



TTIP, CETA e tutela degli investimenti

La posizione di Stop TTIP Italia

Premessa

Quanto siano collegati i destini dell'accordo di libero scambio con il Canada concluso nel settembre 2014 e del trattato transatlantico Stati Uniti – Unione Europea (TTIP) ancora in via di negoziato è stato più volte sottolineato e ricordato dai diversi interlocutori istituzionali. Già la Commissione europea evidenziava il CETA come modello a cui ispirarsi per il TTIP¹. Sebbene siano processi autonomi, diversi Governi, in primis quello tedesco per bocca del suo Vicecancelliere, il socialdemocratico Sigmar Gabriel, hanno guardato al CETA come a un accordo di secondo livello capace di influenzare i processi negoziali in corso².

Per questo, la presenza di un ISDS (Investor-State Dispute Settlement) del tutto simile negli scopi, nel profilo e nelle procedure a quello inizialmente progettato per TTIP, impone una lettura complessa della situazione in corso e delle possibili ricadute di decisioni, modifiche e cambiamenti di un processo negoziale sulla coerenza e l'efficacia dell'altro.

Una riflessione che anima la discussione interna al Bundestag tedesco, sia con prese di posizione da parte dell'opposizione³, sia da parte dei gruppi politici di maggioranza che, seppur difendendo l'impianto generale del trattato, ritengono ragionevole una riforma dell'istituto dell'ISDS nel CETA del tutto simile a quella proposta per il TTIP⁴. Persino la recente votazione a Strasburgo sulla Risoluzione Lange, che ha aperto la porta a una proposta di revisione dell'ISDS, è stata un'occasione per ritornare ai collegamenti tra accordo con il Canada e negoziato transatlantico. Alcuni Europarlamentari, come il socialdemocratico Nicola Caputo (nella sua interrogazione parlamentare del settembre 2014⁵) e il Presidente del gruppo S&D, Gianni Pittella (in una recente dichiarazione alla stampa), hanno chiaramente ribadito la riapertura del capitolo investimenti del CETA⁶.

Per questo, come Campagna Stop TTIP Italia, pur rimanendo persuasi della non utilità e della rischiosità di un arbitrato di tutela degli investimenti (sia esso privato sia riformato), riteniamo che lo scenario ad oggi più probabile, con un ISDS vecchio stile nel Canada ed uno riformato nel TTIP, sia la soluzione peggiore, perchè amplifica i rischi di "Treaty shopping" delle imprese statunitensi (o delle controllate straniere negli USA) con sussidiarie canadesi, che potranno utilizzare la formula del CETA per aggirare una qualsivoglia riforma del sistema in ambito TTIP.

1 "CETA is a landmark agreement and the lessons learned during the CETA talks will certainly inspire the EU negotiators working with the US", <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/questions-and-answers/>

2 Sigmar Gabriel, "Verbesserungen and CETA und Darueber Hinaus- Meilensteine fuer modernen Investitionsschutz Setzen," (Discorso alla Conferenza dell'SPD: Transatlantic Free Trade Opportunities and Risks, Willy-Brandt-Haus, Berlino, Germania, 23 febbraio 2015).

3 Katharina Droege, Kersint Andreae, et al, "Antrag- Konsultationsergebnisse Beherzigen- Klageprivilegien zurueckweisen," *German Bundestag*, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/3747, 14 gennaio 2015, scaricabile da <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/037/1803747.pdf>

4 Albrecht Meier, "Bundestag debattiert ueber Ceta und TTIP-Investorenschutz? Ja, aber..." *Der Tagesspiegel*, 16 gennaio 2015, scaricabile da <http://www.tagesspiegel.de/politik/bundestag-debattiert-ueber-ceta-und-ttip-investorenschutz-ja-aber-/11240976.html>

5 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2014-006524+0+DOC+XML+V0//IT>

6 <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/pittella-isds-dead-eu-canada-trade-deal-must-be-reopened-315977>

Breve analisi di alcuni punti critici dell'ISDS nel CETA

La definizione del termine "investimento", secondo l'approccio CETA, è volutamente molto ampia⁷. Come nella maggior parte degli accordi sugli investimenti, viene utilizzata una definizione classificata come "asset-based" dall'UNCTAD⁸. Ciò significa che, diversamente dalla definizione "enterprise-based", essa ha un più vasto campo di applicazione, in quanto non riguarda solo le imprese e la partecipazione al capitale di un'impresa, ma sostanzialmente tutto ciò che abbia un valore economico, virtualmente senza eccezioni. Ad esempio, vengono considerati investimento la titolarità di azioni, partecipazioni, obbligazioni e prestiti, interessi derivanti da concessioni e contratti, diritti di proprietà intellettuale. Non sono esclusi dalla definizione anche investimenti a breve termine dal puro valore speculativo.

