

SENATO DELLA REPUBBLICA

————— XVII LEGISLATURA —————

Doc. **XII-bis**
n. **60**

ASSEMBLEA PARLAMENTARE DEL CONSIGLIO D'EUROPA

Risoluzione n. 2151 (2017)

—————

La compatibilità con i diritti umani dell'arbitrato investitore-Stato negli
accordi internazionali di protezione degli investimenti

—————
Trasmessa il 2 febbraio 2017
—————

PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE

RESOLUTION 2151 (2017)⁽¹⁾

Provisional version

Human rights compatibility of investor-State arbitration in international investment protection agreements

PARLIAMENTARY ASSEMBLY,

1. The Parliamentary Assembly notes that investor-State dispute settlement (ISDS) clauses in international investment agreements or bilateral investment treaties allow foreign investors to sue host States before private arbitration panels set up by the parties whenever a dispute on the application of an international investment agreement arises. It stresses that ISDS has serious implications for human rights, the rule of law, democracy and national sovereignty, which the proposed Investment Court System (ICS) is intended to address:

1.1. ISDS/ICS raises issues regarding fair trial, transparency, equal access to a tribunal, prohibition of discrimination and legal certainty under Articles 6 and 14 of the European Convention on Human Rights (ETS No. 5, « the Convention ») and its Protocol No. 12 (ETS No. 177);

1.2. the threat of litigation before non-State dispute settlement mechanisms could discourage governments from taking necessary regulatory measures to uphold the rights of their citizens against foreign multinational companies, for example by strengthening the protection of the environment and social rights (« regulatory chill »);

1.3. democracy and national sovereignty are called into question when States are prevented by agreements concluded by previous governments from adapting their legislation and practice to changes in the factual situation or in political priorities.

2. The right to the protection of property (Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention (ETS No. 9)) also applies to foreigners, including legal persons. Foreign investors can therefore not be denied legal protection on the pretext that they can take into account the risk of expropriation and other political risks in their investment and pricing decisions or that they merely exploit the host States.

3. The Assembly considers that effective protection of foreign investments encourages long-term, sustainable investments which promote economic growth and create jobs. This requires reliable, efficient and neutral dispute resolution mechani-

(1) *Assembly debate* on 27 January 2017 (9th Sitting) (see Doc. 14225, report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, rapporteur: Mr Pieter Omtzigt; and Doc. 14255, opinion of the Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, rapporteur: Mr Geraint Davies). *Text adopted by the Assembly* on 27 January 2017 (9th Sitting).

sms. The lack of effective legal protection for investments encourages short-term profit maximisation and informal self-protection strategies, including bribery and other forms of interference in the political process in the host countries. However, foreign investors in the European Union are already protected in three ways – by the European Court of Human Rights, European law and domestic law in EU member States.

4. It recognises that small and medium-sized businesses needing to defend themselves against discriminatory treatment by host States are at a disadvantage as they do not have a large company's political clout in order to secure bilateral diplomatic protection by their home States.

5. The Assembly notes that:

5.1. European States have concluded thousands of international investment agreements/bilateral investment treaties with ISDS clauses with third countries and among themselves;

5.2. investment arbitration tribunals usually consist of one arbitrator selected by each party to the dispute and a third agreed on by the first two. Arbitrators are often drawn from business circles or specialised law offices. The parties' submissions and the final rulings often remain confidential, which reduces the predictability of outcomes. The parties do not normally have the right of appeal; the tribunals can be inconsistent in their verdicts and may not respect the doctrine of precedent;

5.3. arbitration proceedings following the rules developed by the World Bank's International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and the International Chamber of Commerce (ICC) have undergone a number of reforms aimed at, in particular, increasing transparency and the possibilities for third party intervention. There are a number of competing arbitration systems that have not yet had the benefit of transparent iterative evolu-

tion similar to that of the delivery of justice in public law in mature democracies;

5.4. national courts dealing with investment disputes have been accused of bias against foreign investors, being generally reluctant to implement international agreements or too slow and inefficient for the purposes of international business transactions.

