

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

NIILO JÄÄSKINEN

presentate il 15 marzo 2011 [\(1\)](#)

Causa C-264/09

Commissione europea contro Repubblica slovacca

«Inadempimento di uno Stato – Mercato interno dell'energia elettrica – Direttiva 2003/54/CE – Accesso prioritario – Accesso non discriminatorio a sistemi di trasmissione e distribuzione – Contratto di investimento stipulato anteriormente all'adesione all'Unione europea – Trattato sulla Carta dell'energia – Accordo bilaterale sulla tutela degli investimenti – Articolo 307 CE – Trattamento giusto ed equo – Espropriazione»

I – Introduzione

1. La presente causa concerne il rapporto tra gli obblighi incombenti alla Slovacchia in virtù del diritto dell'Unione europea di assicurare un accesso non discriminatorio alla rete di trasmissione dell'energia elettrica ai sensi della direttiva 2003/54/CE (in prosieguo: la «direttiva 2003/54») [\(2\)](#) e i suoi obblighi di tutelare gli investimenti in virtù di un accordo concernente la promozione e la tutela reciproche degli investimenti (in prosieguo: l'«Accordo sulla tutela degli investimenti»), firmato il 5 ottobre 1990 e concluso con la Svizzera anteriormente all'adesione della Slovacchia all'Unione europea il 1° maggio 2004 [\(3\)](#).

2. Al centro della controversia vi è un contratto di diritto privato (in prosieguo: il «contratto») concluso il 27 ottobre 1997, tra una società svizzera [Aare-Tessin AG für Elektrizität (in prosieguo: l'«ATEL»)] e un operatore di rete di proprietà dello Stato slovacco [noto a quel tempo come Slovenské elektrárne a.s. e in seguito come Slovenská elektrizačná prenosová sústava a.s. (in prosieguo: la «SEPS»)]. In virtù del contratto, l'ATEL avrebbe sostenuto oltre la metà dei costi di costruzione della linea Lemesany-Krosno – ancora da realizzare – dalla Polonia alla Slovacchia, in cambio di un accesso prioritario alla linea per un periodo determinato e non rinnovabile di 16 anni.

3. La Commissione chiede ora alla Corte di dichiarare che la Slovacchia, omettendo di assicurare un accesso non discriminatorio alla rete di trasmissione dell'energia elettrica, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 20, n. 1, e 9, lett. e), della direttiva 2003/54. Sebbene la Commissione non chieda espressamente alla Corte di dichiarare che la Slovacchia debba annullare il contratto, nelle sue osservazioni presentate alla Corte, la Commissione afferma che la Slovacchia non è tenuta a mantenere in vigore tale contratto. La Commissione sostiene inoltre che una mera disapplicazione del contratto non sarebbe sufficiente a porre rimedio all'asserita infrazione. A questo proposito, la Corte è stata implicitamente invitata dalla Commissione a valutare se la Slovacchia debba essere obbligata ad annullare il contratto.

4. Per contro, la Slovacchia sostiene che il contratto è tutelato in quanto investimento ai sensi del Trattato sulla Carta dell'energia e che la direttiva 2003/54 deve essere interpretata in conformità agli obblighi che incombono sull'Unione in base al Trattato sulla Carta dell'energia.

II – Contesto normativo

Il diritto internazionale

- La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (4)

5. L'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, intitolato «Regola generale per l'interpretazione dei trattati», stabilisce quanto segue:

«1. Un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo.

(...)

4. Un termine verrà inteso in un senso particolare se risulta che tale era l'intenzione delle parti».

- Il Trattato sulla Carta dell'energia (5)

6. L'art. 10, paragrafo 1, del Trattato sulla Carta dell'energia stabilisce quanto segue:

«Ciascuna Parte contraente, in conformità al disposto del presente trattato, incoraggia e crea condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per gli investitori di altre Parti contraenti che effettuano investimenti nella sua area. Queste condizioni comprendono l'impegno ad accordare in ogni occasione agli investimenti di investitori di altre Parti contraenti un trattamento giusto ed equo. Gli investimenti godono inoltre di una piena tutela e sicurezza e nessuna Parte contraente può in alcun modo pregiudicare con misure ingiustificate e discriminatorie la gestione, il mantenimento, l'impiego, il godimento o l'alienazione degli stessi. In nessun caso tali investimenti sono sottoposti ad un trattamento meno favorevole di quello prescritto dal diritto internazionale, compresi gli obblighi pattizi. Ciascuna Parte contraente adempie eventuali obblighi assunti riguardo ad un investitore o un investimento effettuato da un investitore di una qualsiasi altra Parte contraente».

7. L'art. 13 del Trattato sulla Carta dell'energia riguarda l'espropriazione e, nella parte che qui rileva, dispone:

«1. Gli investimenti di un investitore di una Parte contraente nell'area di un'altra Parte contraente, non possono essere nazionalizzati, espropriati o sottoposti a misure di effetto equivalente a una nazionalizzazione o espropriazione (in appresso denominate "espropriazione") tranne nel caso in cui l'espropriazione sia:

- a) dovuta a scopo di pubblico interesse;
- b) non discriminatoria;
- c) compiuta con procedura conforme alla legge, e
- d) accompagnata dalla corresponsione di un indennizzo tempestivo, congruo ed effettivo».

- L'Accordo sulla tutela degli investimenti

8. L'art. 1 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti, intitolato «Definizioni», dispone nella parte che qui rileva:

«2. Il termine "investimenti" designa qualsiasi categoria di valori patrimoniali ed averi, segnatamente:

(...)

- c) i crediti e i diritti a qualsiasi prestazione di valore economico;

(...)».

9. L'art. 3 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti, intitolato «Promozione ed ammissione degli investimenti», stabilisce quanto segue:

«1. Ciascuna Parte Contraente incoraggia gli investimenti fatti sul proprio territorio da investitori dell'altra Parte e ammette tali investimenti in conformità delle proprie leggi e regolamenti.

(...)».

10. L'art. 4, intitolato «Protezione e trattamento degli investimenti», stabilisce quanto segue:

«1. Ciascuna Parte Contraente protegge, sul proprio territorio, gli investimenti fatti, in conformità delle proprie leggi e regolamenti, da investitori dell'altra Parte e non ostacola con provvedimenti ingiustificati o discriminatori la gestione, il mantenimento, l'utilizzazione, il godimento, l'incremento, la vendita e la liquidazione di tali investimenti (...).

2. Ciascuna Parte Contraente garantisce, sul proprio territorio, un trattamento giusto ed equo agli investimenti effettuati dagli investitori dell'altra Parte. Tale trattamento non sarà meno favorevole di quello accordato da ciascuna Parte agli investimenti effettuati sul proprio territorio dai suoi propri investitori o di quello accordato da ciascuna Parte agli investimenti effettuati sul proprio territorio dagli investitori della nazione più favorita, qualora tale trattamento fosse più favorevole (...)».

11. L'art. 6, intitolato «Espropriazione e indennizzo», stabilisce quanto segue:

«1. Nessuna Parte Contraente prenderà, direttamente o indirettamente, provvedimenti di espropriazione o nazionalizzazione, né provvedimenti analoghi o equivalenti nei confronti degli investimenti di investitori dell'altra Parte, tranne che per ragioni di interesse pubblico e a condizione ch'essi siano presi su base non discriminatoria, siano conformi alle prescrizioni legali e implicino un indennizzo effettivo e adeguato (...)».

12. L'art. 9, intitolato «Controversie tra una Parte Contraente e un investitore dell'altra Parte Contraente», stabilisce quanto segue:

«1. Al fine di risolvere le controversie relative agli investimenti tra una Parte Contraente e un investitore dell'altra Parte Contraente ed impregiudicato l'art. 10 del presente Accordo ("controversie tra Parti Contraenti") le parti interessate procederanno a consultazioni.

2. Se entro un termine di sei mesi tali consultazioni non portassero ad alcuna soluzione, la controversia è deferita, su richiesta dell'investitore, ad un tribunale arbitrale. Tale tribunale arbitrale è costituito come segue:

a) Il tribunale arbitrale è istituito per ogni singolo caso.

(...)

b) Se i termini stabiliti nella lettera a) non sono stati rispettati, ciascuna parte in causa può, in assenza di qualsiasi altro accordo, invitare il Presidente del Tribunale Arbitrale della Camera Internazionale del Commercio in Parigi a procedere alle designazioni. (...)

c) Tranne diversa disposizione delle parti in causa, il tribunale arbitrale stabilisce da sé la propria procedura. Le sue decisioni sono definitive e vincolanti. Ciascuna Parte Contraente riconosce e garantisce l'esecuzione della sentenza arbitrale. (...)

3. Qualora le due Parti Contraenti avessero aderito alla Convenzione del 18 marzo 1965 per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini di altri Stati, le controversie potranno essere sottoposte, su richiesta dell'investitore, al Centro internazionale per la composizione delle controversie relative agli investimenti (CIRDI), in sostituzione della procedura prevista al capoverso (2) del presente articolo.

(...)

5. Nessuno degli Stati Contraenti proporrà un'azione in via diplomatica per una controversia deferita ad arbitrato, salvo il rifiuto dell'altro Stato Contraente di conformarsi alla sentenza resa da un tribunale arbitrale».

13. L'art. 10, intitolato «Controversie tra Parti Contraenti», stabilisce quanto segue:

«1. Le controversie tra Parti Contraenti in merito all'interpretazione o all'applicazione delle disposizioni del presente Accordo saranno composte in via diplomatica.

