA: Verkaufte Demokratie* («CETA: la democrazia venduta»).

⁽²⁹⁾ CGUE, pareri n. 1/91 del 14.12.1991 (relativo all'accordo SEE 1), n. 1/00 del 18.4.2002 (in merito all'ECAA) e n. 1/09 dell'8.3.2011 (in merito all'accordo su un tribunale unificato dei brevetti).

⁽³⁰⁾ CGUE, parere n. 2/13 del 18.12.2013.

9.7. È necessario e urgente che la CE rifletta sul modo in cui trattare i TBI esistenti tra SM e quelli tra SM e paesi terzi (e specialmente paesi sviluppati come gli Stati Uniti e il Canada), trattati i cui meccanismi di ISDS non riveduti consentono attualmente di opporsi al diritto dello Stato di legiferare e di realizzare politiche pubbliche legittime. Anche la maggior parte di questi trattati contiene clausole di sopravvivenza, che ne complicano ulteriormente il processo di estinzione.

10. Meccanismo di appello

10.1. L'ampio sostegno della SC all'introduzione di un meccanismo di appello è apparso evidente già in occasione della consultazione pubblica ed è stato ribadito nell'udienza pubblica del CESE.

10.2. La bozza di CETA non contiene alcuna clausola in materia di ricorso in appello, ma lascia aperta la possibilità all'introduzione di un tale meccanismo. Il CETA non prevede consultazioni future sui possibili sistemi e modalità di appello e, in quest'ottica di «rinvio alle calende greche», si minimizza l'importanza del problema, mentre invece si deve trovare con urgenza una soluzione.

10.3. In linea di principio, la decisione del collegio arbitrale è definitiva, e solo in circostanze eccezionali ne è possibile la revisione o l'annullamento⁽³¹⁾. Un regime, questo, che rende il meccanismo di ISDS gravemente deficitario rispetto a qualsiasi sistema giudiziario nazionale e omette di tener conto di preoccupazioni fondamentali espresse nel corso della consultazione pubblica.

11. Come riformare il sistema ISDS

11.1. Riguardo all'ISDS, l'Unctad ha definito cinque opzioni di riforma:

- adattamento dei sistemi esistenti alle diverse esigenze specifiche, attraverso accordi internazionali in materia d'investimenti (AII);
- limitazione dell'accesso degli investitori al sistema ISDS;
- promozione dei sistemi pubblici alternativi di risoluzione delle controversie;
- introduzione di un meccanismo di appello;
- istituzione di una Corte permanente internazionale degli investimenti.

11.2. Il CESE reputa che queste opzioni meritino di essere esaminate in modo più approfondito. La CE ha lavorato alle prime quattro di queste opzioni, definendo nel contempo un nuovo approccio alla tutela degli investimenti e all'ISDS nei progetti del CETA e del trattato UE-Singapore. La consultazione pubblica ha dimostrato che le preoccupazioni permangono, e sono profondamente radicate. Il Comitato reputa che il progetto di istituire una Corte internazionale degli investimenti sia il modo di migliore di procedere, in quanto essa contribuirebbe grandemente ad assicurare la legittimità e trasparenza del sistema e garantirebbe interpretazioni più coerenti e decisioni più accurate. A tale proposito il CESE accoglie con favore la dichiarazione fatta all'INTA il 18 marzo 2015 dal commissario europeo per il Commercio, secondo cui «una corte multilaterale costituirebbe un uso più efficiente delle risorse e avrebbe maggiore legittimità».

11.3. Tuttavia, il CESE è dell'avviso che portare avanti in parallelo i negoziati sul sistema ISDS da inserire nel TTIP e l'opzione di istituire a medio termine una Corte internazionale degli investimenti non sia una via percorribile. Se si raggiunge un accordo nell'ambito del TTIP, questo diverrà quasi certamente il modello di riferimento e finirà per compromettere ogni prospettiva di acquisire consenso a favore di una Corte internazionale. La situazione è ulteriormente complicata dal fatto che quanto concordato per il TTIP non ha un effetto automatico automaticamente sul CETA. È importante porre l'accento sul fatto che i negoziati sul CETA si sono conclusi, e non vi è alcuna garanzia che il governo canadese accetterà di incorporarvi modifiche basate sulle disposizioni concordate nel TTIP.