6. The Assembly further notes that:

6.1. the Investment Court System proposed by the European Commission is intended to correct the flaws of traditional ISDS mechanisms without entrusting the protection of foreign investors exclusively to the courts of host States. It would consist of a permanent first instance court and appeals court staffed by judges appointed by participating States. The proposed ICS would follow transparent procedures, allow third-party interventions by representatives of civil society as a matter of right and be subjected to binding interpretations of the underlying agreement laid down by the States Parties;

6.2. proponents of ISDS fear that the future ICS will be too much under the influence of States and their interests, to the detriment of investors. Opponents of ISDS are dissatisfied with the fact that the proposed ICS would still grant foreign investors, as opposed to domestic ones, privileged access to a legal remedy outside the institutional framework of the host State.

7. In view of the above, the Assembly considers that replacing ISDS clauses by a permanent, multilateral ICS would be a reasonable compromise between the status quo, consisting of multiple ISDS mechanisms, and the full re-nationalisation of investment protection. It would eliminate the most important drawbacks of the existing ISDS mechanisms whilst ensuring that foreign investments, especially those by small and medium-sized companies, continue to enjoy adequate legal protection at the international level.

8. Investment protection is often included in bilateral trade and investment agreements. States can terminate the agreement if it no longer corresponds to their political objectives. In such a case, existing investments continue to benefit from protection for a transitional period, which should be limited to a reasonable timeframe. European Union member States are effectively prevented from exercising this option as such agreements are now concluded by the European Union. The Assembly considers that ways and means should be explored to enable European Union member States to choose whether or not to participate in investment protection agreements, for example by including investment protection rules in an optional protocol.

9. Members of the Assembly disagree on the need for ICS between developed countries but agree that, if ICS were pursued, it should be in accordance with the European Convention on Human Rights (ECHR), and, in particular, must fulfil the following conditions:

9.1. ensure that legal proceedings around investment continue to follow fair and transparent procedures, in line with Article 6 of the European Convention on Human Rights. In particular, the procedures should ensure that both sides of the dispute and any third parties having a legitimate interest are heard, that the parties' submissions and the holdings of the Court are made public and that the judges are impartial and independent;

9.2. apply the international investment agreement underlying each dispute in such a way as to avoid undue interference with the States' right to regulate. States should remain free to regulate economic activity in order to protect the environment, public health and safety and human rights, including social rights and freedoms of association, expression and information, as well as the right to privacy, without discrimination between domestic or foreign companies;

9.3. duly take into account the States' obligations deriving from the Convention,

in particular as regards the case law of the European Court of Human Rights on the distinction between the deprivation of possessions and the control of the use of property (Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention);

9.4. interpret typical features of such international investment agreements as « fair and equal treatment » and « stabilisation » clauses and the protection of « legitimate expectations » in such a way that the State's right to regulate is not undercut; the interpretation of such clauses should encourage the use by prospective investors and States negotiating investment agreements of due diligence tools such as environmental and human rights impact assessments.

10. The Assembly calls on the member States of the Council of Europe to:

10.1. take an active part in the creation of an ICS and ensure that the above human rights and rule of law considerations are fully taken into account and that the final judgments of the ICS are promptly and fully implemented at the national level;

10.2. improve, if need be, their national courts' efficiency and actual and perceived impartiality in such a way as to encourage foreign investors to make use of them more frequently;

10.3. ensure that in existing ISDS cases, filings of notices, briefs, decisions and settlements are always public and available in an online repository;

10.4. lay down strict criteria on the domiciliation of foreign investors to determine their eligibility for ISDS/ICS remedies, in order to prevent « treaty shopping »;

10.5. make ICS mechanisms an optional protocol from which exit is possible for individual States with a one year notice

period and a fixed term of protection for existing investments;

10.6. ensure that, under ICS, companies can only sue for actual damages incurred;

10.7. review all ISDS clauses in international investment agreements that they have entered into, assess their appro-

priateness and bring them into line with the best practices foreseen for the future ICS.

