



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MELCHIOR WATHELET
presentate il 19 settembre 2017¹

Causa C-284/16

**Slowakische Republik
contro
Achmea BV**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Corte federale di Giustizia, Germania)]

«Rinvio pregiudiziale – Principi del diritto dell'Unione – Trattato bilaterale di investimento concluso nel 1991 tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca e tuttora applicabile tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica slovacca – Compatibilità del meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati istituito da un trattato bilaterale di investimento interno all'Unione europea con gli articoli 18, paragrafo 1, TFUE e con gli articoli 267 e 344 TFUE»

Indice

I. Introduzione	3
II. Contesto normativo	4
A. Trattato FUE.....	4
B. TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia	4
C. Diritto tedesco	7
III. Procedimento principale e questioni pregiudiziali	8
IV. Procedimento dinanzi alla Corte	10
V. Analisi	10
A. Osservazioni preliminari	10
B. Sulla terza questione pregiudiziale.....	14

¹ Lingua originale: il francese.

1. Sulla ricevibilità	14
2. Nel merito	14
C. Sulla seconda questione pregiudiziale.....	18
1. Il fondamento legale dei collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI.	20
2. La permanenza dei collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI	21
3. L'obbligatorietà della giurisdizione dei collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI	22
4. La natura contraddittoria del procedimento dinanzi ai collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI, l'applicazione da parte degli stessi di norme giuridiche nella risoluzione delle controversie ad essi sottoposte nonché l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri.....	24
D. Sulla prima questione pregiudiziale.....	25
1. Una controversia fra investitore e Stato membro, come quella di cui all'articolo 8 di detto TBI, è contemplata dall'articolo 344 TFUE?	27
2. La controversia in questione è «relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati»? ...	30
a) La competenza del collegio arbitrale si limita alla pronuncia sulle violazioni del TBI	32
b) L'ambito di applicazione di detto TBI e le norme giuridiche introdotte da quest'ultimo non sono identici a quelli dei Trattati UE e FUE	33
1) L'ambito di applicazione di detto TBI è più ampio di quello dei Trattati UE e FUE ..	34
2) Le norme giuridiche di detto TBI che non hanno equivalenti nel diritto dell'Unione e che non sono incompatibili con quest'ultimo	37
i) La clausola NPF	38
ii) La clausola del rispetto degli impegni contrattuali, cosiddetta «ombrella clause» .	38
iii) La clausola sunset	38
iv) Il ricorso all'arbitrato internazionale quale meccanismo di ISDS	38
3) La sovrapposizione delle altre disposizioni di detto TBI a talune disposizioni dei Trattati UE e FUE è solo parziale	39
i) La tutela e la sicurezza piene e integrali degli investimenti	40
ii) Il trattamento giusto ed equo degli investimenti	41
iii) Il divieto di espropriazioni illegittime	42
3. Il TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia, considerata la sua finalità, ha come effetto di pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati UE e FUE e quindi l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione?	43
VI. Conclusione.....	49

I. Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di un ricorso proposto dinanzi ai giudici tedeschi ai fini dell'annullamento del lodo arbitrale definitivo del 7 dicembre 2012, pronunciato dal collegio arbitrale composto da Vaughan Lowe QC (presidente), Albert Jan van den Berg e V.V. Veeder QC (arbitri) e costituito conformemente all'accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca (in prosieguo: il «TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia») ² e al regolamento arbitrale della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), con la Corte permanente di arbitrato (CPA) facente funzione di cancelleria ³.

2. Tale domanda offre alla Corte, per la prima volta, l'opportunità di esprimersi sulla spinosa questione della compatibilità dei TBI ⁴ conclusi tra gli Stati membri ⁵, e in particolare dei meccanismi di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati (in prosieguo: «ISDS») istituiti da questi ultimi, con gli articoli 18, 267 e 344 TFUE.

3. Tale questione riveste un'importanza fondamentale alla luce dei 196 TBI interni all'Unione attualmente in vigore ⁶ e dei numerosi procedimenti arbitrali tra investitori e Stati membri in cui è intervenuta la Commissione europea in qualità di *amicus curiae* al fine di sostenere la propria tesi, secondo la quale i TBI interni all'Unione sono incompatibili con il Trattato FUE, tesi che i collegi arbitrali hanno sistematicamente respinto in quanto infondata ⁷.

2 L'acronimo TBI significa «trattato bilaterale di investimento».

3 V. Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo definitivo del 7 dicembre 2012, disponibile sul sito Internet dell'Investment Policy Hub della Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo (UNCTAD) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/323>.

4 Questo tipo di TBI è noto come «TBI interno all'Unione» (intra-EU BIT).

5 Le cause che hanno dato luogo alle sentenze del 3 marzo 2009, Commissione/Austria (C-205/06, EU:C:2009:118); del 3 marzo 2009, Commissione/Svezia (C-249/06, EU:C:2009:119), e del 19 novembre 2009, Commissione/Finlandia (C-118/07, EU:C:2009:715) riguardavano TBI conclusi tra Stati membri e paesi terzi. La sentenza del 15 settembre 2011, Commissione/Slovacchia (C-264/09, EU:C:2011:580) riguardava una controversia fra un investitore proveniente da un paese terzo, ossia la Confederazione svizzera, e la Repubblica slovacca, in base al trattato sulla Carta dell'energia, concluso a Lisbona il 17 dicembre 1994. Mentre nei primi tre ricorsi la Corte ha constatato l'esistenza di un inadempimento, la stessa ha respinto l'ultimo ricorso nel merito.

6 Il più risalente nel tempo è il TBI Germania/Grecia (1961) e il più recente il TBI Lituania/Croazia (2008).

7 Cito in questa sede i procedimenti arbitrali più importanti tra investitori e Stati membri nei quali i collegi arbitrali sono stati chiamati a pronunciarsi sulla questione della compatibilità fra il Trattato FUE e un TBI interno all'Unione o un trattato multilaterale di investimento (come ad esempio il trattato sulla Carta dell'energia) di cui l'Unione europea e i suoi Stati membri sono parti: Eastern Sugar BV c/ Repubblica ceca (UNCITRAL) [caso della Camera di commercio di Stoccolma (CCS) n. 088/2004] lodo parziale del 27 marzo 2007; Rupert Joseph Binder c/ Repubblica ceca (UNCITRAL), lodo del 6 giugno 2007 sulla competenza; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL), decisione del 30 aprile 2010 sulla competenza; AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erőmű Kft c/ Ungheria [caso del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID) n. ARB/07/22], lodo del 23 settembre 2010; Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione e lodo definitivo del 7 dicembre 2012; European American Investment Bank AG c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2010-17), lodo del 22 ottobre 2012 sulla competenza; Electrabel SA c/ Ungheria (caso ICSID n. ARB/07/19), decisione del 30 novembre 2012 sulla competenza, sul diritto applicabile e sulla responsabilità, nonché lodo del 25 novembre 2015, Charanne B.V. e Construction Investments Sàrl c/ Regno di Spagna (caso CCS n. 062/2012), lodo definitivo del 21 gennaio 2016; RREEF Infrastructure (G.P.) Limited e RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl c/ Regno di Spagna (caso ICSID n. ARB/13/30), decisione del 6 giugno 2016 sulla competenza, Isolux Infrastructure Netherlands BV c/ Regno di Spagna (caso CCS V 2013/153), lodo del 12 luglio 2016; WNC Factoring Ltd c/ Repubblica ceca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2014-34), lodo del 22 febbraio 2017; Anglia Auto Accessories Limited c/ Repubblica ceca (caso CCS V 2014/181), lodo definitivo del 10 marzo 2017; I.P. Busta e J.P. Busta c/ Repubblica ceca (caso CCS V 2015/014), lodo definitivo del 10 marzo 2017, nonché Eiser Infrastructure Limited e Energía Solar Luxembourg Sàrl c/ Regno di Spagna (caso ICSID n. ARB/13/36), lodo del 4 maggio 2017. Tutti i lodi arbitrali ai quali faccio riferimento nelle presenti conclusioni sono disponibili sul sito Internet dell'UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>. Farò inoltre riferimento a lodi arbitrali pronunciati su TBI tra Stati membri e paesi terzi o anche fra paesi terzi in quanto i principi di diritto internazionale si applicano indistintamente a tutti questi casi.

II. Contesto normativo

A. Trattato FUE

4. L'articolo 18, primo comma, TFUE stabilisce che «[n]el campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità».

5. L'articolo 267, dal primo al terzo comma, TFUE dispone quanto segue:

«La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

- a) sull'interpretazione dei trattati;
- b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte».

6. L'articolo 344 TFUE stabilisce che «[g]li 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 dal trattato stesso».

B. TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia

7. Il TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia è stato concluso il 29 aprile 1991 ed è entrato in vigore il 1° ottobre 1992⁸. La Repubblica di Slovacchia, quale avente diritto della Repubblica federale ceca e slovacca, è succeduta nei diritti e negli obblighi di quest'ultima il 1° gennaio 1993 ed è divenuta membro dell'Unione il 1° maggio 2004.

8. Tale TBI è stato concluso in lingua ceca, inglese e neerlandese; la versione inglese fa fede in caso di divergenze interpretative.

9. L'articolo 2 di detto TBI stabilisce che «[o]gni parte contraente promuove nel suo territorio gli investimenti di investitori della controparte e ammette siffatti investimenti conformemente alle disposizioni del proprio diritto»⁹.

⁸ Il testo è disponibile in lingua inglese su sito Internet dell'UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2650>.

⁹ «Each Contracting Party shall in its territory promote investments by investors of the other Contracting Party and shall admit such investments in accordance with its provisions of law».

10. L'articolo 3 del TBI in parola dispone quanto segue:

«1) Ogni parte contraente garantisce un trattamento giusto ed equo agli investimenti di investitori della controparte e non ne impedirà con misure irragionevoli o discriminatorie il funzionamento, la gestione, l'utilizzo, il godimento o la cessione da parte di tali investitori [¹⁰].

2) Più in particolare, ogni parte contraente concederà a siffatti investimenti piena sicurezza e protezione che, in ogni caso, non saranno meno intense di quelle concesse agli investimenti dei propri investitori o agli investimenti di qualsiasi Stato terzo, a seconda di ciò che è più favorevole all'investitore interessato [¹¹].

3) Le disposizioni del presente articolo non devono essere interpretate nel senso che obbligano ciascuna parte contraente a concedere agli investimenti di investitori della controparte privilegi e vantaggi simili a quelli concessi agli investitori di uno Stato terzo.

a) in forza della partecipazione di quest'ultimo a unioni doganali o economiche o a istituzioni analoghe esistenti o future, (...) [¹²]

4) Ogni parte contraente garantisce il rispetto di qualsiasi impegno assunto nei confronti degli investitori della controparte [¹³].

5) Se le disposizioni del diritto di ciascuna parte contraente o i suoi obblighi di diritto internazionale attualmente vigenti o da stabilire in futuro tra le parti contraenti oltre al presente accordo contengono norme, generali o specifiche, che concedono a investimenti di investitori della controparte un trattamento più favorevole di quello previsto dal presente accordo, tali norme prevalgono sul presente accordo in quanto più favorevoli [¹⁴].».

11. L'articolo 4 dispone che «[c]iascuna parte contraente garantirà il trasferimento dei pagamenti relativi a un investimento. I trasferimenti saranno effettuati in valuta liberamente convertibile senza restrizioni o ritardi ingiustificati (...)» ¹⁵. Il libero trasferimento dei pagamenti comprende, tra l'altro, gli utili, gli interessi e i dividendi.

10 «Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors».

11 «More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments full security and protection which in any case shall not be less than that accorded either to investments of its own investors or to investments of investors of any third State, whichever is more favourable to the investor concerned».

12 «The provisions of this Article shall not be construed so as to oblige either Contracting Party to accord preferences and advantages to investors of the other Contracting Party similar to those accorded to investors of a third State (a) by virtue of membership of the former of any existing or future customs union or economic union, or similar institutions; (...)».

13 «Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of investors of the other Contracting Party».

14 «If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement».

15 «Each Contracting Party shall guarantee that payments related to an investment may be transferred. The transfers shall be made in a freely convertible currency, without undue restriction or delay».

12. L'articolo 5 stabilisce che «[n]essuna parte contraente adotterà misure che privino, direttamente o indirettamente, investitori della controparte dei loro investimenti»¹⁶ salvo che siano soddisfatte tre condizioni, ossia che le misure siano adottate nell'interesse generale e conformemente al procedimento disposto per legge, che tali misure non siano discriminatorie e che siano accompagnate dalla previsione del pagamento di un giusto compenso. Secondo tale disposizione, l'indennizzo deve rappresentare il valore effettivo (*genuine value*) dell'investimento.

13. L'articolo 8 dispone quanto segue:

«1) Qualsiasi controversia tra una parte contraente e un investitore della controparte relativa a un investimento di quest'ultimo è definita, per quanto possibile, in via amichevole [17].

2) Ogni parte contraente accetta, con il presente atto, che una controversia ai sensi del paragrafo 1 del presente articolo sia sottoposta a un collegio arbitrale qualora non sia stata definita in via amichevole entro un termine di sei mesi decorrente dalla data in cui una delle parti della controversia ne ha richiesto la composizione amichevole [18].

3) Il collegio arbitrale di cui al paragrafo 2 del presente articolo è costituito, per ogni singolo caso, nel seguente modo: ogni parte della controversia designa un arbitro e i due arbitri così designati scelgono insieme un terzo arbitro, cittadino di uno Stato terzo, che svolgerà funzioni di presidente del collegio. Ogni parte della controversia designa il proprio arbitro entro due mesi a decorrere dalla data in cui l'investitore ha notificato alla controparte la sua decisione di sottoporre la controversia a un collegio arbitrale, e il presidente è designato entro un termine di tre mesi decorrente dalla medesima data [19].

4) Qualora le designazioni non siano avvenute nei termini suindicati, ogni parte della controversia può invitare il presidente dell'Istituto arbitrale della Camera di commercio di Stoccolma a procedere alle designazioni necessarie. Se il presidente è cittadino di una parte contraente o se si trova nell'impossibilità di esercitare detta funzione per qualsiasi altra ragione, viene invitato a procedere alle designazioni necessarie il vicepresidente. Se il vicepresidente è cittadino di una parte contraente o si trova anch'egli nell'impossibilità di esercitare detta funzione, è invitato a procedere alle designazioni necessarie il membro più anziano dell'Istituto arbitrale che non abbia la cittadinanza di una parte contraente [20].

5) Il collegio arbitrale fissa le proprie regole procedurali conformemente al regolamento arbitrale della (UNCITRAL) [21].

¹⁶ «Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments (...)».

¹⁷ «All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably».

¹⁸ «Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement».

¹⁹ «The arbitral tribunal referred to in paragraph (2) of this Article will be constituted for each individual case in the following way: each party to the dispute appoints one member of the tribunal and the two members thus appointed shall select a national of a third State as Chairman of the tribunal. Each party to the dispute shall appoint its member of the tribunal within two months, and the Chairman shall be appointed within three months from the date on which the investor has notified the other Contracting Party of his decision to submit the dispute to the arbitral tribunal».

²⁰ «If the appointments have not been made in the above mentioned periods, either party to the dispute may invite the President of the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce of Stockholm to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the most senior member of the Arbitration Institute who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments».

²¹ «The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL)».

- 6) Il collegio arbitrale decide secondo diritto, tenendo conto in particolare, ma non in via esclusiva:
- del diritto vigente della parte contraente interessata;
 - delle disposizioni del presente accordo e di qualsiasi altro accordo pertinente tra le parti contraenti;
 - delle disposizioni di accordi speciali relativi all'investimento;
 - dei principi generali del diritto internazionale [²²].
- 7) Il collegio delibera a maggioranza dei voti; la sua decisione è definitiva e obbligatoria per le parti della controversia [²³].».

14. L'articolo 13 dispone quanto segue:

«1) Il presente accordo (...) resta in vigore per un periodo di dieci anni [²⁴].

2) Salvo preavviso di denuncia comunicato da una delle parti contraenti almeno sei mesi prima della data di scadenza della sua validità, il presente accordo sarà rinnovato tacitamente per un periodo di dieci anni, riservandosi, ciascuna parte contraente, il diritto di denunciare l'accordo con preavviso comunicato almeno sei mesi prima della scadenza del presente periodo di validità [²⁵].

3) Per quanto riguarda gli investimenti effettuati prima della data di cessazione del presente accordo, gli articoli precedenti restano in vigore per un periodo supplementare di quindici anni a decorrere da tale data [²⁶].

(...)».

C. Diritto tedesco

15. L'articolo 1040 della Zivilprozessordnung (codice di procedura civile), intitolato «Competenza del collegio arbitrale a statuire sulla propria competenza» dispone quanto segue:

«1) Il collegio può statuire sulla propria competenza, ivi compresa qualsiasi eccezione relativa all'esistenza o alla validità dell'accordo arbitrale. (...)

2) L'eccezione di incompetenza del collegio arbitrale può essere sollevata al più tardi all'atto del deposito del controricorso. (...)

3) Se il collegio arbitrale ritiene di essere competente, statuisce sull'eccezione di cui al paragrafo 2, di regola, con decisione interlocutoria. (...)».

22 «The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: the law in force of the Contracting Party concerned; the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; the provisions of special agreements relating to the investment; the general principles of international law».

23 «The tribunal takes its decision by majority of votes; such decision shall be final and binding upon the parties to the dispute».

24 «The present Agreement (...) shall remain in force for a period of ten years».

25 «Unless notice of termination has been given by either Contracting Party at least six months before the date of the expiry of its validity, the present Agreement shall be extended tacitly for periods of ten years, each Contracting Party reserving the right to terminate the Agreement upon notice of at least six months before the date of expiry of the current period of validity».

26 «In respect of investments made before the date of the termination of the present Agreement the foregoing Articles thereof shall continue to be effective for a further period of fifteen years from that date».

16. L'articolo 1059 del codice di procedura civile, intitolato «Domanda di annullamento» dispone quanto segue:

«1) Il ricorso proposto dinanzi a un tribunale statale avverso un lodo arbitrale può configurarsi soltanto come domanda di annullamento conformemente ai paragrafi 2 e 3.

2) Il lodo arbitrale può essere annullato solo nel caso in cui

1. la parte che presenta il ricorso abbia fondati motivi per sostenere

a) (...) che [l'accordo arbitrale] non è valido in base alla legge alla quale è stato subordinato dalle parti o, in mancanza di indicazioni al riguardo, in base alla legge tedesca o

(...)

2. nel caso in cui il giudice nazionale competente constati

(...)

b) che il riconoscimento o l'esecuzione del lodo porterebbe a un risultato contrario all'ordine pubblico.(...)».

III. Procedimento principale e questioni pregiudiziali

17. L'Achmea BV, già Eureka BV, è un'impresa appartenente a un gruppo assicurativo olandese.

18. Nel quadro di una riforma del sistema sanitario, nel corso del 2004, la Repubblica slovacca ha aperto il mercato slovacco a operatori nazionali e stranieri che offrivano servizi di assicurazione sanitaria privata. Dopo aver ottenuto l'autorizzazione ad operare in qualità di compagnia di assicurazioni malattia, l'Achmea ha costituito in Slovacchia una società controllata (la Union Healthcare), alla quale ha apportato capitali (all'incirca EUR 72 milioni) e per il cui tramite offriva assicurazioni sanitarie private.

19. A seguito di un cambiamento di governo nel 2006, la Repubblica slovacca ha revocato parzialmente la liberalizzazione del mercato delle assicurazioni sanitarie. Essa ha vietato, anzitutto, l'intervento dei mediatori di assicurazioni, successivamente la distribuzione degli utili provenienti dal settore delle assicurazioni malattia e infine la vendita di portafogli assicurativi. Con sentenza del 26 gennaio 2011, l'Ústavný súd Slovenskej republiky (Corte costituzionale della Repubblica slovacca) ha stabilito che il divieto legislativo di distribuire utili era incostituzionale. Con legge di riforma del settore delle assicurazioni malattia, entrata in vigore il 1° agosto 2011, la Repubblica slovacca ha nuovamente autorizzato la distribuzione degli utili.

20. Ritenendo che le misure legislative della Repubblica slovacca costituissero violazione dell'articolo 3, paragrafi 1 e 2, e degli articoli 4 e 5 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia, l'Achmea, sin dall'ottobre 2008, ha avviato un procedimento arbitrale nei confronti di tale Stato, ai sensi dell'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia, e ha chiesto il risarcimento dei danni per EUR 65 milioni.

21. Il collegio arbitrale e le parti hanno convenuto che la CPA svolgesse funzioni di cancelleria e che la lingua processuale fosse l'inglese. Con ordinanza procedurale n. 1, il collegio arbitrale ha fissato la sede dell'arbitrato a Francoforte sul Meno (Germania).

22. Nell'ambito del procedimento arbitrale la Repubblica slovacca ha sollevato un'eccezione di incompetenza del collegio arbitrale. Essa ha sostenuto che il Trattato FUE disciplinava la stessa materia del TBI Paesi bassi/Cecoslovacchia e che, di conseguenza, quest'ultimo doveva essere considerato inapplicabile o cessato conformemente agli articoli 30 e 59 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, del 23 maggio 1969 (in prosieguo: la «Convenzione di Vienna»)²⁷. La Repubblica slovacca ha altresì sostenuto che, pertanto, l'accordo arbitrale previsto all'articolo 8, paragrafo 2, di detto TBI non poteva essere applicato in quanto incompatibile con il Trattato FUE. A tal riguardo, essa ha aggiunto che la Corte è competente in via esclusiva sui ricorsi dell'Achmea e che talune disposizioni di detto TBI, come l'articolo 4 riguardante il libero trasferimento dei pagamenti, sono state dichiarate incompatibili con il Trattato FUE dalla stessa Corte²⁸.

23. Con lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione, il collegio arbitrale ha respinto tale eccezione di incompetenza e si è dichiarato competente²⁹. Il ricorso di annullamento avverso tale lodo, proposto dalla Repubblica slovacca dinanzi ai giudici tedeschi, non è stato accolto.

24. Con lodo arbitrale definitivo del 7 dicembre 2012, il collegio arbitrale ha dichiarato che una parte delle misure adottate dalla Repubblica slovacca, ossia il divieto di distribuzione degli utili³⁰ e il divieto di trasferimenti³¹, violava l'articolo 3 (trattamento giusto ed equo) e l'articolo 4 (libero trasferimento dei pagamenti) del TBI e ha condannato la Repubblica slovacca a versare all'Achmea un risarcimento di importo pari a EUR 22,1 milioni maggiorato degli interessi nonché le spese di arbitrato e gli onorari degli avvocati dell'Achmea³².

25. Dato che la sede dell'arbitrato era a Francoforte sul Meno, la Repubblica slovacca ha proposto un ricorso di annullamento del lodo definitivo dinanzi all'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Tribunale superiore del Land di Francoforte sul Meno, Germania). Poiché detto giudice ha deciso di respingere il ricorso, la Repubblica slovacca ha proposto un'impugnazione avverso tale decisione dinanzi al Bundesgerichtshof (Corte federale di Giustizia, Germania).

26. In tale contesto, la Repubblica slovacca sostiene che il lodo definitivo deve essere annullato in quanto contrario all'ordine pubblico e che l'accordo arbitrale che ha dato luogo a tale lodo è anch'esso nullo e contrario all'ordine pubblico³³.

27. Quanto al fatto che il lodo definitivo è contrario all'ordine pubblico, la Repubblica slovacca sostiene che il collegio arbitrale, che non ha la possibilità di investire la Corte di una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE, non ha tenuto conto di disposizioni di diritto dell'Unione di rango superiore in materia di libera circolazione dei capitali e ha violato i suoi diritti della difesa quando ha determinato l'importo del danno.