Le potenziali ritorsioni investono anche le ristrutturazioni del debito sovrano, qualora investitori acquistassero titoli di Stato poi oggetto di misure di "haircut", che ne diminuissero il valore. Il testo del CETA esclude le richieste di indennizzo per ristrutturazione del debito se l'investitore si appella alle sezioni «Trattamento non discriminatorio» o «Protezione degli investimenti» dell'accordo, ma non c'è scampo se sceglie di citare il governo per violazione delle sezioni «Trattamento nazionale» e «Nazione più favorita»⁹.

Del resto, come citato da diversi studi di diritto internazionale *"CETA confirms and legitimises the principle that government debt is, in principle, an investment to be protected and a property right to be enforced under international law."*

Anche la definizione di investitore è piuttosto ampia, anche se limitata alle imprese con «attività commerciali sostanziali»¹⁰. Ciò dovrebbe escludere dal ricorso all'ISDS quelle società estere presenti in Canada solo formalmente. Il problema è che il testo non definisce i contorni della "sostanziale attività", delegando a un collegio arbitrale privato la valutazione: non esistono modalità, al di fuori della sensibilità degli arbitri, per stabilire se un'impresa può essere considerata anche un "investitore". Se si combina questa estensione del concetto di "investitore" con l'onnicomprensività della definizione di "investimento", non è arduo dedurre che la strada verso cause arbitrali intentate da società di facciata è aperta. Infatti, se in apparenza questa disposizione intende limitare il fenomeno del "Treaty shopping" – ossia la costituzione di società al solo scopo di ottenere accesso all'arbitrato internazionale – in realtà non sarà così determinante. Per essere considerata titolare di «attività commerciali sostanziali», è sufficiente che una società di facciata, costituita in negli Stati Uniti, detenga una manciata di azioni di una società canadese. **A questo punto, avrebbe accesso all'ISDS del CETA e sarebbe autorizzata a citare in giudizio un Paese membro dell'Unione Europea davanti a una corte arbitrale, utilizzando le procedure previste nel CETA e bypassando l'opzione offerta dal TTIP.**

7 Consolidated CETA text, p. 149 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

8 UNCTAD, Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2011, p. 22 http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf

9 Consolidated CETA text, p. 184 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

10 Consolidated CETA text, p. 150 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

Nel preambolo del CETA, le parti scrivono che «le disposizioni del presente accordo garantiscono il diritto di disciplinare»¹¹, o “Right to Regulate” secondo la formulazione anglosassone. Tuttavia, non esiste alcuna disposizione vincolante, nel corpo del testo, capace di blindare l’affermazione introduttiva relativamente agli investimenti. Nel capitolo dedicato, per di più, è impossibile trovare anche il più piccolo accenno al “right to regulate”. Al contrario, il trattato non chiude la porta nemmeno alle cause che riguardano la protezione dei settori più delicati. Non ha alcun valore la frase:

«eccetto la rara circostanza in cui l’impatto di una misura o di una serie di misure sia così severo [...] da apparire manifestamente eccessivo, le misure non discriminatorie progettate e adottate per difendere [...] la salute, la sicurezza e l’ambiente, non costituiscono esproprio indiretto»¹².

Infatti, tale formulazione rimette ancora una volta alla discrezionalità dell’arbitro la valutazione in merito alla gravità della ricaduta di una normativa sull’investimento del ricorrente.

Nei due unici accenni fatti nei capitoli dedicati alla protezione dei diritti del lavoro e dell’ambiente oltre al rischio di libera interpretazione c’è anche un’evidente limitazione della portata, dove si sottolinea come il “Right to Regulate” debba essere considerato *«in a manner consistent with the multilateral environmental agreements to which they are a party and with this Agreement»*.

Un simile potere in mano a giudici privati ha già portato ad abnormi contrazioni dello spazio di manovra per i sistemi democratici. Ma tale influenza è acuita da altre mine disseminate nel testo del CETA. Ad esempio, l’obbligo per i governi di riservare un «trattamento giusto ed equo» per gli investitori, che non leda loro «legittime aspettative»¹³. La definizione acquista un carattere troppo generale dal momento che manca un elenco chiuso delle norme di trattamento, lasciando spazio a denunce sulla base di «arbitrarietà» o «discriminazione» anche solo percepite dall’investitore. Proprio la causa ***Lone Pine Resources vs Canada***, in seguito alla moratoria del Quebec sul fracking, è stata intrapresa sulla base della presunzione di «arbitrarietà» della decisione governativa¹⁴.