2. Se le due Parti Contraenti non giungono a un'intesa entro dodici mesi dall'insorgere delle controversie, quest'ultima sarà sottoposta, a richiesta dell'una o dell'altra, a un tribunale arbitrale di tre membri. Ciascuna Parte Contraente designerà un arbitro. I due arbitri così designati nomineranno un presidente, cittadino di uno Stato terzo.

(...)

7. Le decisioni del tribunale sono definitive e vincolanti per le Parti Contraenti».

14. L'art. 11 è intitolato «Osservanza degli impegni». Le parti che qui rilevano stabiliscono quanto segue:

«Ciascuna Parte Contraente deve garantire costantemente l'osservanza degli impegni assunti nei confronti degli investimenti effettuati dagli investitori dell'altra Parte Contraente».

Il diritto dell'Unione europea

– Il Trattato CE (6)

15. L'art. 307 CE stabilisce quanto segue:

«Le disposizioni del presente trattato non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra.

Nella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili col presente trattato, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate. Ove occorra, gli Stati membri si forniranno reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta.

(...)».

– La direttiva 2003/54

16. L'art. 9 della direttiva 2003/54, intitolato «Compiti dei gestori del sistema di trasmissione», nella parte che qui rileva stabilisce quanto segue:

«Ciascun gestore del sistema di trasmissione è tenuto a:

e) assicurare la non discriminazione tra gli utenti o le categorie di utenti del sistema, in particolare a favore delle sue imprese collegate».

17. L'art. 20 della direttiva 2003/54, intitolato «Accesso dei terzi», stabilisce quanto segue:

«1. Gli Stati membri garantiscono l'attuazione di un sistema di accesso dei terzi ai sistemi di trasmissione e di distribuzione basato su tariffe pubblicate, praticabili a tutti i clienti idonei, ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra gli utenti del sistema. Gli Stati membri fanno sì che le tariffe, o i relativi metodi di calcolo, siano approvati prima della loro entrata in vigore conformemente all'art. 23 e che le tariffe e le metodologie, ove solo queste ultime siano state approvate, siano pubblicate prima della loro entrata in vigore.

2. Il gestore del sistema di trasmissione o di distribuzione può rifiutare l'accesso ove manchi della necessaria capacità. Il rifiuto deve essere debitamente motivato, con particolare riguardo all'art. 3. Ove opportuno, gli Stati membri provvedono affinché, nel caso venga rifiutato l'accesso, il gestore del sistema di trasmissione o di distribuzione fornisca adeguate informazioni sulle misure necessarie per rafforzare la rete. La parte che richiede queste informazioni può essere tenuta a pagare una cifra ragionevole, corrispondente al costo del rilascio dell'informazione».

18. Le deroghe previste dall'art. 26 della direttiva 2003/54 non si applicano al caso di specie.

19. L'art. 29 della direttiva 2003/54 abroga la direttiva 96/92 a decorrere dal 1° luglio 2004, fatti salvi gli obblighi a carico degli Stati membri relativi ai termini di trasposizione e di applicazione di quest'ultima direttiva.

20. Ai sensi dell'art. 30 della direttiva 2003/54 gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 1° luglio 2004.

21. La direttiva 2003/54 è entrata in vigore, ai sensi del suo art. 31, il ventesimo giorno successivo alla data di pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, avvenuta il 15 luglio 2003.

– Il regolamento n. 1228/2003 ([7](#))

22. L'art. 7, intitolato «Nuovi interconnector», nelle parti che qui rilevano stabilisce:

«1. I nuovi interconnector per corrente continua possono beneficiare, a richiesta, di un'esenzione dalle disposizioni dell'articolo 6, paragrafo 6, del presente regolamento e dell'articolo 20 e dell'articolo 23, paragrafi 2, 3 e 4, della direttiva 2003/54/CE alle seguenti condizioni:

a) gli investimenti devono rafforzare la concorrenza nella fornitura di energia elettrica;

b) il livello del rischio connesso con gli investimenti è tale che gli investimenti non avrebbero luogo se non fosse concessa un'esenzione;

c) l'interconnettor deve essere di proprietà di una persona fisica o giuridica distinta, almeno in termini di forma giuridica, dai gestori nei cui sistemi tale interconnettor sarà creato;

d) sono imposti corrispettivi agli utenti di tale interconnettor;

e) dal momento dell'apertura parziale del mercato di cui all'art. 19 della direttiva 96/92/CE il proprietario dell'interconnector non deve aver recuperato nessuna parte del proprio capitale o dei costi di gestione per mezzo di una parte qualsiasi dei corrispettivi percepiti per l'uso dei sistemi di trasmissione o di distribuzione collegati con tale interconnector;

f) l'esenzione non va a detrimento della concorrenza o dell'efficace funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica o dell'efficace funzionamento del sistema (...) regolamentato al quale l'interconnector è collegato.

(...)

3. Il paragrafo 1 si applica anche in caso di significativi aumenti di capacità di interconnector esistenti.

4. a) L'autorità di regolamentazione può decidere di accordare caso per caso l'esenzione di cui ai paragrafi 1 e 2. Tuttavia, gli Stati membri possono disporre che le autorità di regolamentazione presentino, per la decisione formale, all'organo competente dello Stato membro un parere sulla richiesta di esenzione. Questo parere è pubblicato assieme alla decisione.

(...)

5. L'autorità competente notifica immediatamente alla Commissione la decisione di esenzione nonché tutte le informazioni pertinenti alla decisione stessa. Tali informazioni possono essere sottoposte alla Commissione in forma aggregata, per permettere alla Commissione di decidere in maniera fondata.

(...)

Entro due mesi dal ricevimento della notifica, la Commissione può chiedere che l'autorità di regolamentazione o lo Stato membro interessato modifichi o annulli la decisione di concedere un'esenzione. Il periodo di due mesi può essere prorogato di un altro mese se la Commissione chiede informazioni supplementari.

(...)».

III – Fatti e procedimento

23. Il 27 ottobre 1997 le società cui sono poi succedute l'ATEL e la SEPS hanno concluso il contratto, ai sensi del quale la SEPS autorizzava l'ATEL a trasmettere 300 MW su una linea elettrica di trasmissione di 400 kV. La linea interessata era la linea di trasmissione Lemesany-Krosno ancora da realizzare, tra la Polonia e la Slovacchia. Il diritto di trasmettere era garantito per un periodo di 16 anni, periodo che si concluderà il 31 settembre 2014. La Slovacchia non era parte del contratto. La messa in funzione della linea era prevista per il 1° ottobre 1998. L'ATEL aveva il diritto di recedere dal contratto qualora la linea non fosse stata in funzione entro il 1° ottobre 1999 al più tardi.

24. In cambio di tale capacità di trasmissione, l'ATEL doveva effettuare un pagamento una tantum di una somma forfettaria che ammontava ad oltre il 50% dei costi necessari per la costruzione della linea di trasmissione Lemesany-Krosno in Slovacchia, oltre a una tariffa di trasmissione ricalcolabile ogni due anni secondo una formula pattuita nel contratto. Le parti hanno il diritto di trasferire a un successore i propri diritti e obblighi, a condizione che quest'ultimo sia in grado di rispettare gli obblighi ivi previsti.

25. Il contratto, redatto in tedesco, è un atto di diritto privato regolato dal diritto austriaco. Esso stabilisce che le eventuali controversie tra le parti sono sottoposte ad arbitrato in conformità con le norme della camera di commercio internazionale di Parigi.

26. Il 16 aprile 2003 la Slovacchia ha firmato il Trattato di adesione. La direttiva 2003/54 è stata pubblicata poco dopo, il 26 giugno 2003. Il 1° maggio 2004 la Slovacchia è entrata a far parte dell'Unione Europea (8). In qualità di Stato membro, essa è tenuta a rispettare tutti gli obblighi derivanti dal Trattato CE. Poiché il periodo per la trasposizione della direttiva 2003/54 si è concluso nel giugno 2004, tale direttiva non faceva parte dell'acquis comunitario che la Slovacchia avrebbe dovuto applicare al momento dell'adesione. Inoltre, nell'atto di adesione non sono state stabilite condizioni in capo alla Slovacchia relative all'applicazione della direttiva 96/92 (9).

27. Il 10 aprile 2006 la Commissione ha inviato alla Slovacchia una lettera di diffida seguita, il 15 dicembre 2006, da un parere motivato. Nel ricorso proposto alla Corte, la Commissione asserisce che l'accesso prioritario concesso all'ATEL ai sensi del contratto è contrario agli obblighi della Slovacchia in base agli artt. 9, lett. e), e 20, n. 1, della direttiva 2003/54, relativi all'accesso non discriminatorio al sistema di trasmissione.

28. Secondo la giurisprudenza della Corte, l'esistenza di un'infrazione deve valutarsi sulla base della situazione esistente alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato, vale a dire due mesi dopo il 15 dicembre 2006 (10).

IV – Analisi

29. Nell'esaminare il caso prenderò in considerazione anzitutto alcune questioni preliminari e in seguito analizzerò se il trattamento riservato dalla Slovacchia all'ATEL costituisca una discriminazione contraria alla direttiva 2003/54. Se così risulterà, passerò ad analizzare se un tale trattamento possa essere giustificato dal Trattato sulla Carta dell'energia o in virtù dell'art. 307, primo comma, CE.

A – Questioni preliminari

30. Due questioni preliminari emergono nel presente caso: i) la questione se la condotta della SEPS sia riconducibile alla Slovacchia e ii) se la Corte possa obbligare la Slovacchia a risolvere un contratto di diritto privato allo scopo di porre fine all'infrazione.

