



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
del 22 aprile 2021¹

Causa C-109/20

Repubblica di Polonia
contro
PL Holdings Sàrl

(domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Högsta domstol [Corte suprema, Svezia])

«Domanda di pronuncia pregiudiziale – Accordo in materia d'investimenti del 1987 tra Polonia, Lussemburgo e Belgio – Disposizione che consente a un investitore di una parte contraente di adire un collegio arbitrale in caso di controversia con la controparte – Inapplicabilità di tale clausola compromissoria – Convenzione di arbitrato – Costituzione in giudizio senza sollevamento di eccezioni – Applicabilità – Compatibilità con gli articoli 267 e 344 TFUE – Autonomia del diritto dell'Unione»

I. Introduzione

1. Nella sentenza *Achmea*² la Corte ha dichiarato che le clausole compromissorie a favore di investitori contenute in accordi in materia d'investimento tra Stati membri sono incompatibili con gli articoli 267 e 344 TFUE e, pertanto, non possono trovare applicazione. Ci si chiede quali siano le conseguenze nel caso in cui uno Stato membro non faccia valere l'inefficacia della clausola compromissoria prima della pronuncia del lodo arbitrale. Un giudice svedese, esaminando la validità del lodo arbitrale, ne desunse che lo Stato membro interessato avesse concluso, per effetto dell'avvenuta costituzione nel giudizio arbitrale, quale convenuto, senza sollevare eccezioni, una convenzione di arbitrato *ad hoc* per la rispettiva controversia. Lo Högsta domstol (Corte suprema, Svezia) nutre peraltro dubbi quanto alla compatibilità di tale *modus procedendi* con la menzionata sentenza e chiede, pertanto, alla Corte di pronunciarsi in merito.

¹ Lingua originale: il tedesco.

² Sentenza del 6 marzo 2018, (C-284/16, EU:C:2018:158).

II. Contesto normativo

A. *Accordo in materia d'investimenti tra Polonia, Lussemburgo e Belgio*

2. In data 19 maggio 1987 la Polonia stipulava un accordo in materia d'investimenti con il Lussemburgo e il Belgio, entrato in vigore il 2 agosto 1991, il quale prevede, ai fini della tutela degli investitori degli Stati menzionati, la possibilità di adire un collegio arbitrale nel caso di controversie in materia d'investimenti con gli altri rispettivi Stati, ad esempio dinanzi allo Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (Istituto di arbitrato presso la Camera di Commercio di Stoccolma, Svezia). Il collegio arbitrale applica, in particolare, la legge vigente nel paese in causa sul territorio del quale l'investimento è situato. Le sue decisioni sono definitive.

B. *Legge svedese in materia di arbitrato*

3. La domanda di pronuncia pregiudiziale così richiama le disposizioni pertinenti della legge svedese in materia di arbitrato.

4. Ai sensi dell'articolo 1 della legge medesima, possono essere devolute alla decisione di uno o più arbitri le controversie che possono essere oggetto di clausola compromissoria.

5. Il fondamento normativo del procedimento arbitrale è costituito dalla convenzione di arbitrato la quale, a sua volta, si basa sull'autonomia delle parti in merito all'oggetto delle controversie. Ai sensi dell'articolo 1, restano escluse dall'ambito dell'arbitrato le controversie nelle quali sussista un manifesto interesse pubblico. La devoluzione di una determinata questione al giudizio arbitrale può essere altresì esclusa per legge.

6. A termini dell'articolo 34, paragrafo 1, prima frase, della legge de qua, un lodo arbitrale può essere annullato in tutto o in parte su ricorso di una delle parti, laddove non sia fondato su una valida convenzione di arbitrato conclusa inter partes.

7. Dal successivo paragrafo 2 dello stesso articolo 34 emerge, tuttavia, che una parte non può invocare fatti a proprio sostegno laddove debba ritenersi che essa abbia rinunciato a farli valere costituendosi nel procedimento senza sollevare eccezioni o per altri motivi.

8. A termini dell'articolo 33, paragrafo 1, primo comma, della legge stessa, un lodo arbitrale è nullo nel caso in cui attenga ad una questione sottratta, in base al diritto svedese, alla giurisdizione arbitrale. Ai sensi del successivo secondo comma, un lodo è del pari nullo qualora esso stesso ovvero le modalità della sua pronuncia siano manifestamente in contrasto con i fondamenti dell'ordinamento svedese. I motivi di nullità sono rilevabili d'ufficio dal giudice.

9. Nell'ordinamento svedese, la conclusione di una convenzione di arbitrato non è soggetta ad alcun requisito di forma. La questione relativa alla validità di una convenzione di arbitrato dev'essere esaminata sulla base delle disposizioni generali in materia di contratti. Una convenzione di arbitrato valida può, ad esempio, essere conclusa dalle parti anche per *facta concludentia* o risultare dall'inerzia di una di esse.

III. Fatti e domanda di pronuncia pregiudiziale

A. La controversia in materia d'investimenti

10. La PL Holdings S.à.r.l. (in prosieguo: la «PL Holdings») è una società a responsabilità limitata di diritto lussemburghese registrata in Lussemburgo.

11. Nel corso degli anni dal 2010 al 2013, la PL Holdings acquisiva partecipazioni nel capitale di due banche polacche, che procedevano a fusione nel 2013. La PL Holdings diveniva titolare di più del 99% delle azioni della nuova banca.

12. Nel luglio del 2013, la Komisja Nadzoru Finansowego (Commissione di vigilanza finanziaria, Polonia), un'autorità amministrativa polacca incaricata della vigilanza sulle banche e sugli istituti di credito in Polonia, sospendeva i diritti di voto collegati ai titoli della PL Holdings nella banca *de qua*, disponendone la vendita forzata. L'influenza esercitata dalla PL Holdings avrebbe compromesso la gestione sana e prudente della banca³.

B. Il procedimento arbitrale

13. Sulla base dell'accordo in materia d'investimenti la PL Holdings avviava quindi il procedimento arbitrale nei confronti della Polonia dinanzi allo Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (Istituto di arbitrato presso la Camera di Commercio di Stoccolma). La Polonia presentava osservazioni con memoria del 30 novembre 2014.

14. In data 7 agosto 2015, la PL Holdings depositava la propria domanda di arbitrato. Nella sua replica del 13 novembre 2015, la Polonia eccepeva che la PL Holdings non sarebbe un investitore ai sensi dell'accordo in materia d'investimenti con conseguente difetto di giurisdizione dell'organismo arbitrale. In una memoria del 27 maggio 2016, la Polonia contestava la validità della convenzione di arbitrato in quanto l'accordo in materia d'investimenti sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione.