27 *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 1155, pag. 331.

28 V. giurisprudenza citata nella nota a piè di pagina n. 5.

29 V. Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione.

30 Secondo la legge n. 530/2007 del 25 ottobre 2007, gli utili ricavati dalle assicurazioni sanitarie dovevano essere utilizzati per soddisfare le esigenze del sistema sanitario del paese. Tale legge è stata dichiarata incostituzionale, dall'Ústavný súd Slovenskej republiky (Corte costituzionale della Repubblica slovacca), ragion per cui il collegio arbitrale ha dichiarato che, contrariamente a quanto eccepito dall'Achmea, il divieto di distribuzione degli utili non costituiva un'espropriazione del suo investimento. V. Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo definitivo del 7 dicembre 2012, punto 288.

31 La legge n. 192/2009 del 30 aprile 2009 aveva posto fine alla possibilità per una compagnia di assicurazioni malattia di vendere il suo portafoglio assicurativo a un'altra compagnia di assicurazioni. Inoltre, secondo tale legge, in caso di insolvenza di siffatta società, il suo portafoglio assicurativo doveva essere ceduto a una delle due compagnie di assicurazioni di proprietà dello Stato e ciò senza alcuna contropartita.

32 Il collegio arbitrale ha respinto l'argomento dell'Achmea secondo il quale le misure adottate dalla Repubblica slovacca costituivano un'espropriazione contraria all'articolo 5 di detto TBI.

33 V. articolo 1059, paragrafo 2, punto 1, lettera a), e articolo 1059, paragrafo 2, punto 2, lettera b), del codice di procedura civile.

28. Per quanto riguarda la nullità dell'accordo arbitrale istituito dall'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia, la Repubblica slovacca sostiene che tale accordo è contrario agli articoli 267 e 344 TFUE nonché al principio di non discriminazione sancito all'articolo 18 TFUE.

29. Sebbene il Bundesgerichtshof (Corte federale di Giustizia) non condivida i dubbi espressi dalla Repubblica slovacca riguardo alla compatibilità dell'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia con gli articoli 18, 267 e 344 TFUE, esso ha constatato che la Corte non si era ancora pronunciata su tali questioni e che sarebbe impossibile dedurre la risposta dalla giurisprudenza esistente con sufficiente certezza, tenuto conto soprattutto della posizione della Commissione, intervenuta a sostegno della Repubblica slovacca sia durante l'arbitrato in questione sia nel procedimento di annullamento dinanzi ai giudici tedeschi.

30. Per tali ragioni, il Bundesgerichtshof (Corte federale di Giustizia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 344 TFUE osti all'applicazione di una clausola di un accordo bilaterale in materia di investimenti concluso tra Stati membri dell'Unione (che si è convenuto di denominare "TBI interno all'Unione"), in base alla quale un investitore di uno Stato contraente, in caso di controversie in materia di investimenti nell'altro Stato contraente, può avviare nei confronti di quest'ultimo un procedimento dinanzi a un collegio arbitrale, nel caso in cui l'accordo in materia di investimenti sia stato concluso anteriormente all'adesione dello Stato contraente all'Unione, ma la procedura arbitrale debba essere avviata solo successivamente.

In caso di risposta negativa alla prima questione:

2) Se l'articolo 267 TFUE osti all'applicazione di una clausola di tale tipo.

In caso di risposta negativa alla prima e alla seconda questione:

3) Se l'articolo 18, primo comma, TFUE, nelle circostanze descritte nella prima questione, osti all'applicazione di una clausola di tal genere».

IV. Procedimento dinanzi alla Corte

31. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale è stata depositata dinanzi la Corte il 23 maggio 2016. Hanno presentato osservazioni scritte la Repubblica slovacca, l'Achmea, i governi ceco, estone, greco, spagnolo, cipriota, ungherese, olandese, austriaco, polacco, rumeno e finlandese nonché la Commissione.

32. Il 19 giugno 2016 si è tenuta un'udienza durante la quale hanno presentato osservazioni orali la Repubblica slovacca, l'Achmea, i governi ceco, tedesco, estone, greco, spagnolo, francese, italiano, cipriota, lettone, ungherese, olandese, austriaco, polacco, rumeno e finlandese nonché la Commissione.

V. Analisi

A. Osservazioni preliminari

33. Prima di esaminare le tre questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio, vorrei formulare alcune osservazioni preliminari.

34. Gli Stati membri intervenuti nella causa in esame si dividono in due gruppi. Il primo è formato dalla Repubblica federale di Germania, dalla Repubblica francese, dal Regno dei Paesi Bassi, dalla Repubblica d'Austria e dalla Repubblica di Finlandia, che sono essenzialmente i paesi d'origine degli investitori e, pertanto, in nessun caso o raramente citati come convenuti in procedimenti arbitrali avviati dagli investitori: il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica di Finlandia non sono mai stati citati³⁴, la Repubblica federale di Germania è stata citata in tre casi³⁵ e la Repubblica francese³⁶ nonché la Repubblica d'Austria sono state citate in un solo caso³⁷.

35. Il secondo gruppo è formato dalla Repubblica ceca, dalla Repubblica di Estonia, dalla Repubblica ellenica, dal Regno di Spagna, dalla Repubblica italiana, dalla Repubblica di Cipro, dalla Repubblica di Lettonia, dall'Ungheria, dalla Repubblica di Polonia, dalla Romania e dalla Repubblica slovacca. Tali Stati sono stati tutti citati come convenuti in vari procedimenti arbitrali di investimento interni all'Unione: la Repubblica ceca 26 volte, la Repubblica di Estonia 3 volte, la Repubblica ellenica 3 volte, il Regno di Spagna 33 volte, la Repubblica italiana 9 volte, la Repubblica di Cipro 3 volte, la Repubblica di Lettonia 2 volte, l'Ungheria 11 volte, la Repubblica di Polonia 11 volte, la Romania 4 volte e la Repubblica slovacca 9 volte³⁸.

36. Di fronte a tali realtà economiche, non sorprende che gli Stati membri del secondo gruppo siano intervenuti a sostegno della tesi della Repubblica slovacca, essa stessa convenuta nell'arbitrato di investimento di cui trattasi nella causa in esame.

37. Sorprende invece il fatto che, in questo secondo gruppo, che difende la tesi dell'incompatibilità dei TBI interni all'Unione con i Trattati UE e FUE, solo la Repubblica italiana abbia posto fine ai suoi TBI interni all'Unione fatta eccezione per il TBI Italia/Malta, mentre gli altri Stati membri di detto gruppo li mantengono, tutti o per la maggior parte, in vigore, consentendo così ai propri investitori di beneficiarne. Infatti, gli arbitrati di investimento avviati da investitori di tali Stati membri sono numerosi e sono diretti assai spesso contro un altro Stato membro del medesimo gruppo³⁹.

34 V. statistiche disponibili sul sito Internet de l'Investment Policy Hub dell'UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

35 Si tratta del procedimento arbitrale pendente *Vattenfall AB e a. c/ Repubblica federale di Germania (II)* (caso ICSID n. ARB/12/12) avviato da un investitore svedese in base al trattato sulla Carta dell'energia e di procedimenti arbitrali oggetto di una transazione, ossia *Ashok Sancheti c/ Repubblica federale di Germania* avviato da un investitore indiano in base al TBI Germania/India e *Vattenfall AB e a. c/ Repubblica federale di Germania (I)* (caso ICSID n. ARB/09/6), avviato da un investitore svedese in base al trattato sulla Carta dell'energia.

36 Si tratta del procedimento arbitrale pendente *Erbil Serter c/ Repubblica francese* (caso ICSID n. ARB/13/22) avviato da un investitore turco in base al TBI Francia/Turchia.

37 Per quanto riguarda la Repubblica d'Austria, si tratta dell'arbitrato pendente *BV Belegging-Maatschappij Far East c/ Repubblica d'Austria* (caso ICSID n. ARB/15/32) avviato in base al TBI Austria/Malta.

38 V. statistiche disponibili sul sito Internet de l'Investment Policy Hub dell'UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

39 V., segnatamente, *Indrek Kuivallik c/ Repubblica di Lettonia (UNCITRAL)* basato sul TBI Estonia/Lettonia, *UAB E energija c/ Repubblica di Lettonia* (caso ICSID n. ARB/12/33) basato sul TBI Lituania/Lettonia, *Spółdzielnia Pracy Muszynianka c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL)* basato sul TBI Polonia/Slovacchia, *ČEZ a.s. c/ Repubblica di Bulgaria* (caso ICSID n. ARB/16/24) e *ENERGO-PRO a.s. c/ Repubblica di Bulgaria* (caso ICSID n. ARB/15/19) basati sul TBI Repubblica ceca/Bulgaria, *Poštová banka, a.s. e Istrokapital SE c/ Repubblica ellenica* (caso ICSID n. ARB/13/8) basato sui TBI Grecia/Slovacchia e Grecia/Cipro, *MOL Hungarian Oil and Gas Company plc c/ Repubblica di Croazia* (caso ICSID n. ARB/13/32) basato sul TBI Ungheria/Croazia, *Theodoros Adamakopoulos e a. c/ Repubblica di Cipro* (caso ICSID n. ARB/15/49), *Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. c/ Repubblica ellenica* (caso ICSID n. ARB/14/16) e *Marfin Investment Group Holdings SA e a. c/ Repubblica di Cipro* (caso ICSID n. ARB/13/27) basati sul TBI Grecia/Cipro, *WCV Capital Ventures Cyprus Limited e Channel Crossings Limited c/ Repubblica ceca (UNCITRAL)*, *Forminster Enterprises Limited c/ Repubblica ceca (UNCITRAL)* e *WA Investments-Europa Nova Limited c/ Repubblica ceca (UNCITRAL)* basati sul TBI Repubblica ceca /Cipro, *Juvel Ltd and Bithell Holdings Ltd. c/ Repubblica di Polonia (CCI)* e *Seventhsun Holding Ltd e a. c/ Repubblica di Polonia (CCS)* basati sul TBI Cipro/Polonia, *Natland Investment Group NV e a. c/ Repubblica ceca (UNCITRAL)* basato, tra gli altri, sul TBI Cipro/Repubblica ceca, *Mercuria Energy Group c/ Repubblica di Polonia (CCS)* basato sul trattato sulla Carta dell'energia che vincola la Repubblica di Cipro e la Repubblica di Polonia, *Vigotop Limited c/ Ungheria* (caso ICSID n. ARB/11/22) basato sul TBI Cipro/Ungheria, *Impresa Grassetto SpA in liquidazione c/ Repubblica di Slovenia* (caso ICSID n. ARB/13/10) basato sul TBI Italia/Slovenia, *Marco Gavazzi e Stefano Gavazzi c/ Romania* (caso ICSID n. ARB/12/25), basato sul TBI Italia-Romania, nonché *Luigiterzo Bosca c/ Repubblica di Lituania* (caso CPA n. 2011-05) basato sul TBI Italia/Lituania.

38. Interpellata in udienza sul motivo per cui non denunciava almeno i TBI conclusi con gli Stati membri che, nella causa in esame, sostenevano ugualmente l'incompatibilità di tali trattati con il diritto dell'Unione⁴⁰, la Repubblica slovacca ha fatto valere l'obiettivo di evitare che i propri investitori fossero vittime di discriminazioni rispetto agli investitori di altri Stati membri negli Stati membri con i quali essa non avrebbe più potuto avvalersi di un TBI. Tuttavia, tale preoccupazione non le ha impedito di porre fine al proprio TBI con la Repubblica italiana. Contemporaneamente, gli investitori della Repubblica slovacca continuano a beneficiare dei TBI conclusi con Stati membri del medesimo gruppo, come dimostra il procedimento arbitrale Poštová banka, a.s. e Istrokapital SE c/ Repubblica ellenica (caso ICSID n. ARB/13/8).

39. Mi interessa anche la tesi della Commissione.

40. Infatti, per un periodo assai lungo, la tesi delle istituzioni dell'Unione, compresa la Commissione, consisteva nell'affermare che, lungi dall'essere incompatibili con il diritto dell'Unione, i TBI erano strumenti necessari per preparare l'adesione all'Unione dei paesi dell'Europa centrale e orientale. Gli accordi di associazione conclusi tra l'Unione e i paesi candidati comprendevano, del resto, disposizioni che prevedevano la conclusione di TBI tra gli Stati membri e i paesi candidati⁴¹.

41. In udienza la Commissione ha tentato di spiegare tale evoluzione della sua posizione sull'incompatibilità dei TBI con i Trattati UE e FUE, sostenendo che si trattava di accordi necessari per preparare l'adesione dei paesi candidati. Tuttavia, se detti TBI trovavano giustificazione solo durante il periodo di associazione e ciascuna parte sapeva che tali accordi sarebbero divenuti incompatibili con i Trattati UE e FUE sin dal momento in cui lo Stato terzo interessato fosse divenuto membro dell'Unione, perché i trattati di adesione non hanno previsto di porre fine a tali accordi, lasciando quindi tali Stati in un'incertezza giuridica che perdura per taluni Stati membri da più di 30 anni e per diversi altri Stati da 13 anni?

42. Inoltre, nell'Unione non esistono trattati di investimento solo tra paesi aventi un'economia di mercato e paesi precedentemente caratterizzati da un'economia pianificata⁴² o tra Stati membri e paesi candidati all'adesione⁴³, come ha lasciato intendere la Commissione.

43. Inoltre, tutti gli Stati membri e l'Unione hanno ratificato il trattato sulla Carta dell'energia, firmato a Lisbona il 19 dicembre 1994⁴⁴. Detto trattato multilaterale in materia di investimenti nel settore dell'energia opera anche tra gli Stati membri, in quanto non è stato concluso come accordo tra, da un lato, l'Unione e i suoi Stati membri⁴⁵ e dall'altro, i paesi terzi, ma come accordo multilaterale ordinario

40 Si tratta della Repubblica ellenica, del Regno di Spagna, della Repubblica di Lettonia, dell'Ungheria, della Repubblica di Polonia e della Romania.

41 V. ad esempio, articolo 72, paragrafo 2, primo trattino, dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Ungheria, dall'altra, firmato a Bruxelles, il 16 dicembre 1991 (GU 1993, L 347, pag. 2); articolo 73, paragrafo 2, primo trattino, dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Polonia, dall'altra, firmato a Bruxelles, il 16 dicembre 1991 (GU 1993, L 348, pag. 2); articolo 74, paragrafo 2, secondo trattino, dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Romania, dall'altra, firmato a Bruxelles il 1° febbraio 1993 (GU 1994, L 357, pag. 2); articolo 74, paragrafo 2, secondo trattino, dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica slovacca, dall'altra, firmato a Lussemburgo il 4 ottobre 1993 (GU 1994, L 359, pag. 2), e articolo 85, paragrafo 2, secondo trattino, dell'accordo di stabilizzazione e di associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Croazia, dall'altra, firmato a Lussemburgo 29 ottobre 2001 (GU 2005, L 26, pag. 3).

42 V., segnatamente, i TBI Belgio e Lussemburgo/Cipro, Belgio e Lussemburgo/Malta e Cipro/Malta.

43 V., segnatamente, i TBI Cipro/Malta, Estonia/Lettonia, Estonia/Lituania, Estonia/Polonia, Polonia/Bulgaria, Polonia/Slovacchia, Ungheria/Slovenia, Ungheria/Slovacchia, Ungheria/Polonia, Repubblica ceca/Bulgaria e Repubblica ceca/Lettonia.

44 V. decisione 98/181/CE, CECA, Euratom del Consiglio e della Commissione, del 23 settembre 1997, concernente la conclusione da parte delle Comunità europee del trattato sulla Carta dell'energia e del protocollo della Carta dell'energia sull'efficienza energetica e sugli aspetti ambientali correlati (GU 1998, L 69, pag. 1).

45 La Repubblica italiana ha denunciato di recente tale trattato citando un'analisi complessiva dei costi risultanti dai contributi finanziari per la sua partecipazione a varie organizzazioni internazionali, compreso il segretariato della Carta dell'energia avente la sede a Bruxelles. V. https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/002/788/2015_06_03_-_audizione_risposte_senatori_-_VICARI.pdf, pag. 7.

al quale tutte le parti contraenti partecipano su un piano di parità. 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.

44. Aggiungo che il rischio sistemico per l'uniformità e l'efficacia del diritto dell'Unione eventualmente posto, secondo la Commissione, dai TBI interni all'Unione è decisamente esagerato. Le statistiche dell'UNCTAD⁴⁶ dimostrano che su 62 procedimenti arbitrari interni all'Unione, conclusi nell'arco di vari decenni, gli investitori hanno vinto la causa solo in 10 casi⁴⁷, il che rappresenta il 16,1% di detti 62 casi, ossia una percentuale notevolmente inferiore al 26,9% di «vittorie» per gli investitori a livello mondiale⁴⁸.

45. I collegi arbitrari hanno offerto alla Commissione ampie possibilità di intervenire negli arbitrati e, a quanto mi consta, in nessuno di questi 10 casi, i collegi arbitrari sono stati indotti a controllare la validità degli atti dell'Unione o la compatibilità di atti degli Stati membri con riferimento al diritto dell'Unione. Nelle loro osservazioni scritte vari Stati membri nonché la Commissione hanno menzionato un unico esempio, ossia l'arbitrato Ioan Micula e a. c/ Romania (caso ICSID n. ARB/05/20), che avrebbe dato luogo a un lodo arbitrale asseritamente incompatibile con il diritto dell'Unione. Anche se tale esempio, a mio avviso, non è pertinente nel caso di specie⁴⁹, il fatto che esista un unico esempio conferma la mia idea secondo la quale il timore di taluni Stati membri e della Commissione di un rischio sistemico eventualmente creato dai TBI interni all'Unione è decisamente esagerato.

46. Infine, occorre sottolineare che, a partire dall'adesione della Repubblica slovacca all'Unione, il TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia non rientra più nell'ambito di applicazione dell'articolo 351 TFUE⁵⁰.

47. Tuttavia, ciò non implica che detto TBI sia divenuto automaticamente caduco o incompatibile con i Trattati UE e FUE. Come ha dichiarato la Corte, «le disposizioni di una convenzione stipulata tra due Stati membri non possono applicarsi nei rapporti fra gli Stati stessi qualora si rivelassero in contrasto con le norme del Trattato [FUE]»⁵¹. In altri termini, le disposizioni di siffatta convenzione sono applicabili tra gli Stati membri nella misura in cui siano compatibili con i Trattati UE e FUE.

48. Occorre quindi esaminare se l'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia sia incompatibile con il Trattato FUE e in particolare con i suoi articoli 18, 267 e 344 TFUE.

46 V. il suo sito Internet <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

47 V. Eastern Sugar BV c/ Repubblica ceca (UNCITRAL) (caso della Camera di commercio di Stoccolma CCS n. 088/2004), lodo parziale del 27 marzo 2007; Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo definitivo del 7 dicembre 2012; Les Laboratoires Servier, SAS e a. c/ Repubblica di Polonia (CPA), lodo del 14 febbraio 2012; EDF International SA c/ Ungheria (caso CPA), lodo del 3 dicembre 2014; EDF International SA c/ Ungheria, lodo del 3 dicembre 2014; Dan Cake (Portugal) SA c/ Ungheria (caso ICSID n. ARB/12/9), decisione del 24 agosto 2015 sulla competenza e sulla responsabilità; Edenred SA c/ Ungheria (caso ICSID n. ARB/13/21), lodo del 13 dicembre 2016; Eiser Infrastructure Limited e Energia Solar Luxembourg Sàrl c/ Regno di Spagna (caso ICSID n. ARB/13/36), lodo del 4 maggio 2017; Horthel Systems BV e.a. c/ Repubblica di Polonia (caso CPA n. 2014-31) lodo pronunciato nel 2017, nonché Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi c/ Romania (caso ICSID n. ARB/12/25) lodo del 13 luglio 2017.

48 V. statistiche dell'UNCTAD disponibili sul suo sito Internet <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

49 Non si trattava di una controversia rientrante in un TBI interno all'Unione in quanto la Romania non aveva ancora aderito all'Unione nel 2005, momento in cui l'arbitrato è stato avviato e in cui la controversia si è cristallizzata. Pertanto, il diritto dell'Unione non era applicabile ai fatti oggetto di tale procedimento arbitrale.

50 V. sentenza dell'8 settembre 2009, *Budějovický Budvar (C-478/07, EU:C:2009:521, punti da 97 a 99)* che riguardava trattati bilaterali, conclusi l'11 giugno 1976 e il 7 giugno 1979 tra la Repubblica d'Austria e la Repubblica socialista cecoslovacca. All'epoca dei fatti della causa che ha dato luogo a tale sentenza, la Repubblica d'Austria era già uno Stato membro mentre la Repubblica ceca non lo era, ma l'adesione di quest'ultima all'Unione è avvenuta in corso di causa.

51 Sentenza del 20 maggio 2003, *Ravil (C-469/00, EU:C:2003:295, punto 37)*. V. anche, in tal senso, sentenza del 10 novembre 1992, *Exportur (C-3/91, EU:C:1992:420, punto 8)*. Tale posizione è conforme all'articolo 30, paragrafo 3, della Convenzione di Vienna, secondo il quale «[q]uando tutte le parti del trattato anteriore sono del pari parti del trattato posteriore, senza che il trattato anteriore abbia avuto termine o la sua applicazione sia stata sospesa in base all'articolo 59, il trattato anteriore non si applica che nella misura in cui le sue disposizioni siano compatibili con quelle del trattato posteriore». V., in tal senso, *Electrabel SA c/ Ungheria (caso ICSID n. ARB/07/19)*, decisione del 30 novembre 2012 sulla competenza, sul diritto applicabile e sulla responsabilità, punti da 4.182 a 4.191.

B. Sulla terza questione pregiudiziale

49. Propongo di esaminare le tre questioni nell'ordine inverso a quello proposto dal giudice del rinvio, in quanto sarà inutile rispondere alla prima e alla seconda questione, qualora l'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia costituisca una discriminazione in base alla nazionalità vietata dall'articolo 18 TFUE.

50. Con la terza questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'articolo 18 TFUE debba essere interpretato nel senso che osta a un meccanismo di ISDS come quello istituito dall'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia e che conferisce agli investitori olandesi il diritto di ricorrere all'arbitrato internazionale contro la Repubblica slovacca, diritto di cui non beneficiano gli investitori di altri Stati membri.

1. Sulla ricevibilità

51. L'Achmea nonché i governi olandese, austriaco e finlandese contestano la ricevibilità di tale questione in quanto essa non è pertinente ai fini della soluzione della controversia nel procedimento principale, dato che l'Achmea non lamenta affatto di essere stata discriminata. Al contrario, se l'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia avesse costituito una discriminazione, l'Achmea ne avrebbe beneficiato.

52. A mio avviso, tale eccezione di irricevibilità deve essere respinta poiché la risposta alla terza questione è necessaria al fine di valutare la compatibilità dell'articolo 8 di detto TBI con i Trattati UE e FUE.

53. Il giudice del rinvio è investito di un ricorso di annullamento del lodo definitivo del 7 dicembre 2012 pronunciato nel procedimento arbitrale Achmea BV (già Eureka BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13) per, tra gli altri motivi, invalidità della clausola compromissoria sulla quale il collegio arbitrale ha fondato la sua competenza. In tal senso, ha poca importanza il fatto che l'Achmea sia o non sia vittima di una discriminazione.