31. Per quanto riguarda il primo punto, sebbene nessuna delle parti abbia sollevato la questione della proprietà della SEPS, sembra che la Slovacchia possieda il 100% delle azioni di tale società (11). Di conseguenza, il suo comportamento può essere ricondotto alla Slovacchia, in quanto gli atti delle aziende pubbliche sono imputabili allo Stato membro (12).

32. Per quanto riguarda il secondo punto, secondo il controricorso della Slovacchia, l'autorità slovacca di regolamentazione dell'energia (URSO) ha espresso un parere negativo sull'accesso prioritario concesso all'ATEL, fatto che ha indotto un cambiamento nella pratica di concessione dell'accesso alla rete. Secondo le lettere del presidente dell'URSO e del presidente della SEPS, entrambe datate 10 luglio 2009, allegate al controricorso e redatte in vista del presente procedimento, l'ATEL non ha più accesso prioritario alla rete, bensì, a partire dal 1° gennaio 2008, acquista all'asta tutta la propria capacità di trasmissione.

33. La Commissione sostiene che ciò non è sufficiente a porre fine all'infrazione, poiché il contratto tra l'ATEL e la SEPS è ancora in vigore. Per affermare ciò, si basa sul fatto che la Corte ha stabilito che una prassi amministrativa non è sufficiente a porre fine all'infrazione.

34. Nella sentenza Commissione/Grecia la Corte ha ritenuto che semplici prassi amministrative, per loro natura modificabili ad libitum dall'amministrazione, non esonerano lo Stato membro dal dovere di eliminare le disposizioni legislative contrarie al diritto comunitario (13). Secondo tale giurisprudenza solo una modifica della legge stessa può garantire la cessazione dell'infrazione.

35. Nel caso di specie, tuttavia, l'infrazione deriva da un contratto di diritto privato austriaco tra due imprese, non da un atto normativo o regolamentare. Pertanto, non è chiaro quali misure giuridiche la Slovacchia, in quanto Stato membro, dovrebbe essere tenuta ad adottare rispetto al contratto per porre fine all'asserita infrazione. La sentenza Commissione/Grecia, così come formulata, non può essere direttamente applicata al caso di specie.

36. La situazione in esame fa dunque emergere interessanti interrogativi in merito alla questione se lo Stato membro abbia anche il dovere di annullare un contratto di diritto privato non disciplinato dalla propria legislazione per porre fine a un'infrazione. La questione dell'obbligo di uno Stato membro di annullare il contratto quando la Corte constata un'infrazione è stata affrontata principalmente nel settore degli appalti pubblici (14). A mio parere, tale giurisprudenza è di scarsa rilevanza nel caso di specie in quanto l'oggetto proprio del diritto degli appalti pubblici è volto a disciplinare le modalità di stipula e attribuzione dei contratti da parte degli enti pubblici o tramite fondi pubblici. Non è questo il caso nel settore della distribuzione di energia elettrica.

37. Al di fuori del settore degli appalti pubblici, sembra poco probabile che lo Stato membro debba essere obbligato ad annullare un valido contratto di diritto privato. In effetti, una simile azione sarebbe in contrasto con il principio della certezza del diritto e rischierebbe di pregiudicare terzi incolpevoli a causa di un'infrazione commessa da uno Stato membro. I principi del diritto europeo dei contratti stabiliscono che solo in casi eccezionali la violazione del diritto determina automaticamente la nullità di un contratto. Perché ciò si verifichi, ci deve essere una violazione sufficientemente grave di un principio generale di diritto o di una norma giuridica imperativa (15).

38. Va notato che, anche se la Slovacchia fosse stata una delle parti del contratto, non avrebbe avuto, a mio parere, il diritto di recedere dal contratto stesso, senza il consenso dell'ATEL. Risulta dal fascicolo che l'ATEL ha insistito sul proprio diritto ad invocare il contratto (16).

B – Sussiste una discriminazione ai sensi della direttiva 2003/54?

39. La Commissione sostiene che il fatto di riservare una quota della capacità di trasmissione ad un'impresa si risolve nel concedere una posizione privilegiata a un utente a scapito di altri, cosa che

costituisce a sua volta una discriminazione tra le diverse imprese che richiedono accesso alla rete. Tale affermazione si fonda sulla sentenza VEMW, in cui la Corte ha sostenuto che la direttiva 96/92 osta a provvedimenti che accordino una capacità prioritaria per la trasmissione transfrontaliera di energia elettrica, ove tali provvedimenti non siano stati autorizzati dalla deroga di cui all'art. 24 di tale direttiva (17).

40. La Slovacchia sostiene che, poiché l'ATEL ha contribuito in maniera rilevante alla costruzione della linea di trasmissione Lemesany-Krosno, si trova in una posizione diversa rispetto ad altri utenti e il fatto di riservare alla società un trattamento diverso non può essere considerato come discriminatorio.

41. Secondo costante giurisprudenza, il principio di uguaglianza impone che situazioni analoghe non siano trattate in modo dissimile e che situazioni diverse non siano trattate nello stesso modo, a meno che una differenziazione sia obiettivamente giustificata (18).

42. L'accesso prioritario a 300 MW di capacità di trasmissione sulla linea di trasmissione Lemesany-Krosno costituisce una disparità di trattamento fra l'ATEL e gli altri operatori che richiedono accesso alla rete. Sorge pertanto la questione se l'ATEL si trovi in una situazione analoga rispetto a tali altri operatori.

1. L'accesso prioritario è sempre discriminatorio? La logica stabilita nella sentenza VEMW

43. La causa VEMW riguardava la riserva di una parte della capacità del sistema transfrontaliero per l'importazione di energia elettrica nei Paesi Bassi a favore di un ex monopolio [Samenwerkende Elektriciteits Productiebedrijven NV, divenuto Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV (in prosieguo: la «SEP/NEA»)]. La SEP/NEA aveva l'incarico di svolgere compiti di interesse economico generale il cui oggetto era quello di assicurare l'approvvigionamento di energia elettrica nei Paesi Bassi ai fini della rivendita a prezzi ragionevoli. In considerazione di ciò, la SEP/NEA aveva concluso, prima dell'entrata in vigore della direttiva 96/92, vari contratti internazionali per l'importazione di energia elettrica e aveva di conseguenza bisogno della capacità riservata per essa. Su questa base, sosteneva di trovarsi in una situazione diversa rispetto agli altri operatori, e che quindi non sussisteva alcuna discriminazione.

44. La Corte ha implicitamente respinto tale tesi, affermando che, non sussistendo più tale compito in capo alla SEP/NEA a seguito dell'entrata in vigore della direttiva 96/92 e della relativa legislazione nazionale di recepimento di tale direttiva, tale soggetto si trovava in una posizione analoga a quella degli altri operatori.

45. La Corte ha poi proceduto a esaminare la questione se il trattamento differenziato fosse o meno giustificato, concludendo in senso negativo (19). Nel far ciò, la Corte si è riferita all'art. 24 della direttiva 96/92, che prevedeva il diritto di uno Stato membro di derogare alle disposizioni generali di tale direttiva. La Corte ha affermato che gli Stati membri non possono unilateralmente applicare un trattamento differenziato per gli importatori di energia elettrica sulla base di considerazioni che possono costituire una deroga ai sensi della direttiva 96/92 (20) dal momento che ciò metterebbe in pericolo l'effetto utile dell'art. 24 e della direttiva stessa (21). Pertanto la Corte sostanzialmente sembrava concludere che la discriminazione non può mai essere giustificata in base alla direttiva, salvo in caso di concessione di una deroga (22).

46. Si è affermato che costituirebbe un'interpretazione troppo ampia e inopportuna ritenere, come sostiene la Commissione, che tale sentenza stabilisca un principio generale in base al quale l'accesso prioritario rappresenta sempre una discriminazione, salvo quando vi sia una deroga.

47. La prima critica concerne il trattamento delle situazioni in cui non è possibile alcuna deroga. Tecnicamente, la logica della sentenza VEMW non è applicabile alle situazioni in cui non è possibile alcuna deroga e in tal modo si creerebbe uno stacco temporale e quindi un trattamento discriminatorio tra gli investitori a seconda del momento in cui l'investimento è stato effettuato. Pertanto, gli investimenti effettuati prima della scadenza della disposizione derogatoria di cui alla direttiva 96/92 (segnatamente il 20 febbraio 1998) e quelli effettuati dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 1228/2003 (segnatamente il 1° luglio 2004) potrebbero essere esclusi dalle

disposizioni discriminatorie, mentre gli investimenti effettuati nel periodo intercorrente tra tali date non lo sarebbero. È stato rilevato, a giusto titolo, che un simile risultato sarebbe quantomeno strano (23).

48. La seconda critica riguarda il fatto che potrebbe essere giustificato trattare gli investitori indipendenti in modo diverso dalle altre imprese che richiedono accesso alle linee di trasmissione dell'energia elettrica. Gli investimenti sono importanti nel settore dell'energia giacché tale settore richiede la costruzione di nuove linee di trasmissione nonché lo sviluppo delle tecnologie esistenti (24). La realizzazione di tali progetti è, inoltre, molto costosa (25). Dato che le reti di energia elettrica sono considerate monopoli naturali (26), è opportuno, dal punto di vista della liberalizzazione del mercato, che imprese private investano nelle reti, dato che ciò contribuisce a porre fine ai monopoli esistenti. Inoltre, la Commissione ha già sostenuto che le riserve di capacità effettuate al fine di proteggere l'investimento non sono contrarie alla concorrenza ai sensi dell'art. 81 CE e neppure violano l'art. 82 CE (27).