La clausola ISDS contenuta nel CETA non prevede un secondo grado di giudizio. Si vedrà in un secondo momento «se, e se del caso con quali modalità, prevedere la creazione di un meccanismo di appello»¹⁵.

Infine, va messa in questione anche l’imparzialità degli arbitri. Nel testo del CETA si legge che i mediatori «dovranno attenersi» alle linee guida dell’International Bar Association (IBA), che possono essere sostituite o integrate da un codice di condotta vero e proprio elaborato fino a due anni dopo l’entrata in vigore del trattato¹⁶. Tuttavia, quel che non si precisa, è la

11 Consolidated CETA text, p. 6 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

12 Consolidated CETA text, p. 183 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

13 Consolidated CETA text, p. 158 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

14 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1596.pdf>

15 Consolidated CETA text, p. 180 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

16 Consolidated CETA text, p. 171 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

natura non vincolante delle linee guida IBA sul conflitto di interessi nell'arbitrato internazionale. Si tratta, infatti, di un sistema di autoregolamentazione volontario, sviluppato da e per il sistema arbitrale, che lascia ampio margine per il consolidarsi di gruppi di potere all'interno del settore.

Questa riflessione si inserisce in una rilettura più generale del meccanismo dell'arbitrato internazionale che tende a far chiarezza rispetto ad assunti fino a poco tempo fa dati per scontati. Degna di nota la recente ricerca svolta da Howard Mann¹⁷, Senior International Law Advisor dell'IISD (International Institute for Sustainable Development) dove grazie ad un'analisi più dettagliata dei dati forniti dall'ultimo World Investment Report 2015 dell'UNCTAD¹⁸ si evidenzia come non siano gli Stati ma gli investitori a fare la parte del leone, con questi ultimi che vincono nel 72% dei casi legati alla giurisdizione e nel 60% dei casi legati al merito.

Un ribaltamento delle interpretazioni fino ad oggi più diffuse e che fanno leggere in modo differente le possibili ricadute che uno strumento come l'ISDS potrebbe avere sullo spazio di azione politica dei Governi e degli enti democraticamente eletti.

17 <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2015/06/itn-breaking-news-june-2015-isds-who-wins-more-investors-or-state.pdf>

18 http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2015ch3_en.pdf

Il Nafta, il primo grande accordo di libero scambio regionale che ha inserito l'ISDS come meccanismo di tutela degli investimenti, ha visto molti casi di ricordo all'arbitrato, molti dei quali (35) nei confronti del Canada.

L'elenco che segue riguarda una parte di queste denunce, in cui viene evidenziato come le imprese coinvolte abbiano sedi legali o sussidiarie in Canada e negli Stati Uniti, rendendo così possibile ricorsi tramite l'ISDS nel CETA e bypassando qualsiasi riforma proposta per l'arbitrato nel TTIP.

SUMMARY OF CASES FILED UNDER **NAFTA CHAPTER 11**
to January 1, 2015

Respondent Country	Number of Cases Filed	Claimants' Industries	Types of Measure Challenged	Total Compensation Awarded ³	Disposition of Cases
Canada	35	11 Resources (lumber, water, etc.) 4 Private investors 4 Energy (oil, gas, renewables, etc.) 3 Chemicals 3 Leisure & tourism 2 Pharmaceuticals 2 Waste disposal 6 Other	12 Environmental protection 10 Resource management 3 Financial regulation, taxation 3 Health care, pharmaceuticals 2 Postal services 1 Agriculture 4 Other	CAD \$172.7 million	3 decided against Canada 6 settled out-of-court 6 dismissed 4 withdrawn 8 inactive 8 ongoing