15. Con lodo arbitrale speciale del 28 giugno 2017, dunque anteriore alla pubblicazione della sentenza Achmea, vale a dire l'8 marzo 2018, il collegio arbitrale rigettava, *inter alia*, l'eccezione di invalidità della convenzione di arbitrato, la quale, pur tardiva, presenterebbe rilevanza fondamentale per il procedimento arbitrale. In ogni caso, l'adesione della Polonia all'Unione non avrebbe determinato, sul piano del diritto internazionale, l'invalidità dell'accordo in materia d'investimenti⁴.

16. Inoltre, il collegio arbitrale rilevava già, nel lodo arbitrale speciale, che la Polonia, disponendo la vendita delle partecipazioni detenute dalla PL Holdings nella banca polacca, avrebbe violato l'accordo in materia d'investimenti. Alla luce di quanto accertato, le autorità di vigilanza avrebbero assunto una condotta contraddittoria⁵ e impedito una tutela giurisdizionale effettiva avverso le misure di vigilanza⁶. La PL Holdings avrebbe pertanto diritto al risarcimento dei danni⁷.

³ Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punto 189).

⁴ Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punti 306 e segg.).

⁵ Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punti 229 e 234, nonché 418 e segg.).

⁶ Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punti 408 e 444).

⁷ Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punti 318 e segg.).

17. In data 28 settembre 2017, l'organismo arbitrale pronunciava il lodo definitivo, condannando la Polonia al pagamento di 653 639 384 Zloty (pari a circa 150 milioni di EUR) oltre interessi in favore della PL Holdings, nonché alle spese del procedimento⁸.

C. Il procedimento giurisdizionale

18. Successivamente, la Polonia ricorreva contro la PL Holdings dinanzi ai giudici svedesi, chiedendo l'annullamento tanto del lodo arbitrale speciale quanto di quello definitivo. Inoltre, essa insisteva, segnatamente, sull'inefficacia della clausola compromissoria di cui all'accordo in materia d'investimenti per violazione del diritto dell'Unione.

19. Lo Svea Hovrätt (Corte d'appello, Stoccolma, Svezia) respingeva il ricorso della Polonia. Nonostante l'inefficacia della clausola compromissoria contenuta nell'accordo in materia d'investimenti ai sensi della sentenza Achmea, non sarebbe preclusa la successiva conclusione di una convenzione di arbitrato tra uno Stato membro e un investitore avente ad oggetto la medesima controversia. Infatti, si tratterebbe di una convenzione di arbitrato fondata sulla volontà comune delle parti e conclusa in base agli stessi principi sottesi all'arbitrato in materia commerciale. L'ammissibilità di convenzioni di tal genere non sarebbe affatto esclusa dalla sentenza Achmea. Nella specie, la convenzione sarebbe venuta ad esistenza a seguito della costituzione della Polonia nel procedimento, senza che venisse tempestivamente sollevata l'eccezione d'invalidità della clausola compromissoria.

D. La domanda di pronuncia pregiudiziale

20. L'impugnazione della Polonia è attualmente pendente dinanzi allo Högsta domstol (Corte suprema), il quale ha sottoposto alla Corte la seguente questione:

Se, nell'ipotesi in cui una clausola compromissoria contenuta in un accordo in materia d'investimenti sia nulla essendo stato l'accordo stesso concluso tra due Stati membri, una convenzione di arbitrato stipulata tra uno Stato membro e un investitore sia parimenti nulla, ai sensi degli articoli 267 e 344 TFUE, come interpretati dalla Corte di giustizia nella sentenza Achmea⁹, a seguito della domanda di arbitrato presentata da un investitore, abbia volontariamente rinunciato a sollevare eccezioni di difetto di giurisdizione.

21. Nel presente procedimento, la PL Holdings e la Repubblica di Polonia, in qualità di parti nel procedimento principale, nonché la Repubblica ceca, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, il Granducato di Lussemburgo, l'Ungheria, il Regno dei Paesi Bassi, la Polonia in qualità di Stato membro, la Repubblica slovacca, la Repubblica di Finlandia, il Regno di Svezia e la Commissione europea hanno presentato anzitutto osservazioni scritte e quindi orali all'udienza del 15 marzo 2021.

⁸ Final Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163).

⁹ Sentenza del 6 marzo 2018 (C-284/16, EU:C:2018:158).

IV. Valutazione giuridica

22. Lo Högsta domstol (Corte suprema) chiede se i principi affermati nella sentenza Achmea ostino parimenti ad una convenzione individuale di arbitrato (v. al riguardo sub A). In tale contesto, occorre esaminare la rilevanza della giurisprudenza relativa alla compatibilità dell'arbitrato commerciale con il diritto dell'Unione (v. al riguardo sub B), nonché del principio della parità di trattamento (v. al riguardo sub C). A titolo integrativo analizzerò, in subordine, la rilevanza della forma assunta dalla presunta convenzione, segnatamente la rinuncia dello Stato membro a far valere, in via di eccezione, il difetto di giurisdizione del collegio arbitrale, la cosiddetta costituzione senza contestazioni (v. al riguardo sub D). Infine, occorrerà accertare se possano essere limitati nel tempo gli effetti della sentenza proposta (v. al riguardo sub E).

A. Il diritto dell'Unione e le convenzioni di arbitrato tra Stati membri e investitori

23. Con la sentenza Achmea, la Corte ha dichiarato che gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale, concluso tra gli Stati membri, in forza del quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, possa avviare un procedimento confronti di quest'ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui giurisdizione detto Stato membro si sia impegnato ad accettare¹⁰.

24. La sentenza riguardava una norma generale, la quale consentiva, in determinate ipotesi, di adire un collegio arbitrale. Invece, nel presente procedimento occorre pronunciarsi sulla questione se gli articoli 267 e 344 TFUE ostino ad una convenzione individuale di arbitrato tra uno Stato membro ed un investitore.

25. L'articolo 267 TFUE disciplina il procedimento pregiudiziale e non contiene regole esplicite in materia di arbitrato. In un procedimento del genere, tuttavia, la Corte, interpretando in maniera vincolante il diritto dell'Unione, ne assicurerebbe l'applicazione uniforme in caso di controversie tra Stati membri e investitori dinanzi a giudici nazionali.

26. Infatti, per garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche e l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale dell'Unione. In tale ambito, conformemente all'articolo 19, paragrafo 1, TUE, spetta ai giudici nazionali e alla Corte 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'Unione. In tale contesto, la 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. Tale procedimento consente, in tal modo, di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati¹¹.