49. Pur condividendo tali preoccupazioni, a mio parere la logica adottata nella sentenza VEMW si attaglia meglio alla logica del sistema di liberalizzazione del mercato nel suo complesso perseguita dal legislatore in materia di politica energetica.

50. L'obiettivo della politica energetica dell'Unione europea è l'apertura dei mercati, l'aumento della concorrenza e la realizzazione della parità di condizioni attraverso l'eliminazione dei trattamenti preferenziali accordati ai monopoli esistenti (28). Il principio della parità di accesso è fondamentale per il raggiungimento di tale obiettivo (29).

51. L'obiettivo della liberalizzazione deve tuttavia essere temperato con la necessità di promuovere gli investimenti nel settore dell'energia (30), poiché ciò è di particolare importanza per garantire la sicurezza dell'approvvigionamento nell'Unione europea (31).

52. A mio parere, l'obiettivo di incoraggiare gli investimenti non è messo a rischio né dalla decisione della causa VEMW né dalla direttiva 2003/54, dato che le stesse non impongono un divieto assoluto di discriminazioni (32). Infatti, il legislatore ha tenuto conto della necessità di tutelare gli investimenti in talune circostanze ai sensi della direttiva 2003/54 (33). Pertanto, l'art. 7 del regolamento n. 1228/2003 prevede che i nuovi interconnector possano beneficiare, a richiesta, di un'esenzione dalle disposizioni dell'art. 20 della direttiva 2003/54 alle condizioni stabilite nello stesso art. 7. Ai fini di tale regolamento, si definiscono interconnectors le linee di trasmissione che attraversano una frontiera tra Stati membri (34).

53. Il sistema dunque consente un trattamento differenziato in talune circostanze, seppure all'interno di un quadro controllato in ultima istanza dalla Commissione. In conformità alla procedura prevista all'art. 7 del regolamento n. 1228/2003 l'autorità di regolamentazione può decidere di accordare caso per caso l'esenzione dalle disposizioni di cui all'art. 20 della direttiva 2003/54 in caso di investimenti in nuovi interconnector per corrente continua. Inoltre, gli Stati membri possono disporre che le autorità di regolamentazione presentino, per la decisione formale, all'organo competente dello Stato membro un parere sulla richiesta di esenzione (35). La decisione di esenzione è poi notificata alla Commissione per la sua verifica. Esaminata la notifica, la Commissione può chiedere che l'autorità di regolamentazione dello Stato membro modifichi o annulli la propria decisione di concedere un'esenzione (36).

54. Conseguentemente, la regola generale secondo cui l'accesso prioritario non è consentito se non in virtù di una corrispondente deroga è, a mio avviso, un metodo efficace per temperare la liberalizzazione del mercato con la necessità di attrarre e tutelare gli investimenti e risponde alla volontà del legislatore.

2. Il caso dell'ATEL e degli investitori indipendenti

55. Di conseguenza, l'argomento della Slovacchia secondo cui gli investitori si trovano in una situazione differente non può essere accolto.

56. E ciò anche se tale conclusione comporta per la società parte nella causa principale

conseguenze più gravi rispetto alla causa VEMW. Nella causa VEMW la SEP/NEA aveva la possibilità di vendere l'energia elettrica che si era impegnata ad acquistare in virtù di contratti internazionali all'esterno del territorio dei Paesi Bassi (37), mentre l'ATEL nella presente fattispecie non può ragionevolmente disporre dei propri diritti contrattuali all'accesso prioritario, in quanto essi non avrebbero più alcun valore.

57. Tuttavia, consentire un trattamento differenziato tra investitori significherebbe permettere a un gruppo ristretto di imprese di acquistare l'accesso prioritario, ciò in contrasto con gli obiettivi propri della direttiva 2003/54 e della politica energetica dell'Unione europea in generale.

58. L'ATEL altro non è se non un'altra impresa che cerca di accedere alla rete allo scopo di trasmettere energia elettrica ai suoi clienti. In quanto tale, è in concorrenza con diversi altri potenziali rivenditori di energia elettrica, e deve essere pertanto considerata in una situazione comparabile agli stessi.

59. Pertanto, a mio avviso, il trattamento prioritario nel caso di specie costituisce una discriminazione ai sensi della direttiva 2003/54 ed è necessario esaminare se tale trattamento sia giustificato.

C – Giustificazione

1. Il Trattato sulla Carta dell'energia

60. L'argomento difensivo principale della Slovacchia per quanto concerne l'accesso privilegiato accordato all'ATEL si fonda sugli obblighi che derivano dal Trattato sulla Carta dell'energia. Essa afferma, correttamente, che la direttiva 2003/54 dovrebbe essere interpretata conformemente agli obblighi dell'Unione europea derivanti dal Trattato sulla Carta dell'energia (38). Inoltre, poiché il Trattato sulla Carta dell'energia è un accordo misto, l'Unione europea è giuridicamente vincolata agli obblighi di trattamento giusto ed equo e di non espropriazione ivi contenuti e che sono analoghi alle disposizioni sostanziali dell'Accordo sulla tutela degli investimenti.

61. Tuttavia, a mio parere, le disposizioni generali contenute nel Trattato sulla Carta dell'energia (39) non possono prevalere sulle disposizioni specifiche contenute nella direttiva 2003/54 e interpretate in dettaglio nella sentenza VEMW. Ciò vale, a maggior ragione, nel quadro di un'interpretazione che mira a stabilire un'esenzione retroattiva dalle disposizioni sulla non discriminazione che la direttiva 2003/54 non consente.

62. Rimane dunque la questione degli obblighi che sussistono direttamente in capo all'Unione europea in quanto parte contraente del Trattato sulla Carta dell'energia.

63. È mia opinione che il Trattato sulla Carta dell'energia non offra agli investitori una tutela più ampia rispetto all'Accordo sulla tutela degli investimenti. La legislazione dell'Unione in materia di energia, così come si presenta in virtù della direttiva 2003/54 e del regolamento n. 1228/2003, non può essere considerata come non conforme alle norme imposte dal Trattato sulla Carta dell'energia per quanto concerne gli investimenti che ricadono nell'ambito di applicazione *ratione temporis* di tali atti legislativi. Inoltre, per quanto riguarda il godimento e la protezione degli investimenti, il livello generale di protezione dei diritti fondamentali previsto dalla legislazione dell'Unione offre agli investitori una tutela che adempie gli obblighi derivanti dagli artt. 10, n. 1, e 13, n. 1, del Trattato sulla Carta dell'energia (40).

64. Nella presente fattispecie, dato che il contratto è tutelato dall'art. 307, primo comma, CE, come dimostrerò tra breve, l'Unione non agisce in contrasto con gli obblighi che su di essa incombono in forza del Trattato sulla Carta dell'energia nei confronti della società ATEL. Pertanto, non appare necessario analizzare ulteriormente l'interpretazione del Trattato sulla Carta dell'energia.

2. Deroga

65. Secondo la Commissione, la Slovacchia avrebbe dovuto negoziare una deroga relativa al contratto nel proprio atto di adesione.

66. A mio parere, tuttavia, non è possibile attendersi dalla Slovacchia la negoziazione di una deroga per una disposizione il cui status era ancora incerto ai sensi del diritto dell'Unione. Non era chiaro al momento dell'adesione che il trattamento preferenziale avrebbe comportato una discriminazione nel senso di cui alla direttiva 2003/54. In primo luogo, al momento del negoziato del Trattato di adesione la sentenza VEMW non era ancora stata pronunciata (41). Inoltre, in tale causa, i governi olandese, francese e finlandese, così come la Commissione, sostenevano che le misure di accesso prioritario in tale fattispecie non costituissero discriminazioni (42). Ancora, nella sua relazione annuale sulla politica di concorrenza del 2003, la Commissione sembra aver preso la posizione secondo cui i contratti stipulati prima della liberalizzazione erano validi anche quando sollevavano problemi di concorrenza (43). Non è certo che gli Stati membri e la Commissione sarebbero stati d'accordo nell'introdurre una deroga a favore di uno Stato candidato durante il negoziato per l'adesione, se tale deroga avesse adottato un'interpretazione dell'*acquis communautaire* che essi al tempo non dividevano.

67. D'altro canto, se il contratto gode della tutela di cui all'art. 307, primo comma, CE, allora ogni speculazione relativa al negoziato per l'adesione diviene irrilevante perché in tal caso la Slovacchia non avrebbe avuto necessità di alcuna esenzione.

D – *Art. 307 CE: obblighi internazionali contratti anteriormente all'adesione*

68. La Commissione sostiene che non sussiste alcun obbligo derivante da un accordo concluso anteriormente all'adesione ai sensi dell'art. 307 CE e che pertanto tale obbligo non può essere invocato per giustificare il trattamento discriminatorio accordato all'ATEL.

1. Il contratto è un investimento suscettibile di essere tutelato in forza dell'Accordo sulla tutela degli investimenti?

69. L'Accordo sulla tutela degli investimenti si applica agli investimenti, definiti come «qualsiasi categoria di averi», con un elenco non esaustivo di altri possibili esempi di ciò che può costituire un investimento, inclusi «i crediti e i diritti a qualsiasi prestazione di valore economico» (44).

70. Nella presente fattispecie, l'ATEL ha acquisito un diritto di trasmissione di una capacità specifica sulla linea Lemesany-Krosno pagando oltre il 50% dei costi di costruzione nonché una tariffa di trasmissione a un prezzo calcolato secondo le disposizioni del contratto. In contropartita, la SEPS è tenuta a garantire tale capacità all'ATEL quando questa la richiede. In altri termini, deve fornire all'ATEL a titolo preferenziale il proprio servizio di gestore di sistemi di trasmissione. Tale diritto acquisito dall'ATEL ha un valore economico nella misura in cui le garantisce l'accesso alla rete di trasmissione slovacca di cui necessita per poter vendere energia elettrica da e attraverso l'Ungheria verso la Polonia.