10.8. ensure that ICS and ISDS mechanisms are (re-)constructed in a way that binds them to implementing the European Convention on Human Rights and the rulings of the European Court of Human Rights.

ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE

RESOLUTION 2151 (2017) ⁽¹⁾

Version provisoire

La compatibilité avec les droits de l'homme de l'arbitrage investisseur-Etat dans les accords internationaux de protection des investissements

ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE,

1. L'Assemblée parlementaire observe que les clauses de règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE) présentes dans les accords internationaux d'investissement ou les traités bilatéraux d'investissement autorisent les investisseurs étrangers à engager une action en justice contre l'Etat d'accueil devant des collèges arbitraux privés mis en place par les parties en cas de litige sur l'application de l'accord international d'investissement. Elle souligne que le RDIE a de graves répercussions sur les droits de l'homme, l'Etat de droit, la démocratie et la souveraineté nationale, auxquelles le Système juridictionnel des investissements (SJI) proposé vise à remédier:

1.1. le RDIE/SJI soulève un certain nombre de questions en matière de procès équitable, de transparence, d'égalité

1. *Discussion par l'Assemblée* le 27 janvier 2017 (9^e séance) (voir Doc. 14225, rapport de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme, rapporteur: M. Pieter Omtzigt; et Doc. 14255, avis de la commission des questions sociales, de la santé et du développement durable, rapporteur: M. Geraint Davies). *Texte adopté par l'Assemblée* le 27 janvier 2017 (9^e séance).

d'accès à un tribunal, d'interdiction de la discrimination et de sécurité juridique que garantissent les articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (STE no 5, « la Convention ») et son Protocole no 12 (STE no 177);

1.2. la crainte d'un contentieux engagé devant des mécanismes non étatiques de règlement des différends pourrait dissuader les gouvernements de prendre les mesures réglementaires qui s'imposent pour protéger les droits de leurs citoyens contre les sociétés multinationales étrangères, par exemple en renforçant la protection de l'environnement et des droits sociaux (« effet dissuasif sur la réglementation »);

1.3. la démocratie et la souveraineté nationale sont remises en question lorsque des accords conclus par des gouvernements antérieurs empêchent les Etats d'adapter leur législation et la pratique à l'évolution de la situation concrète ou à leurs priorités politiques.

2. Le droit à la protection de la propriété (article 1 du Protocole no 1 à la Convention (STE no 9)) est également applicable aux étrangers, y compris aux personnes morales. Les investisseurs étrangers ne peuvent par conséquent se voir refuser une protection juridique sous prétexte

qu'ils ont la possibilité de tenir compte du risque d'expropriation et des autres risques politiques qu'ils prennent dans leur décision d'investissement et leurs tarifs ou qu'ils se contentent d'exploiter les Etats d'accueil.

3. L'Assemblée considère que la protection effective des investissements étrangers encourage les investissements durables à long terme, qui favorisent la croissance économique et la création d'emplois. Cette protection suppose l'existence de mécanismes de règlement des différends fiables, efficaces et neutres. L'absence de protection juridique effective des investissements encourage la maximisation à court terme des bénéfices et l'adoption de stratégies informelles destinées à assurer l'auto-protection des investisseurs, notamment le recours à la corruption et aux autres formes d'ingérence dans le processus politique des pays.

4. Elle reconnaît que les petites et moyennes entreprises, qui ont besoin de se protéger contre le traitement discriminatoire des Etats d'accueil, sont désavantagées car elles ne disposent pas de l'influence politique des grandes entreprises, qui leur assure une protection diplomatique bilatérale par l'intermédiaire de leur Etat d'origine.