¹⁰ Sentenza del 6 marzo 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punto 60).

¹¹ Sentenza del 6 marzo 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punti da 35 a 37) con ulteriori riferimenti.

27. L'articolo 344 TFUE preserva tale ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e, quindi, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto¹². Infatti, in virtù di detta disposizione, gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati a modalità di composizione diverse da quelle previste dal Trattato stesso. L'interpretazione o l'applicazione dei Trattati abbraccia, pertanto, l'intero diritto dell'Unione¹³.

28. Oltre agli articoli 272 e 273 TFUE, i Trattati non prevedono ulteriori procedimenti arbitrali. Dette disposizioni stabiliscono le competenze della Corte quale organismo arbitrale, senza peraltro consentire di adire altri collegi arbitrali.

29. L'articolo 344 TFUE contempla, del resto, non solo la composizione in astratto delle controversie in generale, bensì anche specifiche controversie. In tal senso, la sentenza relativa allo stabilimento MOX riguardava la sottoposizione, operata individualmente dell'Irlanda, di una controversia con il Regno Unito ad collegio arbitrale¹⁴.

30. Conseguentemente, la Corte, nella sentenza Achmea, ha rilevato, con riguardo all'accordo intercorrente tra due Stati membri, che ne costituiva oggetto, che essi sottraggono in tal modo al sistema di vie di ricorso giurisdizionale, che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE impone loro di istituire nei settori coperti dal diritto dell'Unione, le controversie eventualmente riguardanti l'applicazione o l'interpretazione dello stesso diritto dell'Unione¹⁵. Infatti, i collegi arbitrali, non essendo legittimati al rinvio pregiudiziale, non costituiscono un elemento di tale sistema.

31. Una convenzione individuale di arbitrato tra uno Stato membro e un investitore può sottrarre al sistema giurisdizionale dell'Unione controversie eventualmente riguardanti l'applicazione o l'interpretazione del diritto dell'Unione al pari di un accordo generale in materia di investimenti tra Stati membri, il quale preveda la composizione di controversie tra uno Stato membro e un investitore tramite arbitrato. La questione se una singola lite venga sottratta al sistema giurisdizionale dipende, in tale contesto, dalla controversia in concreto e non dal fatto se la controversia venga trattata dinanzi ad un collegio arbitrale per effetto di un accordo generale in materia di investimenti tra Stati membri ovvero di una convenzione individuale di arbitrato conclusa tra un investitore e uno Stato membro.

32. Nella fattispecie principale qui in esame, è controversa *inter partes*, alla luce delle rispettive deduzioni, l'applicazione delle disposizioni in materia di vigilanza bancaria, risultanti dal diritto dell'Unione, segnatamente, dall'articolo 21, paragrafo 2, della direttiva relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio¹⁶. La PL Holdings si richiama, inoltre, alla libertà di stabilimento. Sebbene i giudici svedesi siano tenuti a verificare la correttezza di tale plausibile argomentazione, sembra che, almeno in base ad esso, la convenzione di arbitrato riguardasse effettivamente una controversia di diritto dell'Unione.

¹² V. sentenze del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (stabilimento MOX) (C-459/03, EU:C:2006:345, punto 123), e del 6 marzo 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punto 32).

¹³ V. sentenza del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (stabilimento MOX) (C-459/03, EU:C:2006:345, punti 127 e 128).

¹⁴ Sentenza del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (stabilimento MOX) (C-459/03, EU:C:2006:345).

¹⁵ Sentenza del 6 marzo 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punto 55). V. anche parere 1/09 (Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti) dell'8 marzo 2011 (EU:C:2011:123, punto 80).

¹⁶ La previgente direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006 (GU 2006, L 177, pag. 1), come modificata dal trattato di adesione della Croazia (GU 2012, L 112, pag. 10), sostituita dalla direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento (GU 2013, L 176, pag. 338), al rispettivo articolo 26, paragrafo 2.

33. Il lodo arbitrale non ha applicato i requisiti dettati dal diritto dell'Unione in tema di vigilanza bancaria¹⁷, bensì si fonda sulle disposizioni dell'accordo in materia d'investimenti. Nondimeno, esso fissa i criteri che la Polonia, ad avviso del collegio arbitrale, avrebbe dovuto rispettare nell'esercizio della vigilanza bancaria prevista dal diritto dell'Unione, ad esempio con riguardo alla proporzionalità¹⁸ ovvero alla tutela giurisdizionale effettiva¹⁹. Tuttavia, il collegio arbitrale, pur presumendo la conformità di tali criteri al diritto dell'Unione²⁰, non ha proceduto ad un esame esaustivo della questione.

34. La sottrazione al sistema giurisdizionale dell'Unione di una controversia del genere per effetto di una convenzione individuale di arbitrato tra uno Stato membro e un investitore di un altro Stato membro non sarebbe compatibile, in effetti, ai sensi della sentenza *Achmea*, con gli articoli 267 e 344 TFUE. Essa costituirebbe quantomeno un'elusione di detta sentenza, come giustamente sottolineato in primis dalla Spagna, ma anche dalla Polonia, dalla Germania, dall'Ungheria, dalla Slovacchia e dalla Commissione.

35. La Corte ha riconosciuto taluni collegi arbitrali quali giudici degli Stati membri ai sensi dell'articolo 267 TFUE e, pertanto, quali elementi del sistema giurisdizionale dell'Unione. Detti collegi presentano una serie di caratteristiche, quali il fondamento *ex lege*, il carattere permanente e obbligatorio, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente²¹. Collegi arbitrali del genere sono pertanto legittimati a procedere al rinvio pregiudiziale. Ciò è stato riconosciuto dalla Corte, ad esempio, nei casi di un collegio arbitrale danese istituito per l'interpretazione di contratti collettivi²² e dei collegi arbitrali portoghesi in materia tributaria²³ o di proprietà intellettuale²⁴. Per tali motivi, la loro giurisdizione relativa alle controversie di diritto dell'Unione non è in contrasto con gli articoli 267 e 344 TFUE.

36. I giudici svedesi ritengono, invece, che la giurisdizione del collegio arbitrale de quo trovi il proprio fondamento nel consenso delle parti, segnatamente in una convenzione di arbitrato. Pertanto, difetta quantomeno la giurisdizione obbligatoria²⁵. D'altronde, il collegio arbitrale, come quello oggetto della sentenza *Achmea*, non costituisce un elemento del sistema giurisdizionale di uno Stato membro ed è stato adito proprio per tale motivo²⁶. Nemmeno il collegio arbitrale di cui alla fattispecie principale costituisce quindi un elemento del sistema giurisdizionale dell'Unione e, a fronte di dubbi concernenti il diritto dell'Unione, non può adire, segnatamente, la Corte²⁷.