71. Pertanto tale diritto può essere considerato un investimento ai sensi dell'art. 1, lett. c), dell'Accordo sulla tutela degli investimenti.

2. L'Accordo sulla tutela degli investimenti genera un obbligo ai sensi dell'art. 307 CE?

72. L'art. 307 CE mira a conseguire un equilibrio tra i diritti dei paesi terzi derivanti da accordi conclusi anteriormente all'adesione (ai sensi dell'art. 307, primo comma, CE) da un lato e, dall'altro, l'eliminazione delle incompatibilità con il Trattato sull'Unione europea ai quali tali accordi potrebbero dare luogo, in forza dell'obbligo incombente agli Stati membri di ricorrere a tutti i mezzi atti a rimuovere le incompatibilità constatate tra gli accordi antecedenti l'adesione e gli obblighi imposti dall'Unione europea (ai sensi dell'art. 307, secondo comma, CE) (45). La giurisprudenza più recente della Corte si è occupata di tale ultimo obbligo previsto dall'art. 307, secondo comma, CE (46). La presente causa riguarda invece soltanto l'art. 307, primo comma, CE, in quanto la Commissione non si è richiamata all'art. 307, secondo comma, CE.

73. In forza dell'art. 307, primo comma, CE, i diritti e gli obblighi derivanti da una convenzione conclusa anteriormente alla data di adesione di uno Stato membro tra quest'ultimo e uno Stato terzo non sono pregiudicati dalle disposizioni del Trattato (47). Tale disposizione, quindi, risolve il conflitto tra i due obblighi incompatibili in favore di quello anteriore e così codifica il principio di diritto

internazionale in base al quale un trattato successivo che sia in conflitto con un trattato anteriore non può avere effetti giuridici sui diritti dello Stato che è parte unicamente del trattato precedentemente concluso (48).

74. Sebbene l'art. 307, primo comma, menzioni unicamente gli obblighi degli Stati membri, la norma non raggiungerebbe il proprio scopo se non comportasse anche un dovere in capo alle istituzioni comunitarie di non impedire l'adempimento degli obblighi degli Stati membri derivanti da un accordo anteriore all'adesione (49).

75. Inoltre, l'art. 307, primo comma, CE non ha per effetto di attribuire ai singoli che invocano un accordo concluso anteriormente all'adesione diritti che dovrebbero essere salvaguardati dalle giurisdizioni nazionali degli Stati membri e neppure pregiudica i diritti che possano derivare per tali singoli da un simile accordo (50).

76. Nella fattispecie, è chiaro che la Slovacchia, in virtù dell'Accordo sulla la tutela degli investimenti, ha degli obblighi nei confronti della Svizzera per la protezione degli investitori svizzeri in Slovacchia. Inoltre, l'Accordo sulla tutela degli investimenti attribuisce chiaramente anche dei diritti ai sensi del diritto internazionale agli investitori, che sono legittimati a invocare contro una parte contraente la clausola arbitrale in esso contenuta, a prescindere dagli effetti giuridici che l'Accordo sulla tutela degli investimenti produce negli ordinamenti giuridici interni delle parti contraenti, e ciò senza che si renda necessario ottenere tutela diplomatica in base al diritto internazionale pubblico.

77. Dal momento che i diritti dei privati derivanti da accordi internazionali conclusi anteriormente all'adesione sono impregiudicati, se la Slovacchia ha degli obblighi in forza dell'Accordo sulla tutela degli investimenti in relazione all'ATEL che non possono essere adempiuti nel caso la Slovacchia applichi la direttiva 2003/54 secondo l'interpretazione datane dalla Corte nella sentenza VEMW, allora la Slovacchia può invocare a sua difesa l'art. 307, primo comma, CE, e il trattamento discriminatorio è per ciò stesso giustificato.

78. La Commissione sostiene, in primo luogo, che non sussiste alcun conflitto tra il diritto dell'Unione e l'Accordo sulla tutela degli investimenti, in quanto tale ultimo accordo non presenta alcuna incompatibilità con il diritto dell'Unione. Inoltre, la Commissione contesta l'esistenza di un tale obbligo derivante dall'Accordo sulla tutela degli investimenti, dal momento che la Slovacchia non è obbligata a mantenere il contratto in vigore in conformità all'Accordo sulla tutela degli investimenti. La Commissione sostiene che lo scioglimento del contratto i) non comporterà una violazione della disposizione dell'Accordo sulla tutela degli investimenti relativa al trattamento giusto ed equo degli investimenti e, inoltre, ii) non costituirà un'espropriazione ai sensi dell'Accordo sulla tutela degli investimenti.

79. In generale, la Corte non è competente a interpretare l'Accordo sulla tutela degli investimenti. Tale compito rientra esclusivamente nell'ambito della competenza dei tribunali arbitrali da costituirsi a cura di una parte contraente e dell'investitore di un'altra parte contraente, ai sensi dell'art. 9 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti o dalle parti contraenti ai sensi dell'art. 10 dello stesso accordo. Lo stesso vale per l'interpretazione del contratto. Inoltre, le clausole arbitrali presenti nell'Accordo sulla tutela degli investimenti e nel contratto comportano anche il rischio che le conclusioni raggiunte da un tribunale arbitrale competente nell'analisi di tali disposizioni siano diverse da quelle cui sarebbe pervenuta la Corte.

80. Ai fini del presente procedimento per inadempimento, tuttavia, la Corte è tenuta a adottare una certa «ricostruzione interpretativa» degli elementi della situazione giuridica instauratasi tra tali imprese, al fine di determinare se sussista un obbligo ai sensi dell'art. 307, primo comma, CE (51). Ciononostante, tali elementi giuridici sono per la Corte elementi di fatto concernenti l'asserita infrazione e non come norme giuridiche destinate ad essere interpretate dalla Corte.

81. Nei casi in cui la Corte è chiamata a interpretare accordi internazionali effettua tale interpretazione in conformità all'art. 31 della Convenzione di Vienna. Ai termini dell'art. 31 della Convenzione di Vienna, un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo. A tal riguardo, si dovrà tener conto, oltre che del contesto, di qualsiasi regola pertinente di

diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti.

82. Secondo l'art. 31, quarto comma, della Convenzione di Vienna, nell'interpretazione delle disposizioni di una convenzione internazionale è importante anche considerare qualunque significato particolare che le parti abbiano inteso attribuire a un dato termine. Nella presente fattispecie è chiaro che le parti dell'Accordo sulla tutela degli investimenti hanno inteso attribuire alle parole in esso contenute il significato attribuito alle stesse dai tribunali arbitrali e dal Centro internazionale per la composizione delle controversie relative agli investimenti (CIRDI), dal momento che l'Accordo sulla tutela degli investimenti contiene un riferimento esplicito alla composizione delle controversie o da parte di un tribunale arbitrale, costituito in conformità alla procedura stabilita nello stesso Accordo sulla tutela degli investimenti, oppure mediante sottoposizione delle controversie stesse al CIRDI (52). Sebbene nei procedimenti arbitrali non esista una dottrina autonoma circa il precedente vincolante, i tribunali arbitrali nelle loro conclusioni fanno solitamente riferimento alle decisioni di altri tribunali.

83. L'oggetto e lo scopo dell'Accordo sulla tutela degli investimenti, così come enunciato nel suo preambolo, consiste nel creare e mantenere condizioni favorevoli agli investimenti, nonché incoraggiare e proteggere gli investimenti stessi. Inoltre, l'art. 3 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti stabilisce espressamente che ciascuna parte contraente incoraggia gli investimenti effettuati sul proprio territorio.

84. L'art. 4 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti stabilisce le modalità di trattamento e di protezione degli investimenti una volta che essi siano stati ammessi. Sono riconducibili alla protezione degli investimenti anche le disposizioni relative ai casi di espropriazione enunciate nell'art. 6 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti. Esaminerò ciascuno di detti articoli in ordine successivo.

a) Il «trattamento giusto ed equo» ai sensi dell'art. 4 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti

85. In relazione all'art. 4 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti, la Commissione afferma che l'ATEL non poteva legittimamente attendersi che il quadro giuridico sarebbe rimasto immutato. In particolare, avrebbe dovuto essere consapevole del fatto che la Slovacchia era sul punto di accedere all'Unione europea, dato che tale Stato aveva già concluso l'accordo europeo e presentato la propria domanda di adesione.

86. La Slovacchia sostiene che, al momento in cui ha effettuato il proprio investimento nel 1997, l'ATEL non poteva prevedere la data di adesione della Slovacchia e che, in ogni caso, non si attendeva di essere privata del proprio investimento, in particolare tenuto conto del fatto che all'epoca la politica comunitaria manifestava il proprio intento di sviluppare le capacità di trasmissione dell'energia elettrica, dentro e fuori dall'Europa, a seguito della direttiva 90/547/CEE (53).

87. È vero che la sequenza temporale che ha portato all'adesione della Slovacchia è stata diversa da quella di altri paesi che hanno aderito nella stessa data. La Slovacchia ha sottoscritto l'accordo di associazione il 4 ottobre 1993 e la sua candidatura all'adesione all'Unione europea è stata depositata dal Primo Ministro slovacco al Consiglio europeo dei ministri di Cannes il 27 giugno 1995. Tuttavia, è solamente al Consiglio europeo di Helsinki, nel dicembre 1999, che la Slovacchia è stata invitata ad avviare il negoziato di adesione, in un momento successivo, dunque, rispetto al primo gruppo di paesi candidati che hanno poi aderito all'Unione europea alla stessa data della Slovacchia (54).