5. L'Assemblée observe que:

5.1. les Etats européens ont conclu, avec des Etats tiers et entre eux, des milliers d'accords internationaux d'investissement et de traités bilatéraux d'investissement qui comportent des clauses de RDIE;

5.2. les tribunaux arbitraux d'investissement se composent généralement d'un arbitre choisi par chaque partie au litige et d'un troisième arbitre coopté par les deux premiers. Les arbitres sont souvent choisis dans les milieux d'affaires ou les cabinets d'avocats spécialisés. Les conclusions des parties et les décisions finales demeurent souvent confidentielles, ce qui restreint la prévisibilité de l'issue de la procédure. Les parties ne disposent généralement pas du droit de recours et les tribunaux peuvent adopter des décisions incohérentes et ne pas appliquer la règle du précédent;

5.3. à la suite des dispositions élaborées par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et la Chambre de commerce internationale (CCI), la procédure d'arbitrage a connu un certain nombre de réformes destinées notamment à renforcer sa transparence et les possibilités de tierces interventions. Toutefois, il existe plusieurs systèmes d'arbitrage concurrents qui n'ont pas encore eu l'avantage de suivre une évolution itérative transparente telle que la bonne administration de la justice en droit public dans les démocraties matures;

5.4. les juridictions nationales amenées à se prononcer sur des litiges d'investissement ont été accusées de partialité défavorables aux investisseurs étrangers, se montrant généralement réticentes à mettre en oeuvre les accords internationaux ou trop lentes et trop peu efficaces pour les transactions commerciales internationales.

6. L'Assemblée observe par ailleurs que:

6.1. le Système juridictionnel des investissements (SJI) proposé par la Commission européenne vise à corriger les défauts des mécanismes classiques de RDIE, sans confier la protection des investisseurs étrangers exclusivement aux juridictions nationales de l'Etat d'accueil. Il consisterait en un tribunal de première instance et une cour d'appel permanents, composés de juges nommés par les Etats participants. Le SJI proposé appliquerait une procédure transparente, autoriserait les tierces interventions de droit des représentants de la société civile et devrait respecter les interprétations contraignantes de l'accord concerné retenues par les Etats Parties;

6.2. les partisans du RDIE craignent que le futur SJI subisse trop l'influence des Etats et de leurs intérêts, au détriment des investisseurs. Les opposants au RDIE ne sont pas satisfaits par l'accès privilégié à

une voie de recours extérieure au cadre institutionnel de l'Etat d'accueil que le SJI proposé continuerait d'accorder aux investisseurs étrangers, contrairement aux investisseurs nationaux.

7. Au vu de ce qui précède, l'Assemblée estime que le remplacement des clauses de RDIE par un SJI permanent et multilatéral représenterait un compromis raisonnable entre le statu quo, qui se compose de multiples mécanismes de RDIE, et la renationalisation complète de la protection des investissements. Il supprimerait les principaux inconvénients des mécanismes existants de RDIE, tout en garantissant que les investissements étrangers, à commencer par ceux des petites et moyennes entreprises, continuent à jouir d'une protection juridique adéquate au niveau international.

8. La protection des investissements est souvent prévue par les accords commerciaux et d'investissement bilatéraux. Les Etats peuvent mettre fin aux accords bilatéraux d'investissement s'ils ne correspondent plus à leurs objectifs politiques. En pareil cas, les investissements existants continuent à bénéficier d'une protection pendant une période transitoire, qui devrait être raisonnablement limitée dans le temps. Dans les faits, les Etats membres de l'Union européenne se voient empêchés de recourir à cette option, puisque ces accords sont désormais conclus par l'Union. L'Assemblée considère qu'il convient de réfléchir aux voies et moyens qui permettent aux Etats membres de l'Union européenne de choisir de prendre part ou non aux accords de protection des investissements, par exemple en intégrant les dispositions relatives à la protection des investissements dans un protocole facultatif.