⁽³¹⁾ Articolo 52 della convenzione ICSID.

11.4. Perseguendo la sua attuale strategia, la CE rischia che questi suoi primi sforzi negoziali in materia di PI si risolvano possibilmente nella creazione di tre sistemi diversi, applicabili rispettivamente ai rapporti con gli Stati Uniti, il Canada e Singapore. D'altra parte, però, il conseguimento da parte della Commissione di un sistema uniforme sarà possibile soltanto dopo un negoziato molto duro. Il CESE reputa che, a quel punto, sarebbe praticamente impossibile ottenere il sostegno necessario per riorientare gli sforzi verso la creazione di una Corte internazionale.

11.5. Il CESE conclude pertanto che il fatto che attori globali importanti come gli Stati Uniti, il Canada e il Giappone siano tutti coinvolti in nuovi negoziati in materia di commercio e di investimenti offra un'opportunità unica di lavorare per la creazione di una Corte internazionale degli investimenti. Il Comitato ritiene altresì che questa impostazione costituisca la migliore possibilità di persuadere i paesi in via di sviluppo, in cui la PI è, probabilmente, di gran lunga più necessaria, ad accettare un nuovo sistema globale.

Bruxelles, 27 maggio 2015

Il presidente
del Comitato economico e sociale europeo
Henri MALOSSE

ALLEGATO

al parere del Comitato economico e sociale europeo

Il seguente controparere, che ha ottenuto almeno un quarto dei voti espressi, è stato respinto nel corso delle deliberazioni:

Sostituire l'intero testo del parere con il seguente testo:**1. Conclusioni e raccomandazioni**

1.1. Gli investimenti esteri diretti (IED) contribuiscono in misura rilevante alla crescita economica e all'occupazione. Le imprese che investono in un altro paese assumono per ciò stesso un rischio specifico, ma devono essere tutelate contro misure sproporzionate e abusive da parte dello Stato in cui hanno investito, quali ad esempio l'espropriazione diretta, la discriminazione in base alla nazionalità e un trattamento sleale e iniquo se paragonato a quello degli investitori nazionali. È importante garantire un meccanismo neutrale di risoluzione delle controversie. In molti casi gli investimenti sono a lunghissimo termine, e la situazione politica dello Stato ospitante può cambiare.

1.1.1. Un accordo internazionale in materia di investimenti (AII) tra due Stati (o regioni) è uno strumento di diritto internazionale, e, per funzionare bene, necessita di un meccanismo internazionale di risoluzione delle controversie efficace ed equilibrato.

1.1.2. Nella maggior parte degli AII, tuttavia, tale meccanismo prende la forma di una procedura di risoluzione delle controversie investitore-Stato che si applica sia alle singole imprese che allo Stato ospitante (il cosiddetto sistema ISDS)⁽¹⁾. Il sistema ISDS ha carattere retrospettivo: a differenza di quanto prevede la procedura per la risoluzione delle controversie adottata nell'ambito dell'OMC, qui se uno Stato risulta soccombente deve solo pagare un indennizzo, ma non è tenuto ad abrogare la legislazione interessata. Gli investimenti non rientrano nelle competenze dell'OMC, essendo stati esclusi nel 2003 dall'oggetto della tornata negoziale di Doha (*Doha round*).

1.2. L'UE è, al tempo stesso, il più grande generatore e destinatario di investimenti internazionali. Gli investimenti rivestono un interesse fondamentale per le imprese dell'UE, comprese le PMI. Pertanto, il Comitato accoglie con favore la posizione della Commissione⁽²⁾, secondo cui l'ISDS è:

- *uno strumento importante per proteggere gli investimenti e quindi per promuovere e assicurare la crescita economica nell'UE,*
- *un modo efficace di far rispettare gli obblighi che i nostri partner commerciali assumono nei confronti dei nostri investitori quando concludono trattati in materia di investimenti.*

1.2.1. Una tavola rotonda di imprenditori sul Partenariato transatlantico su commercio e investimenti (TTIP), organizzata dal gruppo Datori di lavoro del CESE, è giunta alla conclusione⁽³⁾ che: «un accordo internazionale come il TTIP dovrebbe creare le giuste condizioni per attirare in futuro un alto livello di investimenti nel mercato transatlantico. Si tratta, in particolare, di accordare agli investitori di ambo le parti un accesso ampio e un trattamento non discriminatorio e di migliorare l'attuale quadro normativo in materia di PI, comprese le disposizioni sul sistema ISDS, rendendo questo sistema più accessibile alle PMI e garantendo il giusto equilibrio tra i diritti degli investitori e il diritto delle autorità statali e substatali di regolamentare nell'interesse pubblico».