- **Lone Pine Resources vs Canada:** iniziato nel 2012, ancora in corso (<http://www.italaw.com/cases/1606>). Richiesta di 250 milioni di dollari per moratoria sul fracking in Quebec. **La sede di Lone Pine Resources è a Calgary**, in Canada, ma ha usato la **controllata USA** per bypassare le corti nazionali.
- **AbitibiBowater Inc vs Canada:** iniziato nel 2009, patteggiato (<http://www.italaw.com/cases/39>). Richiesta di 467.5 milioni di dollari per esproprio (già dovutamente compensato) a seguito di bancarotta da parte dello Stato del Newfoundland-Labrador. Nell'agosto 2010, il Canada ha accettato di pagare 130 milioni per patteggiare senza nemmeno discutere nel merito. La sede centrale di **AbitibiBowater è a Montreal**, in Canada.
- **St. Mary's VCNA, LLC vs Canada:** iniziato nel 2011, patteggiato (<http://www.italaw.com/cases/1196>). Richiesta di 275 milioni di euro per interferenze politiche. La **St. Mary's è sussidiaria statunitense di una compagnia del cemento brasiliana**, la Votorantim Group. La St. Mary's ha fatto causa al governo canadese per conto della sua **controllata locale St. Mary's Cement Inc.** La ditta aveva rilevato un sito presso Hamilton, Ontario, dalla Lowndes Holdings Corp., che aveva iniziato le procedure per l'apertura di una cava. La pressione pubblica ha portato lo Stato a negare per quel terreno agricolo il cambio di destinazione d'uso, perciò è scattata la denuncia per discriminazione ed esproprio. La ditta ha rimesso la querela nel 2013 in cambio di 15 milioni di dollari dalla Provincia dell'Ontario.
- **Mercer International Inc vs Canada:** iniziato nel 2012, in corso (<http://www.italaw.com/cases/1217>). Richiesta di 250 milioni di dollari al governo per non aver acconsentito a erogare incentivi finanziari per la produzione energetica. La **Mercer è una azienda energetica di Vancouver**, ma ha usato la sua **controllata in USA** per fare causa al governo.

IMAGE 2

SUING THROUGH CETA: SOME SUBSIDIARIES OF US-BASED COMPANIES WITH 'SUBSTANTIAL BUSINESS INTERESTS' IN CANADA



La posizione Stop TTIP Italia

La campagna Stop TTIP Italia rimane fermamente convinta che non sia necessario né auspicabile un meccanismo ulteriore di protezione degli investimenti che superi la giurisdizione delle corti giuridiche pubbliche nazionali o europee, come chiaramente espresso da diversi giuristi¹⁹ anche di fama internazionale²⁰.

D'altro canto, la questione principale è che viene sostanzialmente ridotto lo spazio politico dei Governi, al di là delle disquisizioni sul Right to Regulate, come sottolineato da alcuni studi²² che evidenziano come «*Investment chapters in CETA and TTIP will inevitably restrict policy space for the EU and Member States*».

Considerata però la ferma intenzione della Commissione europea di mantenere un meccanismo, seppur riformato, di arbitrato sugli investimenti nel TTIP, posizione sostenuta dalla Relazione Lange recentemente approvata al Parlamento europeo nella sua seduta plenaria dell'8 luglio, si ritiene che questo risultato, giustificato dalle Istituzioni comunitarie come conseguenza della necessità di rivedere un meccanismo imperfetto e dell'aver tenuto in considerazione le posizioni della società civile e i cittadini, possa essere facilmente aggirato utilizzando le procedure arbitrali contenute nel CETA.

In conclusione, pur ribadendo la ferma opposizione a ogni forma di arbitrato tra Unione europea e Stati Uniti e tra Unione europea e Canada, ma vista la situazione di assoluta rischiosità nell'aver sistemi di tutela degli investimenti tanto diversi tra Parti contraenti così interconnesse (CETA – Canada/UE, TTIP – USA/UE, NAFTA – Canada/USA/Messico) la Campagna Stop TTIP Italia chiede formalmente al Governo italiano, come membro di diritto del Consiglio europeo, di farsi interprete della richiesta di riaprire quanto prima il Capitolo Investimenti del CETA rendendolo coerente con i cambiamenti che verranno applicati nel parallelo negoziato sul TTIP.

19 http://blog.campact.de/wp-content/uploads/2014/12/Gutachten_CETA_engl_final_27112014.pdf

20 <https://www.kent.ac.uk/brussels/news/?view=1734>

21 "to ensure that foreign investors are treated in a non-discriminatory fashion and have a fair opportunity to seek and achieve redress of grievances, which can be achieved without the inclusion of an ISDS mechanism; such a mechanism is not necessary in TTIP given the EU's and the US' developed legal systems; a state-to state dispute settlement system and the use of national courts are the most appropriate tools to address investment disputes", Hans Schepel, Kent University, marzo 2015

22 <http://greenmediabox.eu/gmb2013/media/doc/Harm%20Schepel%20on%20ISDS%20%20March%202015%20in%20Brussels.pdf>

Roma, luglio 2015

Ricerca e redazione a cura di Monica Di Sisto, Elena Mazzoni, Francesco Panié, Antonio Tricarico, Alberto Zoratti

Campagna STOP TTIP Italia
web <http://stop-ttip-italia.net> – email: stopttipitalia@gmail.com
facebook: <https://www.facebook.com/StopTTIPItalia> - Twitter: @StopTTIP_Italia