9. Les membres de l'Assemblée ne sont pas d'accord sur la nécessité d'un SJI entre pays développés mais s'accordent à dire que, si le SJI était mis en œuvre, il devrait être conforme à la Convention européenne des droits de l'homme et, en particulier, remplir les conditions suivantes:

9.1. veiller à ce que les procédures judiciaires en matière d'investissement

continuent de suivre une procédure équitable et transparente, conforme à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il importe notamment que la procédure garantisse que les deux parties au litige, ainsi que tout tiers qui y a un intérêt légitime, soient entendus, que les conclusions des parties et les décisions de cette juridiction soient rendues publiques et que les juges soient impartiaux et indépendants;

9.2. appliquer l'accord international d'investissement qui fait l'objet du litige de manière à éviter toute ingérence excessive dans le droit des Etats à réglementer. Il importe que les Etats demeurent libres de réglementer l'activité économique en vue de protéger l'environnement, la santé publique et la sécurité, les droits humains, notamment les droits sociaux et les libertés d'association, d'expression et d'information, ainsi que le droit au respect de la vie privée, sans discrimination entre les entreprises nationales ou étrangères;

9.3. tenir dûment compte des obligations nées pour les Etats de la Convention, notamment de la jurisprudence établie par la Cour européenne des droits de l'homme sur la distinction entre la privation de propriété et le fait de réglementer l'usage des biens (article 1 du Protocole no 1 à la Convention);

9.4. interpréter les éléments caractéristiques des accords internationaux d'investissement, comme « le traitement juste et équitable », les clauses de « stabilisation » et la protection des « attentes légitimes », de manière à ne pas compromettre le droit de réglementer reconnu à l'Etat; l'interprétation de ces clauses devrait encourager les éventuels investisseurs et les Etats qui négocient des accords d'investissement à recourir à des instruments conformes à la diligence requise en la matière, comme les évaluations d'impact sur l'environnement et les droits de l'homme.

10. L'Assemblée appelle les Etats membres du Conseil de l'Europe:

10.1. à prendre une part active à la création d'un SJI et veiller à ce que les

considérations susmentionnées en matière de droits de l'homme et d'Etat de droit soient pleinement prises en compte et à ce que les décisions de justice définitives du SJI soient rapidement et pleinement mises en oeuvre à l'échelon national;

10.2. à améliorer, si besoin est, l'efficacité et l'impartialité réelle et per ue de leurs juridictions nationales, de manière à inciter les investisseurs étrangers à y recourir plus fréquemment;

10.3. à veiller à ce que dans les affaires soumises aux mécanismes existants de RDIE les notifications d'arbitrage, les conclusions, les décisions et les règlements amiables soient systématiquement publics et disponibles sur un registre en ligne;

10.4. à définir des critères rigoureux de domiciliation des investisseurs étrangers pour déterminer leur qualité à utiliser les voies de recours de RDIE/SJI, afin de

prévenir toute quête du traité le plus favorable;

10.5. à faire des mécanismes du SJI un protocole facultatif dont les États individuels peuvent sortir avec un délai de préavis d'un an et une durée déterminée de protection des investissements en cours;

10.6. à veiller à ce qu'en vertu du SJI, les sociétés ne puissent engager des poursuites que pour des dommages réellement subis;

10.7. à passer en revue l'ensemble des clauses de RDIE des accords internationaux d'investissement qu'ils ont conclus, évaluer leur adéquation et les mettre en conformité avec les bonnes pratiques prévues pour le futur SJI.