88. Tale sequenza temporale potrebbe far pensare che nel 1997 un investitore non avrebbe potuto essere certo né prevedere che la Slovacchia avrebbe aderito all'Unione europea e in quale data, essendo la posizione di tale Paese ancora incerta.

89. A dispetto di ciò, l'ATEL avrebbe dovuto comunque attendersi che il quadro giuridico rimanesse immutato?

90. Il tenore letterale dell'art. 4 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti indica che lo Stato ospitante, al fine di proteggere gli investimenti, non li ostacola con provvedimenti ingiustificati o discriminatori. Inoltre, la norma impone che lo Stato ospitante riservi agli investimenti un trattamento giusto e che non sia meno favorevole di quello accordato agli investimenti effettuati dai suoi propri investitori.

91. Il livello di protezione accordato dall'art. 4 nel suo complesso non indica, a mio avviso, che il quadro giuridico e commerciale sia destinato a non mutare mai, ma semplicemente che le modifiche non saranno arbitrarie e non pregiudicheranno gli investitori stranieri in modo irragionevole o discriminatorio rispetto agli investitori nazionali che effettuano degli investimenti sul territorio.

92. Tale conclusione sembra essere supportata dalla pratica arbitrale. In generale sussiste un obbligo di non modificare il quadro giuridico e commerciale nel quale l'investimento è stato effettuato (55). Tuttavia, nel contesto di investimenti in un paese in via di transizione dal proprio passato comunista, i tribunali arbitrali hanno dichiarato che l'investitore non può legittimamente attendersi che la legislazione resti invariata (56). In simili situazioni, ci si potrebbe attendere che l'investitore faccia in modo da ridurre il rischio di instabilità del quadro giuridico, inserendo una clausola di stabilizzazione o un'altra disposizione idonea a tutelarla contro le modifiche ad esso sfavorevoli. Il fatto che l'investitore non abbia preso tali provvedimenti potrebbe indurre a concludere che esso abbia deciso di correre un rischio commerciale calcolato accettando di esporsi alle eventuali modificazioni della legislazione che possano nuocere o siano verosimilmente suscettibili di nuocere ai suoi interessi e investimenti (57).

93. Da tali fattispecie appare che le modifiche alla normativa devono essere state specificamente apportate al fine di pregiudicare l'investimento (58), salvo i casi in cui vi sia stata una promessa contraria da parte dello Stato che abbia indotto l'investitore ad effettuare l'investimento.

94. Tuttavia, nonostante ciò, non sono persuaso che la modifica nel quadro giuridico affrontata dall'ATEL non sia ingiustificata, in quanto tale società rischia di vedere completamente annientata la contropartita del proprio investimento.

95. Per fornire un esempio di modifica del quadro giuridico rispetto alla quale un investitore privato non è tutelato, si potrebbe menzionare una situazione in cui un'agenzia di viaggi straniera partecipi al finanziamento di una struttura alberghiera in cambio del diritto di utilizzare fino a un massimo del 20% dei posti letto della stessa per 20 anni. L'attrattiva della struttura alberghiera si basa sulla sua prossimità a una zona naturale protetta. Se la struttura ricettiva perde la propria redditività a causa di una nuova regolamentazione che vieta ai turisti l'accesso alla zona protetta, non può affermarsi che l'aspettativa legittima dell'investitore sia stata violata, salvo che lo Stato interessato abbia partecipato direttamente o indirettamente all'affare o abbia altrimenti promesso il permanere dello status quo. D'altro canto, se lo Stato, al fine di promuovere un equo accesso alla zona protetta, introduce nuove regole per effetto delle quali tutte le agenzie di viaggio hanno diritto alla parità di trattamento per quanto attiene alla capacità in termini di posti letto della nuova struttura ricettiva, la situazione deve essere valutata diversamente. Un investitore non è tenuto a prevedere gli interventi di regolamentazione che trasformano un investimento privato effettuato legalmente in un bene comune e, quindi, di nessun valore per l'investitore stesso.

96. Di conseguenza, quand'anche l'ATEL avesse dovuto attendersi modifiche al quadro regolamentare, non è affatto certo che tale società avrebbe dovuto prevedere una modifica della regolamentazione per effetto della quale non avrebbe più potuto godere dell'uso privilegiato della proprietà che ha acquistato grazie all'investimento (59).

b) L'espropriazione ai sensi dell'art. 6 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti

97. L'art. 6 dell'accordo sulla tutela degli investimenti dispone che nessuna Parte Contraente prenderà, direttamente o indirettamente, provvedimenti di espropriazione né provvedimenti analoghi o equivalenti nei confronti degli investimenti, tranne che per ragioni di interesse pubblico e a condizione che essi siano presi su base non discriminatoria, siano conformi alle prescrizioni legali e implicino un indennizzo effettivo e adeguato.

98. La Commissione sostiene che dall'art. 6 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti non deriva un obbligo internazionale di mantenere il contratto in vigore, dato che lo scioglimento del contratto non costituirebbe un'espropriazione. La Commissione afferma che raramente l'ingerenza di uno Stato nei diritti contrattuali di un investitore è tale da comportare un'espropriazione indiretta.

99. La Slovacchia sostiene che tale situazione comporterebbe espropriazione indiretta. A suo avviso, l'espropriazione è un'azione dello Stato che influenza negativamente la gestione, il godimento e il valore dell'investimento e si configura qualora la misura di tipo pubblico sia irreversibile, permanente e pregiudichi l'investimento in modo tale che parte dell'investimento venga meno (60).

100. La formulazione dell'art. 6 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti è ampia e include non solo l'espropriazione diretta e indiretta ma anche le misure che abbiano un effetto equivalente. La norma appare pertanto prevedere un'ampia tutela degli investimenti.

101. Nel caso di specie, tenuto conto del significato del termine espropriazione nonché dell'ampia formulazione dell'art. 6 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti, è chiaro che l'azione della Slovacchia consistente nello scioglimento del contratto interferirà nei diritti dell'ATEL: tale società sarà spogliata del suo *unico* corrispettivo per l'investimento (61).

102. La Commissione sostiene che l'espropriazione non è illegittima, dato che l'art. 6 dell'Accordo sulla tutela degli investimenti prevede il pagamento di un indennizzo nei casi di espropriazione. Pertanto, secondo tale istituzione, non sussiste un obbligo di non espropriare, bensì un obbligo di non espropriare *senza indennizzo*. La Commissione afferma che interpretare ciò come una condizione atta giustificare un trattamento discriminatorio equivarrebbe ad ammettere che un argomento fondato su un onere economico sia plausibile, il che è in contrasto con la giurisprudenza della Corte (62).

103. A mio parere, tale argomentazione equivale ad anteporre il rimedio al diritto. L'art. 6 sancisce un diritto all'indennizzo come conseguenza della violazione del diritto dell'investitore a non subire l'espropriazione. Tale diritto all'indennizzo non esclude che vi sia un diritto a non subire espropriazioni e pertanto non esclude un obbligo internazionale ai sensi dell'art. 307 CE in capo alla Slovacchia di non adottare misure di espropriazione dell'investimento, salvo che le condizioni di cui all'art. 6, delle quali l'indennizzo è solo una tra le altre, siano soddisfatte.

104. A mio avviso, l'espropriazione lecita non è una misura di politica specificamente indirizzata nei confronti di un dato investitore, seppur attenuata dall'attribuzione di un indennizzo, ma consiste invece nell'applicazione di un quadro giuridico preesistente a situazioni predefinite, caratterizzate dalla sussistenza di un interesse pubblico prevalente e nel pieno rispetto dei diritti dell'uomo e dei diritti fondamentali.

105. Tale conclusione è confortata da un'analisi di ciò che ci si dovrebbe aspettare che la Slovacchia facesse per realizzare ciò che secondo la Commissione è la situazione legittima ai sensi della direttiva 2003/54. Non è la Slovacchia ad essere parte nel contratto, bensì la società SEPS, la quale non ha alcun diritto di recedere dallo stesso. Il contratto deve essere interpretato secondo il diritto austriaco, pertanto la Slovacchia non può modificarne né i termini né gli effetti attraverso la propria legislazione, né può privarlo di effetti giuridici. Una legge slovacca che dichiarasse invalidi e inapplicabili in Slovacchia i contratti che prevedono un accesso privilegiato alle reti di trasmissione non cambierebbe il fatto che la SEPS resta giuridicamente vincolata dal contratto. Pertanto, la sola maniera concepibile per la Slovacchia di adempiere il proprio obbligo nella presente fattispecie è di emanare una normativa indirizzata alla SEPS per impedire a tale società di dare esecuzione al contratto. È mia opinione che ciò consisterebbe verosimilmente in un'espropriazione o in una misura di effetto equivalente e che inoltre sarebbe probabilmente contraria all'esigenza di un trattamento giusto ed equo.

106. Peraltro, poiché il diritto dell'Unione ammette deroghe al principio di non discriminazione nell'accesso alle reti di trasmissione dell'energia elettrica, non può affermarsi che l'espropriazione dell'investimento dell'ATEL sia necessaria per ragioni di interesse pubblico. E non può affermarsi neppure che essa avvenga su base non discriminatoria, visto che sussiste uno stacco temporale tra

la fine del periodo di deroga consentito ai sensi dell'art. 24 della direttiva 96/92 e l'entrata in vigore dell'art. 7 del regolamento n. 1228/2003. Tale stacco temporale comporta che alcuni investimenti potrebbero essere suscettibili di deroghe mentre altri non lo sarebbero, il che significa conseguentemente che la misura non può dirsi adottata su base non discriminatoria.