2. Nel merito

54. In via preliminare, osservo che vari intervenienti nonché la Commissione rilevano che con la terza questione, il giudice del rinvio non dovrebbe avere come obiettivo l'articolo 18 TFUE, bensì gli articoli 49 TFUE e 63 TFUE che costituiscono, rispetto all'articolo 18 TFUE, norme speciali.

55. Infatti, è pacifico che «l'articolo 18 TFUE è destinato ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione per le quali il Trattato non stabilisca regole specifiche di non discriminazione»⁵².

56. Tuttavia, il meccanismo di ISDS istituito dall'articolo 8 di detto TBI non rientra nell'ambito di applicazione *ratione materiae* né della libertà di stabilimento né della libera circolazione dei capitali né di un'altra disposizione del Trattato FUE, in quanto il diritto dell'Unione non istituisce mezzi di ricorso che consentano ai singoli di citare gli Stati membri dinanzi alla Corte⁵³.

52 Sentenza del 5 febbraio 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2014:47, punto 25). V. anche, in tal senso, sentenza dell'11 marzo 2010, *Attanasio Group* (C-384/08, EU:C:2010:133, punto 37 e giurisprudenza ivi citata).

53 V. paragrafo 205 delle presenti conclusioni.

57. Inoltre, come spiegherò ai paragrafi da 183 a 198 e da 210 a 228 delle presenti conclusioni, l'ambito di applicazione materiale di detto TBI va ben oltre i limiti della libertà di stabilimento sancita all'articolo 49 TFUE e della libera circolazione dei capitali sancita all'articolo 63 TFUE.

58. Ciò viene illustrato nel caso di specie in cui il collegio arbitrale ha dichiarato, nel lodo definitivo, che nell'adottare i divieti di trasferimento e di distribuzione degli utili⁵⁴, la Repubblica slovacca aveva violato l'articolo 3 (trattamento giusto ed equo) e l'articolo 4 (libero trasferimento dei pagamenti) di detto TBI. Mentre l'articolo 4 di detto TBI corrisponde in sostanza all'articolo 63 TFUE, l'articolo 3 del medesimo TBI non ha disposizioni equivalenti nel diritto dell'Unione, nonostante la sua parziale sovrapposizione a diverse disposizioni del diritto dell'Unione⁵⁵.

59. Occorre quindi esaminare la compatibilità dell'articolo 8 di detto TBI con il principio generale del diritto dell'Unione, enunciato all'articolo 18 TFUE, che vieta le discriminazioni in base alla nazionalità.

60. Al riguardo, la Repubblica slovacca, i governi estone, greco, spagnolo, italiano, cipriota, ungherese, polacco e rumeno nonché la Commissione sostengono che le disposizioni sostanziali di detto TBI, compreso il suo articolo 8, sono discriminatorie in quanto concedono, nel caso in esame, un trattamento preferenziale agli investitori del Regno dei Paesi Bassi che hanno investito nella Repubblica slovacca, mentre gli investitori degli Stati membri che non hanno concluso un TBI con la Repubblica slovacca⁵⁶ non beneficiano di tale trattamento⁵⁷.

61. Si impone un'osservazione preliminare sull'eventuale portata della presunta discriminazione. La Repubblica slovacca ha concluso un TBI con la maggior parte degli Stati membri, ossia il Regno del Belgio, la Repubblica di Bulgaria, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica di Croazia, la Repubblica di Lettonia, il Granducato di Lussemburgo, l'Ungheria, la Repubblica di Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Polonia, la Repubblica portoghese, la Romania, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica di Finlandia, il Regno di Svezia e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord. Detti TBI sono attualmente in vigore.

62. È vero che gli investitori di tali Stati membri non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia. Tuttavia, i TBI conclusi con la Repubblica slovacca dai loro Stati membri di origine prevedono tutti l'arbitrato internazionale quale modalità di ISDS. Non sussiste quindi alcuna differenza di trattamento nei loro confronti.

63. La Repubblica slovacca ha concluso un TBI anche con la Repubblica ceca e con la Repubblica italiana, ma le parti hanno posto fine a tali accordi⁵⁸. Se sussiste quindi una differenza di trattamento nei confronti degli investitori cechi e italiani, ciò avviene in quanto i loro Stati membri hanno deciso di revocare tale beneficio riconosciuto loro proprio dal TBI.

54 V. paragrafo 24 delle presenti conclusioni.

55 V. paragrafi da 213 a 216 delle presenti conclusioni.

56 Tale argomento rafforza la tesi della mancanza di contrasto fra i Trattati UE e FUE e detto TBI che esporrò ai paragrafi da 174 a 228 delle presenti conclusioni in quanto esso implica che, in via di principio, la tutela giuridica concessa da quest'ultimo agli investitori olandesi in Slovacchia è superiore e quindi complementare alla tutela concessa a tali investitori dai Trattati UE e FUE. Il diritto dell'Unione vieta la discriminazione, da parte di uno Stato membro, nei confronti di un cittadino di un altro Stato membro solo in relazione a quanto il primo Stato membro concede ai propri cittadini. Per contro, sia le discriminazioni inverse che i vantaggi concessi ai cittadini di un altro Stato membro non sono presi in considerazione o non sono incompatibili con il diritto dell'Unione.

57 Nessuna delle parti intervenute nella presente causa ha sostenuto che vi sia una discriminazione tra gli investitori esteri e gli investitori nazionali. A mio avviso, tale differenza non costituisce una discriminazione, in quanto essa risponde al duplice motivo di interesse generale diretto, da un lato, all'istituzione, su base di reciprocità, di un ambito di tutela per gli investimenti olandesi in Slovacchia e gli investimenti slovacchi nei Paesi Bassi e, dall'altro, a incoraggiare e promuovere gli investimenti tra tali due paesi. V., in tal senso, punti da 37 a 40 della decisione n. 2017-749-DC del Conseil constitutionnel, del 31 luglio 2017, sull'accordo economico e sociale globale tra il Canada, da un lato, e l'Unione europea e i suoi Stati membri dall'altro (JORF del 18 agosto 2017, testo 1)

58 Rimane sempre la questione se, grazie a una clausola *sunset*, detti TBI continuino a produrre effetti per gli investimenti effettuati durante il periodo in cui essi erano in vigore.

64. In tale contesto, gli investitori estoni, irlandesi, ciprioti e lituani non beneficiano di una disposizione equivalente all'articolo 8 di detto TBI nei confronti della Repubblica slovacca, salvo che per gli investimenti nel settore dell'energia, caso in cui il trattato sulla Carta dell'energia offre loro siffatta opportunità.

65. A mio avviso, anche per tali investitori, non esiste alcuna discriminazione vietata dal diritto dell'Unione.

66. Infatti, la Corte ha già trattato la questione se possa esistere discriminazione nei confronti di un cittadino di uno Stato membro impegnatosi in un investimento transfrontaliero quando lo Stato membro che ospita l'investimento non gli concede un vantaggio (fiscale) che concede ai cittadini di un altro Stato membro in base a un accordo bilaterale concluso – con quest'ultimo.

67. La causa che ha dato luogo alla sentenza del 5 luglio 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424)⁵⁹ riguardava il rifiuto delle autorità olandesi di concedere il beneficio di uno sgravio in materia di imposta sul patrimonio a un cittadino tedesco che aveva investito in beni immobili situati nei Paesi Bassi. Il sig. D. affermava l'esistenza di una discriminazione in quanto tale vantaggio era concesso ai cittadini belgi che avevano effettuato investimenti analoghi nei Paesi Bassi e ciò in forza degli articoli 24 e 25 della convenzione firmata il 19 ottobre 1970 tra il governo del Regno del Belgio e il governo del Regno dei Paesi Bassi, volta a evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e a disciplinare talune altre questioni in materia tributaria (in prosieguo: la «CDI Paesi Bassi/Belgio»).

68. La Corte ha anzitutto ricordato che «la (...) questione sollevata dal giudice del rinvio parte dalla premessa che un non residente, quale il sig. D., non si trova in una situazione analoga a quella di un residente nei Paesi Bassi. La questione mira ad accertare se la situazione del sig. D. possa essere paragonata a quella di un altro non residente che fruisca di un trattamento particolare in forza di una convenzione volta a prevenire la doppia imposizione»⁶⁰.

69. Al riguardo, la Corte ha dichiarato che «[i]l fatto che [i] diritti e [gli] obblighi reciproci [istituiti dalla CDI Paesi Bassi/Belgio] si applichino soltanto a persone residenti in uno dei due Stati membri contraenti è una conseguenza insita nelle convenzioni bilaterali volte a prevenire la doppia imposizione. Ne consegue che un soggetto passivo residente in Belgio non si trova nella stessa situazione di un soggetto passivo residente al di fuori del Belgio per quanto concerne l'imposta patrimoniale calcolata sulla base di beni immobili situati nei Paesi Bassi»⁶¹.

70. La Corte ha poi aggiunto che «[u]na norma come quella prevista all'articolo 25, paragrafo 3, della convenzione belgo-olandese non può essere considerata come un'agevolazione che possa essere separata dal resto della convenzione, ma ne costituisce parte integrante e contribuisce al suo equilibrio generale»⁶².

71. Risulta chiaramente da tale sentenza che non solo il Trattato FUE non contiene la clausola della nazione più favorita (NPF) come quella contenuta in detto TBI al suo articolo 3, paragrafo 2⁶³, ma anche che non sussiste alcuna discriminazione quando uno Stato membro non concede ai cittadini di altro Stato membro il trattamento che esso concede per convenzione ai cittadini di un terzo Stato membro.

59 V. anche, in tal senso, sentenze del 12 dicembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, EU:C:2006:773, punti 84 e da 88 a 93); del 20 maggio 2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, punti 50 e 51), nonché del 30 giugno 2016, *Riskin e Timmermans* (C-176/15, EU:C:2016:488, punto 31).

60 Punto 58 di detta sentenza.

61 Punto 61 di detta sentenza.

62 Punto 62 di detta sentenza.

63 V. paragrafi 200 e 201 delle presenti conclusioni.

72. Il fatto che il Trattato FUE non contenga alcuna clausola NPF è confermato dalla giurisprudenza della Corte sull'articolo 18 TFUE secondo la quale «[l'articolo 18 TFUE] impone la completa parità di trattamento per soggetti che si trovino in una situazione disciplinata dal diritto [dell'Unione], *rispetto ai cittadini dello Stato membro*»⁶⁴, vale a dire i suoi cittadini.

73. A mio avviso, l'analogia tra la causa in esame e la causa che ha dato luogo alla sentenza del 5 luglio 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424) è perfetta in quanto il confronto effettuato dalla Repubblica slovacca e dalla Commissione riguarda ugualmente due investitori non slovacchi, uno (nella specie olandese) che beneficia della tutela sostanziale concessa da detto TBI e l'altro che non ne beneficia.

74. Infatti, al pari della CDI Paesi Bassi/Belgio, detto TBI è un trattato internazionale la cui «sfera di applicazione (...) è limitata alle persone fisiche o giuridiche in essa menzionate»⁶⁵, ossia le persone fisiche aventi la cittadinanza di una delle parti contraenti e le persone giuridiche costituite conformemente al loro diritto⁶⁶.

75. In tal senso, il fatto che i diritti e gli obblighi reciproci istituiti da detto TBI si applichino soltanto a investitori di uno dei due Stati membri contraenti è una conseguenza intrinseca alla natura bilaterale dei TBI. Ne deriva che un investitore non olandese non si trova nella medesima situazione di un investitore olandese per quanto riguarda un investimento effettuato in Slovacchia.

76. Inoltre, al pari dell'articolo 25, paragrafo 3, della CDI Paesi Bassi/Belgio al quale fa riferimento la Corte al punto 62 della sentenza del 5 luglio 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), l'articolo 8 di detto TBI non è un'agevolazione che possa essere separata dal resto di detto TBI, ma ne costituisce parte integrante a tal punto che un TBI senza il meccanismo di ISDS non avrebbe alcun senso in quanto non conseguirebbe il suo scopo consistente nell'incentivare e nell'attrarre l'investimento straniero.

77. Infatti, come è stato dichiarato dalla Corte al punto 292 del parere 2/15 (Accordo di libero scambio con Singapore), del 16 maggio 2017 (EU:C:2017:376), la disposizione dell'accordo di libero scambio con Singapore, che istituisce l'arbitrato internazionale come meccanismo di ISDS «non può avere carattere puramente ausiliario». Secondo una giurisprudenza arbitrale costante, il diritto degli investitori di ricorrere all'arbitrato internazionale è la disposizione più importante dei TBI in quanto, nonostante il suo contenuto procedurale, costituisce di per sé una garanzia indispensabile che incentiva e tutela gli investimenti⁶⁷. Non sorprende quindi il fatto che i «vecchi» TBI⁶⁸ che non contengono un meccanismo ISDS equivalente all'articolo 8 di detto TBI non siano stati particolarmente utili agli investitori.

64 Sentenza del 2 febbraio 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, punto 10). Il corsivo è mio. V. anche, in tal senso, sentenza del 6 settembre 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punti da 29 a 33) in cui la situazione del sig. Petruhhin è stata paragonata a quella di un cittadino del suo Stato membro ospitante.

65 Sentenza del 5 luglio 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, punto 54).

66 V. articolo 1, lettera b), di detto TBI.

67 V., in tal senso, Emilio Agustín Maffezini c/ Regno di Spagna (caso ICSID n. ARB/97/7), decisione del collegio del 25 gennaio 2000 sulle eccezioni di incompetenza, punti 54 e 55, Gas Natural SDG SA c/ Repubblica argentina (caso ICSID n. ARB/03/10), decisione del collegio del 17 giugno 2005 sulle eccezioni di incompetenza, punto 31, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA e InterAguas Servicios Integrales del Agua SA c/ Repubblica argentina (caso ICSID n. ARB/03/17), decisione del 16 maggio 2006 sulla competenza, punto 59, Eastern Sugar BV c/ Repubblica ceca (UNCITRAL) (caso CCS n. 088/2004), lodo parziale del 27 marzo 2007, punti 165 e 166, Binder c/ Repubblica ceca (UNCITRAL), lodo del 6 giugno 2007 sulla competenza, punto 65, Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL), decisione del 30 aprile 2010 sulla competenza, punti 77 e 78, Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione, punto 264, WNC Factoring Ltd c/ Repubblica ceca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2014-34), lodo del 22 febbraio 2017, punto 300, Anglia Auto Accessories Limited c/ Repubblica ceca (caso CCS V 2014/181), lodo definitivo del 10 marzo 2017, punto 116, I.P. Busta e J.P. Busta c/ Repubblica ceca (caso CCS V 2015/014), lodo definitivo del 10 marzo 2017, punto 116.

68 V., ad esempio, i TBI Germania/Grecia (1961), Italia/Malta (1967), Germania/Malta (1974), Francia/Malta (1976) e Germania/Portogallo (1980).

78. La Commissione pretende tuttavia di distinguere la causa in esame dalla causa che ha dato luogo alla sentenza del 5 luglio 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424) in base alla materia tributaria oggetto di quest'ultima⁶⁹.

79. A mio avviso, tale distinzione non è molto convincente. Rilevo anzitutto che i TBI sono simili a convenzioni volte a prevenire la doppia imposizione in quanto riguardano le medesime attività economiche, al contempo l'ingresso e l'uscita di capitali. Infatti, uno Stato può favorire l'ingresso di capitale estero nel suo territorio concedendo un livello elevato di tutela giuridica all'investimento nell'ambito di un TBI nonché concedendo vantaggi fiscali⁷⁰. Come nelle convenzioni preventive della doppia imposizione, che non sono mai state ritenute in via di principio incompatibili con i Trattati UE e FUE, la reciprocità degli impegni assunti dagli Stati è una componente essenziale dei TBI⁷¹.

80. Inoltre, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, le convenzioni preventive della doppia imposizione tra gli Stati membri non hanno come base giuridica l'articolo 293, secondo trattino, CE. Se così fosse, su quale articolo si dovrebbero fondare quelle negoziate attualmente dagli Stati, dato che l'articolo 293 CE non rientra nel Trattato di Lisbona?

81. Ciò detto, non si esclude la possibilità di sostituire i TBI interni all'Unione con un solo TBI multilaterale o con un atto dell'Unione, in base alla ripartizione delle competenze tra l'Unione e i suoi Stati membri, che sarebbe applicabile agli investitori di tutti gli Stati membri, come hanno proposto, con il loro *non-paper* (documento informale) del 7 aprile 2016, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica francese, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria e la Repubblica di Finlandia⁷².

82. Per tali ragioni, propongo alla Corte di rispondere alla terza questione che un meccanismo di ISDS come quello istituito dall'articolo 8 di detto TBI, che conferisce agli investitori olandesi il diritto di ricorrere all'arbitrato internazionale nei confronti della Repubblica slovacca non costituisce una discriminazione in base alla nazionalità vietata dall'articolo 18 TFUE.

83. La Corte dovrà esaminare la prima e la seconda questione pregiudiziale solo nel caso in cui concordi con la risposta suggerita.

C. Sulla seconda questione pregiudiziale

84. Con la seconda questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede se l'articolo 267 TFUE, in quanto chiave di volta del sistema giurisdizionale dell'Unione che garantisce l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati UE e FUE e l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, osti all'applicazione di una disposizione quale l'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia.

69 La Commissione tenta di dimostrare che, a differenza della tutela degli investimenti, la materia tributaria è rimasta di competenza puramente nazionale, citando in particolare la sentenza del 16 luglio 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471) che, insieme ad altre, non vieta la doppia imposizione giuridica. Rilevo che le convenzioni contro la doppia imposizione hanno precisamente lo scopo di conferire tale tutela non offerta dai Trattati UE e FUE. Lo stesso vale per i TBI, in quanto il diritto dell'Unione interviene essenzialmente, nel caso della tutela degli investimenti come in quello della fiscalità diretta, soltanto mediante le disposizioni sulle grandi libertà di circolazione.

70 La convenzione tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica socialista cecoslovacca diretta a evitare la doppia imposizione e per la prevenzione dell'elusione fiscale in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio, firmata a Praga il 4 marzo 1974, prevede il 10% di ritenuta alla fonte sui dividendi, lo 0% sugli interessi e il 5% sui canoni.

71 Gli Stati negoziano, in tali trattati, vari elementi, come la nozione di investimento, l'applicazione o meno della clausola NPF al meccanismo ISDS, la presenza o meno di una clausola di *carve-out* per le misure fiscali e la durata della clausola *sunset*.

72 Disponibile sul sito Internet del Transnational Institute https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf. È quanto è stato fatto in materia fiscale attraverso alcune direttive quali le direttive 2003/49/CE del Consiglio, del 3 giugno 2003, concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi (GU 2003, L 157, pag. 49), 2009/133/CE del Consiglio, del 19 ottobre 2009, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri (GU 2009, L 310, pag. 34) e 2011/96/UE del Consiglio, del 30 novembre 2011, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (GU 2011, L 345, pag. 8) che costituiscono in realtà convenzioni multilaterali preventive della doppia imposizione assai più che misure di armonizzazione.

85. Esamino tale questione prima di esaminare la prima, in quanto ritengo che un collegio arbitrale costituito conformemente all'articolo 8 di detto TBI si configuri come un giudice ai sensi dell'articolo 267 TFUE, comune a due Stati membri, ossia il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica di Slovacchia, e quindi autorizzato a chiedere alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale. Ciò implicherebbe automaticamente la mancanza di qualsiasi incompatibilità con l'articolo 344 TFUE, oggetto della prima questione pregiudiziale.

86. Secondo una giurisprudenza costante, affinché un organo giurisdizionale presenti le caratteristiche di una «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, occorre tener conto di un insieme di elementi, ossia «il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente»⁷³. È inoltre necessario che «dinanzi a [esso sia] pendente una lite e [che esso sia stato] chiamat[o] a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale»⁷⁴.

87. Secondo tali criteri, i collegi arbitrali non sono automaticamente esclusi dalla nozione di «giurisdizione di uno Stato membro» ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Infatti, anche se ha rifiutato più volte di rispondere a una questione pregiudiziale sollevata da arbitri⁷⁵, la Corte, in base a un esame del singolo caso, ha altresì dichiarato ricevibili le questioni pregiudiziali presentate da tribunali arbitrali nelle cause che hanno dato luogo alle sentenze del 17 ottobre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* (109/88, EU:C:1989:383), e del 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754) nonché all'ordinanza del 13 febbraio 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92).

88. Gli ultimi due casi lasciano intravedere un'apertura dei criteri di ricevibilità verso l'arbitrato privato-Stato (sentenza del 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, EU:C:2014:1754)⁷⁶ e verso l'arbitrato internazionale (ordinanza del 13 febbraio 2014, *Merck Canada*, C-555/13, EU:C:2014:92)⁷⁷.

89. Esaminerò pertanto le caratteristiche dei collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI alla luce dei criteri enunciati al paragrafo 86 delle presenti conclusioni. A mio avviso, tutti questi criteri sussistono nella fattispecie⁷⁸.

73 Sentenza del 31 gennaio 2013, *Belov* (C-394/11, EU:C:2013:48, punto 38 e giurisprudenza ivi citata). V. anche, in tal senso, sentenze del 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, punto 23), e del 6 ottobre 2015, *Consorci Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, punto 17).

74 Sentenza del 31 gennaio 2013, *Belov* (C-394/11, EU:C:2013:48, punto 39 e giurisprudenza ivi citata). V. anche, in tal senso, sentenza del 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, punto 23).

75 V., segnatamente, sentenze del 23 marzo 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107), e del 27 gennaio 2005, *Denuit e Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69).

76 Si trattava di un arbitrato fra un contribuente e la Repubblica portoghese in materia tributaria.

77 Si trattava di un arbitrato in materia di brevetti farmaceutici, internazionale nel senso che contrapponeva una società canadese a due società portoghesi, a una società inglese, a una società greca e a una società olandese.

78 V., in tal senso, Basedow, J., «EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice», 2015, vol. 32(4), *Journal of International Arbitration*, pag. 367, Paschalidis, P., «Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice», 2016, *Arbitration International*, pag. 1; Szpunar, M., «Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU», pubblicato in Ferrari, F. (a cura di), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, JurisNet, 2017, pagg. da 85 a 123.

1. Il fondamento legale dei collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI

90. La maggior parte delle cause derivanti da un arbitrato, che sono state sottoposte alla Corte, riguardavano soltanto un particolare tipo di arbitrato, ossia l'arbitrato commerciale denominato «convenzionale» nella giurisprudenza della Corte in quanto la sua base giuridica è una clausola compromissoria inclusa in un contratto di diritto privato⁷⁹.

91. Esistono altri tipi di arbitrato. Oltre agli arbitrati previsti dall'articolo 272 TFUE, esiste l'arbitrato tra Stati basato su una convenzione internazionale⁸⁰ o l'arbitrato fra privati e Stati, assai diversi, questi ultimi due tipi, sul piano del fondamento legale rispetto agli arbitrati fra privati.

92. In quest'ultimo caso, l'origine della competenza del collegio arbitrale non deriva da una legge, bensì da una clausola compromissoria contenuta in un contratto.

93. Così era, in particolare, nel caso dell'arbitrato che ha dato luogo alla sentenza del 23 marzo 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), che riguardava un contratto di «pool» concluso fra più imprese private e aveva ad oggetto, nell'ambito di un programma comune di costruzione di tredici navi officina per la pesca, di ripartire tra loro tutti i contributi finanziari che avrebbero ricevuto da parte del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia (FEAOG). L'arbitro adito conformemente a tale contratto aveva espresso dubbi sulla compatibilità del contratto con il diritto dell'Unione e aveva interpellato la Corte su tale questione.