⁽¹⁾ Disposizioni in materia di ISDS si trovano in circa il 93 % degli oltre 3 250 AII firmati finora, anche se la procedura è stata utilizzata soltanto in un centinaio di casi, ossia in meno del 3 % del totale.

⁽²⁾ Commissione europea, Scheda informativa sul sistema ISDS, paragrafo 2, del 3 ottobre 2013.

⁽³⁾ Tavola rotonda imprenditoriale del CESE, Dichiarazione comune sul TTIP, del 16 dicembre 2014.

1.3. Nell'accordo commerciale tra l'UE e il Canada (CETA), che deve ancora essere ratificato, figura un ampio capitolo sulla protezione degli investimenti, comprendente disposizioni in materia di ISDS. Questo, insieme con il capitolo sugli investimenti nell'accordo di libero scambio UE-Singapore⁽¹⁾, è in assoluto il primo accordo in materia di investimenti negoziato dall'UE da quando il trattato di Lisbona del 2009 le ha conferito la competenza in materia di investimenti. Si è trattato di un notevole passo avanti per affrontare le preoccupazioni ancora esistenti, ma l'ISDS deve evolversi ulteriormente.

1.4. Oltre al principio della «nazione più favorita» (NPF) e alla copertura di solito inclusa dalla Commissione per far fronte alle compensazioni in caso di guerre, rivoluzioni ecc., il Comitato chiede che la protezione degli investitori nell'ambito di un AII, e quindi aperto all'impiego dell'ISDS, sia circoscritta alla copertura delle quattro tutele fondamentali, vale a dire:

- divieto di discriminazione sulla base della nazionalità di un investitore;
- un livello minimo di trattamento, abitualmente designato come «giusto ed equo»;
- compensazione rapida, appropriata ed efficace in caso di espropriazione (non discriminatoria e con un giusto processo);
- possibilità di trasferire i fondi relativi agli investimenti.

1.5. Nel corso del tempo il ricorso al sistema ISDS ha dato luogo a una serie di abusi, reali e percepiti, ai quali occorre porre rimedio. Il sistema ISDS deve essere aggiornato. Il Comitato accoglie con favore i quattro ambiti da approfondire ulteriormente in materia di protezione degli investimenti e ISDS individuati dalla Commissione nel gennaio 2015 a seguito della consultazione pubblica sulla protezione degli investimenti e sull'ISDS nel TTIP, dopo la sua inclusione nel mandato negoziale conferito all'unanimità dagli Stati membri.

1.5.1. Si tratta dei seguenti ambiti:

- la tutela del diritto dello Stato di regolamentare,
- la costituzione e il funzionamento dei collegi arbitrali,
- il riesame delle decisioni basate sul sistema ISDS mediante un meccanismo di appello,
- la relazione tra l'ISDS e i sistemi giudiziari nazionali.

1.5.2. A parere del Comitato, la debita protezione del **diritto dello Stato di regolamentare** è essenziale, e tutte le rimanenti ambiguità vanno eliminate. Come affermato nel parere del CESE sul TTIP⁽²⁾, è «essenziale che qualunque disposizione in materia di ISDS proposta nel TTIP non precluda la possibilità degli Stati membri dell'UE di emettere regolamentazioni nell'interesse del pubblico.» I precedenti AII sono stati elaborati essenzialmente al fine di proteggere gli investimenti. Sia l'accordo economico commerciale globale che l'accordo di Singapore hanno rafforzato le definizioni chiave per evitare interpretazioni ingiustificate, e vi è uno specifico riferimento al diritto di regolamentare nel preambolo di ciascun accordo. Il CESE ritiene che queste disposizioni dovrebbero ora essere incluse nel corpo del testo, come un articolo specifico di qualsiasi accordo di questo tipo.