10.8. à veiller à ce que les mécanismes de SJI et de RDIE soient (re-)construits d'une manière qui les oblige à mettre en oeuvre la Convention européenne des droits de l'homme et les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

ASSEMBLEA PARLAMENTARE DEL CONSIGLIO D'EUROPA

RISOLUZIONE 2151 (2017)⁽¹⁾

Versione provvisoria

La compatibilità con i diritti umani dell'arbitrato investitore-Stato negli accordi internazionali di protezione degli investimenti

ASSEMBLEA PARLAMENTARE,

1. L'Assemblea parlamentare rileva che le clausole di risoluzione delle controversie investitore- Stato (ISDS) figuranti negli accordi d'investimento internazionali o nei trattati d'investimento bilaterali consentono agli investitori stranieri di citare in giudizio gli Stati ospitanti dinanzi a collegi arbitrali privati costituiti dalle parti ogniqualvolta sorga una controversia in merito all'applicazione di un accordo d'investimento internazionale. Sottolinea che l'ISDS presenta gravi implicazioni per i diritti umani, lo stato di diritto, la democrazia e la sovranità nazionale, che il proposto Sistema giurisdizionale per gli investimenti (ICS) si prefigge di affrontare:

1.1. l'ISDS/ICS solleva una serie di questioni in materia di giusto processo, trasparenza, parità di accesso ai tribunali, divieto della discriminazione e certezza del diritto ai sensi degli articoli 6 e 14 della

Convenzione europea dei diritti dell'uomo (STE n. 5, « la Convenzione ») e del suo Protocollo n. 12 (STE n. 177);

1.2. la minaccia di contenzioso dinanzi a meccanismi non statali di risoluzione delle controversie potrebbe dissuadere i governi dall'assumere i provvedimenti normativi necessari per sostenere i diritti dei loro cittadini contro società multinazionali straniere, ad esempio rafforzando la protezione ambientale e i diritti sociali (« paralisi regolatoria »);

1.3. la democrazia e la sovranità nazionale sono messe in discussione quando agli Stati è impedito, da accordi conclusi da governi precedenti, di adeguare la loro legislazione e le loro prassi ai cambiamenti della situazione di fatto o delle priorità politiche.

2. Il diritto alla tutela della proprietà (articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione (STE n. 9)) vale anche per gli investitori stranieri, comprese le persone giuridiche. Agli investitori stranieri non può dunque essere negata la tutela giuridica con il pretesto che essi hanno la possibilità di tener conto del rischio di esproprio e altri rischi politici nel determinare i propri investimenti e le proprie tariffe o che si limitano a sfruttare lo Stato ospitante.

(1) Dibattito in Assemblea del 27 gennaio 2017 (9° seduta) (V. Doc. 14225, Relazione della Commissione Affari giuridici e diritti umani, Relatore: on. Pieter OMTZIGT, e Doc. 14255, parere della Commissione Affari sociali, sanità e sviluppo sostenibile, Relatore: On. Geraint Davies). Testo adottato dall'Assemblea il 27 gennaio 2017 (9° seduta).

3. L'Assemblea ritiene che l'efficace tutela degli investimenti stranieri favorisca investimenti sostenibili e a lungo termine, che stimolano la crescita economica e creano posti di lavoro. Ciò richiede meccanismi di risoluzione delle controversie affidabili, efficienti e neutrali. La mancanza di un'efficace protezione giuridica degli investimenti incentiva la massimizzazione dei profitti a breve termine e strategie informali di autotutela, fra cui la corruzione e altre forme d'interferenza nei processi politici dei Paesi ospitanti. Tuttavia, gli investitori stranieri nell'Unione europea sono già protetti attraverso tre meccanismi: la Corte europea di diritti dell'uomo, il diritto europeo e diritto nazionale negli Stati membri dell'UE.

4. L'Assemblea riconosce che le piccole e medie imprese obbligate a difendersi da trattamenti discriminatori posti in atto da Stati ospitanti si trovano in svantaggio poiché non dispongono del peso politico di una grande azienda al fine di assicurarsi una protezione diplomatica bilaterale da parte dei loro Stati d'origine.