¹⁷ Il Partial Award *PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland* (V 2014/163, punti 87 e 88, nonché 248) menziona peraltro il contesto normativo dell'Unione.

¹⁸ *Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland* (V 2014/163, in particolare punti 229 e 234, nonché 418 e segg.).

¹⁹ *Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland* (V 2014/163, punti 408 e 444).

²⁰ *Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland* (V 2014/163, punto 339).

²¹ V. 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).

²² Sentenza del 17 ottobre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* (109/88, EU:C:1989:383, punti da 7 a 9).

²³ Sentenza del 12 giugno 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, punti da 28 a 34).

²⁴ Ordinanza del 13 febbraio 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92, punti da 19 a 25).

²⁵ V. sentenze del 23 marzo 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, punto 11), nonché del 27 gennaio 2005, *Denuit e Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69, punto 13).

²⁶ Sentenza del 6 marzo 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158, punto 45).

²⁷ Sentenze del 23 marzo 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, punti da 11 a 13), e del 1° giugno 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punto 34).

37. Sebbene la Corte ravvisi, di regola, una lesione dell'autonomia del diritto dell'Unione nel fatto che un giudice esterno al sistema dell'Unione proceda all'interpretazione di disposizioni di diritto dell'Unione²⁸, tale rischio sarebbe contenuto nell'ipotesi in cui il collegio arbitrale – come sembrerebbe nel caso in esame²⁹ – proceda, in primo luogo, all'applicazione delle disposizioni di un accordo internazionale degli Stati membri in materia di tutela degli investimenti³⁰. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Polonia, il collegio arbitrale, nonostante l'importanza fondamentale del principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione, non ha applicato detto principio in quanto parte di tale diritto, bensì in ragione del fatto che esso trova applicazione anche in altri ordinamenti e, in particolare, nell'ambito della tutela internazionale degli investimenti³¹.

38. In ogni caso, la Germania e la Francia osservano correttamente che, in base all'accordo in materia di investimenti, il collegio arbitrale avrebbe dovuto prendere in considerazione il diritto dell'Unione, in linea di principio, come parte dell'ordinamento giuridico interno. Anzitutto sussiste però il rischio che il collegio arbitrale adotti decisioni in grado di determinare, *in definitiva*, una violazione del diritto dell'Unione.

39. Pertanto, nella fattispecie in esame non può essere escluso che il collegio arbitrale non abbia tenuto conto degli obblighi incombenti alla vigilanza bancaria polacca stabiliti dalla pertinente direttiva, con il conseguente rischio che non solo l'autorità polacca, bensì anche organismi di altri Stati membri possano attenersi alla decisione di un collegio arbitrale nella futura applicazione di tale normativa dell'Unione, soprattutto nell'ipotesi in cui la Corte non si sia ancora pronunciata sulla questione. In effetti, il lodo arbitrale potrebbe rappresentare un precedente per controversie analoghe con conseguente riconoscimento di un risarcimento del danno ad altri investitori in controversie analoghe.

40. È ben vero che tanto il rischio di violazione del diritto dell'Unione quanto il pericolo di interpretazioni divergenti potrebbero essere circoscritti o addirittura esclusi laddove i giudici nazionali verificassero in maniera esaustiva – eventualmente a seguito di un procedimento pregiudiziale – l'osservanza del diritto dell'Unione nei lodi arbitrali.

41. Nella normativa svedese, l'articolo 33, paragrafo 1, primo comma, della legge in materia di arbitrato dispone la nullità di un lodo arbitrale nel caso in cui attenga ad una questione che, secondo il diritto svedese, sia sottratta alla giurisdizione arbitrale. Inoltre, ai sensi del successivo secondo comma, un lodo è nullo qualora esso stesso ovvero le modalità della sua pronuncia siano manifestamente in contrasto con i fondamenti dell'ordinamento svedese. I motivi di nullità sono rilevabili d'ufficio dal giudice. Solo i giudici svedesi possono valutare in qual misura tali disposizioni consentano una piena attuazione del diritto dell'Unione. *Prima facie* si tratta peraltro solo di un controllo molto limitato nel senso dell'*ordre public*, il che corrisponde peraltro al criterio di esame utilizzato dal giudice d'appello nella fattispecie principale³².

²⁸ Pareri 1/91 (Accordo SEE – I) del 14 dicembre 1991 (EU:C:1991:490, punti 34 e 35), 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU) del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punti 184 e da 223 a 231) e 1/17 (CETA UE-Canada) del 30 aprile 2019 (EU:C:2019:341, punti da 123 a 126), nonché sentenza del 6 marzo 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punti da 40 a 42).

²⁹ La Spagna rileva peraltro correttamente che il collegio arbitrale, nell'affermare la propria giurisdizione, ha interpretato l'articolo 344 TFUE in contrasto con la successiva sentenza del 6 marzo 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158) [Partial Award PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland (V 2014/163, punti 314 e 315)].

³⁰ V. parere 1/17 (CETA EU-Canada) del 30 aprile 2019 (EU:C:2019:341, punti da 121 a 123).

³¹ V., ad esempio, De Brabandere, E., & da Cruz, P.B.M. (2020). The Role of Proportionality in International Investment Law and Arbitration: A System-Specific Perspective, *Nordic Journal of International Law*, 89(3-4), pagg. da 471 a 491.

³² V. sentenza dello Svea Hovrätt (giudice d'appello) del 22 febbraio 2019, Polonia/PL Holdings (T 8538-17 e T 12033-17, pagg. 48 e 49 della versione inglese).

42. In tal modo, il riconoscimento di convenzioni individuali di arbitrato tra Stati membri e investitori di altri Stati membri implicherebbe il rischio di violazione del diritto dell'Unione da parte dei collegi arbitrali, laddove i giudici nazionali non siano in grado di garantirne l'osservanza nei lodi arbitrali.

B. La giurisprudenza sull'arbitrato commerciale

43. La Corte ha peraltro riconosciuto, quantomeno implicitamente, la possibilità che talune controversie vengano composte ricorrendo all'arbitrato, accettando, in tal modo, con riguardo al cosiddetto arbitrato commerciale, un possibile più limitato controllo dell'osservanza del diritto dell'Unione.