1.5.3. È fondamentale che gli **arbitri dei tribunali ISDS** siano completamente imparziali ed esenti da conflitti di interesse. Il Comitato raccomanda che tutti gli arbitri siano scelti da un elenco predeterminato dalle parti dell'accordo in questione e che per essi vengano stabilite qualifiche chiare, in particolare che siano qualificati per esercitare una funzione giuridica e che abbiano dato prova di conoscenze specializzate nei settori pertinenti del diritto internazionale.

⁽¹⁾ Ancora da ratificare, e oggetto di contestazione legale presso la Corte di giustizia per stabilire se si tratti di un accordo «misto» e che deve perciò essere approvato da tutti i parlamenti degli Stati membri.

⁽²⁾ Parere sul tema *Le relazioni commerciali transatlantiche e il punto di vista del CESE su una cooperazione rafforzata e un eventuale accordo di libero scambio tra l'UE e gli USA* (GU C 424, del 26.11.2014, pag. 9).

1.5.4. È altresì essenziale disporre di un **meccanismo d'appello**: un procedimento giuridico senza diritto di ricorso è — giustamente — molto raro, benché sia previsto negli AII vigenti. Il CESE constata che viene fatto riferimento a un meccanismo d'appello nelle direttive originali relative ai negoziati sul TTIP. La messa a punto di un meccanismo di questo tipo sarà di cruciale importanza, e vi dovranno essere compresi i metodi di designazione dei membri, le loro qualifiche e retribuzione, nonché tutte le scadenze da applicare. Esso dovrebbe coprire sia gli errori di diritto che gli errori di fatto. Innanzitutto si dovrebbe valutare se un meccanismo bilaterale possa essere reso multilaterale, eventualmente sul modello dell'organo d'appello dell'OMC. Qualsiasi meccanismo del genere comporterà costi aggiuntivi, ma ciò dovrebbe essere preso in considerazione.

1.5.5. La questione del rapporto tra **l'ISDS e i sistemi giudiziari nazionali** sarà più difficile da risolvere. Gli AII sono accordi internazionali, e i tribunali nazionali non hanno necessariamente la competenza per interpretare le questioni di diritto internazionale. Anche il sistema migliore può fallire, ma andrebbero vietati i doppi ricorsi. I potenziali litiganti dovrebbero operare una scelta definitiva all'inizio del procedimento, oppure perdere il diritto di adire i tribunali nazionali non appena si rivolgono all'ISDS.

1.6. Un **tribunale internazionale** multilaterale è la risposta di lungo termine. Questa soluzione va messa a punto in parallelo con lo sviluppo dell'ISDS nel TTIP e altrove. È imperativo mantenere una qualche forma di protezione degli investitori internazionali durante le fasi di negoziazione e istituzione di tale organo internazionale.

1.6.1. È importante assicurare la massa critica per l'istituzione di un tribunale internazionale come l'obiettivo di lungo termine per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti. È probabile che un siffatto meccanismo internazionale di appello derivi la sua diffusa accettabilità dal fatto che la sua istituzione sia avvenuta per consenso: tale aspetto, infatti, dovrebbe contribuire a superare gli eventuali problemi correlati che tutte le nuove istituzioni internazionali, tra le quali il Tribunale penale internazionale, si trovano ad affrontare.

1.6.2. Il CESE mette in guardia contro la proposta secondo cui, dato che tutti i membri del G7 partecipano attualmente a negoziati AII, essi potrebbero avviare la creazione di un tribunale internazionale separatamente di propria iniziativa. È possibile raggiungere una massa critica solo se fin dall'inizio viene coinvolto un numero molto maggiore di paesi e se si lascia la porta aperta affinché altri paesi possano aderire se e quando siano interessati.

1.6.3. Nel frattempo il CESE raccomanda che l'UE e gli Stati Uniti si impegnino a creare un meccanismo bilaterale di risoluzione delle controversie sugli investimenti nel quadro del TTIP.

2. Contesto

2.1. Il Comitato osserva che, se due paesi intendono promuovere relazioni economiche tra loro attraverso un AII, ciascuno assumerà l'impegno di garantire determinati livelli di trattamento per gli investitori e per gli investimenti provenienti dall'altro paese. Questi impegni, assunti volontariamente, devono poi essere completati da processi di ratifica nazionale. Essi non danno affatto la priorità all'interesse delle imprese rispetto al diritto dei governi di regolamentare. Nell'interesse dello Stato di diritto, i governi devono tuttavia essere tenuti a rispettare le garanzie che offrono.

