

L'effetto della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione nella causa C-284/16 "Achmea" sulle procedure arbitrali di risoluzione delle controversie intra-UE pendenti in esecuzione del Trattato sulla Carta dell'energia

*Giuditta Marra **

The paper analyzes the recent decision of the Court of Justice of the European Union "Achmea" established that the arbitration clauses contained in investment agreements are incompatible with EU law. The Achmea case concerned the compatibility of the Czech Republic-Netherlands bilateral investment treaty (BIT) with EU law, but the Court of Justice's reasoning should be expanded to the intra-EU investment disputes under the ECT. Consequently, Member States have an obligation to terminate not only intra-EU BITs, but also intra-EU application of ECT in order to ensure legal certainty.

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La nozione di investimento diretto estero (IDE) - 3. Il diritto internazionale sull'investimento diretto estero (IDE) - 4. I Trattati bilaterali e multilaterali in materia di investimenti diretti esteri - 5. La sentenza "Achmea" - 5.1. La vicenda - 5.2. I quesiti - 5.3. La decisione - 6. I riflessi della sentenza "Achmea" sulle controversie arbitrali intra-UE pendenti ai sensi della Carta dell'energia - 6.1. Il diritto applicabile dal Tribunale arbitrale nelle controversie intra-UE pendenti ai sensi della Carta dell'Energia - 6.2. L'equiparabilità del Tribunale istituito ai sensi dell'art. 26.4 ECT a una giurisdizione interna a uno Stato membro - 6.3. La definitività del lodo arbitrale - 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

L'ordinamento giuridico dell'Unione europea si contraddistingue per la sua autonomia. Fin dagli anni sessanta del secolo scorso viene affermata, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la natura autonoma del diritto europeo, al fine di salvaguardare l'ordinamento giuridico dell'Unione da interferenze esterne. Tale autonomia si declina, sotto il profilo giurisdizionale, nell'accenramento in capo alla Corte di Giustizia della competenza a interpretare e applicare il diritto europeo.

A sua volta, sin dal 1959, data della stipula del Trattato sulla promozione e la protezione degli investimenti tra Germania e Pakistan, i trattati di investimento, bilaterali e multilaterali, prevedono la possibilità per gli investitori di promuovere una procedura arbitrale volta ad ottenere, nella maggioranza dei casi, il risarcimento dei danni cagionati dalla violazione, da parte dello Stato ospite dell'investimento, degli obblighi assunti in virtù di tali trattati.

Tale metodo di risoluzione delle controversie se, da un lato garantisce

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato, tirocinante presso la Corte di Cassazione.

agli investitori una certa omogeneità di trattamento rispetto ai sistemi giurisdizionali Statali, dall'altro sembra minare il monopolio della Corte di Giustizia nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto europeo, permettendo che i giudici europei e nazionali siano vincolati all'applicazione che gli arbitri fanno di tale diritto.

In particolare, l'incompatibilità tra il diritto europeo e tali strumenti di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato ospite si è accentuata a seguito di due eventi. In primo luogo, si è riscontrato un crescente utilizzo dell'arbitrato internazionale nelle controversie fra soggetti interni all'Unione europea, essendo gli Stati membri dell'Unione firmatari di quasi la metà dei trattati internazionali attualmente in vigore in materia di investimento. In più, con il Trattato di Lisbona è stata attribuita all'Unione e non più ai singoli Stati la competenza esclusiva a concludere nuovi trattati bilaterali in materia di investimenti esteri.

Sul punto, è di recente intervenuta la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione nella causa C-284/16 "*Achmea*", la quale ha dichiarato l'incompatibilità con il diritto europeo di una clausola contenuta in un trattato bilaterale internazionale che prevede una procedura arbitrale di risoluzione delle controversie nascenti tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro dell'Unione.

Il presente contributo si propone di analizzare l'estensibilità del principio espresso dalla Corte alle clausole compromissorie contenute nei trattati internazionali multilaterali di cui pure l'Unione europea è parte contraente, avendo particolare riguardo al Trattato sulla Carta dell'energia, più frequentemente invocato, negli ultimi anni, nelle controversie arbitrali in materia di investimenti.

2. La nozione di investimento diretto estero (IDE).

Il diritto internazionale degli investimenti trova applicazione nel caso in cui un investimento sia realizzato da un investitore straniero, ossia da un operatore economico proveniente da uno Stato diverso da quello nel territorio del quale viene compiuto (c.d. "Stato ospite" o "Stato ospitante").

La nozione di "investimento" è un concetto economico, prima che giuridico. Queste due tipologie di definizioni possono essere descritte come due cerchi concentrici, nei quali il concetto economico racchiude quello giuridico. Secondo gli economisti, infatti, è investimento tutto ciò che l'impresa non destina al consumo, mentre da un punto di vista giuridico occorre restringere il campo: è investimento diretto estero l'acquisizione di partecipazioni nel capitale sociale di società straniere in un'ottica di medio - lungo periodo.

Lo scopo dell'investimento diretto estero è consentire all'impresa nazionale di estendere la propria attività tramite l'istituzione, l'acquisizione del controllo o di una partecipazione rilevante in società straniere, così da realizzare un duplice obiettivo: la definitiva presenza sul mercato estero e la gestione di una data combinazione di fattori produttivi.

Sebbene tale obiettivo possa essere realizzato più semplicemente dall'imprenditore attraverso il mantenimento di rapporti di esportazione con paesi stranieri, tuttavia l'opzione dell'investimento diretto estero presenta una pluralità di vantaggi, fra cui la maggiore disponibilità e qualità dei fattori produttivi grazie ai minori costi di trasporto delle merci e dei costi di lavoro (1).

3. *Il diritto internazionale sull'investimento diretto estero (IDE).*

La normativa in materia di investimenti diretti esteri si compone di un "complesso articolato di fonti" (2), fra cui: il diritto internazionale generale, gli accordi bilaterali e multilaterali e i contratti tra Stati e stranieri. Pur strutturalmente diverse, tali fonti si occupano tutte di tre ambiti di disciplina degli investimenti: il *trattamento*, la *protezione* e la *garanzia* e rispondono a una *ratio* comune.

Occorre soffermarsi brevemente sui tre piani della disciplina degli investimenti, per poi esaminarne il fondamento.

Il "*trattamento*" degli investimenti è l'insieme delle disposizioni, normalmente di origine nazionale, che stabiliscono la disciplina giuridica dell'investimento negli aspetti dell'ammissione (3), dell'ammontare, della localizzazione, della normativa fiscale, del rimpatrio dei profitti e del disinvestimento (4).

La "*protezione*" degli investimenti comprende quelle norme, sia di origine interna che internazionale, volte a tutelare l'investimento straniero nei casi di mutamento del quadro ordinamentale ad opera del legislatore dello Stato ospite.

La "*garanzia*" degli investimenti, infine, è l'aspetto più problematico della disciplina, poiché definisce gli strumenti volti a trasferire il rischio politico dell'investimento dall'impresa allo Stato di destinazione dell'investimento.

Al fondo dei tre piani della disciplina degli investimenti vi è la ricerca di un equilibrio tra due opposte esigenze, riconducibili ai due soggetti protagonisti del rapporto: l'impresa transnazionale e lo Stato di destinazione dell'investimento. Mentre l'investitore ha interesse a ricevere la massima tutela rispetto ai beni situati sul territorio dello Stato ospitante, quest'ultimo ha interesse a che la propria sovranità non venga posta in discussione da organizzazioni potenzialmente in grado di esercitare la propria influenza sulla gestione della *res publica*, poiché dotate di un consistente potere economico (5).

(1) Cfr. F. MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale - Contratti internazionali imprese globali ed arbitrato*, Cedam, 2017, pp. 652 ss.

(2) A. LIGUSTRO, P. PICONE, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, Cedam, 2002, p. 221.

(3) Alcuni settori definiti "strategici" sono esclusi dalla possibilità di investimento straniero, come ad esempio quello bancario.

(4) Talvolta il disinvestimento è sottoposto a limiti temporali e quantitativi.

(5) Cfr. F. MARRELLA, *op. cit.*, pp. 655 ss.

Per garantire la tutela dell'investitore, gli accordi internazionali hanno previsto, come strumento di risoluzione delle controversie, proprio l'arbitrato internazionale. L'applicazione di un tale meccanismo alle controversie nascenti tra lo Stato ospitante e l'investitore ha "rivoluzionato il concetto stesso di arbitrato internazionale" (6). L'arbitrato internazionale è, invero, nato per risolvere controversie sorte tra due Stati, in cui entrambe le parti sono poste in una posizione di originaria pari ordinazione, in questo caso tuttavia esso è applicato alle controversie tra uno Stato e un privato (7). Alla base dell'efficacia dello strumento arbitrale v'è, dunque, la necessità dello Stato ospitante di autolimitare la propria sovranità. Vige, infatti, il principio per cui non esiste un diritto a investire in un Paese estero, rimanendo ogni Stato libero di accogliere o meno gli investimenti stranieri e di dettarne la disciplina giuridica, adottando misure incentive, dissuasive o semi-incentive sugli investimenti. Tale libertà, tuttavia, generalmente, non è assoluta e viene ridotta dall'assunzione da parte dello Stato di obblighi pattizi, inseriti nelle convenzioni internazionali multilaterali e bilaterali (8).

4. I Trattati bilaterali e multilaterali in materia di investimenti diretti esteri.

La materia degli investimenti diretti esteri è per lo più disciplinata da convenzioni bilaterali, denominate *Bilateral Investment Treaties* (BIT). I BITs rispondono all'antica esigenza di assimilare il trattamento giuridico dello straniero a quello riservato al cittadino dello Stato contraente. Tali trattati rappresentano un'evoluzione delle convenzioni di amicizia, commercio e navigazione, attraverso le quali ogni Stato regolava l'accesso delle persone fisiche e giuridiche, il loro stabilimento nel territorio, lo svolgimento delle professioni e il trattamento giuridico dei loro beni (9). A tal riguardo, occorre, tuttavia, osservare che l'art. 207, par. 1, come modificato dal Trattato di Lisbona, ha attribuito all'Unione europea la competenza esclusiva a concludere nuovi trattati bilaterali in materia di investimenti esteri e, dunque, con l'entrata in vigore del Trattato (10), la negoziazione e la conclusione di questi accordi sarà svolta dalla Commissione europea.

(6) R. SABIA, *Ascesa e declino dell' "Investor - State arbitration", fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e free trade agreements multilaterali*, in *Rivista dell'Arbitrato*, fasc. 1, 2016, p. 165; si veda sul punto anche A. BARLETTA, *In tema di arbitrato degli investimenti e giurisdizione dello Stato*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 3, 2015, p. 545.