5. L'Assemblea osserva che:

5.1. gli Stati europei hanno stipulato migliaia di accordi d'investimento internazionali/trattati d'investimento bilaterali contenenti clausole di ISDS con Paesi terzi e fra di loro;

5.2. i collegi arbitrali per gli investimenti sono solitamente formati da un arbitro scelto da ciascuna parte alla controversia e da un terzo designato di comune accordo dai primi due. Gli arbitri sono spesso individuati negli ambienti d'affari o presso studi legali specializzati. Le argomentazioni delle parti e le decisioni finali rimangono spesso confidenziali, il che riduce la prevedibilità degli esiti. Le parti normalmente non hanno diritto d'appello; i collegi arbitrali possono essere incoerenti nelle loro sentenze e possono non attenersi alla dottrina dei precedenti;

5.3. le procedure arbitrali, a seguito delle regole elaborate dal Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID) della

Banca mondiale, dalla Commissione delle Nazioni Unite sul diritto commerciale internazionale (UNCITRAL) e dalla Camera di commercio internazionale (ICC) hanno subito una serie di riforme miranti, in particolare, ad accrescere la trasparenza e le possibilità d'intervento di parti terze. Esistono una serie di sistemi arbitrali concorrenti che però non hanno ancora avuto il vantaggio di favorire un'evoluzione trasparente iterativa simile a quella dell'amministrazione della giustizia nel diritto pubblico delle democrazie mature;

5.4. i tribunali nazionali competenti per le controversie sugli investimenti sono stati accusati di parzialità a sfavore degli investitori stranieri, in quanto sono solitamente riluttanti ad attuare gli accordi internazionali o troppo lenti e inefficienti per gli scopi delle transazioni commerciali internazionali.

6. L'Assemblea nota inoltre che:

6.1. il Sistema giurisdizionale per gli investimenti (ICS) proposto dalla Commissione europea mira a correggere i difetti dei meccanismi tradizionali di ISDS senza affidare la protezione degli investitori stranieri esclusivamente ai tribunali degli Stati ospitanti. Esso consisterebbe in una corte di primo grado permanente e in corti d'appello composte da giudici nominati dagli Stati partecipanti. L'ICS quale è stato proposto seguirebbe procedure trasparenti, ammetterebbe a pieno titolo interventi terzi di rappresentanti della società civile e sarebbe soggetto a interpretazioni vincolanti dell'accordo da cui trae origine, definito dagli Stati Parti;

6.2. i fautori dell'ISDS temono che il futuro ICS sarà eccessivamente soggetto all'influenza degli Stati e dei loro interessi, a danno degli investitori. I detrattori dell'ISDS sono invece scontenti del fatto che l'ICS quale è stato proposto seguirebbe a offrire agli investitori stranieri, contrariamente a quelli nazionali, un accesso privilegiato a vie di ricorso giuridico esterne al quadro istituzionale dello Stato ospitante.

7. Alla luce di quanto sopra, l'Assemblea ritiene che la sostituzione delle clausole dell'ISDS con un ICS multilaterale e permanente rappresenterebbe un ragionevole compromesso fra lo status quo, costituito da molteplici meccanismi di ISDS, e la totale ri-nazionalizzazione della tutela degli investimenti. Essa eliminerebbe i principali inconvenienti dei meccanismi di ISDS esistenti, garantendo, nel contempo, che gli investimenti stranieri, specie quelli delle piccole e medie imprese, continuino a godere di un'adeguata protezione giuridica a livello internazionale.

8. La tutela degli investimenti è frequentemente inclusa negli accordi bilaterali relativi al commercio e agli investimenti. Gli Stati possono porre fine a un accordo qualora esso non corrisponda più ai loro obiettivi politici. In tal caso, gli investimenti in essere continuano a beneficiare della protezione per un periodo transitorio, che dovrebbe essere limitato a una durata ragionevole. Agli Stati membri dell'Unione europea il ricorso a tale opzione è in realtà precluso poiché tali accordi sono ora stipulati dall'Unione europea stessa. L'Assemblea ritiene che occorrerebbe approfondire modi e mezzi per dar modo agli Stati membri dell'Unione europea di scegliere se partecipare o meno ad accordi di tutela degli investimenti, ad esempio includendo norme per la tutela degli investimenti in un protocollo facoltativo.