44. È pur vero che, in un primo momento, nella sentenza Nordsee, la Corte ha affermato, in merito ad un procedimento arbitrale, che le parti di un contratto non avrebbero la facoltà di discostarsi dal diritto dell'Unione, dovendo quest'ultimo essere pienamente osservato nel territorio degli Stati membri. In tale contesto, essa ha precisato che ai giudici nazionali potrebbero essere sottoposte questioni di diritto dell'Unione, sollevate nell'ambito dell'arbitrato convenzionale, in modo che possano essere poi eventualmente deferite all'esame della Corte³³. Tali osservazioni avrebbero potuto essere interpretate nel senso che i giudici nazionali siano tenuti ad effettuare un controllo integrale in ordine all'osservanza del diritto dell'Unione nei procedimenti arbitrali.

45. Tuttavia, nella sentenza Eco Swiss, la Corte ha successivamente riconosciuto che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali rivesta carattere limitato cosicché l'annullamento o il mancato riconoscimento di un lodo arbitrale sarebbe ristretto solo a casi eccezionali. I giudici nazionali dovrebbero peraltro garantire l'osservanza delle disposizioni fondamentali indispensabili per l'adempimento dei compiti affidati all'Unione e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno³⁴.

46. Entrambi gli approcci consentono dunque di adire collegi arbitrali ai fini della risoluzione delle controversie, sebbene essi non possano garantire la corretta e uniforme applicazione del diritto dell'Unione mediante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale ex articolo 267 TFUE. La sentenza più recente ammette persino l'eventualità che i lodi arbitrali violino il diritto dell'Unione, qualora le disposizioni interessate non rivestano carattere fondamentale.

47. La sentenza Achmea distingue l'arbitrato commerciale tra privati, riconosciuto da tale giurisprudenza, dall'arbitrato, non consentito, tra un privato e uno Stato membro promosso sulla base di un accordo in materia di investimenti, per il fatto che, mentre il primo trae origine dall'autonomia delle parti, il secondo deriva da un trattato tra Stati membri³⁵.

48. Come osservato dalla PL Holding, dal Lussemburgo, dalla Finlandia e dalla Svezia, in virtù di tale distinzione, sarebbe ammissibile una convenzione individuale di arbitrato tra un investitore e uno Stato membro. Infatti, anche una convenzione del genere trova la sua origine nell'autonomia

³³ Sentenza del 23 marzo 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, punti 14 e 15).

³⁴ Sentenza del 1° giugno 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punti 35 e segg.). V. pure sentenze del 26 ottobre 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, punto 35) e del 6 marzo 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punto 54).

³⁵ Sentenza del 6 marzo 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punto 55).

delle parti nel procedimento arbitrale. In tale ipotesi, sarebbe lecito che il controllo esercitato dai giudici nazionali sul lodo arbitrale in materia di investimenti venisse limitato all'osservanza delle disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione.

49. Occorre peraltro riconoscere, in linea con la posizione assunta dall'Italia, che la distinzione non risulta compiutamente definita con il mero riferimento alla volontà delle parti.

50. Di recente, l'avvocato generale Szpunar ha piuttosto interpretato la distinzione operata nella sentenza *Achmea* in merito all'arbitrato commerciale nel senso che detta sentenza mirerebbe unicamente ad escludere la possibilità che gli Stati membri sottraggano sistematicamente al sistema giurisdizionale dell'Unione, per effetto di un impegno preventivo, controversie riguardanti il diritto dell'Unione³⁶. Anche un'interpretazione del genere renderebbe ammissibile la convenzione di arbitrato de qua.

51. Tale tesi non convince né me né tantomeno varie altre parti. Non è chiaro il motivo per il quale agli Stati membri dovrebbe essere consentito di sottrarre al sistema giurisdizionale dell'Unione, caso per caso, controversie vertenti sul diritto dell'Unione, non potendo invece assumere a priori alcun obbligo generale in tal senso. Quanto ai rischi attinenti all'applicazione uniforme del diritto dell'Unione persisterebbe altresì il pericolo di una disparità di trattamento tra singoli investitori³⁷.

52. La Corte ha piuttosto inteso riferire espressamente l'argomento dell'autonomia delle parti ovvero della libera espressione della loro volontà al solo *arbitrato commerciale*. Ciò è comprensibile per le controversie insorte tra parti collocate in posizione paritaria. In controversie del genere non solo la clausola compromissoria, bensì lo stesso rapporto giuridico controverso si basa sulla autonoma volontà delle parti.

53. Negli stessi procedimenti arbitrali relativi a contratti con i consumatori, i quali, almeno di fatto, non sono più caratterizzati da una posizione paritaria delle parti, la Corte esige un rigoroso controllo d'ufficio in ordine alla validità della clausola compromissoria³⁸.

54. Come rilevato dalla Polonia, dall'Italia, dall'Ungheria, dai Paesi Bassi, dalla Slovacchia e dalla Commissione, la fattispecie principale non costituisce invece una controversia commerciale tra parti in posizione paritaria, bensì riguarda l'esercizio di pubblici poteri da parte dell'amministrazione polacca. Laddove una parte privata sia soggetta ad un provvedimento della pubblica amministrazione – nel caso di specie, alla vigilanza bancaria – non può certamente parlarsi di libera volontà, almeno con riguardo alla parte medesima. Già per tale motivo sembra improbabile che, in un secondo momento, uno Stato membro concluda con la parte privata una convenzione di arbitrato basata su una libera scelta e riguardante il provvedimento medesimo.

55. Peraltro, gli Stati membri non possono soprattutto sottrarre al sistema giurisdizionale dell'Unione controversie che investono l'applicazione del diritto dell'Unione da parte della pubblica amministrazione³⁹.

³⁶ Conclusioni nella causa Repubblica di Moldavia (C-741/19, EU:C:2021:164, paragrafi 61 e 62).

³⁷ V. al riguardo anche *infra*, paragrafi 66 e segg.

³⁸ Sentenze del 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro* (C-168/05, EU:C:2006:675, punto 39), e del 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones* (C-40/08, EU:C:2009:615, punto 59), nonché ordinanza del 16 novembre 2010, *Pohotovost* (C-76/10, EU:C:2010:685, punto 54).

³⁹ La Commissione rileva, inoltre, che l'esercizio di pubblici poteri da parte dell'amministrazione svedese non potrebbe essere sottratto, in base allo stesso diritto svedese, ai giudici nazionali. In base al principio di equivalenza, i giudici svedesi dovrebbero applicare tale disciplina anche all'esercizio di pubblici poteri di altri Stati membri, laddove sia fondato sul diritto dell'Unione.