(7) Tant'è vero che l'arbitrato internazionale nasce nell'ambiente dell'antica Grecia, in cui il mantenimento e lo sviluppo di relazioni pacifiche fra le equidistanti πόλεις era l'obiettivo primario, e non in ambito romano. Per i Romani, infatti, l'utilizzo di un tale metodo di risoluzione delle controversie era segno di debolezza, poiché implicava l'inammissibile accettazione di una posizione di parità con una controparte "barbara". I popoli stranieri erano considerati dai Romani come inferiori e, dunque, insuscettibili di assumere la veste di controparte in un giudizio arbitrale. Per una disamina delle origini dell'arbitrato tra Stati si veda A. PIETROBON, *Il giudizio nell'arbitrato fra Stati*, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 21 ss.

(8) Cfr. F. MARRELLA, *op. cit.*, pp. 656-657.

(9) Cfr. F. MARRELLA, *op. cit.*, pp. 657-658.

I trattati multilaterali sono, al contrario, poco numerosi in materia. Tra i più rilevanti si possono citare il *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR) (11), il *North Atlantic Free Trade Agreement* (NAFTA) (12) e l'*Energy Charter Treaty* (ECT).

Occorre, ai nostri fini, concentrare l'attenzione su quest'ultimo, com'è stato di recente confermato dalla "*UNCTAD Note on Recent Trends in IIAS and ISDS*", infatti, negli ultimi anni le controversie intra-UE nel settore delle energie rinnovabili hanno reso l'ECT il trattato più frequentemente invocato nelle controversie arbitrali in materia di investimenti (13). Il Trattato sulla Carta dell'Energia è stato sottoscritto a Lisbona il 17 dicembre 1994 da cinquantadue parti contraenti ed è entrato in vigore il 16 aprile 1998 a seguito delle prime trenta ratifiche. Le materie disciplinate dal Trattato sono quelle del commercio e del transito dei prodotti energetici, dell'efficienza energetica e delle connesse problematiche ambientali, nonché il settore degli investimenti. La peculiarità della convenzione è l'ampiezza del suo ambito di applicazione, tra le parti contraenti figurano, infatti, la Comunità Europea e tutti i suoi Stati membri, la Russia e altri Stati membri dell'ex Unione Sovietica. L'art. 26 del Trattato prevede un peculiare mezzo di risoluzione delle controversie fra investitori e Parti contraenti, stabilendo che, ove l'investitore decida di attivare la procedura arbitrale, possa optare a sua scelta tra i meccanismi previsti dalla: Convenzione di Washington del 1965 sulla risoluzione di controversie in materia di investimenti o, se inapplicabile, dal Meccanismo Supplementare; dal Regolamento arbitrale dell'UNCITRAL ovvero dal Regolamento dell'Istituto Arbitrale della Camera di Commercio di Stoccolma. Ciascun Tribunale, co-

(10) Il Trattato di Lisbona è stato firmato il 13 dicembre 2007 ed è entrato in vigore a partire dal 1 gennaio 2009.

(11) Il *Mercado Común del Sur*, costituito con il Trattato di Asunción del 26 marzo 1991, realizza l'unione doganale fra Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay e, per quanto interessa in questa sede, prevede che le controversie nascenti tra un investitore nazionale di uno Stato contraente e un altro Stato contraente, se non risolte amichevolmente, possano essere deferite a Tribunali arbitrali *ad hoc*. Si veda a tal riguardo C. TUOSTO, *L'evoluzione del sistema di risoluzione delle controversie del Mercosur e "influenze" comunitarie*, in *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie* (a cura di P. PENNETTA), Cacucci Editore, 2010, pp. 51 ss.

(12) Il *North Atlantic Free Trade Agreement*, concluso il 17 novembre 1992 ed entrato in vigore il 1 gennaio 1994, rimuove ogni restrizione al libero commercio fra gli Stati Uniti, il Canada e il Messico, con riferimento ai beni che originano in uno degli Stati contraenti. Anche in tal caso, le controversie tra il privato investitore e lo Stato destinatario dell'investimento sono devolute a un meccanismo arbitrale, che l'investitore deve scegliere tra i tre previsti dal Trattato: Convenzione di Washington del 1965, Meccanismo Supplementare ovvero Regolamento arbitrale dell'UNCITRAL.

(13) Così l'ECT ha preso il posto del NAFTA, UNCTAD, IIA Issues Note, *Recent Trends in IIAS and ISDS*, No. 1, February 2015, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf. Secondo la nota Note, p. 6 nel solo 2014 "[a] quarter of all known new disputes (eleven) were intra-European Union cases, which is lower than the year before (in 2013, 42 per cent of all new claims were intra-European Union). Half of them were brought pursuant to the ECT, and the rest on the basis of intra-European Union BITs."

stituito ai sensi dell'art. 26, deciderà la controversia sulla base del medesimo Trattato, nonché delle regole e principi del diritto internazionale (art. 26.6 dell'ECT) (14).

Elemento comune delle convenzioni in materia di investimenti diretti esteri è la previsione di un meccanismo di composizione arbitrale delle controversie nascenti tra il privato investitore e lo Stato destinatario dell'investimento. Prima dello sviluppo di tali convenzioni, infatti, l'investitore straniero che lamentasse un danno ad opera dello Stato ospite poteva o ricorrere alla giustizia interna ovvero intraprendere la via diplomatica, entrambi rimedi considerati insufficienti poiché scontano il rischio di politicizzazione o di eccessiva discrezionalità (15). Il ricorso all'arbitrato internazionale per la composizione delle dispute è, dunque, una componente imprescindibile della promozione e della protezione degli investimenti esteri che ogni trattato offre di favorire.

I sistemi di arbitrato internazionale previsti dalle convenzioni sopra richiamate sono diversi e ricomprendono: la Convenzione di Washington del 1965, istitutiva del Centro Internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID) ovvero, ove tale convenzione non sia applicabile, il Meccanismo Supplementare predisposto dall'ICSID; l'arbitrato *ad hoc* in base al Regolamento di arbitrato dell'UNCITRAL del 1976; l'arbitrato sulla base del Regolamento dell'Istituto Arbitrale della Camera di Commercio di Stoccolma; l'arbitrato sulla base del Regolamento della Corte di Arbitrato Internazionale di Londra (LCIA) e, infine, l'arbitrato in base al Regolamento della Camera di Commercio Internazionale (ICC).

Tali meccanismi di arbitrato internazionale possono essere suddivisi in due gruppi, contrapponendosi l'arbitrato secondo la Convenzione di Washington a tutti gli altri sistemi di arbitrato contemplati dai trattati a tutela degli investimenti. Esiste, infatti, una rilevante differenza tra questi due gruppi: mentre la Convenzione di Washington, fondata su un trattato internazionale, contiene una disciplina autosufficiente e autonoma, insensibile alle interferenze delle leggi e dei giudici nazionali, gli altri mezzi di risoluzione delle controversie, di natura privata, trovano fondamento nel richiamo del relativo regolamento ad opera delle parti e, conseguentemente, la normativa arbitrale dovrà necessariamente essere integrata dalle norme di procedura vigenti nella sede dell'arbitrato (16).

(14) Cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Giuffrè, 2008, pp. 251-253.

(15) Cfr. L. GALANTI, *Arbitrato sugli investimenti e forme processuali del consenso*, in *Rivista dell'Arbitrato*, fasc. 2, 2017, p. 424; D. GALLO, *Portata, estensione e limiti del nuovo sistema di risoluzione delle controversie in materia d'investimenti nei recenti accordi sul libero scambio dell'Unione Europea*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 4, 2016, p. 827; S. ROSSELLA e C. TRECROCI, *Ascesa e*

5. La sentenza “Achmea”.

Recentemente la Corte di Giustizia dell’Unione Europea è intervenuta a giudicare della compatibilità con il diritto comunitario di una clausola contenuta in un trattato bilaterale internazionale che prevede una procedura arbitrale di risoluzione delle controversie nascenti tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro dell’Unione.

Alla radice di tale problema vi è la diversità tra le figure dell’arbitrato nazionale e dell’arbitrato internazionale: mentre il primo è infatti generalmente ammesso dai singoli ordinamenti nazionali, in alternativa al ricorso agli organi di giustizia statali, unicamente se posto in essere su base volontaria dalle parti e generalmente con valore negoziale (transattivo), nel secondo, invece, la procedura arbitrale è prevista come deroga obbligatoria (per la parte convenuta) al ricorso agli organi di giustizia ordinamentali.

Con la sentenza del 6 marzo 2018, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea chiarisce che tali clausole si pongono in contrasto con il disposto degli articoli 267 e 344 TFUE, dichiarando 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, come l’articolo 8 dell’Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell’altro Stato membro può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare*”.

5.1. La vicenda.

Il caso trae origine dall’ordinanza di rinvio pregiudiziale con cui la Corte federale di Cassazione (*Bundesgerichtshof*) chiede alla Corte di Giustizia di formulare un parere sull’interpretazione degli articoli 18 (17), 267 (18) e 344 (19) TFUE.

declino dell’« Investor-State Arbitration », fra contrasto alla corruzione internazionale, regolazione dei mercati e Free Trade Agreements multilaterali, in Rivista dell’Arbitrato, fasc. 1, 2016, p. 165.

(16) Cfr. A. BRIGUGLIO, *L’arbitrato estero - Il sistema delle convenzioni internazionali*, CEDAM, 1999, pp. 252-253.

(17) **Articolo 18 TFUE**: “Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni”.

(18) **Articolo 267 TFUE**: “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.

Tale ordinanza è stata emessa nell'ambito di una controversia tra la Repubblica Slovacca e la Achmea BV in merito al lodo del 7 dicembre 2012, pronunciato dal collegio arbitrale previsto dall'art. 8 dell'accordo per la promozione e la tutela degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e l'allora Cecoslovacchia (TBI).

Occorre innanzitutto, data la singolarità della vicenda, ripercorrere i tratti salienti del caso in esame, passando dalla fase antecedente la nascita della controversia, per poi giungere davanti la Corte di Giustizia. Nella fase che precede la nascita della controversia, possono indicarsi tre annate di particolare rilevanza:

1) il 1991: anno di conclusione del trattato bilaterale per gli investimenti (TBI) con cui il Regno dei Paesi Bassi e la Cecoslovacchia si obbligano a devolvere a un collegio arbitrale le controversie eventualmente nascenti tra uno Stato contraente e un investitore dell'altro Stato contraente;

2) il 2004: anno in cui la Slovacchia, succeduta in seguito alla dissoluzione della Cecoslovacchia nell'assunzione dei diritti e degli obblighi nascenti dal TBI, liberalizza il proprio mercato di assicurazioni sanitarie private, aprendolo agli operatori nazionali, nonché a operatori esteri, così inducendo l'Achmea, un'impresa facente parte di un gruppo di assicurazioni olandese, a stabilire una filiale in Slovacchia;

3) il 2006: anno in cui la Slovacchia interviene sul mercato delle assicurazioni private, revocandone parzialmente la liberalizzazione. Più precisamente con la legge del 25 ottobre 2007 si era vietata la distribuzione degli utili generati dalle attività di assicurazione sanitaria privata, poi nuovamente autorizzata a partire dal 2011, in seguito all'intervento della Corte costituzionale della Repubblica slovacca che ha giudicato illegittimo l'intervento normativo (20).