107. Ciò porta necessariamente a concludere che sussiste un obbligo internazionale ai sensi dell'art. 307, primo comma, CE, e che la Slovacchia non può obbligare la SEPS a non rispettare i termini del contratto senza violare i propri obblighi derivanti dall'Accordo sulla tutela degli investimenti.

c) Conclusione sull'obbligo internazionale

108. La conseguenza di quanto sopra esposto è che un tale obbligo, contratto anteriormente all'entrata in vigore del Trattato, non può essere pregiudicato dal Trattato stesso e, pertanto, la Slovacchia non può essere ritenuta inadempiente rispetto ai suoi obblighi ai sensi degli artt. 9 e 20 della direttiva 2003/54.

109. Pervengo a tale conclusione non senza qualche esitazione. Nonostante l'applicazione dell'art. 307 CE giustifichi tale risultato, esso appare, a prima vista, in contrasto con l'idea di liberalizzazione del mercato che la direttiva 2003/54 intende promuovere. Tuttavia, nel pervenire alla conclusione, sono persuaso del fatto che tale soluzione non sia incompatibile con le deroghe stabilite dall'art. 24 della direttiva 96/92 e dall'art. 7 del regolamento n. 1228/2003 che consentono agli investimenti nel settore dell'energia elettrica di beneficiare in via d'eccezione e temporaneamente di un accesso privilegiato.

110. Inoltre, la presente fattispecie non minaccia la liberalizzazione del mercato dato che l'ATEL è una società di un Paese terzo, e non un monopolio preesistente, che gode di un diritto acquisito anteriormente all'adesione della Slovacchia, limitato ad un dato periodo di tempo e non rinnovabile allo scadere di tale periodo.

V – Conclusione

111. Viste le considerazioni che precedono, propongo alla Corte di respingere il ricorso e di condannare la Commissione alle spese.

¹ – Lingua originale: l'inglese.

² – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 giugno 2003, 2003/54/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE (GU L 176, pag. 37). La direttiva 2003/54 è stata preceduta dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 19 dicembre 1996, 96/92/CE relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (GU 1997, L 27, pag. 20, in prosieguo: la «direttiva 96/92»). La direttiva 2003/54 è stata recentemente abrogata e sostituita dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 luglio 2009, 2009/72/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE (L 211, pag. 55, in prosieguo: la «direttiva 2009/72 »).

³ – L'accordo è stato stipulato tra la Repubblica ceca, la Repubblica slovacca e la Confederazione svizzera. Non è stata sollevata alcuna questione in relazione alla successione tra Stati rispetto alla Cecoslovacchia e all'applicabilità dell'Accordo sulla tutela degli investimenti da parte della Slovacchia successivamente alla sua indipendenza.

⁴ – Conclusa a Vienna il 23 maggio 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980, ONU Doc.A/Conf.39/27, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679 (1969) (in prosieguo: la «Convenzione di Vienna»). Entrambi i Paesi sono parti della Convenzione di Vienna, la Slovacchia in virtù della successione tra Stati.

⁵ – Il Trattato sulla Carta dell'energia è stato firmato nel dicembre 1994 ed è entrato in vigore nell'aprile 1998. La Slovacchia, la Svizzera e la CE erano firmatari del trattato sulla Carta dell'energia nel periodo in questione.

- 6 – Considerato che il presente ricorso per inadempimento è stato proposto anteriormente all'entrata in vigore del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (GU 2008, C 115, pag. 47) verrà fatto unicamente riferimento agli articoli del Trattato CE (GU 2002, C 325, pag. 33).

- 7 – Regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 26 giugno 2003, n. 1228, relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica (GU L 176, pag. 1).

- 8 – Trattato tra il Regno del Belgio, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, l'Irlanda, la Repubblica italiana, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica portoghese, la Repubblica di Finlandia, il Regno di Svezia, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord (Stati membri dell'Unione europea) e la Repubblica ceca, la Repubblica di Estonia, la Repubblica di Cipro, la Repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, la Repubblica di Ungheria, la Repubblica di Malta, la Repubblica di Polonia, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica slovacca relativo all'adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca all'Unione europea (GU 2003, L 236, pag. 17).

- 9 – Secondo la Commissione, la Slovacchia avrebbe dovuto chiedere un regime transitorio nel suo atto di adesione nel quale si confermasse il suo diritto di continuare a riservare capacità di trasmissione a favore dell'ATEL. Esaminerò la rilevanza di tale argomento più avanti.

- 10 – Sentenze 27 novembre 1990, causa C-200/88, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-4299, punto 13); 31 marzo 1992, causa C-362/90, Commissione/Italia (Racc. pag. I-2353, punto 10), e 7 marzo 2002, causa C-29/01, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-2503, punto 11).

- 11 – V. http://www.sepsas.sk/seps/en_Clanok012.asp?kod=128.

- 12 – V., ad esempio, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio detta «Autobus valloni» (Racc. pag. I-2043).

- 13 – Sentenza 14 luglio 1988, causa 38/87, Commissione/Grecia (Racc. pag. 4415, punti 9, 10, 12 e 16).

- 14 – Sentenze 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione/Germania (Racc. pag. I-3609), e 28 ottobre 1999, causa C-328/96, Commissione/Austria (Racc. pag. I-7479).

- 15 – Artt. 15:101 e 15:102. V.

- http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.htm

- 16 – Dal fascicolo non risulta alcuna spiegazione circa il motivo per cui il contratto non sia più applicato tra le parti. Poiché l'ATEL non è parte del presente procedimento, è impossibile conoscere il suo parere sulla questione. A mio avviso, potrebbero sussistere validi motivi economici o giuridici perché l'ATEL non richieda l'applicazione del contratto senza allo stesso tempo rinunciare ai diritti da esso derivanti.

- 17 – Sentenza 7 giugno 2005, causa C-17/03, VEMW e a. (Racc. pag. I-4983).

- 18 – Sentenza 12 marzo 2002, cause riunite C-27/00 e C-122/00, Omega Air (Racc. pag. I-2569, punto 79 e giurisprudenza ivi citata). V. anche sentenze 14 aprile 2005, cause riunite C-128/03 e C-129/03, AEM e AEM Torino (Racc. pag. I-2861, punto 58 e giurisprudenza ivi citata); 12 dicembre 2002, causa C-442/00, Rodríguez Caballero (Racc. pag. I-11915); 9 settembre 2003, causa C-137/00, Milk Marque e National Farmers' Union (Racc. pag. I-7975, punto 126); 20 settembre 1988, causa 203/86, Spagna/Consiglio (Racc. pag. 4563, punto 25); 17 aprile 1997, causa C-15/95, EARL de Kerlast (Racc. pag. I-1961, punto 35); 13 aprile 2000, causa C-292/97, Karlsson e a. (Racc. pag. I-2737, punto 39); 6 marzo 2003, causa C-14/01, Niemann (Racc. pag. I-2279, punto 49).

[19](#) – Sentenza VEMW, cit. alla nota 17 (punto 54).

[20](#) – Sentenza VEMW, cit. alla nota 17 (punto 61).

[21](#) – Sentenza VEMW, cit. alla nota 17 (punti 58, 61, 62 e 63).

[22](#) – È così che la Commissione sembra aver interpretato la sentenza VEMW. V. il documento di lavoro dei servizi della Commissione relativo alla sentenza 7 giugno 2005, causa C-17/03, della Corte di giustizia delle Comunità europee, SEC(2006) 547 del 26 aprile 2006.

[23](#) – Talus, K., «Role of the European Court of Justice in the Opening of Energy Markets», ERA Forum (2007) 8, pag. 435.

[24](#) – V. ad esempio, il piano decennale di investimenti a livello europeo previsto dal regolamento n. 1228/2003.

[25](#) – Talus, K., e Wälde, T., «Electricity interconnectors in EU law: energy security, long term infrastructure contracts and competition law», *European Law Review* (2007) Vol. 32, n. 1, pag. 133.

[26](#) – Helm, D., *Energy, the State and the Market – British Energy Policy since 1979* (OUP, 2003), pag. 407.

[27](#) – V. caso COMP/E-3/37.921 – Viking Cable, GU C 247, pag. 11. V. inoltre Commissione, XXXIII Relazione sulla politica di concorrenza (2003), pag. 202.

[28](#) – Da primo a quinto ‘considerando’ della direttiva 2003/54. V. anche sentenze 22 maggio 2008, causa C-439/06, citiworks (Racc. pag. I-3913, punto 38), e 9 ottobre 2008, causa C-239/07, Sabatauskas e a. (Racc. pag. I-7523, punto 31).

[29](#) – V. le conclusioni dell’avvocato generale Stix-Hackl nella causa VEMW, cit. alla nota 17 (paragrafo 58).

[30](#) – V., tra l’altro, Libro verde della Commissione «Una strategia europea per un’energia sostenibile, competitiva e sicura» dell’8 marzo.2006, COM(2006) 105 def., in cui la Commissione afferma che la politica energetica dell’Unione europea mira a creare un mercato interno dell’energia integrato, sostenibile, competitivo e sicuro.