56. Spetta a tutte le autorità degli Stati membri, segnatamente, in virtù del principio di leale cooperazione enunciato all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, garantire il rispetto del diritto dell'Unione nell'ambito delle rispettive competenze⁴⁰. L'articolo 344 TFUE definisce specificamente detto obbligo degli Stati membri⁴¹. Esso non è limitato al rispetto di disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione, bensì riguarda *tutte* le sue disposizioni.

57. L'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché gli Stati membri tra di loro, sono pertanto reciprocamente vincolati, per effetto di una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, la quale giustifica l'autonomia del diritto dell'Unione alla luce tanto del diritto degli Stati membri quanto del diritto internazionale⁴².

58. Le parti private, le quali si sottopongono di propria iniziativa all'arbitrato commerciale, non sono soggette ad obblighi del genere. In particolare, l'articolo 344 TFUE non trova applicazione alle controversie tra privati⁴³. Pertanto, nonostante il rischio di violazione del diritto dell'Unione, è consequenziale riconoscere la liceità di procedimenti arbitrari aventi ad oggetto controversie tra soggetti privati.

59. Problematica è invece l'ipotesi in cui le autorità degli Stati membri si avvalgano, per controversie fondate sul diritto dell'Unione, di collegi arbitrari, i quali non costituiscono un elemento del sistema dell'Unione, né sono soggetti ad un controllo integrale da parte dei giudici nazionali quanto all'osservanza del diritto dell'Unione. Infatti, in un caso del genere non può escludersi che il lodo arbitrale non rispetti il diritto dell'Unione, compromettendone in tal modo l'efficacia⁴⁴.

60. Sebbene le violazioni del diritto dell'Unione derivanti da una convenzione individuale di arbitrato possano legittimare richieste di risarcimento dei danni nei confronti del rispettivo Stato membro ovvero costituire oggetto di una procedura di infrazione⁴⁵, tali forme di attuazione del diritto dell'Unione sono peraltro relativamente complesse e non sono pertanto in grado di garantire la sua piena efficacia.

61. La Corte accetta il rischio di violazioni del diritto dell'Unione, nel caso in cui il procedimento arbitrale sia previsto da un accordo dell'Unione con Stati terzi⁴⁶ oppure da precedenti accordi ancora vigenti ai sensi dell'articolo 351 TFUE, che gli Stati membri hanno concluso con *Stati terzi* anteriormente alla loro adesione all'Unione⁴⁷. Il diritto dell'Unione prevale, invece, sugli accordi internazionali conclusi tra Stati membri⁴⁸. Non è tantomeno compatibile con il primato

⁴⁰ Sentenze del 12 giugno 1990, Germania/Commissione (C-8/88, EU:C:1990:241, punto 13), del 13 gennaio 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, punto 20), e del 4 ottobre 2012, Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608, punto 64). V. pure sentenza del 6 marzo 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punti 34 e 58).

⁴¹ Sentenza del 30 maggio 2006, Commissione/Irlanda (stabilimento MOX) (C-459/03, EU:C:2006:345, punto 169).

⁴² Sentenze del 6 marzo 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punto 33), e del 10 dicembre 2018, Wightman e a. (C-621/18, EU:C:2018:999, punto 45).

⁴³ Parere 1/09 (Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti) dell'8 marzo 2011 (EU:C:2011:123, punto 63).

⁴⁴ V. *supra*, paragrafo 39.

⁴⁵ Diversa era la situazione alla base del parere 1/09 (Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti) dell'8 marzo 2011 (EU:C:2011:123, punti 86 e 87).

⁴⁶ Parere 1/17 (CETA UE-Canada) del 30 aprile 2019 (EU:C:2019:341, punto 117).

⁴⁷ Sentenza del 15 settembre 2011, Commissione/Slovacchia (C-264/09, EU:C:2011:580, punto 32).

⁴⁸ Sentenza del 27 febbraio 1962, Commissione/Italia (10/61, EU:C:1962:2, punto 22), del 27 settembre 1988, Matteucci (235/87, EU:C:1988:460, punti 21 e 22), e del 20 maggio 2003, Ravil (C-469/00, EU:C:2003:295, punto 37), nonché, in tal senso, sentenza del 6 marzo 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, punto 58).

del diritto dell'Unione il fatto che gli Stati membri stipulino con taluni investitori convenzioni individuali di arbitrato in merito a provvedimenti pubblici di attuazione del diritto dell'Unione, dalle quali derivi il rischio fondato di violazione del diritto medesimo per effetto del lodo arbitrale.

62. Il rischio di violazione del diritto dell'Unione può peraltro essere prevenuto, qualora il sindacato dei giudici degli Stati membri sui lodi arbitrali non si limiti alla sola osservanza delle disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione, bensì parimenti al rispetto del diritto dell'Unione nel suo complesso con possibilità di adire la Corte in caso di necessità.

63. Come già osservato *supra*, è dubbio se la normativa svedese garantisca un controllo del genere⁴⁹. In ogni caso, il giudice d'appello svedese, contrariamente a quanto sostenuto dalla PL Holdings, *non* ha esaminato la compatibilità del lodo arbitrale con il diritto dell'Unione nel suo complesso, bensì ha escluso unicamente una violazione di obblighi fondamentali, limitandosi pertanto alla questione della compatibilità della convenzione di arbitrato con il diritto dell'Unione, senza pronunciarsi in merito ai pertinenti requisiti dal medesimo stabiliti in tema di vigilanza bancaria⁵⁰.

64. Nemmeno l'immunità internazionale degli Stati membri, richiamata dalla Francia, osta all'effettuazione di un sindacato integrale. Sebbene l'immunità degli Stati escluda, in linea di principio, il fatto che l'esercizio di pubblici poteri da parte di uno Stato venga sottoposto al sindacato dei giudici di altri Stati⁵¹, tuttavia, lo Stato che si è sottoposto ad un arbitrato ha già rinunciato a tale immunità, laddove la legge nazionale della sede del collegio arbitrale preveda un riesame del lodo arbitrale nonché dell'esercizio di pubblici poteri che ne costituisce l'oggetto.

65. Ne consegue che le convenzioni individuali di arbitrato tra Stati membri e investitori di altri Stati membri aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione da parte della pubblica amministrazione sono compatibili con l'obbligo di leale cooperazione di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TFUE, nonché con l'autonomia del diritto dell'Unione, solo nel caso in cui i giudici degli Stati membri possano verificare la conformità del lodo arbitrale con lo stesso diritto dell'Unione nel suo complesso, procedendo, ove necessario, al rinvio pregiudiziale ex articolo 267 TFUE.