La parziale revocazione della liberalizzazione del mercato delle assicurazioni private, rappresenta, dunque l'evento generatore della controversia tra la Slovacchia e l'Achmea. Invero, a partire da tale momento, l'impresa assumerà che le misure legislative le hanno arrecato un pregiudizio illegittimo, poiché contrario al TBI.

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.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile".

(19) **Articolo 344 TFUE**: "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 dal trattato stesso".

(20) *Ústavný súd Slovenskej republiky*, sentenza del 26 gennaio 2011.

La fase che segue alla nascita della controversia, vede susseguirsi principalmente tre “organi giudicanti”, cui corrispondono tre differenti pronunce: il collegio arbitrale, adito dall’Achmea, che con il sopraccitato lodo del 7 dicembre 2012 condanna la Repubblica slovacca a pagare all’impresa un risarcimento danni per un importo di circa 22,1 milioni di euro; la Corte federale di Cassazione tedesca (*Bundesgerichtshof*) che, nell’ambito della procedura attivata dalla Slovacchia per l’annullamento del lodo arbitrale, emette l’ordinanza di rinvio pregiudiziale con cui chiede alla Corte di Giustizia di formulare un parere sull’interpretazione degli articoli 18, 267 e 344 TFUE; e infine la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con la pronuncia della sentenza in esame.

5.2. I quesiti.

In particolare, la Corte federale di Cassazione (*Bundesgerichtshof*) sottopone all’esame della Corte di Giustizia una triplice questione (21):

1) *L’articolo 344 TFUE vieta l’applicazione di una clausola, contenuta in un accordo bilaterale di investimento tra Stati membri dell’Unione, secondo la quale un investitore di uno Stato contraente può, in caso di controversia riguardante investimenti effettuati all’interno di un altro Stato contraente, intraprendere una procedura contro quest’ultimo Stato innanzi a un collegio arbitrale, dal momento che il suddetto accordo è stato concluso prima dell’adesione di uno degli Stati contraenti all’Unione, ma la procedura arbitrale è stata introdotta dopo la suddetta data?*

2) *L’articolo 267 TFUE vieta l’applicazione di una previsione di tale tenore?*

3) *Alle condizioni descritte nel primo quesito, l’art. 18, primo comma, TFUE vieta l’applicazione di una previsione di tale tenore?*

Il giudice europeo, tuttavia, sembra estendere la portata dei quesiti, in un senso che va al di là del caso concreto, sottintendendo che il principio affermato possa trovare applicazione in tutti quei casi in cui all’interno di *qualsivoglia* accordo internazionale venga inserita una clausola che preveda una possibilità di risoluzione arbitrale delle controversie nascenti tra un investitore di uno Stato membro nei confronti di un altro Stato membro dell’Unione Europea.

Invero, al par. 31 della pronuncia, si legge che: “*Con il primo e il secondo quesito, che tratteremo congiuntamente, il giudice di rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 267 e 344 TFUE, devono essere interpretati nel senso di vietare che una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra Stati membri, qual è l’art. 8 del TBI, secondo la quale un investitore di uno Stato membro può, in caso di controversia concernente investimenti effettuati in un altro Stato membro, intraprendere una procedura contro quest’ultimo*

(21) Si veda par. 23 della sentenza in esame.

Stato membro innanzi a un collegio arbitrale, di cui questo Stato membro si è vincolato ad accettare la competenza”.

Ebbene, prima di esaminare i quesiti, la Corte ricorda la *ratio* e le peculiarità dei principi stabili agli articoli 267 e 344 TFUE, affermando che:

1) *“Al fine di assicurare di salvaguardare le caratteristiche specifiche, nonché l’autonomia, dell’ordinamento giuridico europeo, i trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale volto a garantire la coerenza e l’unità nell’interpretazione del diritto europeo.*

Secondo quanto stabilito dall’articolo 19 TUE, è compito dei giudici nazionali e della Corte garantire la piena applicazione del diritto europeo all’interno degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti ai singoli dall’ordinamento giuridico dell’Unione. In particolare, la chiave di volta del sistema giurisdizionale, così delineato, è costituita dalla procedura di rinvio pregiudiziale prevista all’articolo 267 TFUE che, instaurando un dialogo fra i giudici, ossia fra la Corte e i giudici degli Stati membri, ha lo scopo di assicurare l’unità nell’interpretazione del diritto dell’Unione, garantendone in tal modo la coerenza, la piena efficacia e l’autonomia nonché, in ultima istanza, il carattere specifico del diritto istituito dai trattati” (v. par. 35, 36 e 37 della decisione);

2) *“Secondo una giurisprudenza costante della Corte, un accordo internazionale non può pregiudicare il riparto di competenze fissato dai trattati e, dunque, l’autonomia del sistema giuridico dell’Unione di cui la Corte assicura il rispetto. Tale principio si rinviene nell’articolo 344 TFUE, secondo il quale gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa a l’interpretazione o l’applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso”* (v. par. 32 della decisione).

5.3. La decisione.

Alla luce dei sopra richiamati principi, il procedimento logico seguito dalla Corte, al fine di vagliare la legittimità di una procedura arbitrale di risoluzione delle controversie intra-UE, può essere suddiviso in tre fasi:

1) Occorre innanzitutto verificare se la controversia sottoposta all’esame del collegio arbitrale concerne l’interpretazione o l’applicazione dei trattati europei, così da valutare l’applicabilità nel caso di specie dell’art. 344 TFUE (v. par. 39 della decisione);

2) Nel caso in cui nella controversia venga effettivamente in esame l’interpretazione o l’applicazione dei trattati europei, allora occorrerà verificare se il collegio arbitrale rientri nel sistema giurisdizionale dell’Unione e, in particolare, se esso possa essere assimilato a una giurisdizione di uno degli Stati membri ai sensi dell’articolo 267 TFUE, così da poter adire la Corte di Giustizia in via pregiudiziale (v. par. 43 della pronuncia);

3) Dopodiché occorrerà verificare se la decisione arbitrale possa, conformemente all'articolo 19 TUE, essere soggetta al controllo di un organo giurisdizionale di uno Stato membro, il quale garantisce che le questioni concernenti il diritto europeo portate innanzi a tale collegio, possano, eventualmente, essere esaminate dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale (v. par. 50 TFUE).

Nella specie, la Corte di Giustizia accerta che la controversia sottoposta al collegio arbitrale certamente involgeva l'interpretazione e l'applicazione del diritto europeo. Invero, secondo l'accordo tra i Paesi Bassi e la Slovacchia, il collegio arbitrale deve tenere conto del diritto interno allo Stato contraente coinvolto nella controversia, nonché degli accordi coinvolgenti le parti. Ne deriva che il diritto dell'Unione europea deve considerarsi diritto applicabile alla controversia in esame, in quanto non solo diritto in vigore in ogni Stato membro dell'Unione, ma anche derivante da un accordo sovranazionale fra gli Stati membri (v. parr. 40, 41, e 42 della sentenza).

Per quanto riguarda, invece, la natura del collegio arbitrale, la Corte esclude che esso possa essere assimilato a una giurisdizione di uno Stato membro dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 TFUE, affermando che *“è proprio il carattere derogatorio della giurisdizione di tale collegio, rispetto a quella dei giudici di questi due Stati membri (Paesi Bassi e Slovacchia), che costituisce una delle principali ragioni d'essere dell'articolo 8 del TBI”* (v. par. 45 della sentenza).

Con riferimento, infine, al controllo giurisdizionale del lodo arbitrale il giudice europeo evidenzia che il TBI qualifica tale decisione come “definitiva” e, pur essendo prevista una procedura di verifica della validità del lodo, tale meccanismo è frutto di una “scelta” dello stesso collegio arbitrale. Infatti, il collegio decide esso stesso la propria sede e, di conseguenza, il diritto applicabile al procedimento che disciplina tale controllo. In più, osserva la Corte, il controllo giurisdizionale del lodo è “limitato” a ipotesi specifiche.

Da tali considerazioni la Corte deduce che gli Stati membri parte dell'accordo internazionale abbiano istituito un meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato membro che, pur coinvolgendo l'interpretazione e l'applicazione del diritto europeo, non ne assicura la piena efficacia e uniformità.

6. I riflessi della sentenza “Achmea” sulle controversie arbitrali intra-UE pendenti ai sensi della Carta dell'energia.

I paragrafi 57 e 58 della pronuncia in esame pongono in luce i problemi nascenti dalla eventuale applicazione, in ambito comunitario, di una clausola contenuta in un accordo internazionale che preveda una procedura arbitrale di risoluzione delle controversie sorte tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro dell'Unione.

Invero, di primo acchito, al par. 57 della sentenza la Corte sembra asserire l'astratta compatibilità con il diritto europeo di un accordo internazionale, di

cui l'Unione sia parte contraente, che attribuisca alla competenza di un giudice terzo l'adozione di pronunce vincolanti. Secondo il par. 57 della decisione, infatti: “... un accordo internazionale che preveda l'istituzione di un giudice incaricato dell'interpretazione delle sue disposizioni e le cui decisioni vincolino le istituzioni, ivi compresa la Corte, non è, in linea di principio, incompatibile con il diritto dell'Unione. Infatti, la competenza dell'Unione in materia di relazioni internazionali e la sua capacità di concludere accordi internazionali comportano necessariamente la facoltà di assoggettarsi alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di tali accordi, per quanto concerne l'interpretazione e l'applicazione delle loro disposizioni, purché sia rispettata l'autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico”.

Successivamente, al par. 58 della sentenza, la Corte sembra giungere alla conclusione dell'incompatibilità con il diritto europeo della clausola compromissoria del TBI, sul rilievo che l'Unione non è parte contraente dell'accordo concluso tra Paesi Bassi e Slovacchia, precisando che: “Tuttavia, nella specie, oltre al fatto che le controversie che rientrano nella competenza del collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI possono riguardare l'interpretazione tanto di detto accordo quanto del diritto dell'Unione, la possibilità di sottoporre tali controversie ad un organismo che non costituisce un elemento del sistema giurisdizionale dell'Unione è prevista da un accordo concluso non dall'Unione, ma dagli Stati membri. Orbene, il suddetto articolo 8 è tale da rimettere in discussione, oltre al principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, la salvaguardia del carattere proprio dell'ordinamento istituito dai Trattati, garantito dalla procedura del rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE, e non è pertanto compatibile con il principio di leale cooperazione ricordato al punto 34 della presente sentenza”.

A una primo superficiale esame dei suddetti paragrafi, si potrebbe giungere alla conclusione che la Corte di Giustizia distingua, ponendole in contrapposizione, due diverse ipotesi: la prima in cui la clausola di risoluzione arbitrale delle controversie tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro sia contenuta in un accordo di cui l'Unione europea non è parte contraente; la seconda in cui tale clausola sia inserita in un accordo di cui l'Unione europea è parte contraente. Nell'un caso la clausola compromissoria sarebbe in contrasto con il diritto europeo, nell'altro, invece, detto contrasto non vi sarebbe, poiché l'Unione si sarebbe “assoggettata” alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di tali accordi.