2.2. Il Comitato riconosce che, benché gli Stati partecipanti ai negoziati tentino di includere disposizioni intese a proteggere le proprie imprese da azioni discriminatorie dei partner commerciali, un'impresa danneggiata non può realisticamente aspettarsi che qualsiasi controversia sia automaticamente recepita a livello Stato-Stato e che la questione venga così portata al livello politico o diplomatico.

2.2.1. Se le imprese dovessero fare affidamento sull'UE per portare le controversie a livello Stato-Stato, soltanto un numero molto limitato di tali controversie potrebbe avere un seguito, e le imprese più piccole avrebbero meno possibilità di far sentire la propria voce. È poco probabile che molte controversie insorgano tra due ordinamenti giuridici democratici maturi, ma se la procedura di composizione delle controversie tra Stato e Stato dovesse divenire la norma, il loro numero potenziale sarebbe destinato ad aumentare, con notevoli conseguenze sotto il profilo delle risorse per gli Stati.

2.2.2. Come ha osservato ⁽¹⁾ la stessa commissaria Malmström in relazione ai negoziati sul TTIP, il diritto internazionale non può essere invocato nei tribunali statunitensi, e nessuna legge americana vieta la discriminazione nei confronti di investitori stranieri. In altri paesi i giudici nazionali potrebbero essere meno affidabili.

⁽¹⁾ Parlamento europeo, 6 maggio.

2.2.3. Gli investimenti e il commercio non sono la stessa cosa. In una controversia commerciale, è evidente che l'iniziativa spetta allo Stato. È probabile che tali controversie interessino una categoria di prodotti, come ad esempio le banane, i pannelli solari o i prodotti tessili: il dumping è una questione centrale per il sistema delle procedure di risoluzione delle controversie dell'OMC.

3. L'evoluzione dell'ISDS

3.1. Sebbene il numero globale di casi ISDS ⁽¹⁾ rimanga modesto, dal 2002 il ricorso a tale sistema è notevolmente aumentato. Tale sviluppo è proporzionato all'aumento degli IED totali, i quali nel 2013 avevano superato i 25 000 miliardi di dollari USA a livello mondiale. Circa il 50 % di tutti i ricorsi dal 2002 è stato avviato da investitori europei, in misura considerevole da parte di piccole aziende o aziende specializzate ⁽²⁾. È importante che qualsiasi procedura ISDS riformata venga resa più accessibile alle PMI.

3.1.1. Delle 356 controversie composte di cui si è a conoscenza, il 25 % è stato risolto a favore dell'investitore e il 37 % a favore dello Stato. Per le altre si è arrivati a un accordo ⁽³⁾.

3.2. Per via dei problemi, reali e percepiti, posti dall'esito di numerose controversie tra investitore e Stato in tutto il mondo, comprese molte controversie ancora in corso, una parte sempre più consistente dell'opinione pubblica dell'UE, guidata da sindacati, ONG e altre organizzazioni, ha espresso preoccupazioni circa il ricorso a tale sistema, e vi è un'opposizione crescente all'inserimento di un capitolo sugli investimenti e l'ISDS nel TTIP.

3.3. Senza una riforma dell'ISDS e l'inserimento nel TTIP di un capitolo dedicato agli investimenti, il Comitato fa rilevare che gli accordi precedenti, contenuti nei 1 400 trattati bilaterali d'investimento (TBI) conclusi da singoli Stati membri (ad eccezione dell'Irlanda), e in particolare in quelli precedentemente conclusi da nove Stati membri con gli Stati Uniti, resterebbero ovviamente vigenti e validi.

Esito della votazione:

Voti favorevoli:	94
Voti contrari:	191
Astensioni:	25.

⁽¹⁾ 610 cause alla fine del 2014.

⁽²⁾ La camera di commercio di Stoccolma riferisce che, su circa 100 controversie concluse tra il 2006 e il 2011, all'incirca il 22 % erano state avviate da PMI; anche la confederazione delle industrie tedesche (BDI) riferisce che le PMI erano all'origine di circa il 30 % le cause intentate da società tedesche.

⁽³⁾ Commissione europea, Scheda informativa sul sistema ISDS, del 3 ottobre 2013.