94. La Corte si è dichiarata «incompetente»⁸¹ affermando che detto arbitro non era un giudice di uno Stato membro ai sensi dell'articolo 267 TFUE, per due ragioni. In primo luogo, «non esisteva, per i contraenti, alcun obbligo, né giuridico, né di fatto, di risolvere le loro liti mediante arbitrato»⁸² in quanto essi avevano effettuato tale scelta in via contrattuale. In secondo luogo, «le pubbliche autorità tedesche non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato e (...) non possono intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro»⁸³.

95. Il fatto che all'origine della competenza del collegio arbitrale vi fosse una clausola compromissoria conclusa in un contratto tra un consumatore e un'agenzia di viaggi è bastato, nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 27 gennaio 2005, Denuit e Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69), per escludere tale collegio dalla nozione di giudice ai sensi dell'articolo 267 TFUE, anche se la clausola compromissoria faceva parte delle condizioni generali imposte dall'agenzia di viaggi e il consumatore non poteva negoziare tale punto.

79 V., segnatamente, le cause che hanno dato luogo alle sentenze del 23 marzo 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107); del 25 luglio 1991, Rich (C-190/89, EU:C:1991:319); del 1° giugno 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269); del 27 gennaio 2005, Denuit e Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69); del 26 ottobre 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675); del 10 febbraio 2009, Allianz e Generali Assicurazioni Generali (C-185/07, EU:C:2009:69); del 13 maggio 2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), nonché del 7 luglio 2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526).

80 Va osservato che alcuni accordi internazionali conclusi tra Stati membri prevedono che il presidente della Corte agisca come autorità di nomina degli arbitri per le controversie tra Stati membri o tra un ente pubblico e tali Stati membri. V., in tal senso, articolo 27 dell'Accordo tra il governo della Repubblica francese e il governo della Repubblica italiana per la realizzazione e lo sfruttamento di una nuova linea ferroviaria tra Lione e Torino, firmato a Roma il 30 gennaio 2012. A mio avviso, detti collegi arbitrali sono anch'essi giudici di uno Stato membro ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

81 A mio avviso, non si tratta di una questione di competenza ma di ricevibilità.

82 V. sentenza del 23 marzo 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, punto 11). V. anche, in tal senso, sentenza del 27 gennaio 2005, Denuit e Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, punto 13).

83 V. sentenza del 23 marzo 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, punto 12). V. anche, in tal senso, sentenza del 27 gennaio 2005, Denuit e Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, punto 13).

96. Per contro, il fondamento legale di un collegio arbitrale costituito e adito conformemente all'articolo 8 di detto TBI non può essere contestato. Esso è previsto non solo in un trattato internazionale ma anche nelle leggi olandese e cecoslovacca di ratifica di detto TBI mediante le quali quest'ultimo è entrato a far parte dei loro ordinamenti giuridici. Contrariamente alla causa che ha dato luogo alla sentenza del 23 marzo 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), è manifesto il coinvolgimento delle autorità pubbliche nella scelta del mezzo arbitrale nonché nello stesso procedimento arbitrale (dato che, nella fattispecie, la Repubblica slovacca era la parte convenuta).

97. Tale valutazione è rafforzata dalla sentenza del 12 giugno 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), e dall'ordinanza del 13 febbraio 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

98. Il tribunale arbitrale che ha interpellato la Corte in via pregiudiziale nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 12 giugno 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) rispondeva al criterio del fondamento legale in quanto una legge portoghese prevedeva l'arbitrato come mezzo di risoluzione giurisdizionale delle controversie in materia tributaria e attribuiva ai tribunali arbitrali in materia tributaria una competenza generale ad esaminare la legittimità della liquidazione di qualsiasi imposta⁸⁴.

99. Parimenti, la Corte ha dichiarato che il tribunale arbitrale nella causa che ha dato luogo all'ordinanza del 13 febbraio 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92) rispondeva al criterio del fondamento legale in quanto «la [sua] competenza (...) non risulta[va] dalla volontà delle parti, bensì dalla legge [portoghese] n. 62/2011»⁸⁵ che istituiva l'arbitrato come meccanismo di risoluzione delle controversie in materia di diritti di proprietà industriale riguardanti i medicinali generici e di riferimento.

2. La permanenza dei collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI

100. L'arbitrato internazionale può essere un arbitrato istituzionale, in cui la procedura è presa in carico e amministrata da un'istituzione arbitrale⁸⁶, secondo il suo regolamento e a fronte di una remunerazione oppure un arbitrato ad hoc nel quale le parti amministrano direttamente la procedura senza ricorrere al sostegno di un'istituzione arbitrale.

101. Dai punti 25 e 26 della sentenza del 12 giugno 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), e dal punto 24 dell'ordinanza del 13 febbraio 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92) emerge che il criterio della permanenza non riguarda la composizione del tribunale arbitrale in quanto tale bensì l'istituzionalizzazione dell'arbitrato come mezzo di risoluzione delle controversie. In altri termini, è con riferimento all'istituzione arbitrale che amministra il procedimento arbitrale, non già con riferimento al tribunale arbitrale, la cui composizione è effimera, che occorre valutare il criterio della permanenza.

102. In tal senso, la Corte ha dichiarato al punto 26 della sentenza del 12 giugno 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) che «pur se la composizione dei collegi giudicanti del Tribunal Arbitral Tributário [tribunale fiscale arbitrale, Portogallo] è effimera e l'attività di tali collegi si conclude una volta che essi si siano pronunciati, resta

⁸⁴ V. punto 24 di detta sentenza.

⁸⁵ V. punto 19 di detta ordinanza.

⁸⁶ V., segnatamente, la CPA a L'Aia (Paesi Bassi), l'ICSID a Washington DC (Stati Uniti d'America), la CCS in Svezia, la Camera di commercio internazionale (CCI) a Parigi (Francia) e la Corte arbitrale internazionale di Londra (LCIA) (Regno Unito).

pur sempre il fatto che, nel suo complesso, il Tribunal Arbitral Tributário [tribunale fiscale arbitrale] ha, in quanto elemento di tale sistema, natura permanente». Il sistema al quale fa riferimento la Corte è l'istituzione arbitrale «Centro de Arbitragem Administrativa» (CAAD) [centro di arbitraggio amministrativo, Portogallo].

103. Del pari, al punto 24 dell'ordinanza del 13 febbraio 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), la Corte ha dichiarato che il criterio della permanenza era soddisfatto in quanto il tribunale arbitrale «[era] istituito con legge, dispone[va], a titolo permanente, di una competenza obbligatoria e, per di più, la normativa nazionale defini[va] e inquadra[va] le norme processuali che esso applica[va]», e ciò anche se esso poteva variare nella forma, nella composizione e nelle norme processuali a seconda della scelta delle parti e anche se veniva sciolto dopo aver emesso la propria decisione.

104. In tale causa era evidente che il tribunale arbitrale era un tribunale ad hoc e che non esisteva alcuna istituzione arbitrale che ne garantisse la permanenza, ma la Corte ha dedotto la permanenza dall'articolo 2 della legge portoghese n. 62/2011 che istituiva l'arbitrato come unico mezzo di risoluzione delle controversie in materia di diritti di proprietà industriale riguardanti medicinali generici e di riferimento.

105. Si può trarre la stessa conclusione per i collegi arbitrali costituiti e aditi conformemente all'articolo 8 di detto TBI in quanto, come nelle cause che hanno dato luogo alla sentenza del 12 giugno 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), e all'ordinanza del 13 febbraio 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica slovacca hanno istituito l'arbitrato come modo di risoluzione delle controversie tra uno di essi e un investitore dell'altro Stato.

106. Nel predetto TBI sono presenti anche altri elementi di istituzionalizzazione dell'arbitrato.

107. Infatti, l'articolo 8, paragrafo 4, di detto TBI conferisce il potere di nomina degli arbitri alla Camera di commercio di Stoccolma (CCS), che è un'istituzione arbitrale permanente, e il paragrafo 5 di detto articolo rende il regolamento dell'UNCITRAL applicabile al procedimento arbitrale.

108. Inoltre, il procedimento dinanzi al collegio arbitrale di cui trattasi nella causa in esame si è svolto sotto l'egida di un'istituzione arbitrale permanente. Infatti, la CPA, con sede a L'Aia e istituita dalle convenzioni per la risoluzione pacifica dei conflitti internazionali, concluse a L'Aia nel 1899 e nel 1907⁸⁷, è stata designata quale istituzione facente funzione di cancelleria con la lettera di incarico firmata da quest'ultima e dalle parti del procedimento principale.

109. Pertanto, ritengo che anche il criterio della permanenza sia soddisfatto.

3. L'obbligatorietà della giurisdizione dei collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI

110. Secondo una giurisprudenza costante, «[l'obbligatorietà della giurisdizione] non è presente nell'ambito di un arbitrato convenzionale, giacché per le parti contraenti non vi è alcun obbligo, né di diritto né di fatto, di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitrato e perché le autorità pubbliche dello Stato membro interessato non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato né sono chiamate a intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro»⁸⁸.

⁸⁷ Tutti gli Stati membri dell'Unione sono parti di tali convenzioni. Per quanto riguarda la causa in esame, il Regno dei Paesi Bassi è uno Stato membro della CPA sin dalla sua fondazione mentre la Repubblica slovacca è divenuta uno Stato membro di quest'ultima nel 1993.

⁸⁸ Sentenza del 12 giugno 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, punto 27). V. anche, in tal senso, sentenza del 23 marzo 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), e del 27 gennaio 2005, Denuit e Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, punto 13), nonché ordinanza del 13 febbraio 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92, punto 17).

111. Non sorprende ovviamente il fatto che la Corte abbia dichiarato che i tribunali arbitrali nelle cause che hanno dato luogo alla sentenza del 17 ottobre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* (109/88, EU:C:1989:383) e all'ordinanza del 13 febbraio 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92) soddisfacevano la condizione della giurisdizione obbligatoria in quanto il diritto danese e il diritto portoghese rendevano il ricorso all'arbitrato obbligatorio.

112. Tuttavia, nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), il fatto che il ricorso all'arbitrato fosse facoltativo e che il contribuente avesse scelto di farvi ricorso contro la Repubblica portoghese mentre avrebbe potuto adire direttamente i giudici ordinari, non ha escluso il tribunale arbitrale dalla nozione di giudice di uno Stato membro ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

113. Infatti, secondo la Corte, «le [sue] decisioni [erano] vincolanti per le parti ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 1, del decreto avente forza di legge n. 10/2011 [e] (...) [l]a sua competenza (...) deriva[va] direttamente dalle disposizioni del decreto avente forza di legge n. 10/2011 e non [era] pertanto subordinata ad una previa espressione della volontà delle parti di sottoporre la loro lite all'arbitrato (...). Così, quando il contribuente ricorrente sottopone la sua controversia all'arbitrato fiscale, la giurisdizione del [tribunale arbitrale] (...) è obbligatoria per l'autorità fiscale e doganale»⁸⁹.

114. Ciò vale anche per i collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI.

115. Il paragrafo 7 di detto articolo dispone che la decisione di un collegio arbitrale costituito conformemente a tale articolo è «definitiva e *obbligatoria* per le parti della controversia»⁹⁰. Non vi è quindi alcun dubbio che il lodo pronunciato da siffatto collegio arbitrale sia vincolante per le parti secondo la giurisprudenza della Corte.

116. Inoltre, il paragrafo 2 di tale disposizione dispone che «[o]gni parte contraente *accetta*, con il presente atto, che una controversia [tra investitore e Stato] sia sottoposta a un collegio arbitrale qualora non sia stata definita in via amichevole entro un termine di sei mesi decorrente dalla data in cui una delle parti della controversia ne ha richiesto la composizione amichevole»⁹¹.

117. Il fatto che l'investitore possa scegliere di stare in giudizio, o dinanzi ai giudici dello Stato membro interessato o dinanzi al collegio arbitrale⁹² non incide sull'obbligatorietà della giurisdizione del collegio arbitrale in quanto tale scelta era la stessa del contribuente nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754).

118. Dato che la Repubblica slovacca ha dato previamente il suo consenso all'arbitrato, al pari della Repubblica portoghese nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), la giurisdizione del collegio arbitrale istituito è, conformemente all'articolo 8, paragrafo 2, di detto TBI, obbligatoria per tale Stato membro e per l'investitore.

119. Pertanto, i collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI soddisfano anche il criterio della giurisdizione obbligatoria.

⁸⁹ Punto 29 di detta sentenza. V. anche, in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2015, *Consorci Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, punto 23).

⁹⁰ Il corsivo è mio.

⁹¹ Il corsivo è mio.

⁹² Detto TBI non contiene alcuna clausola di opzione irrevocabile (*fork-in-the-road*) in cui sia previsto che quando un investitore fa la sua scelta riguardo al foro (tra i giudici interni dello Stato interessato e un collegio arbitrale internazionale), l'opzione prescelta diviene irrevocabile.

4. La natura contraddittoria del procedimento dinanzi ai collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI, l'applicazione da parte degli stessi di norme giuridiche nella risoluzione delle controversie ad essi sottoposte nonché l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri

120. Per quanto riguarda la natura contraddittoria del procedimento dinanzi ai collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI, va osservato che, secondo il paragrafo 5 di tale disposizione, «[i]l collegio arbitrale fissa le proprie regole procedurali conformemente al regolamento arbitrale dell'[UNCITRAL]»⁹³.

121. L'articolo 15, paragrafo 1, di tale regolamento, nella versione del 1976, applicabile al momento della conclusione di detto TBI, stabiliva che «[f]atte salve le disposizioni del [r]egolamento, il collegio arbitrale può procedere all'arbitrato come ritiene opportuno, purché le parti siano trattate su un piano di parità e *in qualsiasi fase del procedimento ciascuna parte abbia ogni possibilità di far valere i propri diritti e di dedurre i propri motivi*»⁹⁴. Tale garanzia è ripresa all'articolo 17, paragrafo 1, di detto regolamento nella versione del 2010 e del 2013.

122. Il rispetto del principio del contraddittorio è garantito anche da varie disposizioni di detto regolamento che riguardano lo scambio delle memorie, l'organizzazione dell'udienza e la partecipazione delle parti all'udienza nonché la chiusura della fase orale, ossia gli articoli da 18 a 20, 22, 24, 25 e 29 del regolamento del 1976 e gli articoli da 20 a 22, 24, 28 e 31 del regolamento modificato nel 2010 e nel 2013.

123. Per quanto riguarda il criterio dell'applicazione di norme giuridiche da parte dei collegi arbitrali, l'articolo 8, paragrafo 6, di detto TBI dispone che «[i]l collegio arbitrale decide secondo diritto» e prevede una serie di norme giuridiche di cui il collegio deve tener conto. La possibilità di decidere secondo equità è quindi esclusa.

124. Per quanto attiene infine al criterio dell'indipendenza e dell'imparzialità, secondo una giurisprudenza costante, «[le] garanzie di indipendenza e di imparzialità implicano l'esistenza di disposizioni, in particolare relative alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni, nonché alle cause di astensione, di ricusazione e di revoca dei suoi membri, che consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità [di] detto organo rispetto a elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti (...). Per considerare soddisfatta la condizione relativa all'indipendenza dell'organo di rinvio, la giurisprudenza esige, in particolare, che i casi di revoca dei membri di tale organo siano determinati da espresse disposizioni di legge»⁹⁵.

93 Il regolamento arbitrale è disponibile sul sito Internet dell'UNCITRAL
http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.

94 Il corsivo è mio.

95 Sentenza del 9 ottobre 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, punto 32 e giurisprudenza ivi citata). Occorre precisare che, contrariamente ai giudici, gli arbitri non occupano posti permanenti. Non esistono quindi, nel diritto dell'arbitrato internazionale, norme relative alla revoca degli arbitri.

125. Osservo anzitutto che la Corte non ha contestato l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri in nessuna delle cause da essa trattate e inoltre che il regolamento arbitrale dell'UNCITRAL garantisce l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri imponendo loro un obbligo preciso di segnalare tutte le circostanze atte a sollevare dubbi legittimi sulla loro imparzialità o sulla loro indipendenza⁹⁶ nonché istituendo un procedimento di ricsuzione degli arbitri quando sussistono siffatte circostanze⁹⁷.

126. Alla luce di quanto precede, i collegi arbitrali istituiti dall'articolo 8 di detto TBI si configurano come giudici ai sensi dell'articolo 267 TFUE, ma sono anche giudici «di uno degli Stati membri» ai sensi di tale disposizione?

127. A mio parere sì.

128. La questione della qualifica di giudice internazionale con sede nell'ambito di un'organizzazione internazionale, istituita da un trattato internazionale concluso tra Stati membri, è stata esaminata a proposito della Corte del Benelux nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior* (C-337/95, EU:C:1997:517).

129. In tale sentenza la Corte ha dichiarato che «[n]on vi è (...) alcun motivo valido che possa giustificare che ad un organo giurisdizionale del genere, comune a vari Stati membri, non sia consentito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte alla stessa stregua degli organi giurisdizionali propri a ciascuno di tali Stati membri»⁹⁸.

130. Così è anche nel caso dei collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI in quanto sono istituiti come meccanismo di risoluzione delle controversie dal Regno dei Paesi Bassi e dalla Repubblica slovacca.

131. Per tali ragioni, propongo alla Corte di rispondere alla seconda questione pregiudiziale che l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che non osta a una disposizione quale l'articolo 8 di detto TBI che consente la risoluzione delle controversie fra investitori e Stati da parte di un collegio arbitrale che deve essere considerato «una giurisdizione di uno degli Stati membri» ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

D. Sulla prima questione pregiudiziale

132. Con la prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede se l'articolo 344 TFUE debba essere interpretato nel senso che osta all'applicazione di disposizioni dei TBI interni all'Unione, quali l'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia, che consentono la risoluzione, da parte di un collegio arbitrale, delle controversie fra investitori e Stati.

133. Va osservato anzitutto che se la Corte dichiara, come da me proposto, che i collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI sono giudici degli Stati membri ai sensi dell'articolo 267 TFUE, questi si inseriscono, in tal caso, nel dialogo giurisdizionale di cui al punto 176 del parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454) e sono

96 V. articolo 9 del regolamento arbitrale dell'UNCITRAL del 1976 e articolo 11 del regolamento arbitrale dell'UNCITRAL modificato nel 2010 e nel 2013.

97 V. articoli da 10 a 12 del regolamento arbitrale dell'UNCITRAL del 1976 nonché articoli 12 e 13 del regolamento arbitrale dell'UNCITRAL modificato nel 2010 e nel 2013. V. anche gli orientamenti dell'International Bar Association (Associazione Legale Internazionale) (IBA) sui conflitti d'interesse nell'arbitrato internazionale (disponibili sul sito Internet dell'IBA http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx) che precisano i motivi di conflitto d'interesse che possono condurre alla ricsuzione degli arbitri.

98 Punto 21. V. anche, in tal senso, sentenza del 14 giugno 2011, *Miles e a.* (C-196/09, EU:C:2011:388, punto 40).

tenuti ad applicare il diritto dell'Unione. Pertanto, il ricorso all'arbitrato internazionale alle condizioni prescritte dall'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia non può violare né l'articolo 344 TFUE né pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati UE e FUE e quindi l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione.

134. In tal caso, infatti, i collegi arbitrali sono tenuti, pena la nullità per contrarietà all'ordine pubblico, a rispettare i principi sanciti dalla Corte ai punti da 65 a 70 del parere 1/09 (Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011 (EU:C:2011:123) e ai punti da 157 a 176 del parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454), tra i quali in particolare il primato del diritto dell'Unione⁹⁹ sui diritti degli Stati membri e su qualsiasi impegno internazionale assunto tra gli Stati membri, l'efficacia diretta di tutta una serie di disposizioni applicabili ai loro cittadini e agli stessi Stati membri, la fiducia reciproca tra i medesimi nel riconoscimento di valori comuni sui quali si fonda l'Unione e l'applicazione nonché il rispetto, pieni e integrali, del diritto dell'Unione.

135. Peraltro, la mancata applicazione o l'errata applicazione del diritto dell'Unione da parte dei tribunali arbitrali istituiti dagli Stati membri non solo farebbero sorgere la responsabilità degli Stati membri interessati e ciò, conformemente alla sentenza del 30 settembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), in quanto sono gli Stati stessi ad averli istituiti, ma potrebbero eventualmente portare alla constatazione di un inadempimento da parte degli Stati interessati conformemente agli articoli 258 e 259 TFUE¹⁰⁰.

136. Se invece la Corte dichiara che i collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI non si configurano come giudici degli Stati membri ai sensi dell'articolo 267 TFUE, occorrerebbe ancora esaminare se l'articolo 344 TFUE osti all'applicazione dell'articolo 8 di detto TBI ed eventualmente se quest'ultimo sia incompatibile con l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati UE e FUE e con l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione.

137. In tale contesto, si impongono tre analisi; la seconda si impone solo se la prima si conclude con una risposta affermativa e la terza si impone solo se la prima o la seconda questione riceve una risposta negativa:

- una controversia fra investitore e Stato membro, come quella di cui all'articolo 8 di detto TBI, è contemplata dall'articolo 344 TFUE?
- l'oggetto di siffatta controversia consente di qualificarla come «relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati» ai sensi dell'articolo 344 TFUE?
- detto TBI, alla luce della sua finalità, ha l'effetto di pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai trattati UE e FUE e quindi l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione?

99 Vari collegi arbitrali che statuiscano su controversie tra investitori-cittadini dell'Unione e Stati membri, tra i quali il collegio arbitrale di cui trattasi nella fattispecie, hanno già riconosciuto il primato del diritto dell'Unione. V. Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità, e sulla sospensione, punto 289, Electrabel SA c/ Ungheria (caso ICSID n. ARB/07/19), decisione del 30 novembre 2012 sulla competenza, sul diritto applicabile e sulla responsabilità, punti da 4.189 a 4.191, Charanne BV e Construction Investments Sàrl c/ Regno di Spagna (caso CCS n. 062/2012), lodo definitivo del 21 gennaio 2016, punti 439 e 443, e RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl c/ Regno di Spagna (caso ICSID n. ARB/13/30), decisione del 6 giugno 2016 sulla competenza, punto 72 (diversamente in caso di investitori provenienti da uno Stato terzo, v. punti da 74 a 76).

100 V., in tal senso, *Electrabel SASA c/ Ungheria* (caso ICSID n. ARB/07/19) decisione del 30 novembre 2012 sulla competenza, sul diritto applicabile e sulla responsabilità, punti da 4.160 a 4.162.

1. Una controversia fra investitore e Stato membro, come quella di cui all'articolo 8 di detto TBI, è contemplata dall'articolo 344 TFUE?

138. A mio avviso, la risposta deve essere negativa per le seguenti ragioni.

139. Ai sensi dell'articolo 344 TFUE, «[g]li 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 dal trattato stesso».

140. La Corte ha avuto spesso l'opportunità di interpretare l'articolo 344 TFUE e di pronunciarsi sulla compatibilità tra tale articolo e gli accordi internazionali anche se si trattava di accordi internazionali conclusi dall'Unione e dai suoi Stati membri con Stati terzi¹⁰¹.

141. Secondo una costante giurisprudenza, «un accordo internazionale non può pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e, di conseguenza, 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»¹⁰².

142. Secondo la Corte, l'obbligo imposto agli Stati membri dall'articolo 344 TFUE «di ricorrere al sistema giurisdizionale [dell'Unione] e di rispettare la competenza esclusiva della Corte che ne costituisce un tratto fondamentale dev'essere inteso come manifestazione specifica del loro più generale dovere di lealtà risultante dall'articolo [4, paragrafo 3, TUE]»¹⁰³.

143. Va osservato anzitutto che il collegio arbitrale che ha pronunciato il lodo di cui trattasi nel procedimento principale ha esaminato minuziosamente gli argomenti della Repubblica slovacca e della Commissione vertenti sull'articolo 344 TFUE. Al riguardo, esso ha dichiarato, in base alla sentenza del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), che le controversie tra investitori e Stati contraenti del TBI non rientravano nell'articolo 344 TFUE¹⁰⁴.

144. La Repubblica slovacca, sostenuta da vari Stati membri e dalla Commissione, contesta tale valutazione del collegio arbitrale. A loro avviso, l'articolo 344 TFUE deve ricevere un'interpretazione estensiva che lo renda applicabile a controversie tra privato e Stato membro, specialmente alla luce del suo dettato che, contrariamente all'articolo 273 TFUE, non limiterebbe espressamente il suo ambito di applicazione alle controversie «tra Stati membri».

145. Non condivido questa tesi.

101 V. pareri 1/91 (Accordo SEE – I), del 14 dicembre 1991 (EU:C:1991:490), 1/92 (Accordo SEE – II), del 10 aprile 1992 (EU:C:1992:189), 2/94 (Adesione della Comunità alla CEDU), del 28 marzo 1996 (EU:C:1996:140), 1/09 (Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011 (EU:C:2011:123), e parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454). V. anche sentenza del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345).

102 Parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 201). V. anche in tal senso parere 1/91 (Accordo SEE – I), del 14 dicembre 1991 (EU:C:1991:490, punto 35) nonché sentenze del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345, punto 123) e del 3 settembre 2008, Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione (C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, punto 282).

103 Sentenza del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345, punto 169).

104 V. Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione, punto 276. V. anche, in tal senso, European American Investment Bank AG c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2010-17), lodo del 22 ottobre 2012 sulla competenza, punti da 248 a 267, Electrabel SA c/ Ungheria (caso ICSID n. ARB/07/19), decisione del 30 novembre 2012 sulla competenza, sul diritto applicabile e sulla responsabilità, punti da 4.150 a 4.152, Charanne BV e Construction Investments Sarl c/ Regno di Spagna (caso CCS n. 062/2012), lodo definitivo del 21 gennaio 2016, punti da 441 a 445, RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sarl c/ Regno di Spagna (caso ICSID n. ARB/13/30), decisione del 6 giugno 2016 sulla competenza, punto 80, e Eiser Infrastructure Limited e Energía Solar Luxembourg Sarl c/ Regno di Spagna (caso ICSID n. ARB/13/36), lodo del 4 maggio 2017, punto 204.

146. Dalla giurisprudenza della Corte emerge chiaramente che le controversie tra Stati membri¹⁰⁵ nonché tra Stati membri e l'Unione¹⁰⁶ sono previste dall'articolo 344 TFUE. Per contro, le controversie tra privati non sono previste, anche se il giudice chiamato a risolverle è indotto a tener conto del diritto dell'Unione o ad applicarlo.

147. Infatti, come ha dichiarato la Corte a proposito del progetto di accordo sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario, «[l]’istituzione del [Tribunale dei brevetti europeo e comunitario] non può nemmeno confliggere con l’articolo 344 TFUE, considerato che quest’articolo si limita a vietare *agli Stati membri* di sottoporre una controversia sull’interpretazione o sull’applicazione dei Trattati a una procedura di composizione diversa da quelle previste da questi ultimi. Ebbene, le competenze che il progetto di accordo mira ad attribuire al [Tribunale dei brevetti europeo e comunitario] verterebbero solo sulle mere controversie tra privati in materia di brevetti»¹⁰⁷.

148. Per quanto riguarda le controversie tra privati e Stati membri, la Commissione rileva che il sistema giurisdizionale cui fa riferimento il parere 1/91 (Accordo SEE – I), del 14 dicembre 1991 (EU:C:1991:490) includeva anche ricorsi proposti da privati contro l’Autorità di vigilanza EFTA in materia di concorrenza¹⁰⁸.

149. Tuttavia, tali ricorsi non sarebbero stati diretti contro uno Stato membro e, in ogni caso, non esiste alcun passaggio nel parere della Corte che possa far ritenere che quest’ultima abbia riscontrato che questo particolare aspetto del progetto di accordo sullo spazio economico europeo (SEE) era problematico.

150. Occorre inoltre sottolineare che l’Unione doveva divenire parte dell’accordo oggetto di tale parere e che, di conseguenza, tale accordo doveva far parte del diritto dell’Unione, il che non avviene ovviamente nel caso del suddetto TBI. Peraltro, come emerge chiaramente dai punti da 13 a 29 di tale parere, la Corte era preoccupata dell’esistenza di un rischio sistemico, determinato dall’articolo 6 del progetto di accordo, per l’omogeneità dell’interpretazione e dell’applicazione del diritto nel SEE¹⁰⁹ e non già del fatto che ricorsi proposti in materia di concorrenza da privati contro l’Autorità di vigilanza EFTA sarebbero stati di competenza di un giudice esterno al sistema giurisdizionale dell’Unione.

151. Il parere 2/13 (Adesione dell’Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454) è di particolare importanza al riguardo, in quanto, anche se l’articolo 6, paragrafo 2, TUE prevede l’adesione dell’Unione alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»), tale adesione sarebbe incompatibile con l’articolo 344 TFUE se le controversie tra privati e Stati membri, che sono le controversie tipicamente sottoposte alla Corte europea dei diritti dell’uomo, rientrassero nell’ambito di applicazione di tale ultima disposizione.

105 V. sentenza del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345, punto 128).

106 V. parere 2/13 (Adesione dell’Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punti 202 e 205).

107 Parere 1/09 (Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell’8 marzo 2011 (EU:C:2011:123). Il corsivo è mio.

108 V. punto 6 di detto parere.

109 L’articolo 6 del progetto di accordo disponeva che per la loro attuazione e la loro applicazione, le disposizioni dell’accordo dovevano essere interpretate conformemente alla giurisprudenza della Corte *precedente* alla data di sottoscrizione dell’accordo e relativa alle disposizioni corrispondenti del Trattato CEE, del Trattato CECA e degli atti derivati, il che faceva sorgere sicuramente il rischio di divergenze tra la giurisprudenza della Corte e quella della Corte SEE. V. parere 1/91 (Accordo SEE – I), del 14 dicembre 1991 (EU:C:1991:490, punti 6 e da 25 a 29).

152. È per questa ragione che ai punti da 201 a 214 di tale parere, la Corte ha esaminato sotto il profilo dell'articolo 344 TFUE soltanto le controversie tra Stati membri e tra Stati membri e l'Unione¹¹⁰, mentre era consapevole del fatto che, con la sua adesione alla CEDU, l'Unione sarebbe stata vincolata dall'articolo 34, prima frase, di tale convenzione in cui si stabilisce che la Corte europea dei diritti dell'uomo «può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle [Parti contraenti] dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli»¹¹¹.

153. Per tali ragioni, ritengo che una controversia tra un investitore e uno Stato membro come quella prevista dall'articolo 8 di detto TBI non rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 344 TFUE.

154. Tale conclusione non può essere inficiata dall'argomento della Commissione secondo il quale le controversie fra investitori e Stati membri sono in effetti controversie tra Stati membri, in quanto, avviando un procedimento arbitrale contro uno Stato membro in base a una disposizione quale l'articolo 8 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia, l'investitore non esercita un diritto proprio bensì un diritto che detto TBI conferisce al suo Stato d'origine.

155. La Commissione si basa al riguardo su due lodi arbitrali citati al punto 81 delle sue osservazioni scritte¹¹². Tuttavia, la sua tesi è contraddetta dalla stessa giurisprudenza arbitrale¹¹³ e, in ogni caso, è lungi dall'incontrare un consenso generale¹¹⁴.

156. Infatti, è pacifico nel diritto internazionale che le disposizioni di un trattato internazionale possono, a certe condizioni, conferire diritti ai privati¹¹⁵. In tal senso, vari organi giurisdizionali arbitrali¹¹⁶ nonché statali¹¹⁷ hanno dichiarato che i TBI conferivano direttamente diritti agli investitori¹¹⁸.

110 V., in particolare, punti 204, 205, 207 e 212.

111 V. parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punti 17 e 18).

112 V. Loewen Group & Raymond L. Loewen c/ Stati Uniti d'America (caso ICSID n. ARB(AF)/98/3), lodo del 26 giugno 2003, punto 233 e Archer Daniels Midland Company e Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. c/ Gli Stati Uniti messicani (caso ICSID n. ARB(AF)/04/05), lodo del 21 novembre 2007, punto 178.

113 V. Loewen Group & Raymond L. Loewen c/ Stati Uniti d'America (caso ICSID n. ARB(AF)/98/3), lodo del 26 giugno 2003, punto 223 in cui il collegio arbitrale ha ammesso che il capo 11 dell'accordo nordamericano di libero scambio (NAFTA) costituisce uno sviluppo progressivo del diritto internazionale in quanto consente all'investitore di rivendicare *i propri diritti* e di sottoporre *la propria domanda* all'arbitrato internazionale (*Chapter Eleven of NAFTA represents a progressive development in international law whereby the individual investor may make a claim on its own behalf and submit the claim to international arbitration*).

114 V. Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pagg. da 17 a 38.

115 Oltre all'esempio del Trattato FUE e della CEDU, cito la Convenzione di Vienna, del 24 aprile 1963, sulle relazioni consolari. V., in tal senso, sentenza del 27 giugno 2001, causa LaGrand (Germania c. Stati Uniti d'America), CIJ, Recueil 2001, pag. 466, punto 78.

116 V., in tal senso, American Manufacturing & Trading Inc. c/ Repubblica dello Zaire (caso ICSID n. ARB/93/1), lodo del 21 febbraio 1997, punto 6.06, CMS Gas Transmission Company c/ Repubblica di Argentina (caso ICSID n. ARB/01/8), decisione del collegio del 17 luglio 2003 sulle eccezioni alla sua competenza, punto 45, Corn Products International, Inc. c/ Gli Stati Uniti messicani [caso ICSID n. ARB(AF)/04/01] lodo del 15 gennaio 2008, punti da 174 a 176, Cargill Inc. c/ Gli Stati Uniti messicani [caso ICSID n. ARB(AF)/05/2], lodo del 18 settembre 2009, punti da 424 a 426, e European American Investment Bank AG c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2010-17), lodo del 22 ottobre 2012 sulla competenza, punto 445. V. anche in tal senso Burdeau, G., «Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant l'Etat», 1995, *Revue de l'arbitrage*, pagg. da 3 a 12, Paulsson, J., «Arbitration Without Privity», 1995, vol. 10, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, pagg. da 232 a 256, Wälde, T., «Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty», 1996, *Arbitration International*, pag. 429, in particolare pagg. da 435 a 437, e Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pagg. da 32 a 38.

117 V. *Occidental Exploration & Production Company v Republic of Ecuador* [2005] EWCA Civ 1116, [2006] QB 432, punto 22 in cui la Court of Appeal (England & Wales) [Corte d'appello (Inghilterra e Galles), Regno Unito] qualifica il punto 233 del lodo del 26 giugno 2003 nell'arbitrato Loewen Group & Raymond L. Loewen c/ Stati Uniti d'America (caso ICSID n. ARB(AF)/98/3) come «controverso» aggiungendo che essa non condividerebbe un'interpretazione di tale lodo secondo la quale i TBI non conferirebbero diritti agli investitori ma al loro Stato d'origine.

118 È vero che i TBI contengono sistematicamente accordi arbitrali per le controversie tra gli Stati contraenti (v. nella fattispecie l'articolo 10 del TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia). Tuttavia, a quanto mi consta, siffatto arbitrato tra Stati non ha mai avuto luogo dalla firma del primo TBI nel 1959. Ciò è certamente quanto avviene nel caso dei TBI tra Stati membri.

157. Ciò è sicuramente quanto avviene nel caso dell'articolo 3 di detto TBI, la cui violazione è stata constatata dal collegio arbitrale nel lodo arbitrale di cui trattasi nel procedimento principale, in quanto detto collegio menziona espressamente gli investitori delle parti contraenti come aventi diritto a un trattamento giusto ed equo nonché al trattamento della nazione più favorita.

158. Inoltre, il diritto applicabile alle controversie di cui all'articolo 8, paragrafo 6, di detto TBI¹¹⁹ è diverso dal diritto applicabile alle controversie tra i due Stati parti contraenti di detto TBI, conformemente al suo articolo 10, paragrafo 7¹²⁰.

159. Concludo da quanto precede che una controversia tra un investitore e uno Stato membro, come quella cui fa riferimento l'articolo 8 di detto TBI non è contemplata dall'articolo 344 TFUE, il che dispensa dal chiedersi se siffatta controversia sia «relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati [UE e FUE]». Nell'eventualità che la Corte non condivida la mia conclusione sul primo punto, analizzo anche tale questione.

2. La controversia in questione è «relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati»?

160. Nel citare i punti 140, 149 e da 151 a 153 della sentenza del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), il giudice del rinvio considera che una violazione dell'articolo 344 TFUE può configurarsi solo se il lodo arbitrale in questione ha ad oggetto l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni stesse del diritto dell'Unione, il che, a suo avviso, non è quanto avviene nel caso del lodo arbitrale di cui trattasi nel procedimento principale.

161. La Repubblica slovacca, sostenuta da vari Stati membri, e la Commissione contesta tale valutazione del giudice del rinvio. Essa ritiene che l'articolo 344 TFUE sia applicabile a una controversia come quella tra l'Achmea e la Repubblica slovacca, per quanto riguarda proprio l'interpretazione e l'applicazione dei Trattati UE e FUE, anche in conformità alla sentenza del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345).

162. Non condivido questa tesi.

163. È vero che, nella sentenza del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345) e nel parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454), la Corte ha dichiarato che le controversie erano relative all'interpretazione e all'applicazione dei Trattati UE e FUE anche se rientravano in accordi internazionali (ossia, rispettivamente, la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, conclusa a Montego Bay il 10 dicembre 1982, e la CEDU).

164. Tuttavia, così era solo perché l'Unione era parte dell'accordo in questione (la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare), il quale faceva quindi parte del diritto dell'Unione, oppure perché si prevedeva che essa aderisse all'accordo in questione (CEDU), che quindi doveva far parte del diritto dell'Unione.

¹¹⁹ Secondo tale disposizione, «[i]l collegio arbitrale decide secondo diritto, tenendo conto in particolare, ma non in via esclusiva: del diritto vigente della parte contraente interessata, delle disposizioni del presente accordo e di qualsiasi altro accordo pertinente tra le parti contraenti, delle disposizioni di accordi speciali relativi all'investimento, e dei principi generali del diritto internazionale».

¹²⁰ «Il collegio statuisce in base al presente accordo nonché in base ad altri accordi pertinenti tra le due parti contraenti, ai principi generali del diritto internazionale e alle norme generali del diritto che il collegio ritiene applicabili. Le disposizioni precedenti lasciano impregiudicato il potere del collegio di statuire ex aequo et bono se le parti concordano in tal senso» (*The tribunal shall decide on the basis of the present Agreement and other relevant Agreements between the two Contracting Parties, the general principles of international law, as well as such general rules of law as the tribunal deems applicable. The foregoing provisions shall not prejudice the power of the tribunal to decide the dispute ex aequo et bono if the Parties so agree*).

165. Infatti, come ha dichiarato la Corte ai punti 126 e 127 della sentenza del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345):

«È stato dimostrato che le disposizioni della Convenzione [delle Nazioni Unite sul diritto del mare] che rilevano nella controversia relativa allo stabilimento MOX rientrano in una competenza dell'Unione che essa ha esercitato aderendo alla Convenzione, cosicché tali disposizioni formano parte integrante dell'ordinamento giuridico [dell'Unione].

Pertanto, nella fattispecie si è effettivamente di fronte ad una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione del Trattato [TFUE], nel senso dell'articolo [344 TFUE]».

166. Parimenti, nel parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454) la Corte ha dichiarato che «la CEDU costituirebbe parte integrante del diritto dell'Unione. Di conseguenza, quando quest'ultimo viene in discussione, la Corte è competente in via esclusiva a conoscere di qualsiasi controversia tra gli Stati membri nonché tra questi ultimi e l'Unione in merito al rispetto della convenzione suddetta». Su tale base, la Corte ha dichiarato che l'adesione dell'Unione alla CEDU poteva incidere sull'articolo 344 TFUE¹²¹.

167. Tuttavia, contrariamente agli accordi in discussione nella causa che ha dato luogo alla sentenza del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345) e nel parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454), l'Unione non è parte di detto TBI, il quale quindi non fa parte del diritto dell'Unione, ciò che costituisce il criterio definito in tali due decisioni della Corte.

168. Pertanto, la competenza esclusiva della Corte, garantita dall'articolo 344 TFUE, non è rimessa in discussione.

169. Tale constatazione non è inficiata dall'argomento della Commissione secondo il quale il diritto dell'Unione fa parte del diritto applicabile alle controversie tra investitori e Stati parti contraenti di detto TBI e che, nella fattispecie, l'Achmea aveva fatto valere una violazione del diritto dell'Unione durante il procedimento arbitrale.

170. Al riguardo, il collegio arbitrale di cui trattasi nella causa in esame ha dichiarato che «[l]ungi dall'essergli impedito di prendere in considerazione e di applicare il diritto dell'Unione, esso [era tenuto] ad applicarlo nei limiti in cui tale diritto fa[cesse] parte del diritto applicabile, che fosse l'articolo 8 del TBI, il diritto tedesco, o altro»¹²². Esso ha aggiunto che la Corte possedeva il «monopolio dell'interpretazione del diritto dell'Unione in via autoritativa e definitiva»¹²³.

171. Aggiungo che un collegio arbitrale costituito conformemente all'articolo 8 di detto TBI può anche essere indotto ad applicare il diritto dell'Unione conformemente all'articolo 3, paragrafo 5, di detto TBI che prevede, tra l'altro, che se un trattato, che dovesse essere concluso in futuro tra le parti¹²⁴, contenesse norme, generali o specifiche, che concedono a investimenti di investitori dell'altra parte contraente un trattamento più favorevole di quello previsto da detto TBI, tali norme prevarrebbero su quest'ultimo nei limiti in cui fossero più favorevoli¹²⁵.

121 V. punti da 205 a 214 del parere.

122 Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione del 26 ottobre 2010, punto 281 [«Far from being precluded from considering and applying EU law the Tribunal is bound to apply it to the extent that it is part of the applicable law(s), whether under BIT Article 8, German law or otherwise»]. V. altresì, in tal senso, Isolux Infrastructure Netherlands BV c/ Regno di Spagna (caso CCS V 2013/153), lodo del 12 luglio 2016, punto 654.

123 Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008 13), lodo sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione del 26 ottobre 2010, punto 282 («What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law»).

124 Come i Trattati UE e FUE.

125 V., in tal senso, a proposito di una disposizione analoga (l'articolo 16, paragrafo 2, del trattato sulla Carta dell'energia) Eiser Infrastructure Limited e Energía Solar Luxembourg Sarl c/ Regno di Spagna (caso ICSID n. ARB/13/36), lodo del 4 maggio 2017, punto 202.

172. Inoltre, i Trattati UE e FUE farebbero comunque parte delle norme giuridiche di cui i collegi arbitrali dovrebbero tener conto, anche in mancanza di una disposizione come l'articolo 8, paragrafo 6, di detto TBI, in quanto tale obbligo risulta automaticamente dall'articolo 31, paragrafo 3, lettere a) e c), della Convenzione di Vienna¹²⁶.

173. Tuttavia, il fatto che il diritto dell'Unione faccia parte del diritto applicabile alle controversie tra investitori e Stati conformemente all'articolo 8, paragrafo 6, del TBI non implica che tali controversie siano relative all'interpretazione e all'applicazione dei Trattati UE e FUE e ciò per due ragioni: in primo luogo, la competenza del collegio arbitrale si limita alla pronuncia sulle violazioni di detto TBI e in secondo luogo, l'ambito di applicazione di detto TBI e le norme giuridiche introdotte da quest'ultimo non sono identici a quelli dei Trattati UE e FUE.

a) La competenza del collegio arbitrale si limita alla pronuncia sulle violazioni del TBI

174. Come ha dichiarato il collegio arbitrale di cui trattasi nella causa in esame, «la sua competenza si limita alla pronuncia sulle presunte violazioni del TBI. Il collegio non è competente a statuire sulle presunte violazioni del diritto dell'Unione in quanto tali»¹²⁷.

175. Infatti, il compito del collegio non è di accertare se, con il suo comportamento contestato dall'investitore, lo Stato membro abbia violato i suoi obblighi derivanti dai Trattati UE e FUE o, più in generale, dal diritto dell'Unione. Al contrario, il suo compito è di constatare violazioni di detto TBI da parte dello Stato che ospita l'investimento, e il diritto dell'Unione è uno degli elementi pertinenti di cui tener conto al fine di valutare il comportamento dello Stato riguardo a detto TBI¹²⁸.

176. È in tal senso che «[i]l diritto dell'Unione può avere un'incidenza sulla portata dei diritti e degli obblighi derivanti dal TBI nella causa in esame, in forza del suo ruolo quale parte del diritto applicabile conformemente all'articolo 8, paragrafo 6, del TBI e del diritto tedesco costituente la *lex loci arbitri*»¹²⁹.

177. Ciò detto, il diritto dell'Unione non ha alcuna incidenza sul merito della controversia tra l'Achmea e la Repubblica slovacca. Infatti, dai due lodi arbitrali pronunciati nel procedimento principale non risulta che l'Achmea abbia fatto valere dinanzi al collegio arbitrale atti di diritto dell'Unione perché fossero interpretati ed applicati nell'ambito di un procedimento volto a far

¹²⁶ Secondo tale disposizione, ai fini dell'interpretazione di un trattato, si deve tener conto di qualsiasi accordo successivo intervenuto tra le parti riguardo all'interpretazione del trattato o all'applicazione delle sue disposizioni (nella fattispecie i Trattati UE e FUE) nonché di qualsiasi norma pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti tra le parti (nella fattispecie il diritto dell'Unione).

¹²⁷ Achmea BV (già Eureka BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008 13), lodo sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione del 26 ottobre 2010, punto 290 («*the Tribunal notes that its jurisdiction is confined to ruling upon alleged breaches of the BIT. The Tribunal does not have jurisdiction to rule on alleged breaches of EU law as such*»). V. altresì, in tal senso, Isolux Infrastructure Netherlands BV c/Regno di Spagna (caso CCS V 2013/153), lodo del 12 luglio 2016, punto 651.

¹²⁸ V., segnatamente, Emilio Agustín Maffezini c/ Regno di Spagna (caso ICSID n. ARB/97/7), lodo del 13 novembre 2000, punti da 65 a 71 in cui un investitore invocava l'esistenza di una violazione, da parte del Regno di Spagna, dell'obbligo di riconoscere al suo investimento un trattamento giusto ed equo. A suo avviso, il suo investimento era stato gravato da costi aggiuntivi sotto forma di studio di impatto ambientale. Il collegio arbitrale ha ricordato che l'obbligo di effettuare siffatto studio derivava dal diritto dell'Unione e che il Regno di Spagna non aveva fatto altro che assicurarsi che tale obbligo fosse rispettato. Esso ha dunque respinto la sua domanda a tal riguardo.

¹²⁹ Achmea BV (già Eureka BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione, punto 279 [«*EU law may have a bearing upon the scope of rights and obligations under the BIT in the present case, by virtue of its role as part of the applicable law under BIT Article 8(6) and German law as the lex loci arbitri*»]. In ogni caso, non vedo perché dovrebbe essere vietato ai collegi arbitrali prendere in considerazione il diritto dell'Unione, atteso che un divieto siffatto li priverebbe delle possibilità di procedere, ove necessario, a un'interpretazione del TBI conforme dal diritto dell'Unione, al fine di evitare conflitti con quest'ultimo.

constatare una violazione delle disposizioni di detti atti da parte della Repubblica slovacca¹³⁰. Al contrario, l'Achmea sosteneva che le misure legislative adottate dalla Repubblica slovacca nel settore delle assicurazioni sanitarie¹³¹, che non trovavano affatto la loro origine o il loro fondamento nel diritto dell'Unione, violavano gli articoli da 3 a 5 del TBI.

178. Inoltre, come ha dichiarato il collegio arbitrale, né l'Achmea né la Repubblica slovacca si sono basate su disposizioni del diritto dell'Unione che abbiano potuto avere un'incidenza sull'iter logico o sulla decisione nel merito della controversia da parte del collegio. Il suo lodo non potrebbe quindi incidere in alcun modo su questioni di diritto dell'Unione¹³².

b) L'ambito di applicazione di detto TBI e le norme giuridiche introdotte da quest'ultimo non sono identici a quelli dei Trattati UE e FUE

179. La tesi della Commissione, come espressa nelle sue osservazioni scritte¹³³ e in udienza, si fonda sulla premessa secondo la quale il diritto dell'Unione offre agli investitori, in particolare attraverso le libertà fondamentali e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), una tutela completa in materia di investimenti.

180. Non so cosa intenda la Commissione con i termini «tutela completa», ma il confronto tra detto TBI e i Trattati UE e FUE dimostra che la tutela concessa agli investimenti da questi ultimi è ben lungi dall'essere completa. A mio avviso, i TBI interni all'Unione, e più in particolare il TBI di cui trattasi nel procedimento principale, istituiscono diritti ed obblighi che non riproducono né contraddicono le garanzie di tutela degli investimenti transfrontalieri offerte dal diritto dell'Unione¹³⁴.

181. Il TBI di cui trattasi nel procedimento principale può essere analizzato sotto tre profili. In primo luogo, il suo ambito di applicazione è più ampio di quello dei Trattati UE e FUE (1). In secondo luogo, talune norme giuridiche introdotte da quest'ultimo non hanno equivalenti nel diritto dell'Unione (2). In terzo luogo, alcune delle sue norme si sovrappongono in parte al diritto dell'Unione senza tuttavia giungere a risultati incompatibili con i Trattati UE e FUE (3).

182. Prima di procedere con tale analisi, individuo le principali norme giuridiche contenute in tale TBI:

- il principio di legalità dell'investimento¹³⁵ (articolo 2);
- il trattamento giusto ed equo (articolo 3, paragrafo 1);

130 Anzi, come emerge dal punto 151 della sentenza del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), «l'Irlanda [aveva] presentato strumenti di diritto comunitario al Tribunale arbitrale perché fossero interpretati ed applicati nell'ambito di un procedimento volto a far constatare una violazione delle disposizioni [di] detti strumenti da parte del Regno Unito».

131 V. paragrafo 24 delle presenti conclusioni.

132 V. Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo definitivo del 7 dicembre 2012, punti 275 e 276.

133 V. punti 13, 18, 57, 101 e 130 delle sue osservazioni scritte.

134 V. anche, in tal senso, Eastern Sugar BV c/ Repubblica ceca (UNCITRAL) (caso CCS n. 088/2004), lodo parziale del 27 marzo 2007, punti da 159 a 172, Rupert Joseph Binder c/ Repubblica ceca (UNCITRAL), lodo del 6 giugno 2007 sulla competenza, punto 63, Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL), decisione del 30 aprile 2010 sulla competenza, punti da 74 a 79, Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione, punti da 245 a 267, European American Investment Bank AG c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2010-17), lodo del 22 ottobre 2012 sulla competenza, punti da 178 a 185, WNC Factoring Ltd c/ Repubblica ceca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2014-34), lodo del 22 febbraio 2017, punti da 298 a 308, Anglia Auto Accessories Limited c/ Repubblica ceca (caso CCS V 2014/181), lodo definitivo del 10 marzo 2017, punti 115 e 116, I.P. Busta e J.P. Busta c/ Repubblica ceca (caso CCS V 2015/014), lodo definitivo del 10 marzo 2017, punti 115 e 116.

135 Secondo tale principio, l'investitore può beneficiare della tutela offerta dal TBI solo per un investimento che rispettasse il diritto dello Stato ospitante nel momento in cui viene effettuato. V. ad esempio Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c/ Regno del Marocco (caso ICSID n. ARB/00/4), lodo del 31 luglio 2001 sulla competenza, punto 46 e Tokios Tokelés c/ Ucraina (caso ICSID n. ARB/02/18), lodo del 29 giugno 2004 sulla competenza, punto 84.

- la tutela e la sicurezza piene e integrali (articolo 3, paragrafo 2);
- la clausola della nazione più favorita (NPF) (articolo 3, paragrafi 2 e 3);
- la clausola del rispetto degli impegni contrattuali, cosiddetta «*umbrella clause*»¹³⁶ (articolo 3, paragrafo 4);
- il libero trasferimento dei pagamenti (articolo 4);
 - il divieto di espropriazioni illegittime (articolo 5);
 - il risarcimento in caso di guerra, conflitto armato, casi di emergenza o altre circostanze straordinarie (articolo 6);
 - la surrogazione dell'assicuratore nei diritti dell'investitore in caso di assicurazione per rischi non commerciali (articolo 7);
 - il meccanismo di ISDS (articolo 8);
 - il meccanismo di risoluzione delle controversie tra Stati (articolo 10), e
 - la clausola di temporaneità, cosiddetta «*sunset*»¹³⁷ (articolo 13, paragrafo 3).

1) L'ambito di applicazione di detto TBI è più ampio di quello dei Trattati UE e FUE

183. Salvo limitazioni espresse, i TBI comprendono qualsiasi atto od omissione dello Stato che abbia un'incidenza su un investitore straniero e sul suo investimento. In tal senso, essi trovano applicazione in situazioni che non rientrano nei Trattati UE e FUE.

184. I migliori esempi sono quelli del meccanismo che garantisce la stabilità della zona euro, del diritto penale e dell'imposizione diretta.

185. Mi riferisco in tal modo ai procedimenti arbitrari avviati in base ai TBI interni all'Unione, cui hanno fatto riferimento in udienza la Repubblica ellenica e la Repubblica di Cipro, a proposito di misure adottate dalle stesse conformemente alle condizioni del loro dispositivo di assistenza finanziaria fissate nei protocolli d'intesa e in altri strumenti negoziati, o nell'ambito del trattato che

¹³⁶ La violazione di un contratto concluso tra uno Stato e un investitore straniero non costituisce di per sé una violazione del diritto internazionale. La clausola del rispetto degli impegni contrattuali sottoscritta dallo Stato che ospita gli investimenti nei confronti degli investitori dell'altro Stato parte contraente del TBI ha quindi l'effetto di inserire nel TBI l'obbligo di rispettare tali impegni. Pertanto, quando ritengono che tali impegni siano stati violati, gli investitori possono beneficiare delle tutele concesse dal TBI, tra cui in particolare il diritto di ricorrere all'arbitrato internazionale, il che sarebbe stato impossibile senza la clausola del rispetto degli impegni, in quanto il diritto internazionale non la impone.

¹³⁷ Secondo tale clausola, gli investimenti effettuati durante il periodo di validità del TBI continuano a beneficiare della tutela sostanziale concessa da quest'ultimo, anche se non è più in vigore e ciò per un periodo supplementare fissato dallo stesso. Tale periodo ha inizio alla data di cessazione del TBI.

istituisce il meccanismo europeo di stabilità (MES) o sotto il regime precedente al MES [ossia il Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF)]. Tali misure rientrano o nel MES o nella competenza degli Stati membri, ma non nei Trattati UE e FUE¹³⁸, nel cui ambito tali misure non possono essere contestate dai privati per la loro incompatibilità con il diritto dell'Unione.

186. In tal senso, le misure adottate dal governo greco, note con la denominazione inglese di «Private Sector Involvement» (in prosieguo: il «PSI») e consistenti, in sostanza, nel prelievo unilaterale e retroattivo sulle obbligazioni emesse da tale governo contrariamente alla volontà di taluni detentori hanno dato luogo al procedimento arbitrale tra, da un lato, un investitore slovacco e un investitore cipriota e, dall'altro, la Repubblica ellenica¹³⁹. Secondo tali investitori, la loro partecipazione «forzata» al prelievo sulle obbligazioni prevista dal PSI costituiva un'espropriazione indiretta nonché un trattamento ingiusto e iniquo contrario ai TBI Grecia/Cecoslovacchia e Grecia/Cipro.

187. Il PSI era stato negoziato tra il governo greco e la troika [Commissione, BCE e Fondo monetario internazionale (FMI)] e successivamente approvato dall'Eurogruppo¹⁴⁰. Come è stato dichiarato dalla Corte, la partecipazione della Commissione e della BCE alla troika avviene al di fuori dei Trattati UE e FUE e l'Eurogruppo non è un organo dell'Unione¹⁴¹. Nei TBI non è presente una limitazione di tal genere. Essi si applicano a qualsiasi azione dello Stato.

188. Ciò vale anche per le misure di controllo dei capitali imposte dalla Repubblica di Cipro durante la crisi bancaria che formano oggetto del procedimento arbitrale Theodoros Adamakopoulos e a. c/ Repubblica di Cipro (caso ICSID n. ARB/15/49). In udienza il governo cipriota ha ammesso di aver adottato esso stesso tali misure in base all'articolo 65, paragrafo 1, TFUE che consente, e quindi non impone, agli Stati membri di introdurre restrizioni alla libera circolazione dei capitali.

189. Come ha rilevato il presidente della BCE, anche se l'adozione di tali misure può essere tollerata come restrizione alla libera circolazione dei capitali dall'articolo 65, paragrafo 1, TFUE, si tratta tuttavia di «misure nazionali (...) *unilaterali e sovrane* adottate dal parlamento cipriota, dal governo cipriota e/o dalla banca centrale di Cipro»¹⁴². Sebbene gli Stati membri debbano esercitare le loro competenze in modo da non violare il diritto dell'Unione, il TBI può offrire una tutela utile agli investitori, laddove le misure rientranti nella competenza esclusiva degli Stati arrecano loro pregiudizio senza tuttavia ostacolare il diritto dell'Unione.

190. Analogamente, le misure di risanamento del settore bancario cipriota convenute nell'ambito del MES e approvate dall'Eurogruppo comprendevano lo smantellamento della banca Laiki, la sua scissione in un istituto di liquidazione (bad bank) e in una banca risanata nonché l'integrazione di quest'ultima nella banca Trapeza Kyprou¹⁴³. La Laiki è stata oggetto anche di provvedimenti adottati dal governo cipriota che, secondo il suo azionista Marfin Investment Group, hanno comportato

138 Secondo la giurisprudenza della Corte, pur dovendo rispettare il diritto dell'Unione, le misure specifiche imposte agli Stati membri e che condizionano l'assistenza finanziaria che essi avevano richiesto nell'ambito del trattato MES non rientrano in tale diritto. V. in tal senso sentenze del 27 novembre 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, punti 151, 164, 179 e 180), nonché del 20 settembre 2016, Mallis e a./Commissione e BCE (da C-105/15 P a C-109/15 P, EU:C:2016:702, in particolare punti 59 e 61). Infatti, il protocollo d'intesa firmato a nome del meccanismo europeo di stabilità (MES) dalla Commissione e dalla Banca centrale europea (BCE) è un atto del MES e, in quanto tale, non può essere oggetto di un controllo di legittimità da parte dei giudici dell'Unione. La constatazione che tali misure non rientrano nel diritto dell'Unione non è tuttavia pregiudicata dalla possibilità di proporre un ricorso per risarcimento danni contro l'Unione in quanto la Commissione e la BCE hanno firmato tale protocollo d'intesa, il che potrebbe costituire da parte loro una violazione qualificata del diritto dell'Unione che ha comportato un danno. V., in tal senso, sentenza del 20 settembre 2016, Ledra Advertising e a./Commissione e BCE (da C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701, punti da 52 a 55).

139 V. Poštová banka, a.s. e Istrokapital SE c/ Repubblica ellenica (caso ICSID n. ARB/13/8), lodo del 9 aprile 2015, punti da 60 a 76.

140 V. comunicato stampa dell'Eurogruppo del 21 febbraio 2012.

141 V. sentenze del 20 settembre 2016, Ledra Advertising e a./Commissione e BCE (da C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701, punto 52), nonché del 20 settembre 2016, Mallis e a./Commissione e BCE (da C-105/15 P a C-109/15 P, EU:C:2016:702, punti da 52 a 61).

142 V. lettera del 13 luglio 2015 inviata dal sig. Mario Draghi, presidente della BCE, al sig. Sven Giegold, membro del Parlamento europeo, disponibile sul sito Internet della BCE https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/150714letter_giegold.en.pdf?1a6b3fcf462edc2c155fec04e0f9d475. Il corsivo è mio.

143 Tali misure non rientrano nel diritto dell'Unione. V. sentenza del 20 settembre 2016, Mallis e a./Commissione e BCE (da C-105/15 P a C-109/15 P, EU:C:2016:702).

l'aumento della partecipazione della Repubblica di Cipro nel capitale della Laïki a suo danno. Sono stati avviati procedimenti penali nei confronti dei dirigenti della Laïki nominati dalla Marfin Investment Group e si è proceduto al sequestro provvisorio di beni appartenenti alla Marfin Investment Group e ai suoi dirigenti. Considerando che tali misure costituivano un'espropriazione indiretta del suo investimento nella banca Laïki nonché un trattamento arbitrario e discriminatorio contrario al TBI Grecia/Cipro, la Marfin Investment Group ha avviato un procedimento arbitrale contro la Repubblica di Cipro¹⁴⁴.

191. È evidente che nemmeno la controversia oggetto di tale arbitrato rientra nell'ambito di applicazione dei Trattati UE e FUE sia nella parte penale che nella parte del risanamento. In udienza il governo cipriota ha contestato al tribunale arbitrale di avergli ordinato «di non emettere e di non eseguire taluni mandati d'arresto europei» nei confronti di determinati cittadini greci, anche se al fine di consentire loro di partecipare in qualità di testimoni alle udienze dinanzi al tribunale arbitrale.

192. Tuttavia, come emerge dal comunicato stampa emesso dal servizio giuridico della Repubblica di Cipro, la decisione di emettere o meno siffatti mandati d'arresto rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri. Non vedo quindi come la decisione del tribunale arbitrale abbia impedito alla Repubblica di Cipro di eseguire i suoi obblighi derivanti dalla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri¹⁴⁵, riguardante in sostanza l'esecuzione negli altri Stati membri dei mandati emessi da uno Stato membro (nella fattispecie la Repubblica di Cipro) nonché le procedure di consegna delle persone considerate. Quanto alla sospensione dell'esecuzione dei mandati, tale decisione quadro non contiene disposizioni riguardanti l'esecuzione dei mandati nel paese di emissione. In tal senso, detta questione rientra anch'essa nella competenza esclusiva degli Stati membri. In ogni caso, risulta che il tribunale arbitrale in questione, a seguito della richiesta del procuratore generale di Cipro, ha ritirato la sua la decisione obbligando così i cittadini greci interessati a comparire dinanzi ai giudici ciprioti, ciò che costituiva oggetto dei mandati d'arresto europei considerati¹⁴⁶.

193. Per quanto riguarda il settore dell'imposizione diretta, detto TBI è pienamente applicabile. Così non è per i Trattati UE e FUE in quanto l'imposizione diretta rientra nella competenza degli Stati membri, anche se questi ultimi sono obbligati a esercitarla nel rispetto del diritto dell'Unione¹⁴⁷. La tutela offerta dalle libertà fondamentali in materia di imposizione diretta¹⁴⁸ comprende soltanto il divieto di differenza di trattamento fra contribuenti che si trovino in situazioni obiettivamente analoghe o di trattamento identico di contribuenti che si trovino in situazioni diverse¹⁴⁹.

144 V. arbitrato pendente Marfin Investment Group Holdings SA, Alexandros Bakatselos e a. c/ Repubblica di Cipro (caso ICSID n. ARB/13/27). V. anche comunicato stampa del servizio giuridico della Repubblica di Cipro disponibile sul sito Internet del suo Ufficio Stampa e Informazione (<http://www.pio.gov.cy/moi/pio/pio2013.nsf/All/4D30C42F4FB53EB7C225802E00436251?OpenDocument&L=G>).

145 GU 2002, L 190, pag. 1. La decisione quadro definisce i reati per i quali può essere emesso un mandato d'arresto europeo, ma non riguarda le altre condizioni del diritto penale che devono essere rispettate in siffatto procedimento, rientranti esclusivamente nella competenza dello Stato membro di emissione del mandato d'arresto.

146 V. articolo di stampa «Bouloutas e Foros sono comparsi dinanzi ai giudici» sul sito Internet del giornale *Politis* <https://politis.com.cy/article/parousiastikan-sto-dikastirio-mpouloutas-ke-foros>.

147 V. sentenze del 14 febbraio 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, punto 21); del 12 dicembre 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, punto 36), e del 10 maggio 2012, Santander Asset Management SGIC e a. (da C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, punto 14).

148 Ad eccezione dei rari casi in cui il Trattato FUE lo prevede (articoli da 110 a 112 TFUE) e in cui l'Unione ha legiferato. A titolo esemplificativo, cito le direttive 2003/49/CE, 2009/133/CE, 2011/16/UE del Consiglio, del 15 febbraio 2011, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale e che abroga la direttiva 77/799/CEE (GU 2011, L 64, pag. 1); 2011/96/UE e (UE) 2015/2060 del Consiglio, del 10 novembre 2015, che abroga la direttiva 2003/48/CE in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi (GU 2015, L 301, pag. 1). V. anche in tal senso conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa C (C-122/15, EU:C:2016:65, paragrafi da 42 a 50). Niente impedirebbe alle istituzioni dell'Unione e/o agli Stati membri, secondo la ripartizione delle competenze nei settori considerati, di istituire un quadro normativo unico per la tutela degli investimenti nell'intero territorio dell'Unione che sostituisca i TBI.

149 V., in tal senso, sentenze del 14 novembre 1995, Svensson e Gustavsson (C-484/93, EU:C:1995:379, punti da 12 a 19); del 1° aprile 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e a. (C-80/12, EU:C:2014:200, punti 20, 21 e 25); del 17 luglio 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, punti 19 e 24); del 3 febbraio 2015, Commissione/Regno Unito (C-172/13, EU:C:2015:50, punti 21 e 24), e del 24 novembre 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punto 54).

194. In udienza la Commissione ha fatto riferimento alla sentenza del 5 febbraio 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2014:47), mentre tale sentenza prova che, contrariamente alla tesi della Commissione, il diritto dell'Unione non offre una tutela «completa» in materia di investimenti¹⁵⁰. Infatti, dai punti 23 e 30 di tale sentenza emerge chiaramente che il diritto dell'Unione offre soltanto una tutela contro le discriminazioni nel settore considerato da tale sentenza, ossia l'imposizione diretta.

195. Inoltre, conformemente all'articolo 51, paragrafo 1, le disposizioni della Carta si applicano agli Stati membri solo nell'attuazione del diritto dell'Unione. Come ha dichiarato la Corte, nei limiti in cui le misure di imposizione diretta in questione non rientrano nelle disposizioni del Trattato FUE o nelle direttive concernenti l'imposizione fiscale, le disposizioni della Carta non sono ad esse applicabili¹⁵¹.

196. Per contro, la tutela concessa agli investitori dai TBI nel settore dell'imposizione diretta è più ampia che nel diritto dell'Unione in quanto non riguarda unicamente un trattamento fiscale discriminatorio ma anche qualsiasi imposizione che violi le garanzie di trattamento giusto ed equo, di trattamento della NPF, di tutela e di sicurezza piene e integrali nonché qualsiasi espropriazione indiretta realizzata con il pretesto dell'imposizione¹⁵².

197. Ad esempio, un azionista di minoranza in una società con sede in un altro Stato membro, che sia espropriato in tale Stato¹⁵³ mediante imposizione diretta non è tutelato dalle libertà fondamentali garantite dal Trattato FUE in quanto la sua partecipazione non gli attribuisce il controllo della società destinataria delle misure di espropriazione e per questo non rientra nella libertà di stabilimento. Inoltre, poiché riguardano esclusivamente la società, le misure fiscali si applicherebbero a una situazione puramente interna, il che renderebbe inapplicabili le disposizioni del Trattato FUE relative alla libera circolazione dei capitali. Dato che non sono applicabili disposizioni di diritto dell'Unione, non sarebbero applicabili neppure la Carta e il suo articolo 17.

198. Invece, dato che una partecipazione di minoranza è un investimento diretto ai sensi di detto TBI, un azionista di minoranza potrebbe pienamente beneficiare dell'articolo 5 che vieta le espropriazioni illegittime¹⁵⁴.

2) Le norme giuridiche di detto TBI che non hanno equivalenti nel diritto dell'Unione e che non sono incompatibili con quest'ultimo

199. Varie norme giuridiche di detto TBI non hanno equivalenti nel diritto dell'Unione. Si tratta della clausola NPF, della clausola del rispetto degli impegni contrattuali, della clausola *sunset* nonché del meccanismo ISDS.

150 Facendo riferimento a tale sentenza, che riguarda la fiscalità diretta, per dimostrare l'esistenza di una tutela completa in materia di investimenti nel diritto dell'Unione, la Commissione cade in contraddizione poiché, al contempo, difende la tesi secondo la quale la sentenza del 5 luglio 2005, D. (C 376/03, EU:C:2005:424), che riguarda altresì l'esistenza di una discriminazione vietata dal Trattato FUE in materia di fiscalità diretta, non è rilevante al fine di valutare la compatibilità dell'articolo 8 del suddetto TBI con l'articolo 18 TFUE, in quanto la fiscalità diretta rientra nella competenza degli Stati membri. V. punto 78 delle presenti conclusioni.

151 V. sentenza del 2 giugno 2016, C (C-122/15, EU:C:2016:391, punti 28 e 29), nonché ordinanza del 15 aprile 2015, *Burzio* (C-497/14, EU:C:2015:251, punti da 26 a 33).

152 V. *Achmea BV* (già *Eureko BV*) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione, punto 251. Per il caso di espropriazione, v. in particolare *Marvin Feldman c/ Stati Uniti messicani* [caso ICSID n. ARB(AF)/99/1], lodo del 16 dicembre 2002, punti da 101 a 107; *EnCana Corporation c/ Repubblica dell'Ecuador* (UNCITRAL), lodo del 3 febbraio 2006, punti 173 e 177, e *Occidental Petroleum Corporation e Occidental Exploration and Production Company c/ Repubblica dell'Ecuador* (caso ICSID n. ARB/06/11), lodo del 5 ottobre 2012, punto 455.

153 Per maggiori dettagli sul confronto tra detto TBI e i Trattati UE e FUE in materia di tutela contro le espropriazioni illegittime, v. paragrafi da 217 a 226 delle presenti conclusioni.

154 V. in tal senso *Quasar de Valores SICAV SA e a. c/ Federazione russa* (caso CCS n. 24/2007), lodo del 20 luglio 2012, e *RosInvestCo UK Ltd. c/ Federazione russa* (SCC Case No. V 079/2005), lodo definitivo del 12 settembre 2010, annullati dai giudici svedesi per altri motivi.

i) La clausola NPF

200. L'articolo 3, paragrafo 2, di detto TBI sancisce il principio secondo il quale ogni parte contraente concederà agli investimenti degli investitori della controparte una tutela e una sicurezza piene e integrali che, in ogni caso, non saranno meno intense di quelle concesse o agli investimenti dei propri investitori o agli investimenti di qualsiasi altro Stato, a seconda di ciò che è più favorevole all'investitore interessato.

201. Anche se riconosce il principio del trattamento nazionale¹⁵⁵, il diritto dell'Unione non contiene alcuna clausola NPF che consenta ai cittadini di uno Stato membro di beneficiare in un altro Stato membro del trattamento che quest'ultimo concede ai cittadini di un terzo Stato membro in base a un accordo bilaterale¹⁵⁶.

ii) La clausola del rispetto degli impegni contrattuali, cosiddetta «umbrella clause»

202. La clausola del rispetto degli impegni contrattuali, cosiddetta «umbrella clause» di cui all'articolo 3, paragrafo 5, di detto TBI ha come effetto di trasformare in violazione del TBI la violazione, da parte dello Stato, di un impegno contrattuale dallo stesso sottoscritto nei confronti di un investitore. Non esiste niente di equivalente nel diritto dell'Unione che trasformi la violazione di un impegno contrattuale in una violazione dei Trattati UE e FUE.

iii) La clausola sunset

203. Contrariamente all'articolo 13, paragrafo 3, di detto TBI, i Trattati UE e FUE non contengono alcuna clausola *sunset*. Anzi, l'articolo 50, paragrafo 3, TUE prevede che «[i] trattati cessano di essere applicabili allo Stato interessato a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso o, in mancanza di tale accordo, due anni dopo la notifica di cui al paragrafo 2», salvo che tale termine sia prorogato. Pertanto, i cittadini dell'Unione cesseranno immediatamente di beneficiare della tutela concessa dal diritto dell'Unione alle loro attività economiche nello Stato membro che decide di ritirarsi dall'Unione, anche se i loro investimenti sono stati realizzati durante il periodo in cui i Trattati erano in vigore in tale Stato membro, e viceversa.

iv) Il ricorso all'arbitrato internazionale quale meccanismo di ISDS

204. L'articolo 8 di detto TBI contiene l'offerta permanente (*standing offer*) del Regno dei Paesi Bassi e della Repubblica slovacca agli investitori della controparte di sottoporre all'arbitrato internazionale qualsiasi controversia relativa ai loro investimenti, conformemente al regolamento arbitrale dell'UNCITRAL, con l'Istituto arbitrale della CCS che agisce quale autorità investita del potere di nomina.

205. Secondo il collegio arbitrale investito dell'arbitrato di cui trattasi nel procedimento principale, il diritto di ricorrere all'arbitrato internazionale non può essere semplicemente assimilato ai ricorsi dinanzi ai giudici ordinari dello Stato¹⁵⁷, considerato che i Trattati UE e FUE (al pari dei diritti degli Stati membri) non istituiscono un mezzo di ricorso equivalente al meccanismo ISDS. Sebbene l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE imponga agli Stati membri l'obbligo di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati

¹⁵⁵ V., segnatamente, sentenza del 21 settembre 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, punto 59).

¹⁵⁶ V. paragrafi da 66 a 72 delle presenti conclusioni.

¹⁵⁷ V. Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione, punto 264. V. anche in tal senso WNC Factoring Ltd c/ Repubblica ceca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2014-34), lodo del 22 febbraio 2017, punto 300.

dal diritto dell'Unione, i Trattati UE e FUE non istituiscono mezzi di ricorso che consentano ai singoli di citare direttamente gli Stati membri dinanzi alla Corte¹⁵⁸. Inoltre, l'ambito di applicazione di detto TBI è più ampio di quello dei Trattati UE e FUE e quindi si applica anche laddove gli obblighi derivanti dall'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE non sono applicabili.

206. Inoltre, i collegi arbitrali costituiscono il foro più appropriato per risolvere le controversie tra investitori e Stati in base ai TBI, in quanto i giudici statali impongono spesso agli investitori condizioni di invocabilità del diritto internazionale che sono in realtà impossibili da soddisfare¹⁵⁹ nonché termini difficilmente conciliabili con la prassi commerciale e con gli importi in gioco.

207. Pertanto, se non prevedesse il ricorso all'arbitrato internazionale quale modalità di ISDS, l'intero TBI sarebbe privato di qualsiasi effetto utile. Al riguardo, gli Stati membri intervenuti nel presente procedimento nonché la Commissione non hanno fornito un solo esempio di investitore che abbia proposto un ricorso dinanzi a giudici statali in base ai vecchi TBI che, come i TBI Germania/Grecia e Germania/Portogallo, non contengono alcun meccanismo di ISDS.

208. Non sorprende quindi il fatto che il diritto degli investitori di ricorrere all'arbitrato internazionale sia riconosciuto nel diritto internazionale degli investimenti come la disposizione più importante dei TBI in quanto, al di là del suo contenuto procedurale, essa è anche, di per sé, una garanzia che incentiva e tutela gli investimenti¹⁶⁰.

209. La Corte ha confermato tale valutazione dichiarando al punto 292 del parere 2/15 (Accordo di libero scambio con Singapore), del 16 maggio 2017 (EU:C:2017:376) che i meccanismi ISDS «non [possono] avere carattere puramente ausiliario».

3) La sovrapposizione delle altre disposizioni di detto TBI a talune disposizioni dei Trattati UE e FUE è solo parziale

210. Per quanto riguarda le altre norme di tutela sostanziale degli investimenti, ossia la tutela e la sicurezza piene e integrali, il trattamento giusto ed equo degli investimenti nonché il divieto di espropriazioni illegittime, occorre sottolineare che la loro sovrapposizione al diritto dell'Unione è solo parziale senza dar luogo, tuttavia, a un'incompatibilità con quest'ultimo. Per contro, al pari delle libertà fondamentali, tali norme incentivano anch'esse i movimenti di capitali tra gli Stati membri. Esse sono a priori compatibili con il mercato interno.

158 V. *Eastern Sugar BV c/ Repubblica ceca* (UNCITRAL) (caso CCS n. 088/2004), lodo parziale del 27 marzo 2007, punto 180; *Binder c/ Repubblica ceca* (UNCITRAL), lodo sulla competenza del 6 giugno 2007, punto 40; *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/ Repubblica slovacca* (UNCITRAL), decisione sulla competenza del 30 aprile 2010, punto 77; *WNC Factoring Ltd c/ Repubblica ceca* (UNCITRAL) (caso CPA n. 2014-34), lodo del 22 febbraio 2017, punto 299; *Anglia Auto Accessories Limited c/ Repubblica ceca* (caso CCS V 2014/181), lodo definitivo del 10 marzo 2017, punto 116, e *I.P. Busta e J.P. Busta c/ Repubblica ceca* (caso CCS V 2015/014), lodo definitivo del 10 marzo 2017, punto 116.

159 V., segnatamente, il *Conseil d'État* (Francia), sentenza del 21 dicembre 2007, n. 280264, il quale ha dichiarato che le disposizioni dell'articolo 3 dell'Accordo tra il governo della Repubblica francese e il governo della Repubblica algerina democratica e popolare sull'incentivazione e sulla tutela reciproche degli investimenti, firmato ad Algeri il 13 febbraio 1993 istituivano obblighi solo tra i due Stati firmatari e che, di conseguenza, i privati non potevano farli valere. Si può fare un paragone con il controllo di validità degli atti dell'Unione alla luce del diritto internazionale. V. in tal senso sentenza del 21 dicembre 2011, *Air Transport Association of America e a.* (C-366/10, EU:C:2011:864).

160 V. *Emilio Agustín Maffezini c/ Regno di Spagna* (caso ICSID n. ARB/97/7), decisione del collegio del 25 gennaio 2000 sulle eccezioni di incompetenza, punti 54 e 55; *Gas Natural SDG SA c/ Repubblica argentina* (caso ICSID n. ARB/03/10), decisione del collegio del 17 giugno 2005 sulle eccezioni di incompetenza, punto 31; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA e InterAguas Servicios Integrales del Agua SA c/ Repubblica argentina* (caso ICSID n. ARB/03/17), decisione del 16 maggio 2006 sulla competenza, punto 60; *Eastern Sugar BV c/ Repubblica ceca* (UNCITRAL) (caso CCS n. 088/2004), lodo parziale del 27 marzo 2007, punti 165 e 166; *Binder c/ Repubblica ceca* (UNCITRAL), lodo del 6 giugno 2007 sulla competenza, punto 65; *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/ Repubblica slovacca* (UNCITRAL), decisione del 30 aprile 2010 sulla competenza, punti 77 e 78; *Achmea BV (già Eureka BV) c/ Repubblica slovacca* (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione, punto 264; *WNC Factoring Ltd c/ Repubblica ceca* (UNCITRAL) (caso CPA n. 2014-34), lodo del 22 febbraio 2017, punto 300; *Anglia Auto Accessories Limited c/ Repubblica ceca* (caso CCS V 2014/181), lodo definitivo del 10 marzo 2017, punto 116, e *I.P. Busta e J.P. Busta c/ Repubblica ceca* (caso CCS V 2015/014), lodo definitivo del 10 marzo 2017, punto 116.

i) La tutela e la sicurezza piene e integrali degli investimenti

211. Tale norma impone allo Stato l'obbligo positivo di adottare misure al fine di tutelare gli investimenti, il che implica la tutela fisica dell'investitore e del suo investimento contro le azioni violente da parte dei privati¹⁶¹ o degli organi dello Stato¹⁶² nonché la tutela giuridica¹⁶³ dell'investitore e del suo investimento¹⁶⁴.

212. Non esistono norme direttamente equivalenti nel diritto dell'Unione¹⁶⁵. È vero che le libertà fondamentali possono essere applicate negli stessi contesti di fatto della garanzia di tutela e di sicurezza piene e integrali, in quanto hanno un effetto diretto verticale e orizzontale¹⁶⁶. Tuttavia, i contenuti sono diversi, che si tratti della tutela fisica dell'investitore o della tutela giuridica, comprendente l'obbligo dello Stato di garantire che il livello di tutela e di sicurezza degli investimenti convenuto con gli investitori stranieri non sia soppresso o ridotto per effetto di una modifica delle sue leggi o di azioni della sua amministrazione¹⁶⁷. Nel diritto dell'Unione non è rinvenibile niente di così specifico.

161 V. ad esempio *Wena Hotels Ltd. c/ Repubblica araba d'Egitto* (caso ICSID n. ARB/98/4), lodo dell'8 dicembre 2000, punto 84, e *Técnicas Medioambientales TECMED SA c/ Stati Uniti messicani* [caso ICSID n. ARB(AF)/00/2], lodo del 29 maggio 2003, punti da 175 a 177.

162 V. ad esempio *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c/ Repubblica Unita di Tanzania* (caso ICSID n. ARB/05/22), lodo del 24 luglio 2008, punto 730, e *Eureko BV c/ Repubblica di Polonia* (Arbitrato ad hoc), lodo parziale del 19 agosto 2005, punti 236 e 237.

163 V. *CME Czech Republic BV c/ Repubblica ceca* (UNCITRAL), lodo parziale del 13 settembre 2001, punto 61,3 e *Compañía de Aguas del Aconquija SA e Vivendi Universal SA c/ Repubblica argentina* (caso ICSID n. ARB/97/3), lodo del 20 agosto 2007, punti 7.4.15 e 7.4.16.

164 Per un'analisi più completa, v. Schreuer, C., «Full Protection and Security», 2010, *Journal of International Dispute Settlement*, pag. 1.

165 V. *Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca* (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione, punto 260.

166 V., segnatamente, sentenza dell'11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union* (C-438/05, EU:C:2007:772, punti da 56 a 59, 62 e 66). Ciò vale anche per i regolamenti ma non per le direttive.

167 V. *Saluka Investments BV c/ Repubblica ceca* (UNCITRAL) (caso CPA n. 2001-04), lodo parziale del 17 marzo 2006, punto 484.

ii) *Il trattamento giusto ed equo degli investimenti*

213. Il trattamento giusto ed equo degli investimenti è una nozione ampia che comprende il diritto a un processo equo e le garanzie fondamentali di buona fede, di non discriminazione¹⁶⁸ e di proporzionalità¹⁶⁹ nonché le nozioni di trasparenza, di mancanza di ambiguità e di trattamento arbitrario, di legittimo affidamento e di tutela contro la coercizione e le molestie¹⁷⁰. Infine, la nozione di trattamento giusto ed equo tutela l'investitore contro il diniego di giustizia¹⁷¹ da parte dei giudici statali¹⁷².

214. I punti comuni con vari principi del diritto dell'Unione, come i principi di non discriminazione, di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento nonché i diritti a una buona amministrazione, a un ricorso giurisdizionale effettivo e a un tribunale imparziale, sono evidenti.

215. Tuttavia, tali norme del diritto dell'Unione, anche se considerate nel loro insieme, non implicano che il diritto dell'Unione contempli il principio del trattamento giusto ed equo in quanto tale. Ad esempio, come è stato dichiarato da vari collegi arbitrali, un trattamento può essere ingiusto e iniquo, anche se riguarda tutti gli operatori economici, indipendentemente dalla loro nazionalità o da altre caratteristiche distintive¹⁷³, come un'imposta forfettaria sulle società. Occorre sottolineare che, al momento del procedimento arbitrale di cui trattasi nel procedimento principale, la Repubblica slovacca ha ammesso che siffatta imposta potrebbe essere contraria al trattamento giusto ed equo richiesto dal TBI mentre non sarebbe incompatibile con il diritto dell'Unione¹⁷⁴.

216. Un altro esempio è costituito dalla tutela contro i casi di diniego di giustizia comprendenti anche il caso di applicazione errata e palesemente abusiva del diritto nazionale. Il diritto dell'Unione non offre una tutela analoga, in quanto i giudici dell'Unione non sono competenti a interpretare il diritto nazionale.

168 La nozione di discriminazione nel diritto internazionale degli investimenti è simile a quella del diritto dell'Unione nei limiti in cui essa riguarda un trattamento sfavorevole nei confronti dell'investitore che non può essere ragionevolmente giustificato. V., in tal senso, Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), sentenza, CIJ Recueil 1989, pag. 15, punto 122, *Saluka Investments BV c/ Repubblica ceca* (UNCITRAL) (caso CPA n. 2001-04), lodo parziale del 17 marzo 2006, punto 460, e *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/ Repubblica Unita di Tanzania* (caso ICSID n. ARB/05/22), lodo del 24 luglio 2008, punto 695.

169 *V. MTD Equity Sdn. Bhd. e MTD Chile SA c/ Repubblica del Cile* (caso ICSID n. ARB/01/7), lodo del 25 maggio 2004, punto 109; *Saluka Investments BV c/ Repubblica ceca* (UNCITRAL) (caso CPA n. 2001-04), lodo parziale del 17 marzo 2006, punti 303 e 460; *Plama Consortium Limited c/ Repubblica di Bulgaria* (caso ICSID n. ARB/03/24), lodo del 27 agosto 2008, punto 184, e *EDF (Services) Limited c/ Romania* (caso ICSID n. ARB/05/13), lodo dell'8 ottobre 2009, punto 303.

170 *V. Técnicas Medioambientales TECMED SA c/ Stati Uniti messicani* (caso ICSID n. ARB(AF)/00/2), lodo del 29 maggio 2003, punto 154; *Waguih Elie George Siag e Clorinda Vecchi c/ Repubblica araba d'Egitto* (caso ICSID n. ARB/05/15), lodo del 1° giugno 2009, punto 450, e *Rumeli Telekom A.S. e Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c/ Repubblica del Kazakistan* (caso ICSID n. ARB/05/16), lodo del 29 luglio 2008, punto 609. V. anche in tal senso Dolzer, M., e Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pagg. da 133 a 149; Yannaca-Small, K., «Fair and equitable Treatment Standard» pubblicato in Yannaca-Small, K., (a cura di), *Arbitration under International Investment Agreements – A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2010, pag. 385, in particolare pagg. da 393 a 410. V. anche parere 2/15 (Accordo di libero scambio con Singapore), del 16 maggio 2017 (EU:C:2017:376, punto 89).

171 La nozione di «diniego di giustizia» nel diritto internazionale comprende l'obbligo dello Stato di non amministrare la giustizia in modo palesemente ingiusto. V., in tal senso, Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, pag. 67. Tale obbligo è violato se, ad esempio, i giudici statali rifiutano di trattare una causa, se la sottopongono a ritardi irragionevoli, se la giustizia è amministrata in modo decisamente inadeguato o anche in caso di applicazione errata e palesemente abusiva del diritto nazionale. V. *Robert Azinian e a. c/ Stati Uniti messicani* (caso CIRDI n. ARB(AF)/97/2), lodo del 1° novembre 1999, punti 102 e 103.

172 *V. Rumeli Telekom A.S. e Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c/ Repubblica del Kazakistan* (caso ICSID n. ARB/05/16), lodo del 29 luglio 2008, punto 651 e *Victor Pey Casado e President Allende Foundation c/ Repubblica del Cile* (caso ICSID n. ARB/98/2), lodo dell'8 maggio 2008, punti da 653 a 657. V. anche, in tal senso, McLachlan, C., Shore, L., e Weiniger, M., *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, pag. 227.

173 *V.S.D. Myers Inc. c/ Canada* (UNCITRAL), lodo parziale del 13 novembre 2000, punto 259, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., e LG&E International, Inc c/ Repubblica argentina* (caso ICSID n. ARB/02/1) decisione sulla responsabilità del 3 ottobre 2006, punto 162, e *Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca* (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione del 26 ottobre 2010, punti 250 e 251.

174 *V. Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca* (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione, punti 119 e 251.

iii) Il divieto di espropriazioni illegittime

217. Conformemente all'articolo 5 di detto TBI, un'espropriazione è legittima solo se è giustificata dall'interesse generale, rispetta il procedimento disposto per legge, non è discriminatoria ed è accompagnata dalla previsione del pagamento di un giusto compenso.

218. La sovrapposizione al diritto di proprietà garantito dall'articolo 17, paragrafo 1, della Carta è evidente¹⁷⁵. Ai sensi di tale disposizione, «[n]essuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa».

219. Tuttavia, tale sovrapposizione è solo parziale, in quanto la tutela contro l'espropriazione concessa dai TBI è più ampia di quella del diritto dell'Unione almeno per due ragioni.

220. In primo luogo, conformemente all'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, il suo articolo 17 si applica agli Stati membri solo nell'attuazione del diritto dell'Unione. La sua applicazione è quindi esclusa negli altri casi. Pertanto, sebbene la Commissione abbia fatto riferimento, in udienza, alle cause riunite pendenti SEGRO e Horváth (C-52/16 e C-113/16) quali esempi di cause in cui il diritto dell'Unione offre una tutela contro le espropriazioni, detta tutela è lungi dall'essere completa, in quanto non si applica mai in modo autonomo¹⁷⁶. Per contro, il divieto delle espropriazioni illegittime sancito dall'articolo 5 di detto TBI è autonomo e vincola lo Stato senza limitazioni.

221. In secondo luogo, i TBI non tutelano unicamente espropriazioni dirette¹⁷⁷ ma anche espropriazioni indirette, ossia le espropriazioni in via normativa e le espropriazioni cosiddette «velate» (*creeping expropriations*)¹⁷⁸.

222. La nozione di «espropriazione indiretta» è più vaga e prevede misure di ingerenza, senza spossessamento, nel diritto di proprietà e di godimento dell'investimento. I collegi arbitrali hanno stabilito vari criteri al fine di distinguere un'espropriazione indiretta dal normale esercizio del potere normativo dello Stato, ossia il grado di ingerenza nel diritto di proprietà, lo scopo e il contesto delle misure statali in questione e la violazione, con tali misure, delle ragionevoli aspettative riguardo al rendimento economico dell'investimento¹⁷⁹.

223. Ciò vale anche per le espropriazioni velate, vale a dire espropriazioni indirette che hanno uno svolgimento progressivo e che hanno luogo mediante una serie di misure, di cui nessuna costituisce di per sé un'espropriazione ma il cui effetto cumulativo è di distruggere il valore dell'investimento¹⁸⁰.

175 V. Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione, punto 261.

176 V. conclusioni dell'avvocato generale Saugmandsgaard Øe nelle cause riunite SEGRO e Horváth (C-52/16 e C-113/16, EU:C:2017:410, paragrafo 121) in cui lo stesso propone di non rispondere alle questioni pregiudiziali vertenti sull'articolo 17 della Carta in quanto «l'asserita violazione i [di tale articolo] non [può] essere esaminata indipendentemente dalla questione della violazione delle libertà di circolazione». V. anche, in tal senso, sentenza del 21 dicembre 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, punto 65).

177 Per espropriazione diretta, si intendono misure di nazionalizzazione o di spossessamento mediante trasferimento formale del titolo di proprietà o sequestro fisico.

178 V. Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione, punto 261. V. anche, in tal senso, sentenza del 15 settembre 2011, Commissione/Slovacchia (C-264/09, EU:C:2011:580, punti da 47 a 50) in cui la Corte ha dichiarato che la risoluzione da parte della Repubblica Slovacca di un contratto dalla stessa concluso con un investitore svizzero, necessario per conformarsi a suoi obblighi derivanti dalla direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE (GU 2003, L 176, pag. 37), avrebbe potuto costituire un'espropriazione ai sensi dell'articolo 6 del TBI Svizzera/Slovacchia.

179 V., in tal senso, sintesi della giurisprudenza internazionale pertinente disponibile in Yannaca-Small, K., «“Indirect expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law» *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, pagg. da 10 a 20.

180 V., ad esempio, Técnicas Medioambientales TECMED SA c/ Stati Uniti messicani (caso ICSID n. ARB(AF)/00/2), lodo del 29 maggio 2003, punto 114, e Generation Ukraine Inc. c/ Ucraina (caso ICSID n. ARB/00/9), lodo del 16 settembre 2003, punto 20.22.

224. La giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 17 della Carta non è così elaborata. Pertanto, non è affatto certo che essa tuteli gli investitori contro espropriazioni indirette in modo paragonabile ai TBI.

225. In terzo luogo, l'articolo 17 della Carta prevede soltanto una giusta indennità mentre l'articolo 5, lettera c), di detto TBI prevede che l'indennità debba rappresentare il valore *reale* dell'investimento.

226. Infine, la Commissione non fornisce neppure un esempio di causa portata dinanzi alla Corte o mediante ricorso di annullamento o mediante domanda di pronuncia pregiudiziale nella quale un investitore abbia rivendicato il suo diritto di proprietà contro un'espropriazione illegittima del suo investimento¹⁸¹.

227. Inoltre, la Commissione non spiega affatto come il divieto delle espropriazioni illegittime sia incompatibile con i Trattati UE e FUE.

228. Dalle suesposte considerazioni emerge che l'ambito di applicazione di detto TBI è più ampio di quello dei Trattati UE e FUE e che le garanzie di tutela degli investimenti introdotte da quest'ultimo sono diverse da quelle concesse nel diritto dell'Unione senza essere incompatibili con tale diritto. Per tale ragione, una controversia tra un investitore olandese e la Repubblica slovacca rientrando in detto TBI non è una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati UE e FUE.

3. Il TBI Paesi Bassi/Cecoslovacchia, considerata la sua finalità, ha come effetto di pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati UE e FUE e quindi l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione?

229. Anche se la Corte dichiarasse che una controversia come quella tra l'Achmea e la Repubblica slovacca nel procedimento principale non è una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati prevista dall'articolo 344 TFUE, si dovrebbe ancora esaminare se l'articolo 8 del TIB Paesi Bassi/Cecoslovacchia abbia come effetto di pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai suddetti Trattati e l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione¹⁸².

230. Ricordo anzitutto i principi fondamentali enunciati al riguardo dalla Corte ai punti da 65 a 70 del parere 1/09 (Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011 (EU:C:2011:123) e ai punti da 157 a 176 del parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454).