Di conseguenza, essendo l'Unione firmataria dell'ECT, l'art. 26 dell'ECT, che, come ricordato, prevede un meccanismo arbitrale di risoluzione delle controversie nascenti tra un investitore e una Parte contraente, sembrerebbe compatibile con il diritto comunitario, anche qualora ad essere coinvolti fossero due Stati membri dell'Unione europea.

La Corte di Giustizia dell'UE, tuttavia, sembra concludere affermando

che un accordo internazionale, contenente una clausola di risoluzione arbitrale delle controversie intra-UE, di cui l'Unione europea sia parte, si pone in contrasto con il diritto euro unitario, qualora il suddetto accordo costituisca una minaccia per *“la salvaguardia del carattere proprio dell'ordinamento istituito dai Trattati, garantito dalla procedura del rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE”*.

In particolare, al par. 57 della sentenza, la Corte di Giustizia precisa che affinché un lodo arbitrale, emesso in virtù di una clausola compromissoria contenuta in un accordo internazionale di cui l'Unione è parte contraente, sia vincolante per le istituzioni dell'Unione europea deve sussistere un duplice presupposto, oggettivo e funzionale:

1) Oggetto dell'interpretazione del collegio arbitrale devono essere unicamente le disposizioni del suddetto accordo internazionale, senza estendersi a quelle del diritto europeo e ciò lo si evince dall'utilizzo da parte della Corte di Giustizia degli aggettivi *“sue”* e *“loro”*;

2) Tale interpretazione sarà vincolante sempre che *“sia rispettata l'autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico”*.

Alla luce di tali affermazioni, il principio espresso dalla Corte nella sentenza sembra, in astratto, estendibile alle clausole compromissorie contenute nei trattati internazionali di cui pure l'Unione europea è parte contraente.

Occorre, dunque, accertare se i principi posti dalla Corte di Giustizia possano applicarsi anche alle controversie intra-UE pendenti ai sensi dell'art. 26 del Trattato sulla Carta dell'energia, verificando la sussistenza nei singoli casi concreti dei presupposti logico-giuridici posti a fondamento della sentenza in esame (22).

È necessario innanzitutto verificare se, al fine di risolvere la controversia arbitrale pendente ai sensi dell'ECT:

- 1) venga in rilievo l'interpretazione o l'applicazione del diritto europeo;
- 2) in secondo luogo bisognerà accertare se il collegio arbitrale sia o meno equiparabile a una giurisdizione interna di uno Stato membro;

(22) Sull'applicabilità del principio espresso nella sentenza *“Achmea”* alle controversie intra-UE, pendenti ai sensi dell'art. 26 ECT, si vedano N. LAVRANOS, *Black Tuesday: the end of intra-EU BITs*, in <http://arbitrationblog.practicallaw.com/black-tuesday-the-end-of-intra-eu-bits>: *“As regards intra-EU ECT disputes, it would seem that Achmea applies, which means that European investors can no longer rely on the ECT in order to bring cases against member states”*; S. GÁSPÁR SZILÁGYI, *The CJEU Strikes Again in Achmea. Is this the end of investor-State arbitration under intra-EU BITs?*, in <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2018/03/guest-post-the-cjeu-strikes-again-in-achmea-is-this-the-end-of-investor-state-arbitration-under-intr.html>: *“...the ISDS mechanism under the ECT, to the extent that it is used between EU Member States and EU investors, is also incompatible with EU law”* e S. HINDELANG, *The Limited Immediate Effects of CJEU's Achmea Judgement*, in <https://verfassungsblog.de/the-limited-immediate-effects-of-cjeus-achmea-judgement>: *“[t]here seems to be no compelling reason why investment disputes between an investor from one Member State and another Member State based on the ECT should in result be treated differently from such addressed in the CJEU's Achmea Judgement”*.

3) infine, bisognerà analizzare la definitività del lodo arbitrale emesso ai sensi della Carta dell'energia.

6.1. Il diritto applicabile dal Tribunale arbitrale nelle controversie intra-UE pendenti ai sensi della Carta dell'Energia.

Come sopra ricordato, l'art. 26.6 dell'ECT stabilisce che ogni Tribunale arbitrale istituito ai sensi della Carta dell'energia: "... *decide sulle questioni oggetto di controversia in conformità del presente Trattato e delle norme e di principi applicabili del diritto internazionale*".

Il diritto applicabile dal collegio arbitrale comprende, dunque, tre fonti: il Trattato sulla Carta dell'energia, le norme di diritto internazionale e i principi di diritto internazionale. Queste ultime unicamente se applicabili alla controversia oggetto di arbitrato, occorrerà dunque fare riferimento alle norme e ai principi di diritto internazionale in vigore nei rapporti fra le parti tra cui è sorta la controversia che ha dato origine all'arbitrato.

Con riferimento all'applicabilità del diritto europeo nelle controversie arbitrali intra-UE si apre conseguentemente una triplice strada: l'inapplicabilità della normativa europea in quanto non qualificabile come norma o principio di diritto internazionale; l'applicabilità del diritto europeo poiché facente parte del diritto internazionale ovvero l'applicabilità di talune norme europee in quanto disposizioni di "applicazione necessaria", poiché poste a tutela di interessi irrinunciabili dell'ordinamento europeo.

Segue la prima via la recente decisione *Novenergia v. Kingdom of Spain* (23), nella quale il collegio sembra affermare che affinché un tribunale arbitrale possa (*rectius*: debba) interpretare e applicare alla controversia il diritto europeo non sia sufficiente l'implicito richiamo al diritto internazionale contenuto nell'art. 26.6 ECT, ma sia necessaria un'espressa previsione in tal senso nel testo del trattato, attualmente inesistente (24), ovvero che il ricorrente abbia assunto non solo una violazione dell'ECT, ma anche una violazione del diritto euro unitario (25).

(23) *Novenergia v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. 063/2015, March 20, 2018.

(24) Si veda in tal senso, *Novenergia v. Kingdom of Spain*, cit. par. 459: "*The Tribunal considers that the Respondent's argument relating to Article 26(6) of the ECT to be correct would require an explicit inclusion in the text of the ECT of a clear exception as purported by Respondent. However, no such exception was introduced and the Tribunal concludes that the text of the treaty does not support such an interpretation and is further unconvinced that such an exception was intended to be included by the drafters of the ECT*".

(25) Si veda in tal senso, *Novenergia v. Kingdom of Spain*, cit. par. 460: "*The Tribunal must note that the Claimant has not submitted any of its claims based on EU law. Instead, it is clear that the claims in this arbitration are all submitted solely on the basis of the provisions contained in the ECT. The facts invoked by the Claimant in support of its claims further substantiate this conclusion. It is equally clear that the Claimant is not relying on or challenging any measures adopted or directed by the EU or any of its organs. Rather, it is clear to the Tribunal that the Claimant is exclusively relying on the adoption of measures that were of the Respondent's own volition*".

Da tale decisione, dunque, se ne desumono due rilevanti conseguenze. Innanzitutto, il lodo sembra confermare che l'interpretazione o l'applicazione del diritto europeo da parte del collegio arbitrale sia il presupposto affinché operi il principio dell'incompatibilità della clausola compromissoria nelle controversie intra-UE. In secondo luogo, tuttavia, il collegio arbitrale sottolinea che non vi è una relazione di automatismo tra la presenza nella controversia di due soggetti parte dell'Unione e l'interpretazione o applicazione del diritto euro unitario. In altre parole, non è sufficiente che le parti della controversia appartengano all'Unione europea per far sì che il collegio interpreti o applichi (anche) il diritto europeo, ma deve alternativamente sussistere una delle seguenti condizioni: la modifica dell'art. 26 ECT, affinché si inserisca un espresso riferimento all'applicazione del diritto europeo nella risoluzione delle controversie arbitrali ovvero un'esplicita denuncia di violazione del diritto euronunitario da parte del ricorrente.

Ebbene, a prescindere da una modifica del Trattato, difficilmente il ricorrente prospetterà esplicitamente l'inosservanza del diritto europeo innanzi a un collegio arbitrale, poiché in tal caso il collegio arbitrale dovrebbe necessariamente affermare il proprio difetto di giurisdizione.

In definitiva, la sentenza *Achmea*, nella lettura datane in *Novenergia v. Kingdom of Spain*, sembra essere una decisione di compromesso tra l'autonomia dei collegi arbitrali e il monopolio della Corte di Giustizia nell'interpretazione del diritto europeo. Il collegio arbitrale sarà, infatti, libero di risolvere le controversie nascenti tra Stati membri dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 26 ECT, fintantoché non venga in rilievo, nelle modalità descritte, l'interpretazione o l'applicazione del diritto euro unitario, nel qual caso dovrà rilevare il difetto di giurisdizione. Nell'attesa della pubblicazione della decisione del collegio arbitrale sull'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla Germania in riferimento alla causa pendente contro la compagnia energetica svedese Vattenfall, al fine di verificare condivisione o meno di tale orientamento da parte dei tribunali arbitrali.

Di contrario avviso sembrano essere parte della dottrina (26) e alcuni collegi arbitrali, i quali non hanno mai dubitato della natura peculiare e ambivalente del diritto euro unitario. Esemplicativamente, in *Electrabel v. Hungary* (27) e in *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Re-*

(26) Cfr. fra gli altri, T. HARTLEY, in "International Law and the Law of the European Union - A Reassessment", British Yearbook of International Law, 72, 2001, pp. 1-35 e M. BURGSTALLER, "European Law and Investment Treaties", 26 Journal of International Arbitration, 2009, p. 191: "The fact that the EC Treaty differs from ordinary international agreements is no warrant for presuming that the law it establishes is not part of, and governed by international law ... Consequently, EC law is best viewed as a subsystem of public international law, though a highly developed international legal order with particular features, in particular the primacy of EC Law over national law and direct effect of EC law".

(27) "4.120. (ii) EU law is based on international treaties: EU law is international law because

public (28), il collegio evidenzia la duplice natura del diritto dell'Unione, quale diritto parte sia dell'ordinamento internazionale che del diritto nazionale di ogni Stato membro. Ancora, l'Avvocato generale Maduro, nell'*opinion* espressa nel caso *Kadi*, descrive il diritto europeo come “*un ordre juridique interne d'origine internationale*” (29).

Seguendo tale linea interpretativa, si potrebbe trarre la conseguenza che qualora uno Stato membro sia coinvolto in una controversia arbitrale con un investitore di un altro Stato membro, in materia di tutela degli investimenti esteri, venga sempre in rilievo l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione europea, in quanto parte del diritto internazionale.