[31](#) – Pertanto, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 18 gennaio 2006, 2005/89/CE, concernente misure per la sicurezza dell’approvvigionamento di elettricità e per gli investimenti nelle infrastrutture (GU L 33, pag. 22) ha l’obiettivo specifico di assicurare sufficienti investimenti nella capacità di generazione per garantire un adeguato equilibrio tra approvvigionamento e domanda.

[32](#) – È del pari interessante rilevare come la direttiva 2009/72, la nuova direttiva che abroga la direttiva 2003/54, contiene disposizioni esplicite per migliorare il coordinamento in materia di pianificazione degli investimenti tra gli Stati membri all’interno dell’UE (v. la comunicazione della Commissione al Parlamento 2007/0195 COD).

[33](#) – Art. 7 del regolamento n. 1228/2003, che si applica a decorrere dal 1° luglio 2004.

[34](#) – Art. 2, n. 1, del regolamento n. 1228/2003.

[35](#) – Art. 7, n. 4, lett. a), del regolamento n. 1228/2003.

[36](#) – Art. 7, n. 5, del regolamento n. 1228/2003.

[37](#) – Sentenza VEMW, cit. alla nota 17 (punto 83). La Corte ha altresì fatto riferimento alla possibilità per l’operatore nazionale di pretendere il risarcimento del danno da parte delle autorità in base al motivo

della mancata richiesta di una deroga ai sensi dell'art. 24 della direttiva 96/92 (v. punto 86).

[38](#) – Sentenza 10 settembre 1996, causa C-61/94, Commissione/Germania (Racc. pag. I-3898, punto 52).

[39](#) – Sentenza 16 luglio 1998, causa C-136/96, The Scotch Whisky Association (Racc. pag. I-4571, punto 47).

[40](#) – Per quanto concerne la protezione dell'investimento dell'ATEL, non ritengo che la successione negli obblighi tra la Slovacchia e l'Unione europea sia tale da imporre a quest'ultima degli obblighi specifici in virtù del trattato sulla Carta dell'energia nei confronti di un investitore che abbia effettuato un investimento sul territorio di una parte contraente prima dell'adesione di questa all'Unione europea.

[41](#) – Il Trattato di adesione, che include l'Atto di adesione, è stato firmato ad Atene il 16 aprile 2003. La sentenza VEMW è stata pronunciata dalla Grande Sezione il 7 giugno 2005.

[42](#) – Punto 39.

[43](#) – Commissione, XXXIII Relazione sulla politica di concorrenza (2003), pag. 202.

[44](#) – Art. 1, n. 2, lett. c), dell'Accordo sulla tutela degli investimenti.

[45](#) – Sentenza 4 luglio 2000, causa C-62/98, Commissione/Portogallo (Racc. pag. I-5171, punto 50).

[46](#) – V., ad esempio, sentenze 3 marzo 2009, causa C-205/06, Commissione/Austria (Racc. pag. I-1301), causa C-249/06, Commissione/Svezia (Racc. pag. I-1335), e 19 novembre 2009, causa C-118/07, Commissione/Finlandia (Racc. pag. I-10889).

[47](#) – V. inoltre sentenza 3 marzo 2009, causa C-205/06, Commissione/Austria (Racc. I-1301, punto 33 e la giurisprudenza ivi citata: sentenze 14 ottobre 1980, causa 812/79, Burgoa, Racc. pag. 2787, punto 8; 4 luglio 2000, causa C-84/98, Commissione/Portogallo, Racc. pag. I-5215, punto 53, nonché 18 novembre 2003, causa C-216/01, Budějovický Budvar, Racc. pag. I-13617, punti 144 e 145).

[48](#) – Articolo 34 della Convenzione di Vienna.

[49](#) – Sentenza Burgoa, cit. alla nota 47 (punto 9).

[50](#) – Sentenza Burgoa, cit. alla nota 47 (punto 10). Il principio di «non ingerenza» è stato chiaramente precisato dall'avvocato generale Capotorti nelle sue conclusioni (paragrafo 2) quando ha sostenuto che «il primo comma dell'art. 234 non aggiunge nulla al valore giuridico originario degli obblighi e diritti risultanti da accordi anteriori fra Stati membri e Stati terzi, e che tali obblighi e diritti rimangono assolutamente estranei al diritto comunitario. In ultima analisi, anche se la disposizione in esame non fosse stata inserita nel Trattato, le situazioni giuridiche preesistenti nei rapporti con Stati terzi sarebbero egualmente rimaste impregiudicate».

[51](#) – V. sentenza 2 agosto 1993, causa C-158/91, Levy (Racc. pag. I-4287), in cui la Corte ha sostenuto che, per stabilire se una norma comunitaria possa essere resa inoperante da una convenzione internazionale anteriore, «è necessario esaminare se questa imponga allo Stato interessato obblighi la cui attuazione può essere ancora pretesa dagli Stati terzi che sono parti contraenti della convenzione» (punto 13). V. inoltre sentenze 14 gennaio 1997, causa C-124/95, Centro-Com (Racc. pag. I-81, punto 57), nonché 10 marzo 1998, cause riunite C-364/95 e C-365/95, T. Port (Racc. pag. I-1023, punto 60).

[52](#) – Art. 9, terzo comma, dell'Accordo sulla tutela degli investimenti.

[53](#) – Direttiva del Consiglio 29 ottobre 1990, 90/547/CEE, concernente il transito di energia elettrica sulle grandi reti (GU L 313, pag. 30).

[54](#) – Il Consiglio europeo di Lussemburgo ha deciso nel dicembre 1997 d'intraprendere, nel 1998, i negoziati

per l'adesione di sei paesi candidati (la Repubblica ceca, Cipro, l'Estonia, l'Ungheria, la Polonia e la Slovenia). Conclusioni della Presidenza – Consiglio europeo di Lussemburgo, 12-13 dicembre 1997: Consiglio dell'Unione europea 16 aprile 2004, SN400/97. Disponibile all'indirizzo: <http://ue.eu.int/en/info/eurocouncil/>.

[55](#) – V. ad esempio, Occidental Exploration and Production Company/Repubblica dell'Ecuador. Lodo arbitrale definitivo, London Court of International Arbitration, causa n. UN 3467.

[56](#) – Nel lodo arbitrale Parkerings-Compagniet/Repubblica di Lituania (CIRDI, causa n. ARB/05/8), i fatti si sono verificati tra il 1991 e il 1999 «dopo che la Lituania è progressivamente passata, dal 1991 al 1997, dallo status di Repubblica sovietica a quello di Stato candidato all'adesione all'Unione europea e all'economia di mercato» (punto 51 del lodo). Nel lodo arbitrale Eastern Sugar/Repubblica ceca (SCC n. 088/2004) il tribunale arbitrale ha concluso che il semplice fatto di introdurre un regime dello zucchero simile al regime dello zucchero comunitario in vista dell'adesione della Repubblica ceca all'Unione europea non costituiva una violazione del principio del trattamento giusto ed equo, ma che tale violazione sussistesse laddove la legislazione fosse indirizzata ingiustamente e in modo iniquo a quella particolare società in causa (punti 271-274, 284-287 e 333-338). V. anche lodo arbitrale Genin/Estonie (CIRDI, causa n. ARB/99/2) (punto 356).

[57](#) – Parkerings, punto 336.

[58](#) – V. ad esempio, lodi arbitrali Parkerings, punto 337, e Eastern Sugar, punto 335.

[59](#) – Ritengo che il diritto riconosciuto all'ATEL in virtù del contratto possa costituire un diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1 del protocollo n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Riguardo alla nozione ampia di «beni» tutelati in virtù dell'art. 1 del protocollo n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, v. Harris, D., «Law of the European Convention on Human Rights», pagg. 656-662. Per quanto concerne la giurisprudenza relativa agli investimenti v., ad esempio, Corte eur. D.U., sentenza Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grecia del 9 dicembre 1994 (ricorso n. 13427/87).

[60](#) – Lodo arbitrale Plama Consortium Limited/Repubblica di Bulgaria (CIRDI, causa n. ARB/03/24).

[61](#) – È interessante notare che la necessità di conformarsi al diritto dell'Unione non giustifica necessariamente misure adottate dallo Stato ospitante che siano contrarie a un trattato bilaterale sull'investimento. In tal senso, nella causa ADC1ADMC/Ungheria, il tribunale arbitrale non ha ammesso che il rispetto del diritto dell'Unione (l'assistenza a terra all'aeroporto di Budapest doveva essere armonizzata con la direttiva 96/97 e il controllo del traffico aereo doveva essere separato dal servizio delle installazioni aeroportuali, in conformità al diritto dell'Unione) imponesse le misure che erano state adottate da parte dello Stato ospitante nei confronti dell'investitore straniero. Il tribunale ha ritenuto che tali misure costituissero un'espropriazione e che fossero dunque contrarie agli obblighi incombenti all'Ungheria in virtù del trattato bilaterale sull'investimento in questione. V. lodo arbitrale ADC1ADMC/Ungheria, CIRDI (causa n. ARB/03/16).

[62](#) – Sentenza 20 febbraio 1986, causa 309/84, Commissione/Italia (Racc. pag. 599, punto 17). Rilevo che nel fascicolo non vi è alcuna indicazione di un'eventuale proposta di indennizzo all'ATEL per la mutata situazione. Inoltre, il fatto di accordare a un investitore dei vantaggi finanziari per compensare la perdita di valore di un vantaggio discriminatorio vietato potrebbe risultare problematico dal punto di vista degli aiuti di Stato. Su tale punto, v., ad esempio, Eilmansberfer, T., «Bilateral investment treaties and EU law», *Common Market Law Review*, 46 (2009) 383, pag 423 e nota a piè di pagina n. 171.