9. I membri dell'Assemblea non sono d'accordo sulla necessità di avere un ICS tra paesi sviluppati ma concordano che se l'ICS dovesse essere attuato, dovrebbe essere conforme alla Convenzione europea dei diritti umani e, in particolare, dovrebbe rispettare le condizioni seguenti:

9.1. garantire che i procedimenti giudiziari in materia di investimenti continuino a seguire procedure eque e trasparenti, conformi all'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In particolare, le procedure dovrebbero garantire che siano ascoltate entrambe le parti nel contenzioso e qualsiasi parte terza avente un interesse legittimo, che siano rese pubbliche le argomentazioni delle parti e che

le decisioni giudiziali del tribunale e i giudici siano imparziali e indipendenti;

9.2. applicare l'accordo internazionale d'investimento da cui trae origine ogni singola controversia in maniera tale da evitare un'indebita interferenza con la potestà regolamentare degli Stati. Gli Stati dovrebbero rimanere liberi di regolare le attività economiche al fine di proteggere l'ambiente, la salute pubblica, la sicurezza e i diritti umani, compresi i diritti sociali e le libertà d'associazione, espressione e informazione come pure il diritto alla vita privata, senza discriminare tra società nazionali o estere;

9.3. tenere in debito conto gli obblighi derivanti agli Stati dalla Convenzione, specie per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla distinzione fra la privazione dei beni e la regolamentazione dell'uso della proprietà (articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione);

9.4. interpretare elementi caratteristici di tali accordi internazionali d'investimento quali le clausole di « trattamento corretto ed equo » e « stabilizzazione » e la tutela delle « legittime aspettative » in modo tale da non indebolire la potestà regolamentare dello Stato; l'interpretazione di tali clausole dovrebbe incoraggiare l'uso, da parte dei potenziali investitori e degli Stati che negoziano gli accordi d'investimento, di strumenti di diligenza dovuta quali le valutazioni d'impatto ambientale e sui diritti umani.

10. L'Assemblea invita gli Stati membri del Consiglio d'Europa a:

10.1. partecipare attivamente alla creazione di un ICS e far sì che le considerazioni sopra esposte sui diritti umani e lo stato di diritto siano pienamente recepite e le decisioni finali dell'ICS siano prontamente e pienamente applicate a livello nazionale;

10.2. migliorare, ove occorra, l'efficienza e l'imparzialità effettiva e percepita dei loro tribunali nazionali in modo tale da

indurre gli investitori stranieri a farne un uso più frequente;

10.3. garantire che, nei casi discussi in sede di ISDS esistente, le notifiche di arbitrato, i fascicoli, le decisioni e le transazioni amichevoli siano sempre pubblici e accessibili in un registro online;

10.4. definire criteri rigorosi sulla domiciliazione degli investitori stranieri al fine di determinarne la titolarità ad accedere alle vie di ricorso in sede di ISDS/ICS, allo scopo d'impedire il « *treaty shopping* » [caccia alle convenzioni più favorevoli];

10.5. a fare dei meccanismi dell'ICS un protocollo facoltativo al quale i singoli Stati potranno sottrarsi con un preavviso

di un anno e una durata determinata di protezione per gli investimenti in corso;

10.6. a vigilare affinché le società, in virtù dell'ICS, possano avviare procedimenti legali soltanto per danni realmente subiti;

10.7. esaminare tutte le clausole di ISDS negli accordi internazionali d'investimento che abbiano stipulato, valutarne l'appropriatezza e renderle conformi alle migliori pratiche previste per il futuro ICS;

10.8. garantire che i meccanismi dell'ICS e ISDS siano ristabiliti in maniera da vincolarli all'attuazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

PAGINA BIANCA

PAGINA BIANCA



170122019380