In una posizione intermedia si colloca la teoria delle norme europee di applicazione necessaria (30). Secondo tale orientamento vi sarebbe per gli arbitri il dovere di interpretare e applicare alle controversie intra-UE le norme europee di applicazione necessaria, ossia un nucleo di norme, contenute nel diritto europeo primario e derivato, poste a tutela di interessi irrinunciabili dell'ordinamento giuridico europeo. La Corte di Giustizia ha enunciato tale principio nella nota sentenza *Ingmar* (31), dichiarando l'imperatività internazionale delle disposizioni contenute nella Direttiva CEE 653/86 sugli agenti commerciali. In tale decisione, la Corte ha, infatti, sottolineato che il regime istituito dalla Direttiva “*mira ... a tutelare, tramite la categoria degli agenti*

it is rooted in international treaties; and both Parties accepted, of course, that the EU Treaties are legal instruments under public international law. EU law flows from the Treaty of Rome, as amended many times, creating the European Union, as was submitted by the Respondent: (...)

4.122. (iii) *The Whole of EU Law as an International Legal Order: Moreover, the Tribunal considers that EU law as a whole is part of the international legal order; and it does not draw a material distinction, as proposed by the Claimant, between the EU Treaties (which the Claimant acknowledges as international law) and the “droit dérivé” (which the Claimant does not acknowledge as international law). In the Tribunal's view, all EU legal rules are part of a regional system of international law and therefore have an international legal character. This was stated clearly by the ECJ many years ago, in the famous case Van Gend en Loos: (...)*

4.124. (iv) *EU law as National Law: In the Tribunal's view, the fact that EU law is also applied within the national legal order of an EU Member State does not deprive it of its international legal nature. EU law remains international law; EU law is not limited to a treaty but includes a body of law flowing from the EU Treaties. Legal rules created under the Treaties can apply directly within the different national legal orders, without any further procedural step taken by EU Member States”. (ICSID Case No. ARB/07/19, *Electrabel v. Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, Nov. 30, 2012, RLA-4).*

(28) “278. *The Parties in effect agree that the applicable law in determining this issue is international law, and specifically the relevant provisions of the VCLT. The Tribunal agrees, but would observe that this does not exclude any relevant rule of EU law, which would fall to be applied either as part of international law or as part of the law of Italy*”. (ICSID Case No ARB/14/3, *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, Final Award, 27 December 2016, RLA-1).

(29) Opinion of the Advocate General Maduro in Case C-402/05, paragraph 21, [2008] ECR I-6351.

(30) Cfr. P. BERTOLI, *Diritto europeo dell'arbitrato internazionale*, Giuffrè, 2015, pp. 50 ss.

(31) Sentenza 9 novembre 2000, in causa C-381/98, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*

commerciali, la libertà di stabilimento e una concorrenza non falsata nell'ambito del mercato interno. L'osservanza di dette disposizioni nel territorio della Comunità appare, pertanto, necessario per la realizzazione di tali obiettivi del Trattato" (32). Conseguentemente, *"risulta essenziale per l'ordinamento giuridico comunitario che un proponente stabilito in un paese terzo, il cui agente commerciale esercita la propria attività all'interno della Comunità, non possa eludere queste disposizioni con il semplice espediente di una clausola sulla legge applicabile"* (33).

La giurisprudenza della Corte, oltre ad essere oggetto di talune critiche per un'indebita interferenza nei tradizionali meccanismi internazionali privatistici di risoluzione delle controversie (34), istaura un clima di incertezza, poiché pone la difficoltà di individuare con precisione quali siano le norme europee di applicazione necessaria, dato che non esistono disposizioni codificate che indichino agli arbitri a quali norme di applicazione necessaria dare efficacia.

In conclusione, sull'applicabilità del diritto europeo alle controversie arbitrali tra soggetti parte dell'Unione europea, istaurate ai sensi dell'art. 26.6 ECT, si scontrano le opinioni di chi, dando rilievo all'autonomia delle parti, esclude un'automatica applicazione delle norme o dei principi europei, con quelle di chi, identificando il diritto europeo con il diritto internazionale, ritiene che l'ordinamento giuridico europeo sia sempre applicabile in virtù del richiamo che l'art. 26.6 ECT fa al diritto internazionale. Infine, vi è chi reputa a tali controversie applicabili unicamente talune norme del diritto europeo, non tanto facendo leva sul carattere internazionale delle stesse, bensì valorizzandone la natura di "norme europee di applicazione necessaria".

6.2. L'equiparabilità del Tribunale istituito ai sensi dell'art. 26.4 ECT a una giurisdizione interna a uno Stato membro.

L'art. 267 TFUE restringe la legittimazione ad adire la Corte di Giustizia in via pregiudiziale agli "organi giurisdizionali di uno degli Stati membri". La nozione di "giurisdizione nazionale" è autonoma, essendo irrilevante la qualificazione dell'organo da parte del diritto interno. La Corte di Giustizia ha più volte chiarito che, al fine di attribuire ad un organo natura giurisdizionale, rilevano "un insieme di elementi quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura

(32) Par. 24 della motivazione.

(33) Par. 24 della motivazione.

(34) H.L.E. VERAGHEN, *The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on Ingmar GB Ltd V Eaton Leonard Technologies Inc*, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pp. 135-154; W.H. ROTH, *Case C-381/98, Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc. judgment of the Court (Fifth Chamber) of 9 November 2000*, in *Common Market Law Review*, 2002, pp. 369-383.

contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente" (35). Dalla giurisprudenza della Corte sembra emergere una concezione di "giurisdizione statale" che richiede, quale presupposto essenziale, la riconducibilità dell'organo remittente all'ordinamento costituzionale dello Stato membro. Da un lato, infatti, la Corte riconosce tale natura a taluni tribunali internazionali, quale la Corte del Benelux (36), sulla base del fatto che siano qualificabili come "giurisdizioni comuni a vari Stati membri", dall'altro nega la legittimazione dei tribunali arbitrali a sollevarle questioni pregiudiziali, difettando del requisito dell'obbligatorietà della giurisdizione. Secondo la Corte, infatti *"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 ... 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 dinnanzi all'arbitro"* (37). Così, la Corte ha potuto conoscere delle controversie innanzi ai tribunali arbitrali solo indirettamente, grazie ai rinvii pregiudiziali sollevati dai giudici innanzi ai quali pende un'impugnazione contro un lodo (38).

Tale orientamento restrittivo della Corte sulla nozione di "giurisdizione statale", pur trovando ragione nel fatto che è lo Stato membro a essere responsabile per la violazione del dovere di investire la Corte a titolo pregiudiziale, è stata oggetto di critiche. È stato, infatti, osservato che il meccanismo del rinvio pregiudiziale risponde all'esigenza di evitare che si stabilizzi un giudicato in contrasto con il diritto europeo. Ebbene, una tale necessità si avvera non solo con riferimento alle decisioni rese dagli organi giurisdizionali, ma anche avendo riguardo ai lodi arbitrali, che ne condividono gli effetti di accertamento ed esecutivi, nonché la capacità di circolazione (39). Pertanto, secondo alcuni, privare gli arbitri della funzione di nomofilachia assicurata dalla Corte tramite l'art. 267 TFUE vorrebbe dire interpretare tale norma in contraddizione con il suo obiettivo ultimo (40). Il mancato adempimento dell'obbligo di rinvio, da parte degli arbitri, non avrebbe, tuttavia, una sanzione.

(35) V. le sentenze 31 gennaio 2013, in causa C-394/11, *Belov*, par. 38; 4 giugno 2011, *Miles e a.*, in causa C-196/09, par. 37; 31 maggio 2005, in causa C-53/03, *Syfait*; 30 maggio 2002, in causa C-516/99, *Schmid*; 15 gennaio 2002, in causa C-182/00, *Lutz*; 19 novembre 2001, in causa C-17/00, *De Coster*; 21 marzo 2000, in cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa*; 17 settembre 1997, in causa C-54/96, *Dorsch Consult*; 19 ottobre 1995, in causa C-111/94, *Job Centre I*.

(36) La Corte del Benelux è stata istituita dagli Stati membri del Benelux tramite un trattato e ha la competenza ad interpretare in via pregiudiziale le questioni attinenti all'applicazione della legge uniforme del Benelux sui marchi di impresa: sentenza 4 novembre 1997, in causa C-337/95, *Parfums Christian Dior*.

(37) Sentenze 13 febbraio 2014, in causa C-555/13, *Merck Canada Inc.*, par. 17; 27 gennaio 2005, in causa C-125/04, *Denuit e Cordenier*; 23 marzo 1982, in causa 102/81, *Nordsee*.

(38) Sentenza 6 marzo 2018, in causa C-284/16, *Repubblica Slovacca c. Achmea BV*; 1 giugno 1999, in causa C-126/97, *Eco Swiss c. Benetton*; 27 aprile 1994, in causa C-393/92, *Almelo*.

(39) Cfr. P. BERTOLI, *op. cit.*, pp. 83 ss.

6.3. *La definitività del lodo arbitrale.*

L'art. 26.8 ECT stabilisce che *“il lodo arbitrale ... è inappellabile e vincolante per le Parti della controversia. Ciascuna Parte contraente provvede senza indugio alla sua esecuzione e adotta disposizioni per rendere esecutivo detto lodo arbitrale nella propria area”*. Pur essendo previsto un controllo giurisdizionale, il lodo arbitrale è, dunque, definitivo e vincolante per le parti. La possibilità di impugnazione della decisione arbitrale è, infatti, limitata sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo. Per quanto riguarda l'aspetto soggettivo, la parte soccombente può impugnare il lodo arbitrale unicamente davanti all'autorità competente del luogo ove tale decisione è stata resa che, generalmente, coincide con la sede dell'arbitrato (41). Con riferimento al profilo oggettivo, occorre osservare che è l'ordinamento così individuato a stabilire i motivi per i quali la parte soccombente può svolgere il ricorso. A tal riguardo, al fine di assicurare l'uniformità delle legislazioni in materia di impugnazione delle decisioni arbitrali, la Convenzione di Ginevra del 1961, all'art. IX, ha elencato tassativamente i motivi di annullamento del lodo arbitrale (42). Tali motivi corrispondono sostanzialmente a quelli previsti dall'art. 5 della Convenzione di New York e sono: incapacità delle parti di stipulare l'accordo arbitrale; invalidità dell'accordo arbitrale ai sensi della legge indicata dalle parti quale legge applicabile o, in mancanza, di quella del luogo ove la decisione è stata resa; violazione del principio del giusto processo; eccesso di competenza da parte degli arbitri ovvero irregolarità nella nomina del collegio arbitrale o nella procedura; sospensione o annullamento del lodo arbitrale. Secondo quanto disposto dal secondo comma dello stesso articolo, poi: *“Il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza arbitrale possono altresì essere rifiutati se l'autorità competente del Paese in cui il riconoscimento e l'esecuzione sono richiesti constata: a) che, secondo la legge di tale Paese, l'oggetto della controversia non è suscettibile di essere risolto mediante arbitrato; o b) che il riconoscimento o l'esecuzione della sentenza sarebbe contrario all'ordine pubblico del Paese stesso”*.