231. È pacifico che i Trattati istitutivi dell'Unione hanno creato un nuovo ordinamento giuridico, dotato di istituzioni proprie, a favore del quale gli Stati hanno limitato, in settori sempre più ampi, i loro diritti sovrani e i cui soggetti sono non solo gli Stati membri, ma anche i loro cittadini, e il diritto dell'Unione si caratterizza per il suo primato sui diritti degli Stati membri nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai loro cittadini e agli Stati stessi¹⁸³.

181 Durante l'udienza, il governo cipriota ha fatto riferimento ai punti da 62 a 76 della sentenza del 20 settembre 2016, Ledra Advertising e a./Commissione e BCE (da C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701), in cui la Corte si è pronunciata solo sul problema se, avendo firmato il protocollo d'intesa in nome del MES, la Commissione avesse contribuito ad una violazione del diritto di proprietà dei ricorrenti garantito dall'articolo 17, paragrafo 1, della Carta. Il problema dell'esistenza di una violazione di tale diritto da parte della Repubblica di Cipro non è stato risolto, poiché la Carta comunque non è applicabile agli Stati membri al di fuori dell'attuazione del diritto dell'Unione (v. punto 67 di tale sentenza).

182 V. pareri 1/09 (Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011 (EU:C:2011:123, punti da 63 a 89); 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 183), e 2/15 (Accordo di libero scambio con Singapore), del 16 maggio 2017 (EU:C:2017:376, punto 301).

183 V., in tal senso, sentenze del 5 febbraio 1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, pag. 12); del 15 luglio 1964, Costa (6/64, EU:C:1964:66, pag. 593); del 17 dicembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114, punto 3); pareri 1/91 (Accordo SEE – I), del 14 dicembre 1991 (EU:C:1991:490, punto 21) e 1/09 (Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti); dell'8 marzo 2011 (EU:C:2011:123, punto 65); sentenza del 26 febbraio 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, punto 59), nonché parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 166).

232. L'ordinamento giuridico e il sistema giurisdizionale dell'Unione si basano sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, il che implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua¹⁸⁴.

233. In virtù del principio di leale cooperazione enunciato all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, TUE, gli Stati membri garantiscono, nei loro rispettivi territori, l'applicazione e il rispetto del diritto dell'Unione. Inoltre, in forza del secondo comma del medesimo paragrafo, gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione¹⁸⁵.

234. Per garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione, che conferisce ai giudici nazionali e alla Corte il compito di garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione¹⁸⁶.

235. In tale contesto, «[l]a chiave di volta del sistema giurisdizionale così concepito è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione (...), permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati (...)»¹⁸⁷.

236. Infine, nell'esercizio del loro ruolo di custodi del diritto dell'Unione, i giudici degli Stati membri garantiscono il rispetto delle norme e dei principi rientranti nei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico dell'Unione, quali il primato del diritto dell'Unione, le quattro libertà fondamentali, la cittadinanza dell'Unione, lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, il diritto della concorrenza e degli aiuti di Stato nonché i diritti fondamentali¹⁸⁸.

237. A mio avviso, la possibilità offerta dall'articolo 8 di detto TBI agli investitori olandesi e slovacchi di ricorrere all'arbitrato internazionale non pregiudica né l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati UE e FUE né l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, anche nel caso in cui la Corte dichiari che i collegi arbitrali costituiti conformemente a tale articolo non sono giudici degli Stati membri ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

184 V. parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 168).

185 V. sentenza del 16 luglio 1998, *Oelmühle e Schmidt Söhne* (C-298/96, EU:C:1998:372, punto 23), nonché pareri 1/09 (Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011 (EU:C:2011:123, punto 68), e 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 173).

186 V. articolo 19, paragrafo 1, TUE. V. anche parere 1/91 (Accordo SEE – I), del 14 dicembre 1991 (EU:C:1991:490, punto 35), sentenza del 13 marzo 2007, *Unibet* (C-432/05, EU:C:2007:163, punto 38), e parere 1/09 (Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011 (EU:C:2011:123, punti 66 e 68), nonché 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 173).

187 Parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 176). V. anche, in tal senso, sentenze del 16 gennaio 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf* (166/73, EU:C:1974:3, punti 2 e 3), e del 12 giugno 2008, *Gourmet Classic* (C-458/06, EU:C:2008:338, punto 20), nonché parere 1/09 (Accordo sulla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), dell'8 marzo 2011 (EU:C:2011:123, punto 83).

188 V., in tal senso, sentenze del 1° giugno 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punti da 36 a 39); del 28 marzo 2000, *Krombach* (C-7/98, EU:C:2000:164, punto 21); del 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione* (C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, punto 304), e parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 172). Per un'analisi più dettagliata della nozione di ordine pubblico europeo, rinvio alle mie conclusioni nelle cause riguardanti anch'esse lodi arbitrali *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2014:2414, paragrafi da 166 a 177), e *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:177, paragrafi da 55 a 72).

238. Va anzitutto osservato che, nonostante la natura vincolante, nessun lodo arbitrale può essere eseguito senza il concorso dello Stato che, nel caso dell'arbitrato di investimento, mette a disposizione dell'investitore i suoi meccanismi di esecuzione

239. Nel caso dell'articolo 8 di detto TBI, i lodi pronunciati dai collegi arbitrali non possono sfuggire al controllo dei giudici statali. Tale controllo può essere effettuato nell'ambito di un ricorso di annullamento avverso il lodo arbitrale dinanzi ai giudici della sede dell'arbitrato o nell'ambito di un'opposizione a una domanda di riconoscimento e di esecuzione di tale lodo dinanzi ai giudici dei paesi in cui il riconoscimento e l'esecuzione del lodo vengono richiesti conformemente alla Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri, firmata a New York il 10 giugno 1958¹⁸⁹ (in prosieguo: la «Convenzione di New York»).

240. Come ha più volte dichiarato la Corte, «se un arbitrato convenzionale solleva questioni di diritto [dell'Unione], i giudici ordinari possono esaminarle, in particolare nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno ampio a seconda dei casi, che spetta a loro in caso di appello, di opposizione, di exequatur, o di qualsiasi altra impugnazione o altra forma di controllo contemplata dalla normativa nazionale applicabile»¹⁹⁰.

241. Su tale constatazione è basata la giurisprudenza costante secondo la quale «spetta [a] detti giudici nazionali controllare se si deve adire la Corte ai sensi dell'articolo [267 TFUE] per ottenere l'interpretazione o la valutazione della validità delle disposizioni di diritto [dell'Unione] che essi devono applicare in sede di controllo giurisdizionale di un lodo arbitrale»¹⁹¹; tali giudici sono incaricati, in definitiva di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e il rispetto delle norme di ordine pubblico europeo¹⁹².

242. La Corte non ha neppure ritenuto utile ricordare espressamente tale punto nel corpo delle sentenze del 13 maggio 2015, *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316) e del 7 luglio 2016, *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526) in cui essa ha direttamente valutato nel merito la questione volta, nelle due cause, ad accertare se il lodo arbitrale in discussione fosse incompatibile con il diritto dell'Unione in materia di concorrenza.

243. In tali cause né gli Stati membri né la Commissione hanno ritenuto che le questioni di diritto della concorrenza sollevate dinanzi agli arbitri non fossero arbitrabili o che esistesse una sia pur minima incompatibilità tra il diritto dell'Unione e le clausole compromissorie inserite dalle parti private nei loro contratti¹⁹³.

244. Inoltre, le cause che hanno dato luogo alle sentenze del 1° giugno 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269) e del 7 luglio 2016, *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526) si inserivano nell'ambito di ricorsi di annullamento di un lodo arbitrale mentre quella che ha dato luogo alla sentenza del 13 maggio 2015, *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316) faceva seguito a un'opposizione alla domanda di riconoscimento e di esecuzione di un lodo arbitrale. Ciò dimostra che, a prescindere dalle procedure, i giudici degli Stati membri e dell'Unione hanno la possibilità di garantire l'uniformità dell'interpretazione del diritto dell'Unione e il rispetto delle norme di ordine pubblico europeo, in materia di concorrenza¹⁹⁴ come in altri settori del diritto dell'Unione.

189 *Recueil des traités des Nations unies*, vol. 330, pag. 3.

190 Sentenza del 23 marzo 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, punto 14). V. anche, in tal senso, sentenze del 27 aprile 1994, *Almelo* (C-393/92, EU:C:1994:171, punti 22 e 23), e del 1° giugno 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punto 32).

191 Sentenza del 1° giugno 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punto 33). V. anche, in tal senso, sentenza del 23 marzo 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, punto 15).

192 V., in tal senso, paragrafi da 59 a 62 delle mie conclusioni nella causa *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:177).

193 V. anche, in tal senso, sentenza del 21 maggio 2015, *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2015:335, punti da 57 a 72) in cui la Corte non ha seguito il punto di vista dell'avvocato generale Jääskinen espresso al paragrafo 124 delle sue conclusioni nella causa *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2014:2443), secondo il quale il rinvio all'arbitrato, in quanto tale, potrebbe violare l'articolo 101 TFUE.

194 V. sentenza del 1° giugno 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punti 37 e 40).

245. Le caratteristiche dei collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI, e in particolare del collegio arbitrale di cui trattasi nella causa in esame, sono tali da consentire ai giudici ordinari degli Stati membri di garantire il rispetto di tali principi, come avviene nell'ambito dell'arbitrato internazionale commerciale.

246. L'articolo 8 di detto TBI affida al presidente dell'Istituto arbitrale della CCS, avente sede in uno Stato membro, il compito di nominare gli arbitri, qualora le nomine non avvengano entro i termini fissati dall'articolo 8, paragrafo 3, di detto TBI. Tale disposizione prevede altresì che il regolamento arbitrale dell'UNCITRAL sia applicabile ai procedimenti arbitrali che si svolgano conformemente a tale articolo. Ai sensi dell'articolo 16 del regolamento arbitrale del 1976, spetta allo stesso collegio arbitrale fissare la sede dell'arbitrato e scegliere l'istituzione facente funzione di cancelleria dopo aver sentito le parti¹⁹⁵.

247. Con ordinanza procedurale del 19 marzo 2009, il collegio arbitrale ha fissato la sede dell'arbitrato nel territorio di uno Stato membro, ossia a Francoforte sul Meno. Il lodo di detto collegio potrebbe essere quindi oggetto, conformemente all'articolo 1059 del codice tedesco di procedura civile, di un ricorso di annullamento dinanzi ai giudici tedeschi che potranno quindi garantire, in tale ambito, che sia assicurata l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione e il rispetto delle norme di ordine pubblico europeo. Il giudice del rinvio e la Corte sono stati aditi nell'ambito di questo tipo di ricorso.

248. Inoltre, il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali pronunciati dai collegi arbitrali costituiti conformemente all'articolo 8 di detto TBI rientrano nella Convenzione di New York alla quale hanno aderito tutti gli Stati membri. Conformemente a tale convenzione, i giudici statali possono negare il riconoscimento e l'esecuzione di tali lodi in tutti i casi previsti al suo articolo V, ivi comprese la circostanza che il procedimento arbitrale non sia stato conforme alla convenzione delle parti¹⁹⁶ e la contrarietà all'ordine pubblico¹⁹⁷, compreso l'ordine pubblico europeo.

249. Pertanto, anche supponendo che l'Achmea miri a ottenere il riconoscimento e l'esecuzione del lodo arbitrale di cui trattasi nella causa in esame in un altro Stato membro, anche ai giudici dello Stato interpellato sarebbe affidato il compito di garantire che il lodo non sia incompatibile con il diritto dell'Unione.

250. Ciò vale anche per un ricorso di annullamento come quello della causa in esame. L'uniforme applicazione del diritto dell'Unione può essere garantita in base a varie motivazioni, tra le quali le più pertinenti sono la non conformità del procedimento arbitrale alla convenzione delle parti e la contrarietà all'ordine pubblico¹⁹⁸, compreso l'ordine pubblico europeo.

251. La Commissione menziona altresì il rischio che la sede di un arbitrato sia potenzialmente fissato in un paese terzo o che il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo arbitrale incompatibile con il diritto dell'Unione siano richiesti in un paese terzo, casi in cui i giudici dell'Unione non sarebbero coinvolti e quindi la Corte non sarebbe mai adita in via pregiudiziale.

195 V. Achmea BV (già Eureko BV) c/ Repubblica slovacca (UNCITRAL) (caso CPA n. 2008-13), lodo del 26 ottobre 2010 sulla competenza, sull'arbitrabilità e sulla sospensione, punto 16.

196 V. articolo V, paragrafo 1, lettera d), della Convenzione di New York, circostanza che potrebbe verificarsi qualora un collegio arbitrale, contrariamente all'articolo 8, paragrafo 6, di detto TBI, non tenesse conto del diritto dell'Unione.

197 V. articolo V, paragrafo 2, lettera b), della Convenzione di New York e sentenza del 1° giugno 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punto 38).

198 V. articolo 1059, paragrafo 2, punto 1, lettera d), e punto 2, lettera b), del codice tedesco di procedura civile.

252. Ciò vale anche, secondo la Commissione, per i TBI interni all'Unione che designano il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID), con sede a Washington D.C., quale istituzione facente funzione di cancelleria dell'arbitrato. In un caso siffatto, il lodo arbitrale sarebbe obbligatorio nei confronti delle parti e non potrebbe essere oggetto di appello o di un ricorso diverso da quelli previsti nella Convenzione ICSID¹⁹⁹. Ne deriva che non esisterebbe alcun rimedio giuridico che consentisse ai giudici degli Stati membri di controllare la compatibilità di un lodo arbitrale ICSID con il diritto dell'Unione.

253. Anche se ritengo che gli Stati membri dovrebbero evitare la scelta dell'ICSID nei loro TBI, i rischi cui fa riferimento la Commissione sono, nella specie, puramente ipotetici dato che il TBI in questione non designa l'ICSID quale istituzione facente funzione di cancelleria dell'arbitrato, che le parti hanno scelto la CPA con sede a L'Aia quale istituzione facente tale funzione, che il collegio arbitrale ha fissato la sede dell'arbitrato nel territorio di uno Stato membro e che non è stata presentata alcuna domanda di riconoscimento e di esecuzione del lodo arbitrale in paesi terzi²⁰⁰, ma solo un ricorso di annullamento avverso il lodo arbitrale dinanzi ai giudici di uno Stato membro di cui uno ha adito la Corte in via pregiudiziale.

254. Inoltre, non sussiste alcuna questione di incompatibilità quanto al merito del lodo arbitrale con il diritto dell'Unione, in quanto gli argomenti della Repubblica slovacca dinanzi al giudice del rinvio hanno solo come obiettivo la compatibilità del meccanismo di risoluzione delle controversie istituito dall'articolo 8 di detto TBI con i Trattati UE e FUE.

255. Ciò detto, l'efficacia del sistema giurisdizionale dell'Unione resterebbe inalterato anche nel caso in cui uno Stato membro non sia disposto a contestare l'incompatibilità di un lodo arbitrale con i Trattati UE e FUE mediante un ricorso di annullamento o un'opposizione alla domanda di riconoscimento e di esecuzione. Infatti, in siffatta ipotesi, gli articoli 258 TFUE e 260 TFUE consentirebbero alla Commissione di perseguire tale Stato membro che si sia conformato a un lodo arbitrale incompatibile con il diritto dell'Unione²⁰¹.

256. Per tali ragioni, ritengo che l'articolo 8 di detto TBI non pregiudichi l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati UE e FUE e quindi l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione.

257. Tale constatazione non è inficiata dall'argomento di vari governi e della Commissione relativo al rischio di decisioni pronunciate dai collegi arbitrali che siano incompatibili con il diritto dell'Unione nonché al principio della fiducia reciproca.

258. Tale argomento vale non solo per l'arbitrato internazionale di investimento ma anche per l'arbitrato internazionale commerciale in quanto anche quest'ultimo può portare a lodi incompatibili con il diritto dell'Unione e fondarsi su una presunta mancanza di fiducia nei confronti dei giudici degli Stati membri. Nonostante tali rischi, la Corte non ha mai contestato la sua validità mentre è noto quanto avviene per l'arbitrato sulle questioni di diritto dell'Unione in materia di concorrenza tra privati²⁰².

199 V. articolo 53, paragrafo 1, di detta convenzione. Rilevo tuttavia che tali problemi non hanno impedito alle istituzioni dell'Unione di scegliere l'ICSID come istituto arbitrale all'articolo 9.16 dell'Accordo di libero scambio UE-Singapore.

200 Anche in tale ipotesi, il rischio potrebbe realmente esistere solo se lo Stato membro convenuto nell'arbitrato possedesse beni ubicati nel territorio di un paese terzo e che non beneficiassero delle immunità riconosciute dal diritto internazionale agli Stati esteri. In realtà, anche se la sede dell'arbitrato viene fissata in un paese terzo e/o il riconoscimento e l'esecuzione del lodo vengono richiesti in un paese terzo, l'investitore non potrebbe evitare di chiedere il riconoscimento e l'esecuzione del lodo arbitrale dinanzi ai giudici dello Stato membro convenuto.

201 V. *Electrabel SA c/ Ungheria* (caso ICSID n. ARB/07/19), decisione sulla competenza, sul diritto applicabile e sulla responsabilità del 30 novembre 2012, punti da 4.160 a 4.162.

202 V., in tal senso, sentenza del 1° giugno 1999, *Eco Swiss* (C 126/97, EU:C:1999:269), del 7 luglio 2016, *Genentech* (C 567/14, EU:C:2016:526), e sentenza del Tribunale federale svizzero dell'8 marzo 2006, 4P.278/2005 riguardante il ricorso di annullamento di un lodo arbitrale pronunciato in Svizzera tra due società italiane per violazione del diritto della concorrenza dell'Unione.

259. Se quindi l'arbitrato internazionale tra privati non pregiudica l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati UE e FUE e, di conseguenza, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, anche quando lo Stato è parte del procedimento arbitrale²⁰³, ritengo che lo stesso debba valere per l'arbitrato internazionale tra investitori e Stati, tanto più che la presenza inevitabile dello Stato implica una maggiore trasparenza²⁰⁴ e che resta la possibilità di imporgli il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione mediante un procedimento per inadempimento in base agli articoli 258 TFUE e 259 TFUE.

260. Se si seguisse la logica della Commissione, qualsiasi arbitrato potrebbe pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati UE e FUE e quindi l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione.

261. Peraltro, non vedo come il procedimento arbitrale di cui trattasi nel procedimento principale possa essere contrario al principio della fiducia reciproca dato che tale procedimento ha avuto luogo solo grazie al consenso degli Stati membri interessati e alla scelta dell'Achmea, liberamente espressa, di esercitare la facoltà che tali Stati membri le hanno offerto.

262. Infatti, il principio della fiducia reciproca «impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispett[i]no il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo»²⁰⁵.

263. Non vedo il nesso tra tale principio e l'articolo 8 di detto TBI. Come ha rilevato il governo olandese in udienza, l'arbitrato internazionale quale modalità di ISDS non implica affatto che il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica slovacca avessero dubbi sul fatto che la controparte avrebbe rispettato il diritto dell'Unione e i diritti fondamentali che questo riconosce.

264. Come tutti i meccanismi di ISDS contenuti nei TBI, l'articolo 8 di detto TBI istituisce un foro in cui l'investitore può citare in giudizio lo Stato al fine di rivendicare i diritti che gli sono conferiti, nel diritto internazionale pubblico, dal TBI, possibilità che, senza tale articolo, non gli verrebbe offerta²⁰⁶.

265. Inoltre, non è sicuro che un privato possa invocare le disposizioni di un trattato internazionale dinanzi ai giudici statali in quanto questi ultimi escludono d'ufficio tale possibilità dichiarando che i trattati non creano diritti e obblighi tra Stati ovvero impongono condizioni di invocabilità più o meno rigorose a seconda dei casi che non garantiscono ai privati la possibilità di invocare le disposizioni dei trattati²⁰⁷.

266. Pertanto, lungi dall'esprimere sfiducia verso l'ordinamento giuridico dell'altro Stato membro, il ricorso all'arbitrato internazionale è l'unico mezzo per attribuire piena efficacia e utilità ai TBI, istituendo un foro specializzato in cui gli investitori possono invocare i diritti ad essi conferiti dai TBI.

267. Pertanto, ritengo che l'articolo 8 di detto TBI non sia contrario al principio della fiducia reciproca.

268. Infine, non mi convince affatto l'argomento della Commissione secondo il quale l'inesistenza dei TBI tra gli Stati membri fondatori dell'Unione o che vi hanno aderito prima del 2004 è la prova che tali trattati sono basati sulla mancanza di fiducia reciproca.

203 V. procedimento arbitrale fra la Gazprom e il ministro lituano dell'energia della Repubblica di Lituania oggetto della causa che ha dato luogo alla sentenza del 13 maggio 2015, *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316).

204 La maggior parte dei lodi sono pubblici mentre così non è nel caso dell'arbitrato internazionale commerciale. È quindi ancor più difficile verificare se sussista una violazione del diritto dell'Unione.

205 Parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 191 e giurisprudenza ivi citata).

206 V., in tal senso, *Bundesverfassungsgericht* (Corte costituzionale federale, Germania), ordinanza dell'8 maggio 2007 del secondo senato, 2 BvM 1/03, ECLI:DE:BVerfG:2007:ms20070508.2bvm000103, punto 54.

207 V. paragrafo 206 delle presenti conclusioni.

269. In primo luogo, non è vero che gli Stati membri fondatori e gli Stati membri che hanno aderito all'Unione prima del 2004 non sono vincolati da accordi simili ai TBI diversi dai Trattati UE e FUE²⁰⁸.

270. In secondo luogo, i TBI sono assai meno utili tra Stati esportatori di capitali. Così, per fare un esempio, si constata che, secondo le ultime statistiche, la Francia non fa parte né dei primi dieci paesi beneficiari di flussi di capitali tedeschi né dei primi dieci paesi emittenti di flussi di capitali verso la Germania, mentre la Polonia occupa il decimo posto in termini di flussi provenienti dalla Germania²⁰⁹.

271. Mi chiedo quindi se la mancanza di TBI tra i vecchi Stati membri non trovi piuttosto una giustificazione nel fatto che la maggior parte degli Stati membri appartenenti a tale categoria sono esportatori importanti di capitali più che paesi che ospitano investimenti e, in tal senso, essi non hanno avuto realmente necessità di concludere fra loro TBI.

272. Per tali ragioni, ritengo che il meccanismo di risoluzione delle controversie istituito dall'articolo 8 di detto TBI sia compatibile con l'articolo 344 TFUE nonché con l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati UE e FUE e con l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione.

VI. Conclusione

273. Propongo pertanto alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dal Bundesgerichtshof (Corte federale di Giustizia, Germania) nel seguente modo:

Gli articoli 18, 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano all'applicazione di un meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato istituito con un accordo bilaterale di investimento concluso prima dell'adesione di uno Stato contraente all'Unione europea e che prevede che l'investitore di uno Stato contraente, in caso di controversia relativa a investimenti nell'altro Stato contraente, possa avviare un procedimento contro quest'ultimo Stato dinanzi a un collegio arbitrale.

208 V. esempi da me forniti ai paragrafi 42 e 43 delle presenti conclusioni.

209 V. nota del 1° marzo 2017 dell'Ambasciata di Francia in Germania sull'investimento diretto estero in Germania dal 2014 al 2015, redatta in base a statistiche compilate dall'UNCTAD e dalla Deutsche Bundesbank, disponibile sul sito Internet <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/434035>. V., in particolare, tabella 5.