C. Sulla parità di trattamento

66. La Commissione sottolinea, inoltre, correttamente il diritto di tutti gli investitori alla parità di trattamento nell'attuazione del diritto dell'Unione.

67. Il principio della parità di trattamento costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, sancito dall'articolo 20 della Carta dei diritti fondamentali, il quale impone che situazioni analoghe non siano trattate in modo diverso e che situazioni diverse non siano trattate allo stesso modo, a meno che una differenziazione non sia obiettivamente giustificata. Una

⁴⁹ V. *supra*, paragrafo 41.

⁵⁰ Sentenza dello Svea Hovrätt (giudice d'appello) del 22 febbraio 2019, Polonia/PL Holdings (T 8538-17 e T 2033-17, pagg. 48 e 49 della traduzione inglese).

⁵¹ V. sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012, Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)), C.I.J. Recueil 2012, pag. 99, punti da 55 a 61).

differenza di trattamento è giustificata se si fonda su un criterio obiettivo e ragionevole, vale a dire qualora essa sia rapportata a un legittimo scopo perseguito dalla normativa in questione e tale differenza sia proporzionata allo scopo perseguito dal trattamento di cui trattasi⁵².

68. Qualora, in caso di controversia con lo Stato membro, alcuni investitori debbano ricorrere a giudici nazionali, laddove ad altri sia invece consentito di adire un collegio arbitrale, sussisterebbe una disparità di trattamento.

69. Ove detta disparità di trattamento – *diversamente* dalla fattispecie qui in esame – traesse origine da un accordo in materia di investimenti, essa sarebbe eventualmente giustificata per il fatto che l'accordo realizza un contemperamento degli interessi legittimi di entrambe le parti⁵³. Analoghe considerazioni potrebbero giustificare anche clausole compromissorie stipulate tra uno Stato membro e un investitore internazionale quale condizione preliminare dell'investimento ovvero da uno Stato membro nell'ambito di un rapporto giuridico tra parti in posizione paritaria.

70. Per contro, è difficile immaginare una finalità legittima che uno Stato membro possa far valere per giustificare, da un lato, la conclusione di una convenzione di arbitrato con taluni investitori in merito ad una controversia già sorta, e, dall'altro, il rinvio degli altri investitori ai giudici nazionali.

71. In ultima analisi, l'esame di un'eventuale giustificazione spetta tuttavia al giudice nazionale⁵⁴. Ai fini del presente procedimento, è sufficiente rilevare che le convenzioni individuali di arbitrato tra Stati membri e investitori di altri Stati membri aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione da parte della pubblica amministrazione devono essere parimenti compatibili con il principio della parità di trattamento sancito dall'articolo 20 della Carta.

D. La forma della convenzione di arbitrato

72. Alla luce dei suesposti rilievi, non rileva, ai fini dell'incompatibilità della convenzione di arbitrato con il diritto dell'Unione, il fatto che essa sia stata conclusa per effetto della costituzione nel giudizio arbitrale. Pertanto, esaminerò il significato di tale forma di conclusione con riguardo alla sola ipotesi in cui la Corte dovesse risolvere in senso diverso le questioni sin qui già esaminate.

73. In primo luogo, si deve sottolineare che l'ammissibilità di tali convenzioni di arbitrato può essere attualmente di rilevante importanza pratica per molti arbitrati ancora pendenti, nonché lodi arbitrali controversi tra Stati membri e investitori di altri Stati membri nei quali i rispettivi Stati membri, anteriormente alla sentenza Achmea, non hanno sollevato nei termini prescritti l'eccezione di incompatibilità con il diritto dell'Unione della clausola compromissoria contenuta nel pertinente accordo in materia di investimenti⁵⁵.

⁵² Sentenze del 17 ottobre 2013, Schaible (C-101/12, EU:C:2013:661, punti 76 e 77), nonché del 3 febbraio 2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, punto 95).

⁵³ Sentenza del 5 luglio 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, punto 62). V. anche parere 1/17 (CETA UE-Canada) del 30 aprile 2019 (EU:C:2019:341, punto 169). V. però anche sentenza del 27 settembre 1988, Matteucci (235/87, EU:C:1988:460, punto 23).

⁵⁴ Sentenza del 3 febbraio 2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, punto 97).

⁵⁵ V., ad esempio, Vattenfall AB and others v. Germany (Energia nucleare), Decision on the Achmea Issue del 31 agosto 2018 (ICSID Case No. ARB/12/12, punto 18). In detto procedimento, le parti sembrano però aver raggiunto di recente un accordo transattivo (Governo federale, conferenza stampa del Governo del 5 marzo 2021, Vattenfall, comunicato stampa del 5 marzo 2021).

74. A medio termine è invece prevedibile che gli Stati membri interessati sollevaranno tempestivamente un'eccezione del genere⁵⁶, nel caso in cui gli investitori continuino ad avviare procedimenti di arbitrato.

75. Tale aspetto pratico mostra che l'ammissibilità di simili convenzioni di arbitrato concluse per effetto di costituzione nel giudizio arbitrale senza sollevare eccezioni limiterebbe nel tempo, in una certa misura, gli effetti della sentenza Achmea, segnatamente con riguardo a taluni arbitrati attualmente già pendenti, sebbene la Corte non abbia affrontato, nella sentenza medesima, la questione della limitazione dei suoi effetti nel tempo. Ove le considerazioni fin qui svolte non dovessero convincere la Corte del fatto che la compatibilità della convenzione di arbitrato qui in esame con il diritto dell'Unione sia dubbia, allora nemmeno l'efficacia della sentenza Achmea risulterebbe essere decisiva con riguardo alla valutazione della forma con cui la convenzione di arbitrato è stata conclusa.

76. In via del tutto generale, il diritto dell'Unione – contrariamente a quanto sostenuto dalla Germania e dalla Francia – non contempla alcun divieto per gli Stati membri di concludere una convenzione di arbitrato per effetto di costituzione nel procedimento arbitrale.

77. Il diritto dell'Unione contempla invece, come rilevato dalla PL Holdings, la modalità della costituzione in giudizio senza sollevare eccezioni in una serie di disposizioni, non applicabili al caso di specie⁵⁷. Sebbene la Francia invochi il fatto che la Corte, in materia di contratti conclusi da consumatori, nonostante la tardività delle eccezioni, esige che i giudici valutino d'ufficio l'efficacia di una clausola compromissoria⁵⁸, non appare peraltro affatto necessario garantire la stessa tutela agli Stati membri nei procedimenti arbitrali. Dovendosi piuttosto presumere che essi possano avvalersi di una difesa altamente qualificata, può ritenersi che essi abbiano senz'altro l'opportunità di sollevare le relative eccezioni tempestivamente.