L'ordine pubblico è, peraltro, da interpretarsi restrittivamente, come affermato dalla Corte di Giustizia, l'ordine pubblico *“costituisce un ostacolo alla realizzazione di uno degli obiettivi fondamentali della convenzione, che mira a facilitare, per quanto possibile, la libera circolazione delle sentenze*

(40) Cfr. M. V. BENEDETTELLI, *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favor, ostilità o indifferenza?*, in N. BOSCHIERO, P. BERTOLI (a cura di), *Verso un ordine comunitario del processo civile. Pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, Napoli (Ed. scientifica), 2008, pp. 111-129.

(41) Cfr. P. BERNARDINI, *op. cit.*, pp. 241 ss.

(42) Cfr. G.F. BORIO, *L'arbitrato commerciale internazionale - Genesi e svolgimento dell'arbitrato in Italia. L'arbitrato fra imprese di stati diversi. La decisione degli arbitri, la sua circolazione in Italia e all'estero e la sua impugnazione. Le istituzioni arbitrali permanenti*, Giuffrè, 2003, pp. 99 ss.

prevedendo un procedimento di exequatur semplice e rapido. Tale disposizione derogatoria deve essere pertanto interpretata restrittivamente” (43) e, dunque, *“il ricorso alla clausola relativa all’ordine pubblico ... può avvenire soltanto in casi eccezionali”* (44).

In definitiva, possono, con riferimento alla stabilità della decisione arbitrale resa nelle controversie intra-UE pendenti ai sensi della Carta dell’Energia, ritenersi estensibili le conclusioni svolte dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Achmea* (45), rappresentando le ipotesi di impugnazione della decisione arbitrale delle eccezioni al generale principio di riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri, volte a precludere un riesame della controversia nel merito.

7. Conclusioni.

I principi posti dalla Corte di Giustizia nella causa C-284/16 *“Achmea”* devono essere applicati anche alle controversie intra-UE pendenti ai sensi dell’art. 26 ECT, verificandosi la sussistenza dei tre presupposti logico-giuridici posti a fondamento della sentenza: la controversia sottoposta all’esame del collegio arbitrale concerne l’interpretazione o l’applicazione dei trattati europei; il collegio arbitrale non può essere assimilato a una giurisdizione di uno degli Stati membri ai sensi dell’articolo 267 TFUE e, infine, il lodo arbitrale, emesso ai sensi della Carta dell’energia, è definitivo.

Quanto al primo presupposto, si è evidenziato come al fine di risolvere una controversia arbitrale intra-UE pendente ai sensi dell’art. 26 ECT, il collegio arbitrale dovrà interpretare o applicare il diritto europeo, ai sensi dell’art. 26 (6) ECT, o nella sua interezza, in quanto parte del diritto internazionale, ovvero in relazione a talune disposizioni, in quanto norme di “applicazione necessaria”, poiché poste a tutela di interessi irrinunciabili dell’ordinamento europeo.

Con riguardo all’assimilabilità del collegio arbitrale a una giurisdizione di uno degli Stati membri, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, si è osservato che la Corte di Giustizia ha più volte affermato una concezione restrittiva di “giurisdizione nazionale”, negando la legittimazione dei tribunali arbitrali a sottoporle questioni pregiudiziali, in quanto privi del requisito dell’obbligatorietà della giurisdizione.

L’art. 26.8 ECT qualifica, infine, la decisione arbitrale come *“inappellabile e vincolante per le Parti della controversia”*, limitandone la possibilità di impugnazione sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo.

In definitiva, escludere che possa essere attribuito a un collegio arbitrale il

(43) Sentenza 2 giugno 1994, in causa C-414/92, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Emilio Boch*, par. 20.

(44) V. sentenze 6 settembre 2012, in causa C-619/10, *Trade Agency Ltd*, par. 48; 15 novembre 2012, in causa C-456/11, *Gothaer*, par. 30; 28 aprile 2009, in causa C-420/07, *Apostolides*, par. 55.

(45) Per le quali si veda *supra* par. 5.3.

potere di risolvere le controversie tra soggetti parte dell'Unione risponde all'esigenza di salvaguardare il principio di autonomia del diritto UE. "Autonomia", invero, come osservato dalla Corte di Giustizia, significa "ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, scaturito da una fonte autonoma" che, "in ragione della sua specifica natura", non può trovare "un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario" e senza che ne risulti "scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità" (46). Naturale corollario del principio di autonomia, è, sotto il profilo giurisdizionale, il monopolio detenuto dalla Corte di giustizia nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto comunitario che è parte del diritto internazionale, conformemente agli articoli 19, par. 1 TUE e 344 TFUE. La Corte aveva, invero, già chiarito in numerose sentenze (47) e pareri (48) che organi giurisdizionali internazionali, esterni all'ordinamento comunitario, non possono dare interpretazioni vincolanti di detto ordinamento. Costituisce, dunque, una trasgressione il semplice fatto che nell'ordinamento giuridico interno sia conservata una disposizione che rimetta a un collegio arbitrale la risoluzione di controversie nascenti tra soggetti parte dell'UE, a prescindere dalla sua applicazione pratica (49). La Commissione europea ha recentemente ribadito tale conclusione con riferimento all'International Charter Treaty (50), affermando che: "It is declared that, due to the nature of the EU internal legal order, the text in Title II, Heading 4, of the International Energy Charter on dispute settlement mechanisms cannot be construed so as to mean that any such mechanisms would become applicable in relations between the European Union and its Member States, or between the said Member States, on the basis of that text" (51).

Ne dovrebbe conseguire, un obbligo per gli Stati membri dell'Unione non solo di porre fine ai trattati bilaterali di investimento tra paesi membri, ma anche di far cessare l'applicazione dell'Energy Charter Treaty nelle contro-

(46) Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, causa 26-62, *Van Gend & Loos c. Paesi Bassi*, EU:C:1963:1, punto B, 12.

(47) Si veda, tra le altre, Corte di giustizia, 30 maggio 2006, causa C-459/03, *Commissione c. Irlanda*, EU:C:2006:34, punto 123.

(48) Cfr. parere 1/75 della Corte di giustizia (parere 1/75 dell'11 novembre 1975, EU:C:1975:145); parere 1/78 della Corte di giustizia (parere 1/78 del 4 ottobre 1979, EU:C:1979:224); parere 1/91 della Corte di giustizia (parere 1/91 del 14 dicembre 1991, EU:C:1991:490); parere 2/92 della Corte di giustizia del 24 marzo 1995, *Raccolta*, pp. I-1521 ss.; parere 1/94 della Corte di giustizia (parere 1/94 del 15 novembre 1994, EU:C:1994:384); parere 1/00 della Corte di giustizia (parere 1/00 del 18 aprile 2002, EU:C:2002:231); parere 1/09 della Corte di giustizia (parere 1/09 dell'8 marzo 2011, EU:C:2011/123); parere 2/13 della Corte di giustizia (parere 2/13 del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454).

(49) *Commissione c. Francia*, 167/73, par. 34.

(50) L'International Charter Treaty è un "update" dell'Energy Charter Treaty.

(51) "Si dichiara che, data la natura dell'ordinamento giuridico interno all'UE, quanto disposto nel Titolo II, Capo 4, della Carta internazionale dell'energia in merito ai meccanismi di risoluzione delle controversie, non può essere interpretato in modo tale da rendere applicabile tali meccanismi alle controversie tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, o tra detti Stati membri, pendenti ai sensi del suddetto Trattato".

versie intra-UE. Invero, alla luce dell'art. 351 TFUE, gli Stati membri sono obbligati a ricorrere a ogni mezzo necessario al fine di eliminare le incompatibilità esistenti tra i Trattati europei e le convenzioni internazionali dagli stessi concluse e, ove occorra, devono fornirsi reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta.

Tali considerazioni sono suffragate dall'esistenza nel diritto europeo di un complesso di norme a tutela degli investimenti realizzati da un investitore europeo nel territorio di uno Stato membro, quali i principi della libera circolazione dei capitali, della libertà di impresa, tutelati anche nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e ciò chiarisce perché gli Stati membri non hanno mai concluso fra loro trattati bilaterali di investimento. Tutti gli accordi di investimento tra Stati membri dell'Unione esistenti, infatti, sono stati conclusi quando ancora uno degli Stati parte non era anche membro dell'Unione.

In conclusione, in conseguenza della sentenza *Achmea*, gli Stati membri dell'UE dovrebbero adottare una condotta comune nelle controversie arbitrali pendenti e porre fine all'applicazione dell'ECT nei loro rapporti, invitando, nei giudizi pendenti, i tribunali arbitrali a declinare la propria giurisdizione e predisponendo una comune presa d'atto della inapplicabilità delle clausole arbitrali nelle controversie intra EU promosse dagli investitori.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sentenza 6 marzo 2018 nella causa C-284/16 - Pres. K. Lenaerts, Rel. A. Tizzano, Avv. Gen. M. Wathelet - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Germania) il 23 maggio 2016 - Slowakische Republik/Achmea BV.

«Rinvio pregiudiziale – Trattato bilaterale d'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 – Disposizione che consente a un investitore di una parte contraente di adire un collegio arbitrale in caso di controversia con l'altra parte contraente – Compatibilità con gli articoli 18, 267 e 344 TFUE – Nozione di “giurisdizione” – Autonomia del diritto dell'Unione»

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale concerne l'interpretazione degli articoli 18, 267 e 344 TFUE.
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Slowakische Republik (Repubblica slovacca) e la Achmea BV in merito a un lodo arbitrale del 7 dicembre 2012 pronunciato dal collegio arbitrale previsto dall'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»).

Contesto normativo

Il TBI

- 3 Il TBI, concluso nel 1991, è entrato in vigore il 1° gennaio 1992. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, dello stesso, le parti contraenti si sono impegnate a garantire un trattamento

giusto ed equo agli investimenti degli investitori della controparte e a non impedire, con misure irragionevoli o discriminatorie, il funzionamento, la gestione, l'utilizzo, il godimento o la cessione di tali investimenti. Ai sensi dell'articolo 4 del TBI, ciascuna parte contraente garantisce la libertà di trasferimento dei pagamenti relativi a un investimento, compresi gli utili, gli interessi e i dividendi, in valuta liberamente convertibile senza restrizioni o ritardi ingiustificati.

4 L'articolo 8 del medesimo accordo prevede 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.

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 a decorrere dalla data in cui una delle parti della controversia ne ha richiesto la composizione amichevole.

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 a decorrere dalla medesima data.

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.

5) Il collegio arbitrale stabilisce il proprio regolamento interno in conformità del regolamento arbitrale della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (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.

7) Il collegio delibera a maggioranza dei voti; la sua decisione è definitiva e obbligatoria per le parti della controversia».

Diritto tedesco

5 Ai sensi dell'articolo 1059, paragrafo 2, della Zivilprozessordnung (codice di procedura civile), un lodo arbitrale può essere annullato solo se è accertato uno dei motivi di annullamento previsti da tale disposizione, tra i quali figurano la nullità dell'accordo arbitrale in virtù della legge alla quale le parti l'hanno subordinata e la contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento o dell'esecuzione del lodo arbitrale.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 6 Il 1° gennaio 1993, la Repubblica slovacca è succeduta, in qualità di avente causa della Repubblica federale ceca e slovacca, nei diritti e negli obblighi di quest'ultima ai sensi del TBI e, il 1° maggio 2004, essa ha aderito all'Unione europea.
- 7 Nel quadro di una riforma del suo sistema sanitario, nel corso del 2004, la Repubblica slovacca ha aperto il mercato slovacco a operatori nazionali e ad operatori di altri Stati che offrivano servizi di assicurazione sanitaria privata. La Achmea, un'impresa appartenente ad un gruppo di assicurazioni olandese, dopo aver ottenuto l'autorizzazione in qualità di organismo di assicurazione sanitaria, ha stabilito una filiale in Slovacchia, alla quale ha apportato capitali e per il cui tramite offriva prestazioni di assicurazione sanitaria privata sul mercato slovacco.
- 8 Nel corso del 2006, la Repubblica slovacca ha revocato parzialmente la liberalizzazione del mercato delle assicurazioni sanitarie private. In particolare, con legge del 25 ottobre 2007, ha vietato la distribuzione degli utili generati dalle attività di assicurazione sanitaria privata. Successivamente, poiché l'Ústavný súd Slovenskej republiky (Corte costituzionale della Repubblica slovacca), con sentenza del 26 gennaio 2011, ha dichiarato che il divieto violava la costituzione slovacca, la Repubblica slovacca ha, con una legge entrata in vigore il 1° agosto 2011, nuovamente autorizzato la distribuzione degli utili di cui trattasi.
- 9 Ritenendo che le misure legislative della Repubblica slovacca le avessero arrecato pregiudizio, la Achmea ha, sin dal mese di ottobre 2008, avviato contro tale Stato membro un procedimento arbitrale ai sensi dell'articolo 8 del TBI.
- 10 Poiché è stata scelta come sede dell'arbitrato Francoforte sul Meno (Germania), il diritto tedesco è applicabile al procedimento arbitrale di cui trattasi.
- 11 Nell'ambito di tale procedimento arbitrale la Repubblica slovacca ha sollevato un'eccezione d'incompetenza del collegio arbitrale. A tale proposito, essa ha sostenuto che, in ragione della sua adesione all'Unione, il ricorso a un collegio arbitrale previsto all'articolo 8, paragrafo 2, del TBI era incompatibile con il diritto dell'Unione. Con lodo arbitrale interlocutorio del 26 ottobre 2010, il collegio arbitrale ha respinto tale eccezione. Le domande di annullamento di tale lodo proposte dalla Repubblica slovacca dinanzi ai giudici tedeschi di primo grado e d'appello non sono state accolte.
- 12 Con lodo arbitrale del 7 dicembre 2012, il collegio arbitrale ha condannato la Repubblica slovacca a pagare alla Achmea un risarcimento danni per un importo principale di EUR 22,1 milioni. La Repubblica slovacca ha proposto un ricorso di annullamento di tale lodo arbitrale dinanzi all'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Tribunale superiore del Land, 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).
- 13 Il giudice del rinvio ricorda che, dall'adesione della Repubblica slovacca all'Unione, il 1° maggio 2004, il TBI costituisce un accordo tra gli Stati membri, con la conseguenza che, in caso di conflitto, le disposizioni del diritto dell'Unione prevalgono, nei settori che disciplinano, sulle disposizioni del TBI.
- 14 A tale proposito, la Repubblica slovacca ha espresso dubbi in merito alla compatibilità della clausola compromissoria contenuta all'articolo 8 del TBI con gli articoli 18, 267 e 344 TFUE. Anche se il giudice del rinvio non condivide tali dubbi, esso ha tuttavia considerato che, poiché la Corte non si è ancora pronunciata su tali questioni, che rivestono una notevole importanza a causa dei numerosi trattati bilaterali di investimento ancora in

vigore tra gli Stati membri che prevedono una clausola compromissoria analoga, era necessario proporre alla Corte il presente rinvio al fine di dirimere la controversia di cui è investito.

- 15 In primo luogo, il giudice del rinvio dubita dell'applicabilità stessa dell'articolo 344 TFUE. Innanzitutto, risulterebbe dall'oggetto e dalla finalità di tale disposizione che, sebbene il suo tenore letterale non lo faccia emergere chiaramente, quest'ultima non riguarda le controversie tra un privato e uno Stato membro.
- 16 Inoltre, l'articolo 344 TFUE riguarderebbe unicamente le controversie relative all'interpretazione e all'applicazione dei Trattati. Orbene, ciò non avverrebbe nella controversia di cui al procedimento principale, dal momento che il lodo arbitrale del 7 dicembre 2012 è stato adottato sulla base del solo TBI.
- 17 Infine, l'articolo 344 TFUE avrebbe lo scopo di garantire l'ordine delle competenze stabilito dai Trattati e, di conseguenza, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto e sarebbe, al tempo stesso, una specifica espressione del dovere di lealtà degli Stati membri nei confronti della Corte, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE. Tuttavia, non se ne potrebbe dedurre che l'articolo 344 TFUE tutela la competenza della Corte per quanto riguarda tutte le controversie in cui il diritto dell'Unione può essere applicato o interpretato. In realtà, questa disposizione tutelerebbe la competenza esclusiva della Corte, solo nella misura in cui gli Stati membri sono tenuti a ricorrere ai procedimenti dinanzi ad essa previsti dai Trattati. Orbene, una controversia come quella di cui al procedimento principale non potrebbe essere risolta nell'ambito di un procedimento che si svolge dinanzi ai giudici dell'Unione. Infatti, i Trattati non prevedrebbero alcun procedimento giurisdizionale che consente a un investitore, come la Achmea, di far valere, dinanzi ai giudici dell'Unione, il diritto al risarcimento nei confronti di uno Stato membro a lui conferito da un trattato bilaterale di investimento come il TBI.
- 18 In secondo luogo, il giudice del rinvio si chiede se l'articolo 267 TFUE osti ad una clausola compromissoria come quella di cui al procedimento principale.
- 19 A tale riguardo, esso sottolinea, innanzi tutto, che, di per sé, il procedimento arbitrale non è idoneo a garantire l'uniformità di applicazione del diritto dell'Unione che l'articolo 267 TFUE mira a garantire. Infatti, anche se, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 6, del TBI, il collegio arbitrale deve rispettare il diritto dell'Unione e, in caso di conflitto di norme, applicarlo in via prioritaria, esso non avrebbe tuttavia la possibilità di adire la Corte in via pregiudiziale, in quanto non potrebbe essere considerato una «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE.
- 20 Il giudice del rinvio ritiene, inoltre, che l'unità d'interpretazione del diritto dell'Unione possa cionondimeno essere considerata garantita nella specie in quanto, prima dell'esecuzione del lodo arbitrale, un organo giurisdizionale statale può essere indotto a verificare la compatibilità del lodo arbitrale con il diritto dell'Unione e può, ove necessario, adire la Corte in via pregiudiziale. Inoltre, ai sensi dell'articolo 1059, paragrafo 2, punto 2, lettera b), del codice di procedura civile, la contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento o dell'esecuzione di un lodo arbitrale farebbe parte dei motivi di annullamento dello stesso. Analogamente a quanto la Corte avrebbe dichiarato a proposito di lodi arbitrali che risolvono controversie tra privati, il potere di controllo dei giudici nazionali su un lodo arbitrale riguardante una controversia tra un privato e uno Stato membro potrebbe validamente essere limitato alle sole violazioni di disposizioni fondamentali del diritto

dell'Unione. Tale circostanza non dovrebbe avere per effetto che una clausola compromissoria, come quella di cui al procedimento principale, sia contraria all'articolo 267 TFUE.

- 21 Il giudice del rinvio aggiunge, infine, che la Corte ha già dichiarato che un accordo internazionale, che prevede l'istituzione, al di fuori del quadro istituzionale e giurisdizionale dell'Unione, di un giudice speciale responsabile dell'interpretazione e dell'applicazione delle disposizioni di detto accordo, è compatibile con il diritto dell'Unione purché non sia pregiudicata l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. La Corte non avrebbe espresso riserve in merito alla creazione di un sistema giurisdizionale volto, in sostanza, alla soluzione delle controversie vertenti sull'interpretazione o sull'applicazione delle disposizioni stesse dell'accordo internazionale in questione e che non pregiudicava le competenze dei giudici degli Stati membri in materia d'interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, né la facoltà, o addirittura l'obbligo, per questi ultimi di adire la Corte in via pregiudiziale. Orbene, il collegio arbitrale di cui al procedimento principale sarebbe proprio chiamato a statuire sulla violazione delle disposizioni del TBI, che dovrebbe interpretare alla luce del diritto dell'Unione e, segnatamente, delle disposizioni che disciplinano la libera circolazione dei capitali.
- 22 In terzo luogo, il giudice del rinvio constata che, contrariamente agli investitori olandesi e slovacchi, gli investitori di Stati membri diversi dal Regno dei Paesi Bassi e dalla Repubblica slovacca non hanno la possibilità di adire un collegio arbitrale al posto di un giudice statale, il che costituisce uno svantaggio considerevole idoneo ad integrare una discriminazione contraria all'articolo 18 TFUE. Tuttavia, la limitazione, mediante un accordo bilaterale all'interno dell'Unione, del godimento di un beneficio ai cittadini degli Stati membri contraenti sarebbe discriminatoria solo laddove i cittadini degli altri Stati membri che non fruiscono di tale beneficio si trovino in una situazione oggettivamente comparabile. Orbene, così non è nella presente fattispecie, poiché il fatto che i diritti e gli obblighi reciproci si applicano soltanto ai cittadini di uno dei due Stati membri contraenti sarebbe una conseguenza inerente alle convenzioni bilaterali concluse tra questi ultimi.
- 23 Alla luce delle considerazioni che precedono, 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 gli Stati membri dell'Unione (che si è convenuto di denominare “un trattato bilaterale in materia d'investimenti 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 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».
- (...)

Sulle questioni pregiudiziali

Sulle questioni prima e seconda

- 31 Con le questioni prima e seconda, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 267 e 344 TFUE debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 del TBI, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare.
- 32 Al fine di rispondere a tali questioni, si deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, un accordo internazionale non può pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e, quindi, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto. Tale principio trova riconoscimento in particolare nell'articolo 344 TFUE, a norma del quale gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti da questi ultimi [parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 201 e giurisprudenza ivi citata].
- 33 Secondo una giurisprudenza altrettanto consolidata della Corte, l'autonomia del diritto dell'Unione, alla luce tanto del diritto degli Stati membri quanto del diritto internazionale, si giustifica sulla base delle caratteristiche essenziali dell'Unione e del diritto dell'Unione, relative, in particolare, alla struttura costituzionale dell'Unione nonché alla natura stessa di tale diritto. Il diritto dell'Unione si caratterizza, infatti, per la circostanza di essere una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sui diritti degli Stati membri nonché per l'efficacia diretta di tutta una serie di disposizioni applicabili ai loro cittadini e agli stessi Stati membri. Tali caratteristiche hanno dato luogo a una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano in modo reciproco gli Stati membri e l'Unione, nonché gli Stati membri tra di loro [v., in tal senso, parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punti da 165 a 167 e giurisprudenza ivi citata].
- 34 Il diritto dell'Unione poggia, infatti, sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Tale premessa 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 attua. È proprio in tale contesto che spetta agli Stati membri, segnatamente, in virtù del principio di leale cooperazione enunciato all'articolo 4, paragrafo 3, primo comma, TUE, garantire, nei loro rispettivi territori, l'applicazione e il rispetto del diritto dell'Unione e adottare, a tal fine, ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione [parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punti 168 e 173 e giurisprudenza ivi citata].
- 35 Per garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione, [parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 174].