78. Dato che il diritto dell'Unione non disciplina tale questione con riguardo all'ipotesi qui in esame, la forma in cui sia stata conclusa la convenzione di arbitrato resta del tutto irrilevante ai fini della sua compatibilità con il diritto dell'Unione.

79. I regolamenti degli organismi di arbitrato, richiamati dalla Svezia, potrebbero tanto più assumere, invece, importanza maggiore dinanzi ai giudici nazionali. Tanto l'UNCITRAL⁵⁹ quanto l'ICSID⁶⁰ prevedono peraltro che le parti non possano più far valere eccezioni non sollevate tempestivamente. In ogni caso, l'Ungheria osserva che gli Stati contraenti, nei negoziati dell'accordo ICSID, avrebbero ritenuto che la giurisdizione del collegio arbitrale debba essere certa fin dal momento del suo insediamento e non possa essere fondata *a posteriori*⁶¹.

⁵⁶ 23 Stati membri hanno quindi sottoscritto in data 5 maggio 2020 l'Accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati Membri dell'Unione europea (GU 2020, L 169, pag. 1).

⁵⁷ V., ad esempio, articolo 5 del regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari (GU 2009, L 7, pag. 1) oppure articolo 26 del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2012, L 351, pag. 1). V. pure sentenze del 14 dicembre 1995, van Schijndel e van Veen (C-430/93 e C-431/93, EU:C:1995:441, punto 21), e del 27 febbraio 2014, Cartier parfums-lunettes e Axa Corporate Solutions assurances (C-1/13, EU:C:2014:109, punti 34 e 36, nonché la giurisprudenza ivi citata).

⁵⁸ V. sentenza del 26 ottobre 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, punti da 36 a 39).

⁵⁹ Articolo 4 della Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006.

⁶⁰ ICSID Convention – Articoli 27 e 41 delle Rules of Procedure for Arbitration Proceedings.

⁶¹ L'Ungheria rinvia al riguardo a Christoph H. Schreuer (et al.), *The ICSID Convention – A Commentary* (Cambridge University Press, II ed., 2009), articolo 25, punto 481. V. peraltro anche il punto 498.

E. Sulla limitazione nel tempo degli effetti

80. La PL Holdings chiede, infine, di limitare nel tempo gli effetti dell'emananda sentenza, nel caso in cui la Corte dovesse dichiarare l'incompatibilità delle convenzioni individuali di arbitrato con il diritto dell'Unione. Dovrebbero essere fatti salvi quantomeno gli arbitrati già pendenti e quindi, *a fortiori*, gli arbitrati conclusi.

81. L'interpretazione che la Corte fornisce di una norma di diritto comunitario, nell'esercizio della competenza attribuitale dall'articolo 267 TFUE, chiarisce e precisa il significato e la portata della norma stessa, come deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata sin dal momento della sua entrata in vigore⁶². Solo in via del tutto eccezionale, applicando il principio generale della certezza del diritto intrinseco all'ordinamento giuridico dell'Unione, la Corte può limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede. Affinché una tale limitazione possa essere disposta, è necessario che siano soddisfatti due criteri essenziali, ossia la buona fede degli ambienti interessati e il rischio di gravi inconvenienti⁶³.

82. Tuttavia, la risposta alla domanda di pronuncia pregiudiziale qui proposta richiede unicamente che il lodo arbitrale venga sottoposto a sindacato giurisdizionale integrale quanto all'osservanza del diritto dell'Unione. La buona fede dei soggetti interessati non può però riferirsi all'aspettativa che il diritto dell'Unione non venga pienamente attuato. Ciò esclude già di per sé una limitazione nel tempo degli effetti della sentenza.

83. Inoltre, una limitazione nel tempo degli effetti può essere stabilita solo nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta. È infatti necessario che ci sia un momento unico di determinazione degli effetti nel tempo dell'interpretazione richiesta alla Corte e da quest'ultima fornita in merito ad una disposizione di diritto dell'Unione. A tal proposito, il principio secondo cui una limitazione può essere ammessa solo nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta garantisce la parità di trattamento degli Stati membri e degli altri soggetti dell'ordinamento rispetto al diritto dell'Unione e soddisfa, in tal modo, i requisiti derivanti dal principio della certezza del diritto⁶⁴.

84. Nella fattispecie de qua, i criteri essenziali risultano dalla stessa sentenza Achmea, i cui effetti non sono stati limitati nel tempo dalla Corte. Inoltre, l'indiscriminata ammissione di convenzioni di arbitrato sulla base di eccezioni tardive quanto alla giurisdizione del collegio arbitrale sottrarrebbero provvisoriamente a detta sentenza il suo effetto utile⁶⁵. Anche per tale motivo dev'essere esclusa una limitazione nel tempo degli effetti dell'emananda sentenza.

⁶² Sentenze del 6 marzo 2007, Meilicke e a. (C-292/04, EU:C:2007:132, punto 34), e del 23 aprile 2020, Herst (C-401/18, EU:C:2020:295, punto 54).

⁶³ Sentenze del 6 marzo 2007, Meilicke e a. (C-292/04, EU:C:2007:132, punto 35), e del 23 aprile 2020, Herst (C-401/18, EU:C:2020:295, punto 56).

⁶⁴ Sentenze del 6 marzo 2007, Meilicke e a. (C-292/04, EU:C:2007:132, punti 36 e 37), e del 23 aprile 2020, Herst (C-401/18, EU:C:2020:295, punto 57).

⁶⁵ V. supra, paragrafo 73.

V. Conclusione

85. Suggestisco pertanto alla Corte di pronunciarsi nei seguenti termini:

Le convenzioni individuali di arbitrato concluse tra Stati membri e investitori di altri Stati membri, aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione da parte della pubblica amministrazione, sono compatibili con l'obbligo di leale cooperazione sancito dall'articolo 4, paragrafo 3, TFUE nonché con l'autonomia del diritto dell'Unione ai sensi degli articoli 267 e 344 TFUE solo nel caso in cui i giudici degli Stati membri possano verificare la conformità del lodo arbitrale con il diritto dell'Unione nel suo complesso, proponendo, ove necessario, domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Tali convenzioni devono, inoltre, essere compatibili con il principio della parità di trattamento sancito dall'articolo 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.