- 36 In tale ambito, conformemente all'articolo 19 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 [v., in tal senso, 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 68, e 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 175, nonché sentenza del 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:(...), punto 33].
- 37 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, 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 [parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 176 e giurisprudenza ivi citata].
- 38 È alla luce di dette considerazioni che occorre risolvere le questioni pregiudiziali prima e seconda.
- 39 A tal fine, occorre, in primo luogo, verificare se le controversie che è chiamato a conoscere il collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI possono riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione.
- 40 A tale proposito, anche supponendo, come sostiene in particolare la Achmea, che tale collegio, nonostante la formulazione molto ampia dell'articolo 8, paragrafo 1, del TBI, sia chiamato a pronunciarsi solo su un'eventuale violazione di detto accordo, resta il fatto che, a tale scopo, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 6, del TBI, esso deve tenere conto segnatamente del diritto della parte contraente interessata e di qualsiasi accordo pertinente tra le parti contraenti.
- 41 Orbene, tenuto conto della natura e delle caratteristiche del diritto dell'Unione menzionate al punto 33 della presente sentenza, tale diritto deve essere considerato al contempo come facente parte del diritto in vigore in ogni Stato membro e in quanto derivante da un accordo internazionale tra gli Stati membri.
- 42 Ne deriva che, per entrambe tali ragioni, il collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI è, se del caso, chiamato ad interpretare o ad applicare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni concernenti le libertà fondamentali, tra cui la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali.
- 43 Occorre, di conseguenza, verificare, in secondo luogo, se un collegio arbitrale come quello di cui all'articolo 8 del TBI rientri nel sistema giurisdizionale dell'Unione e, in particolare, se esso possa essere considerato come una giurisdizione di uno degli Stati membri ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Infatti, la circostanza che un collegio creato dagli Stati membri è situato nel sistema giurisdizionale dell'Unione implica che le sue pronunce sono soggette a procedure in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione [v., in tal senso, 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 82 e giurisprudenza ivi citata].
- 44 A tale proposito, 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 Corte ha dedotto il carattere di «organo giurisdizionale di uno Stato membro» del tribunale in questione, dalla circostanza che esso, nel suo complesso, era un elemento del sistema di risoluzione giurisdizionale delle controversie in materia fiscale previsto dalla Costituzione portoghese stessa (v., 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, punti 25 e 26).

- 45 Orbene, nel procedimento principale, il collegio arbitrale non costituisce un elemento del sistema giurisdizionale stabilito nei Paesi Bassi e in Slovacchia. D'altronde, è proprio il carattere derogatorio della giurisdizione di tale collegio, rispetto a quella dei giudici di questi due Stati membri, che costituisce una delle principali ragioni d'essere dell'articolo 8 del TBI.
- 46 Tale caratteristica del collegio arbitrale di cui al procedimento principale comporta che esso non può, in ogni caso, essere qualificato come giurisdizione «di uno degli Stati membri», ai sensi dell'articolo 267 TFUE.
- 47 Vero è che la Corte ha deciso che non vi è alcun motivo valido che possa giustificare che ad una giurisdizione comune a vari Stati membri, come quella della Corte di giustizia del Benelux, non sia consentito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte alla stessa stregua degli organi giurisdizionali propri a ciascuno di tali Stati membri (v., in tal senso, sentenze del 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, C-337/95, EU:C:1997:517, punto 21, e del 14 giugno 2011, *Miles e a.*, C-196/09, EU:C:2011:388, punto 40).
- 48 Tuttavia, il collegio arbitrale di cui al procedimento principale, non costituisce una siffatta giurisdizione comune a vari Stati membri, paragonabile alla Corte di giustizia del Benelux. Infatti, mentre, da un lato, quest'ultima è incaricata di assicurare l'uniformità nell'applicazione delle norme giuridiche comuni ai tre Stati del Benelux e, dall'altro, il procedimento instaurato dinanzi ad essa costituisce un incidente nell'ambito delle cause pendenti dinanzi ai giudici nazionali, in esito al quale viene fissata l'interpretazione definitiva delle norme giuridiche comuni al Benelux, il collegio arbitrale di cui al procedimento principale non presenta un simile collegamento rispetto ai sistemi giurisdizionali degli Stati membri (v., in tal senso, sentenza del 14 giugno 2011, *Miles e a.*, C-196/09, EU:C:2011:388, punto 41).
- 49 Ne consegue che un collegio come quello di cui all'articolo 8 del TBI non può essere considerato come una «giurisdizione di uno degli Stati membri», ai sensi dell'articolo 267 TFUE, e non è, quindi, abilitato ad adire la Corte in via pregiudiziale.
- 50 In tali circostanze, occorre inoltre verificare, in terzo luogo, se la decisione arbitrale emessa da tale collegio, conformemente, in particolare, all'articolo 19 TUE, sia soggetta al controllo di un organo giurisdizionale di uno Stato membro che garantisce che le questioni di diritto dell'Unione che tale collegio potrebbe essere indotto a trattare possano, eventualmente, essere esaminate dalla Corte nell'ambito di un rinvio pregiudiziale.
- 51 A tal fine, si deve rilevare che, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 7, del TBI, la decisione del collegio arbitrale previsto da tale articolo è definitiva. Inoltre, in applicazione dell'articolo 8, paragrafo 5, del TBI, tale collegio arbitrale stabilisce le proprie norme di procedura in conformità con il regolamento d'arbitrato dell'UNCITRAL e, in particolare, decide egli stesso la propria sede e, di conseguenza, il diritto applicabile al procedimento che disciplina il controllo giurisdizionale della validità della decisione che pone fine alla controversia dinanzi ad esso pendente.
- 52 Nella specie, il collegio arbitrale adito dalla Achmea ha scelto come sede Francoforte sul Meno, il che ha reso il diritto tedesco applicabile al procedimento che disciplina il con-

- trollo giurisdizionale della validità del lodo arbitrale pronunciato da tale collegio il 7 dicembre 2012. È, infatti, tale scelta, che ha consentito alla Repubblica slovacca, quale parte della controversia, di chiedere, in base a tale diritto, un controllo giurisdizionale di tale lodo arbitrale, investendo, a tal fine, il giudice tedesco competente.
- 53 Tuttavia, occorre constatare che un tale controllo giurisdizionale può essere esercitato dal suddetto giudice solo nella misura in cui il diritto nazionale lo consenta. Peraltro, l'articolo 1059, paragrafo 2, del codice di procedura civile prevede solo un controllo limitato, che riguarda, in particolare, la validità, alla luce della legge applicabile, della convenzione arbitrale o il rispetto dell'ordine pubblico per il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo arbitrale.
- 54 Vero è che, per quanto riguarda l'arbitrato commerciale, la Corte ha dichiarato che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrari da parte dei giudici degli Stati membri abbia un carattere limitato, purché le disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione possano essere esaminate nell'ambito di tale controllo e, se del caso, essere oggetto di un rinvio in via pregiudiziale dinanzi alla Corte (v., in tal senso, sentenze del 1o giugno 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, punti 35, 36 e 40, nonché del 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, punti da 34 a 39).
- 55 Tuttavia, un procedimento di arbitrato, come quello di cui all'articolo 8 del TBI, si distingue da un procedimento di arbitrato commerciale. Infatti, mentre il secondo trova la sua origine nell'autonomia della volontà delle parti in causa, il primo deriva da un trattato, mediante il quale gli Stati membri acconsentono a sottrarre alla competenza dei propri organi giurisdizionali, e quindi al sistema di vie di ricorso giurisdizionale che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE impone loro di stabilire nei settori coperti dal diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018: (...), punto 34), controversie che possono riguardare l'applicazione o l'interpretazione di tale diritto. In tali circostanze, le considerazioni enunciate al punto precedente, relative all'arbitrato commerciale non sono applicabili a un procedimento di arbitrato, come quello di cui all'articolo 8, del TBI.
- 56 Di conseguenza, alla luce dell'insieme delle caratteristiche del collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI e ricordate ai punti da 39 a 55 della presente sentenza, occorre considerare che, con la conclusione del TBI, gli Stati membri parti dell'accordo hanno istituito un meccanismo di risoluzione delle controversie tra un investitore e uno Stato membro che può escludere che tali controversie, anche laddove possano riguardare l'interpretazione o l'applicazione del diritto dell'Unione, siano risolte in modo da garantire la piena efficacia del suddetto diritto.
- 57 Vero è che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, un accordo internazionale che preveda l'istituzione di un giudice incaricato dell'interpretazione delle sue disposizioni e le cui decisioni vincolino le istituzioni, ivi compresa la Corte, non è, in linea di principio, incompatibile con il diritto dell'Unione. Infatti, la competenza dell'Unione in materia di relazioni internazionali e la sua capacità di concludere accordi internazionali comportano necessariamente la facoltà di assoggettarsi alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di tali accordi, per quanto concerne l'interpretazione e l'applicazione delle loro disposizioni, purché sia rispettata l'autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico [v., in tal senso, parere 1/91 (Accordo SEE-I) del 14 dicembre 1991, EU:C:1991:490, punti 40 e 70, 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 74 e 76, nonché parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014 EU:C:2014:2454, punti 182 e 183].

- 58 Tuttavia, nella specie, oltre al fatto che le controversie che rientrano nella competenza del collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI possono riguardare l'interpretazione tanto di detto accordo quanto del diritto dell'Unione, la possibilità di sottoporre tali controversie ad un organismo che non costituisce un elemento del sistema giurisdizionale dell'Unione è prevista da un accordo concluso non dall'Unione, ma dagli Stati membri. Orbene, il suddetto articolo 8 è tale da rimettere in discussione, oltre al principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, la salvaguardia del carattere proprio dell'ordinamento istituito dai Trattati, garantito dalla procedura del rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE, e non è pertanto compatibile con il principio di leale cooperazione ricordato al punto 34 della presente sentenza.
- 59 In tali condizioni, l'articolo 8 del TBI pregiudica l'autonomia del diritto dell'Unione.
- 60 Di conseguenza, si deve rispondere alle questioni prima e seconda dichiarando 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, come l'articolo 8 del TBI, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare.

Sulla terza questione

- 61 Tenuto conto della risposta fornita alle questioni prima e seconda, non occorre rispondere alla terza questione.

Sulle spese

- 62 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

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, come l'articolo 8 dell'Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca, in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare.