

Rapporto

1 **Cogliere le opportunità offerte dagli sviluppi nell'ambito della protezione degli investimenti internazionali**

Gli investimenti internazionali contribuiscono alla crescita economica e al benessere, tanto più in un Paese con un mercato interno di piccole dimensioni come la Svizzera. Gli investimenti esteri consentono alle imprese di sfruttare gli effetti di scala e gli effetti di rete, che sono spesso determinanti ai fini della competitività.

Con un volume di investimenti diretti all'estero superiore a 1120 miliardi di franchi, la Svizzera è uno fra i dieci principali esportatori di capitali al mondo. Ha quindi tutto l'interesse a creare condizioni quadro favorevoli agli investimenti esteri. Gli accordi di promozione e protezione reciproca degli investimenti (APPI) svolgono in tal senso un ruolo fondamentale offrendo agli investitori, a complemento del diritto nazionale dello Stato in cui è effettuato l'investimento (Stato ospitante), una maggiore certezza del diritto e una protezione contro i rischi politici. Queste garanzie sono necessarie considerato che, in generale, gli investimenti all'estero presuppongono un impegno di capitali a lungo termine nello spazio giuridico di un altro Stato.

Negli ultimi anni gli APPI, e in particolare le procedure di arbitrato tra investitori e Stato che essi prevedono, sono stati al centro di critiche sempre più accese. Alcuni Stati hanno così iniziato a denunciare i loro APPI, fra cui anche quelli conclusi con la Svizzera. Il nostro Paese riconosce la necessità di rivedere alcuni aspetti della protezione degli investimenti. Per tale motivo in questi anni ha continuato a sviluppare la sua prassi contrattuale in materia e ha partecipato attivamente, sul piano multilaterale, all'elaborazione di nuove norme sulla trasparenza nell'arbitrato tra investitori e Stato.

In futuro converrà proseguire l'adeguamento del regime di protezione degli investimenti per migliorarne il funzionamento e rafforzare l'accettazione degli APPI a livello internazionale. A tale scopo la Svizzera mira in primo luogo a migliorare i processi multilaterali, che permettono di elaborare soluzioni ampiamente condivise. Attualmente figurano in primo piano le discussioni sull'opportunità di istituire un tribunale arbitrale multilaterale e permanente e un'istanza di appello al posto degli odierni tribunali arbitrali ad hoc. In parallelo la Svizzera sta progressivamente rinnovando i suoi APPI bilaterali.

La crescente globalizzazione delle catene del valore e la digitalizzazione dell'economia confermano quanto sia importante rafforzare la certezza del diritto attraverso la protezione degli investimenti. Allo stesso tempo gli APPI devono tenere conto della coerenza delle politiche, promuovere una politica

d'investimento favorevole allo sviluppo, in particolare nei Paesi in via di sviluppo e nei Paesi emergenti, e favorire la realizzazione degli obiettivi globali per uno sviluppo sostenibile.

1.1 **Importanza economica degli investimenti internazionali**

Il successo dello sviluppo economico della Svizzera è legato a condizioni quadro propizie che permettono alle imprese di effettuare investimenti e creare posti di lavoro. Le dimensioni relativamente ridotte del suo mercato interno fanno sì che la Svizzera dipenda fortemente dall'accesso ai mercati di sbocco e di approvvigionamento esteri e dagli investimenti diretti¹. Il trasferimento di sapere e di tecnologia legato agli investimenti diretti è un fattore determinante ai fini della competitività. Per questo motivo gli Stati cercano di creare condizioni quadro favorevoli agli investimenti nazionali ed esteri (infrastrutture, formazione, mercato del lavoro ecc.). Oggi questi aspetti diventano sempre più importanti dal momento che il progresso tecnologico e l'eliminazione degli ostacoli tecnici al commercio comportano una crescente globalizzazione delle catene del valore². I processi di produzione sono sempre più frammentati: le varie fasi vengono affidate a più attori situati in Paesi diversi. In tale contesto svolgono un ruolo fondamentale le multinazionali che, investendo all'estero, creano reti di produzione e di distribuzione internazionali.

Dal 2000 gli investimenti transfrontalieri hanno assunto un peso sempre maggiore, fino a superare il commercio dei beni in termini di crescita³. In pochi anni la quota mondiale degli investimenti diretti nei Paesi in via di sviluppo e nei Paesi emergenti ha segnato un'impennata. Nel 2010, per la prima volta, oltre la metà degli investimenti diretti internazionali⁴, pari a 574 miliardi di dollari, è stata effettuata in questi Paesi. Negli ultimi dieci anni il volume degli investimenti diretti esteri in Africa ha registrato un aumento (8 %) paragonabile a quello registrato nel Nord America o in Europa. Nello stesso periodo l'aumento annuo medio in Asia e America latina è stato persino superiore (12 % e 10 %). In parallelo, anche Paesi in via di sviluppo o emergenti come Cina, India e Brasile, hanno iniziato a incrementare i loro investimenti all'estero.

¹ Per «investimenti diretti» si intendono gli investimenti di capitale effettuati da un investitore allo scopo di influenzare direttamente e in modo duraturo le attività di un'impresa.

Nelle statistiche della Banca nazionale svizzera (BNS) si rileva un investimento diretto se l'investitore partecipa con una quota di almeno il 10 per cento al capitale che dà diritto di voto o se crea una filiale o una succursale all'estero.

² Cfr. rapporto del Consiglio federale del 14 gennaio 2015 sulla politica economica esterna 2014 (n. 1), FF **2015** 1273, in particolare pag. 1288.

³ Cfr. SECO, *Wirtschaftliche Bedeutung der Freihandelsabkommen für die Schweiz*, 2016; www.seco.admin.ch > Politica esterna e cooperazione economica > Accordi di libero scambio > Effetti economici degli accordi di libero scambio.

⁴ Cfr. CNUCES, *World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International Production and Development*, 2011, pag. 2; <http://investmentpolicyhub.unctad.org> > Publications.

Il fabbisogno di investimenti internazionali a favore dello sviluppo sostenibile rimane molto elevato. Nel settembre 2015 i 193 Stati membri delle Nazioni Unite hanno approvato l'Agenda 2030, comprendente obiettivi globali di sviluppo sostenibile (OSS). Secondo il piano di attuazione questi obiettivi potranno essere raggiunti solo con un aumento degli investimenti nei Paesi in via di sviluppo stimato dalle Nazioni Unite a 2500 miliardi di dollari all'anno per i prossimi quindici anni. Insieme agli sforzi nazionali e internazionali a favore dello sviluppo e alla stabilità del sistema finanziario internazionale, anche gli investimenti privati, in particolare quelli internazionali, svolgono un ruolo decisivo. Dal punto di vista della politica di sviluppo, gli investimenti producono effetti positivi a lungo termine e ad ampio raggio dal momento in cui sono effettuati in modo responsabile e si inseriscono in un contesto solido, partecipativo e propizio alla crescita. Si può così evitare la formazione di un'«isola» di investimenti esteri senza un legame reale con l'economia locale e promuovere una crescita equilibrata.

Effetti della digitalizzazione sugli investimenti internazionali

La digitalizzazione sta trasformando l'economia e il mondo del lavoro⁵. All'origine di questa svolta ci sono le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, unite alla diffusione di computer e infrastrutture di rete sempre più potenti. L'evoluzione tecnica apre nuove possibilità di accesso ai mercati esteri e offre opportunità d'innovazione e di sviluppo di nuovi prodotti, servizi e modelli commerciali. Per le multinazionali la progressiva digitalizzazione si traduce in un accorciamento delle catene del valore mondiali. Essa permette inoltre alle piccole e medie imprese (PMI) di migliorare considerevolmente la loro efficienza, ad esempio facilitando le transazioni finanziarie o rendendo possibile l'introduzione di nuovi modelli di collaborazione e di commercializzazione e l'utilizzo di servizi *cloud*. In aggiunta alle forme di finanziamento tradizionali, fanno la loro comparsa nuovi meccanismi di acquisizione di capitali come il finanziamento partecipativo (*crowdfunding*). Con l'avvento della digitalizzazione, inoltre, la questione della protezione dei dati diventa sempre più sensibile.

La digitalizzazione dell'economia modifica anche gli schemi d'investimento mondiali. Nel suo ultimo rapporto sugli investimenti nel mondo⁶ la Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo (CNUCES) analizza questo fenomeno presso le 100 principali multinazionali. Tra il 2010 e il 2015 le multinazionali digitali e quelle tecnologiche⁷ hanno aumentato del 65 per cento i loro attivi e del 30 per

⁵ Cfr. rapporto del Consiglio federale sulle condizioni quadro dell'economia digitale, SECO 2017; www.seco.admin.ch > Situazione economica e politica economica > Politica economica > Digitalizzazione > *Rapport du Conseil fédéral sur les principales conditions-cadres pour l'économie numérique*.

⁶ CNUCES, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, 2017, pag. 155 e segg.; <http://investmentpolicyhub.unctad.org> > Publications.

⁷ La CNUCES intende per «multinazionali tecnologiche» le imprese attive nei settori innovativi delle tecnologie di punta, come l'elettronica, le tecnologie dell'informazione e la biotecnologia. L'espressione «multinazionali digitali» designa le imprese che propongono infrastrutture e mezzi di comunicazione nei settori delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e che coprono un ampio ventaglio di modelli commerciali (piattaforme online, commercio elettronico ecc.). Le imprese di telecomunicazione non rientrano in nessuna di queste categorie.

cento i loro organici e le loro entrate d'esercizio, registrando così una crescita sensibilmente maggiore rispetto a quella delle altre multinazionali, quasi nulla nello stesso periodo. La digitalizzazione delle catene del valore e la quota dei servizi (p. es. nei settori dello sviluppo e delle tecnologie dell'informazione) sul valore del prodotto finale seguono una progressione costante in tutte le multinazionali, con un aumento particolarmente accentuato per le imprese digitali. Mentre le altre multinazionali hanno in media il 65 per cento dei loro capitali all'estero, dove realizzano anche il 65 per cento del loro fatturato, la quota del fatturato generata all'estero dalle multinazionali tecnologiche e digitali supera il 70 per cento. Tuttavia, solo il 40 per cento dei loro capitali è investito al di fuori dello Stato d'origine. Ciò significa che hanno bisogno di meno investimenti e personale per raggiungere i mercati esteri. Con la digitalizzazione si assiste inoltre a un'evoluzione dei fattori locali che attirano gli investimenti internazionali. L'importanza del livello dei salari, ad esempio, potrebbe diminuire, e quella del livello di formazione aumentare.

Importanza degli investimenti internazionali per la Svizzera

Per il nostro Paese gli investimenti internazionali svolgono un ruolo di primo piano. Secondo le statistiche della Banca nazionale svizzera (BNS)⁸ sia il volume degli investimenti diretti esteri (oltre 1120 mia. CHF, alla fine del 2015) che il numero di persone impiegate da filiali svizzere all'estero (ca. 2 mio.) raggiungono, nel confronto internazionale, un valore eccezionale⁹. Dal 2000 il volume degli investimenti diretti svizzeri all'estero è triplicato. Nel 2015 il prodotto netto degli investimenti diretti rientrati in Svizzera si aggirava attorno a 92 miliardi di franchi. Nello stesso anno gli investimenti diretti esteri in Svizzera raggiungevano circa 833 miliardi di franchi e davano lavoro a più di 456 000 persone.

In Svizzera, oltre alle grandi multinazionali, ci sono diverse centinaia di PMI che effettuano importanti investimenti diretti all'estero. Alla fine del 2015 il volume degli investimenti delle imprese industriali, per oltre il 40 per cento imprese del gruppo settoriale «chimica e plastica», ammontava a 395 miliardi di franchi. Nello stesso anno il volume degli investimenti nel settore dei servizi, prevalentemente banche e assicurazioni (50 %) e commercio (40 %), si attestava a 332 miliardi di franchi. Il volume degli investimenti delle società finanziarie e holding nelle filiali estere ammontava a 393 miliardi di franchi. Gli investimenti esteri contribuiscono in modo sostanziale alla produttività dell'economia svizzera. Per le imprese elvetiche, considerate le dimensioni ridotte del mercato interno, gli effetti di scala derivanti dalla creazione di reti di produzione o di distribuzione all'estero sono particolarmente importanti. Viceversa, gli investimenti dall'estero portano alla piazza economica svizzera capitali e know-how supplementari.

La Svizzera ha quindi tutto l'interesse a beneficiare di un accesso quanto più possibile libero e non discriminatorio ai mercati d'investimento internazionali. Il rilevamento di imprese da parte di investitori stranieri non è tuttavia sempre auspicabile nell'ottica di interessi pubblici preponderanti, in particolare nel caso di infrastrutture

⁸ Cfr. BNS, *Investissements directs 2015*, dicembre 2016; www.snb.ch > Publications.

⁹ Secondo le cifre della CNUCES, nel 2016 le imprese svizzere si situavano al nono posto della classifica mondiale del volume di investimenti esteri. Cfr. CNUCES, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, 2017, pag. 226.

critiche, ad esempio nel settore dei trasporti o dell'energia (reti elettriche, dighe ecc.) e delle prestazioni di base di importanza sistemica (p. es. in materia di sanità o di formazione). In Svizzera la proprietà dello Stato, gli obblighi di concessione e regolamentazioni speciali rendono pressoché impossibili gli investimenti esteri in questi settori.

1.2 Politica della Svizzera in materia di accordi

1.2.1 Accordi di promozione e protezione reciproca degli investimenti

L'obiettivo della politica economica esterna è assicurare alle imprese svizzere le stesse condizioni di accesso ai mercati esteri applicate ai loro concorrenti all'estero. In quanto importante Paese d'origine di investimenti internazionali, la Svizzera ha interesse a creare condizioni quadro favorevoli alle attività delle sue imprese all'estero e a offrire loro una protezione giuridica efficace. Insieme agli accordi di libero scambio (ALS) e alle convenzioni sulla doppia imposizione (CDI), gli APPI costituiscono uno dei principali pilastri della strategia economica esterna del Consiglio federale¹⁰. La conclusione di questi tre tipi di accordi economici si ripercuote positivamente sui flussi commerciali e sugli investimenti internazionali¹¹.

Le imprese svizzere continuano a sviluppare le loro attività internazionali. Le decisioni d'investimento all'estero dipendono dalle dimensioni del mercato, dal livello di formazione, dal livello dei salari e dall'offerta di infrastrutture. Le imprese svizzere necessitano inoltre di un ambiente stabile e prevedibile (certezza del diritto, protezione dei dati ecc.) dal momento che gli investimenti a lungo termine al di fuori del loro Paese d'origine le espongono ai rischi specifici dei sistemi giuridici esteri. In questo settore non esiste tuttavia una regolamentazione multilaterale completa come può essere quella che regge gli scambi commerciali transfrontalieri nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) (n. 1.2.2). Gli APPI colmano in parte questa lacuna offrendo una certezza del diritto supplementare, a complemento dei sistemi giuridici nazionali.

A livello mondiale si contano oggi più di 3200 APPI, una cifra in continuo aumento. Nel 2016 sono stati conclusi 37 nuovi APPI, e 19 sono stati abrogati in seguito a denuncia da parte di uno Stato contraente¹². Pur non essendo fra loro identici, in generale i vari APPI seguono la stessa struttura e riprendono gli stessi principi fondamentali. Dal canto suo, la Svizzera ha sottoscritto 116 APPI bilaterali, di cui 112 sono attualmente in vigore. Tra questi accordi, 91 prevedono un meccanismo di arbi-

¹⁰ Cfr. rapporto sulla politica economica esterna 2011 (n. 1), FF 2012 623, in particolare pag. 649.

¹¹ Cfr. SECO, *Exportpotenziale im Dienstleistungssektor, Strukturberichterstattung* n. 47/4, SECO 2011, pag. 24. Lo studio ha concluso che più grande è il numero di accordi economici (CDI, APPI, ALS ecc.) conclusi con uno Stato partner, maggiori sono gli effetti positivi, come l'aumento degli investimenti diretti.

¹² CNUCES, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, 2017, pag. 111.

trato tra investitori e Stato¹³. Gli ALS conclusi dalla Svizzera, per quanto riguarda gli investimenti, si limitano in linea di massima all'accesso ai mercati e non contengono alcuna disposizione di protezione. Fanno eccezione gli ALS con il Giappone, Singapore e la Corea del Sud che, oltre all'accesso ai mercati, coprono anche la protezione degli investimenti.

Gli APPI garantiscono agli investitori una protezione contro i rischi politici¹⁴ a livello internazionale. Negli APPI conclusi dalla Svizzera figurano in primo piano le seguenti norme di protezione: protezione contro le discriminazioni statali (trattamento nazionale e trattamento della nazione più favorita), protezione contro le espropriazioni illecite o non adeguatamente indennizzate, trattamento giusto ed equo (*fair and equitable treatment*), protezione contro l'inosservanza degli impegni dello Stato, garanzia della libera circolazione dei pagamenti e dei capitali. La procedura di arbitrato tra investitori e Stato prevista dalla maggior parte degli APPI dà agli investitori la possibilità di intentare un'azione contro lo Stato ospitante e di chiedere un indennizzo (n. 1.2.3).

Gli APPI conclusi dalla Svizzera proteggono unicamente gli investimenti realizzati conformemente alla legge, cioè nel rispetto delle disposizioni legali dello Stato ospitante (n. 1.2.4). Gli investitori che contravvengono alle disposizioni legali (p. es. commettendo reati di corruzione o frodi fiscali) non possono beneficiare della protezione degli investimenti.

1.2.2 Accordi multilaterali

Diversi strumenti dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) che vincolano giuridicamente la Svizzera in quanto Stato membro coprono aspetti specifici della protezione degli investimenti, anche in assenza di meccanismi di applicazione formali. Nella dichiarazione dell'OCSE sugli investimenti internazionali e le imprese multinazionali i Paesi dell'OCSE si sono impegnati a non discriminare gli investimenti effettuati sul loro territorio dalle imprese degli altri Paesi membri (trattamento nazionale dopo l'insediamento). I codici dell'OCSE sulla liberalizzazione dei movimenti di capitale e delle operazioni invisibili correnti garantiscono inoltre la possibilità di investire in altri Paesi dell'OCSE (principio della nazione più favorita e del trattamento nazionale, che possono essere limitati da riserve nazionali). I lavori dell'OCSE per la conclusione di un accordo multilaterale completo sugli investimenti sono stati interrotti nel 1998.

¹³ Gli APPI che non prevedono meccanismi di arbitrato tra investitori e Stati sono tutti precedenti al 1990.

¹⁴ I rischi politici, anche detti «rischi non commerciali» vanno distinti dai rischi commerciali (errata valutazione del mercato, ritardi di pagamento da parte di un partner commerciale ecc.).

Il Trattato multilaterale sulla Carta dell'energia¹⁵, ratificato dalla Svizzera nel 1994, prevede norme specifiche in materia di investimenti per il settore dell'energia. Oltre alle norme relative al commercio e al transito di energia, include disposizioni sulla protezione degli investimenti e un meccanismo di arbitrato tra investitori e Stato.

Le procedure di arbitrato previste dagli APPI poggiano inoltre sugli accordi multilaterali (n. 1.2.3). Gli APPI conclusi dalla Svizzera e dalla maggior parte degli altri Stati non contengono norme procedurali dettagliate in materia di arbitrato, ma rinviano a regolamenti arbitrali convenuti su scala multilaterale. Ad esempio, la Convenzione CIRCI¹⁶ – conclusa nel quadro della Banca mondiale – e le norme di arbitrato che ne derivano includono disposizioni sull'istituzione e la composizione dei tribunali arbitrali, sullo svolgimento delle procedure e sull'esecuzione delle sentenze. Ogni Stato contraente si impegna a riconoscere le sentenze arbitrali pronunciate in applicazione della Convenzione CIRCI e ad attuare gli obblighi finanziari che essa prevede, come farebbe per una sentenza emessa da un tribunale interno. Le procedure di arbitrato tra investitori e Stato possono pure fondarsi sul regolamento sull'arbitrato della Commissione dell'ONU per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), applicato anche per le procedure di arbitrato commerciali tra privati. Infine, la Convenzione concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali estere¹⁷, conclusa a New York sotto l'egida dell'UNCITRAL, può essere rilevante per l'esecuzione delle decisioni pronunciate nel quadro delle procedure di composizione delle controversie tra investitori e Stato. Gli Stati vi si impegnano a riconoscere e a eseguire le sentenze arbitrali risultanti da procedure di arbitrato condotte negli altri Stati contraenti.

1.2.3 Importanza dell'arbitrato tra investitori e Stato

Le imprese che investono all'estero si trovano talvolta di fronte a problemi che il sistema giuridico nazionale dello Stato ospitante, per tutta una serie di motivi, non permette di risolvere. I casi che portano a querele su scala internazionale spaziano dall'espropriazione senza un adeguato indennizzo, alla discriminazione e a uno Stato di diritto lacunoso (p. es. assenza di un processo equo), fino alla limitazione della circolazione internazionale dei capitali¹⁸. Come la maggior parte degli altri Stati, la Svizzera prevede, in tutti gli APPI che ha concluso a partire dagli anni Novanta, un meccanismo di arbitrato tra investitori e Stato. Questo meccanismo consente a un investitore di sottoporre una controversia con uno Stato ospitante a un tribunale arbitrale internazionale indipendente, direttamente e senza l'intervento del suo Stato

¹⁵ Trattato del 17 dicembre 1994 sulla Carta dell'energia, entrato in vigore per la Svizzera il 16 aprile 1998, RS **0.730.0**.

¹⁶ Convenzione del 18 marzo 1965 per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini d'altri Stati (Convenzione CIRCI), RS **0.975.2**.

¹⁷ Convenzione del 10 giugno 1958 concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali estere, RS **0.277.12**.

¹⁸ Le procedure di arbitrato tra investitori e Stati avviate nel 2016 riguardavano tra l'altro l'annullamento, il rifiuto o il mancato rinnovo di concessioni o di licenze (10 casi), l'espropriazione diretta (7 casi), le regolamentazioni nel settore delle energie rinnovabili (6 casi) e le misure fiscali (5 casi). Cfr. CNUCES, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, 2017, pag. 116.

d'origine. Gli APPI prevedono espressamente che gli Stati contraenti acconsentano a sottoporre all'arbitrato qualsiasi controversia con un investitore risultante dall'applicazione dell'accordo (*prior consent*). Il diritto dell'investitore di avviare una procedura direttamente contro lo Stato ospitante permette di evitare che il suo Stato d'origine debba esso stesso, a scopo di protezione diplomatica, tentare un'azione nei confronti di questo Stato, con il rischio di provocare un conflitto interstatale¹⁹.

In caso di controversia l'investitore può scegliere tra le procedure giudiziarie interne dello Stato ospitante e l'arbitrato internazionale. L'accesso a un tribunale arbitrale internazionale offre agli investitori una protezione giuridica supplementare, in particolare se l'indipendenza e l'efficienza dei tribunali nazionali dello Stato ospitante non sono garantite. Per impedire azioni multiple gli APPI svizzeri vietano agli investitori di ricorrere nel contempo alle vie legali internazionali e nazionali per risolvere la stessa controversia. Il ricorso all'arbitrato non prevede invece il previo esaurimento delle vie legali nazionali, che richiederebbe diversi anni e implicherebbe un importante ritardo della giustizia. Gli investitori che optano inizialmente per la procedura nazionale non perdono il diritto di accesso all'arbitrato internazionale poiché altrimenti, contro gli interessi degli Stati ospitanti, sarebbero dissuasi dall'adire le vie legali nazionali.

In linea di principio gli APPI conclusi dalla Svizzera offrono all'investitore la possibilità di scelta tra un arbitrato secondo le norme del Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative agli investimenti (CIRCI) o secondo altre norme di arbitrato come il regolamento sull'arbitrato dell'UNCITRAL (n. 1.2.2). In entrambi i casi la prima fase prevede un termine di consultazione obbligatorio di sei fino a dodici mesi durante il quale le parti si adoperano per trovare una soluzione consensuale. Nella maggior parte dei casi le controversie vengono risolte in via amichevole già a questo stadio. Se non si trova una soluzione l'investitore può chiedere che venga costituito un tribunale arbitrale, generalmente composto da tre persone. Ciascuna delle parti coinvolte designa un arbitro e i due arbitri scelgono insieme il terzo, che presiederà il tribunale. Se le parti non riescono a trovare un accordo, la scelta è effettuata da una terza istanza indipendente (p. es. la segretaria generale del CIRCI). Qualora riscontri l'effettiva violazione di un APPI, il tribunale arbitrale può accordare all'investitore unicamente un risarcimento pecuniario. Esso non dispone della competenza necessaria per esaminare, modificare o abrogare atti legislativi o decisioni nazionali.

Piuttosto rare fino all'inizio degli anni Novanta, le procedure di arbitrato tra investitori e Stato si sono moltiplicate negli ultimi quindici anni. Secondo le statistiche della CNUCES²⁰, tra il 1987 e il 2016 si sono registrate nel mondo 767 procedure di questo tipo. Nel 2016 la CNUCES ha contato 62 nuove procedure, ossia meno dell'anno precedente (74), ma più della media degli ultimi dieci anni (49). Poiché le statistiche rilevano soltanto le procedure rese pubbliche, le cifre reali sono probabilmente più elevate, ma risultano comunque contenute se si considera che a livello mondiale sono stati conclusi più di 3200 APPI. Ad oggi, 109 Paesi sono stati coin-

¹⁹ Per questo motivo si ritiene che gli APPI contribuiscano alla spolticizzazione delle controversie in materia di investimenti.

²⁰ CNUCES, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, 2017, pag. 114 e segg.

volti almeno una volta in una di queste procedure; dal canto suo, la Svizzera non è mai stata chiamata in causa presso un tribunale arbitrale. Tra il 1987 e il 2016 la causa è stata vinta nel 36 per cento dei casi dallo Stato citato in giudizio e nel 27 per cento dei casi dall'investitore che ha intentato l'azione. Nel 25 per cento dei casi la controversia è stata risolta in via amichevole e nel restante 12 per cento dei casi la procedura è stata interrotta per motivi vari.

Secondo la CNUCES, dal 1987 sono state avviate da investitori svizzeri 24 procedure di arbitrato nei confronti di uno Stato, il che colloca la Svizzera al decimo posto²¹ tra gli Stati d'origine dei promotori delle azioni. Questa posizione corrisponde all'incirca a quella della Svizzera nelle statistiche relative al volume degli investimenti esteri a livello mondiale²². Le procedure riguardano vari settori economici. Ad esempio, un tribunale arbitrale ha accordato un indennizzo di 39 milioni di dollari a un investitore svizzero attivo nel settore dell'ispezione delle merci perché lo Stato ospitante non aveva onorato i suoi obblighi di pagamento per un mandato d'ispezione di navi²³. In un altro caso, una società aeroportuale elvetica la cui concessione per l'esercizio di un aeroporto era stata illecitamente revocata dallo Stato ospitante è stata risarcita con una somma di 30 milioni di dollari²⁴. L'indennizzo più elevato mai versato a un investitore svizzero nel quadro di una procedura di arbitrato (650 mio. USD) riguardava la nazionalizzazione di cementifici²⁵. In quest'ultimo caso le parti hanno raggiunto un accordo sull'ammontare del risarcimento, ragione per cui non è stato necessario portare a termine la procedura di arbitrato.

Questi esempi dimostrano l'utilità e l'efficacia dell'arbitrato internazionale per gli investitori svizzeri. Tuttavia, tenuto conto delle elevate spese procedurali, gli investitori ricorrono a questo strumento essenzialmente in caso di somme importanti. In generale si cerca dapprima di trovare una soluzione consensuale o, se possibile, di adire le vie legali dello Stato ospitante. Alla fine gli investitori rinunciano spesso ad avviare una procedura di arbitrato temendo ripercussioni negative sulla loro attività futura nello Stato ospitante.

²¹ CNUCES, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, 2017, pag. 116. In testa alla classifica figurano Stati Uniti, Paesi Bassi, Regno Unito, Germania e Canada.

²² Cfr. nota 9.

²³ SGS Société Générale de Surveillance SA contro Paraguay (causa CIRCI n. ARB/07/29); <https://icsid.worldbank.org> > Search Cases Database > ARB/07/29.

²⁴ Flughafen Zürich AG e Gestión e Ingeniería IDC SA contro Venezuela (causa CIRCI n. ARB/10/19); <https://icsid.worldbank.org/fr/> > Affaires > Rechercher des affaires dans la base de données > ARB/10/19.

²⁵ Holcim Limited, Holderfin BV e Caricement BV contro Venezuela (causa CIRCI n. ARB/09/3); <https://icsid.worldbank.org/fr/> > Affaires > Rechercher des affaires dans la base de données > ARB/09/3.

1.2.4 Critiche e sfide

Gli APPI sono accordi piuttosto brevi che contengono alcune norme di protezione centrali, in parte basate su formulazioni standard. Per questo motivo richiedono negoziati meno lunghi, e ciò ha permesso agli Stati di sviluppare una vasta rete di APPI in tempi relativamente rapidi. Allo stesso tempo, alcune norme di protezione formulate in modo molto conciso possono contenere termini giuridici che devono essere interpretati. In particolare si rimprovera agli APPI di non precisare sufficientemente le disposizioni, spesso invocate nella pratica, concernenti il trattamento giusto ed equo e l'espropriazione indiretta. Gli investitori potrebbero pertanto interpretare queste disposizioni in modo estensivo e avviare nei confronti di uno Stato ospitante una procedura di arbitrato che non rispecchia il senso di tali norme, con l'effetto di dissuadere gli Stati dall'esercitare il loro diritto di regolamentazione. Benché la prassi sviluppata dai tribunali arbitrali nel corso degli anni abbia permesso di ottenere un certo consenso sull'interpretazione delle disposizioni, queste lasciano comunque un margine di manovra. La Svizzera, al pari di molti altri Paesi, ha quindi iniziato a ridurre questo margine prevedendo formulazioni più dettagliate negli accordi. Inoltre, una disposizione specifica ribadisce il diritto degli Stati contraenti di legiferare nel pubblico interesse (n. 1.3.2). Precisando le norme di protezione, gli Stati si basano spesso sulle formulazioni e sui criteri stabiliti negli anni dai tribunali arbitrali. Ciò indica la loro volontà di limitare l'interpretazione estensiva degli APPI, come dimostra una sentenza arbitrale concernente le prescrizioni applicabili ai pacchetti di sigarette introdotte per motivi di politica sanitaria, che un tribunale arbitrale adito in base a un APPI svizzero ha recentemente emesso²⁶. Il tribunale arbitrale ha respinto la richiesta rinviando ai principi del diritto internazionale pubblico generale e al diritto dello Stato ospitante di emanare regolamentazioni, anche se questo diritto non è espressamente menzionato nell'APPI in questione.

Un'altra critica rivolta agli APPI è di offrire solo una protezione unilaterale conferendo agli investitori dei diritti senza però imporre loro degli obblighi. A ciò si può controbattere che gli APPI svizzeri limitano esplicitamente la protezione agli investimenti conformi al diritto. Un investitore che non rispetti la legislazione dello Stato ospitante non può avvalersi della protezione offerta dagli APPI. Gli investitori sono quindi tenuti a osservare tutte le leggi del loro Stato d'origine e dello Stato ospitante. Qualora violino tale obbligo, lo Stato, in virtù dei suoi poteri, dispone degli strumenti necessari per agire contro gli investitori inadempienti (procedura giudiziaria o amministrativa, blocco del patrimonio, chiusura dell'impresa ecc.). Gli APPI fanno da contrappeso a questi strumenti giuridici premunendo gli investitori stranieri contro un trattamento ingiusto o arbitrario. Nel quadro delle attività svolte nel loro Paese e all'estero, gli investitori sono tenuti a rispettare non soltanto i loro obblighi legali, ma anche le norme riconosciute a livello internazionale in materia di responsabilità sociale delle imprese. La Svizzera si impegna attivamente per la definizione e la promozione di questo tipo di norme (n. 2) e vi fa riferimento nei suoi nuovi APPI.

²⁶ Philip Morris Brand Sàrl (Svizzera), Philip Morris Products SA (Svizzera) e Abal Hermanos SA (Uruguay) contro Uruguay (causa CIRCI n. ARB/10/7); [https://icsid.worldbank.org/fr/>Affaires>Rechercher des affaires dans la base de données > ARB/10/7](https://icsid.worldbank.org/fr/>Affaires>Rechercher%20des%20affaires%20dans%20la%20base%20de%20donn%C3%A9es%20>ARB/10/7).

Suscitano critiche anche le procedure di arbitrato tra investitori e Stato previste dagli APPI. Viene messa in discussione in particolare la legittimità democratica dei tribunali arbitrali. Questa critica non è giustificata se si considera che il sistema è stato creato dagli Stati stessi in base a trattati sottoposti al controllo democratico a livello nazionale (tra l'altro, all'approvazione da parte del Parlamento). Un tribunale arbitrale internazionale non può nemmeno interferire nella sovranità nazionale per esaminare, modificare o abrogare atti legislativi o decisioni nazionali; può unicamente accordare all'investitore un adeguato indennizzo pecuniario in caso di inosservanza dell'APPI.

Si potrebbe inoltre avere l'impressione che gli investitori stranieri, potendo ricorrere a un tribunale arbitrale oltre che ai tribunali nazionali, beneficino di maggiori diritti e che siano dunque avvantaggiati rispetto agli investitori nazionali. Tuttavia, gli APPI si basano sempre sul principio di reciprocità. Basti pensare che in uno Stato partner gli investitori svizzeri dispongono degli stessi diritti di avviare una procedura di arbitrato accordati in Svizzera agli investitori di questo Stato. Ovviamente gli investitori nazionali non possono avviare una procedura di arbitrato contro il proprio Stato, ma beneficiano di questa possibilità nell'altro Stato contraente.

Non è invece del tutto infondata la critica riguardante la scarsa trasparenza delle procedure di arbitrato tra investitori e Stato. Mentre il CIRCI pubblica sul suo sito Internet le principali informazioni concernenti il tribunale arbitrale, lo svolgimento e l'esito delle procedure organizzate conformemente alle sue disposizioni, il pubblico riceve solo poche informazioni sulle procedure rette dal regolamento sull'arbitrato dell'UNCITRAL. In base ai due regolamenti, la pubblicazione delle sentenze dei tribunali arbitrali richiede il consenso di entrambe le parti coinvolte. Ne consegue che le sentenze non sempre sono pubblicate, il che non giova alla certezza e allo sviluppo del diritto. Per la Svizzera la trasparenza è una condizione essenziale all'efficacia e all'accettazione delle procedure di arbitrato tra investitori e Stato, soprattutto perché la procedura non coinvolge due privati, ma un privato e uno Stato, per cui si tratta di un pubblico interesse. Per questo motivo la Svizzera ha partecipato attivamente alla definizione delle norme dell'UNCITRAL sulla trasparenza e ha associato anche i suoi APPI vigenti a questo nuovo ordinamento ratificando la Convenzione delle Nazioni Unite sulla trasparenza (Convenzione Maurizio)²⁷ (n. 1.3.2). Essa si impegnerà inoltre affinché queste norme in materia di trasparenza siano integrate nei futuri APPI. In alcuni casi tale obiettivo potrebbe tuttavia essere difficile da realizzare poiché vari partner negoziali, in particolare i Paesi in via di sviluppo e i Paesi emergenti, si mostrano ancora reticenti verso le nuove norme di trasparenza.

Vengono formulati suggerimenti di miglioramento anche per quanto riguarda la costituzione dei tribunali arbitrali. Secondo il sistema attuale, le parti chiedono la costituzione di un nuovo tribunale per ogni controversia (n. 1.2.3), ragione per cui si parla di tribunali arbitrali ad hoc. La flessibilità offerta da questa pratica permette la rapida costituzione di un tribunale arbitrale e la nomina di arbitri che dispongono delle conoscenze tecniche necessarie. D'altra parte, può indebolire la coerenza delle

²⁷ Convenzione delle Nazioni Unite del 10 dicembre 2014 sulla trasparenza nell'arbitrato tra investitori e Stato, basato su trattati, entrata in vigore per la Svizzera il 18 ottobre 2017, RS 0.975.3.

sentenze arbitrali dato che ogni tribunale arbitrale tratta solo un caso concreto e che le sentenze non hanno un effetto pregiudizievole sulle cause future. Questo risvolto è ulteriormente rafforzato dall'assenza di un'autorità di ricorso che possa controllare e armonizzare le sentenze procedendo, se necessario, a dei correttivi. C'è inoltre chi rimprovera agli arbitri nominati dalle parti di non essere abbastanza indipendenti, o chi denuncia un conflitto di interessi se gli arbitri partecipano ad altre procedure in veste di avvocati. Anche se, in base alla sua esperienza, ritiene che nel complesso il sistema attuale funzioni bene, la Svizzera è disposta a esaminare altre possibilità, come l'introduzione di norme di condotta vincolanti per gli arbitri o un'ampia riforma istituzionale. Vista la portata globale dell'arbitrato, quest'ultima dovrebbe svolgersi su scala multilaterale. La Svizzera è pertanto favorevole all'avvio di un processo multilaterale, che consentirebbe in particolare di esaminare l'opportunità di istituire un tribunale arbitrale permanente per gli investimenti (n. 1.3.3).

In diversi Stati hanno suscitato critiche nei confronti degli APPI soprattutto il numero crescente delle procedure di arbitrato rivolte contro di essi e i costi elevati che ne derivano. Si presume che alcune azioni siano intentate al solo scopo di mettere sotto pressione i poteri pubblici e di impedire così l'introduzione di regolamentazioni indesiderate. Tuttavia, l'aumento delle procedure di arbitrato, da solo, non basta a dimostrare l'utilizzo più aggressivo delle possibilità di azione da parte degli investitori, in quanto il numero di procedure non è aumentato in modo sproporzionato rispetto all'incremento dei flussi d'investimento su scala mondiale. Come in ogni sistema giuridico, non si può tuttavia escludere che i mezzi legali previsti dagli APPI siano talvolta utilizzati con intenti sleali. Anche se alla fine una querela viene respinta, ogni procedura comporta dei costi e un impegno di risorse. La Svizzera vuole impedire simili richieste ingiustificate, se non addirittura abusive. Secondo le disposizioni CIRCI, uno Stato può già oggi esigere, nel quadro di una procedura abbreviata, che le querele manifestamente abusive vengano respinte. La nuova prassi della Svizzera in materia di APPI (n. 1.3.2) prevede, per qualunque procedura di arbitrato basata su un APPI, la possibilità di esaminare a priori la ricevibilità della domanda. Inoltre, la parte soccombente sarà d'ora in poi tenuta in linea di principio a sostenere tutti i costi della procedura di arbitrato (oggi è il tribunale arbitrale a decidere la ripartizione dei costi secondo il suo libero apprezzamento). Questa nuova regolamentazione dovrebbe servire a dissuadere gli investitori malintenzionati.

1.3 Ulteriore rafforzamento della protezione degli investimenti

1.3.1 Obiettivi della Svizzera

La Svizzera riconosce la necessità di una riforma nella misura in cui le critiche espresse su aspetti specifici degli APPI sono giustificate. Per questo motivo, continua ad adoperarsi a vari livelli per far evolvere la sua prassi in materia e migliorare così il funzionamento della protezione giuridica internazionale per gli investimenti esteri nonché rafforzare l'accettazione internazionale di questi accordi.

L'evoluzione della prassi svizzera in materia di APPI è finalizzata ad aumentare la certezza del diritto e la prevedibilità per gli investitori e gli Stati in cui sono effettuati gli investimenti, vegliando a non intaccare l'attuale livello di protezione. Per l'attrattiva della piazza elvetica è infatti fondamentale che la vasta rete di APPI rimanga intatta e che gli investitori svizzeri dispongano degli stessi standard di protezione dei loro concorrenti all'estero. In questo contesto riveste particolare importanza l'arbitrato tra investitori e Stato. Anche se l'esperienza ha dimostrato che la maggior parte delle controversie in materia di investimenti viene risolta in modo conciliatorio o dinanzi ai tribunali nazionali, per gli investitori attivi a livello internazionale è fondamentale poter fare appello a un tribunale arbitrale internazionale e indipendente perché offre un'adeguata tutela giuridica in caso di insufficiente indipendenza o imparzialità dei sistemi giuridici nazionali. Per quanto riguarda l'evoluzione degli APPI, la Svizzera segue gli sviluppi internazionali e in particolare la nuova prassi contrattuale dell'UE²⁸.

Quando stipula un APPI la Svizzera cerca di garantire una certa coerenza politica e di assicurare che gli obiettivi della protezione degli investimenti siano compatibili con quelli di sviluppo sostenibile e con gli interessi dei Paesi in via di sviluppo.

1.3.2 Adeguamenti effettuati fino ad oggi

Negli ultimi anni diverse organizzazioni internazionali (OCSE, UNCTAD, UNCITRAL ecc.) hanno condotto lavori approfonditi per migliorare la comprensione degli APPI in vigore e della prassi dei tribunali arbitrali, e hanno individuato varie possibilità per continuare a far evolvere la prassi su questi accordi. La Svizzera partecipa attivamente a questi lavori multilaterali, che fungono da base per l'adeguamento degli APPI bilaterali.

Evoluzione della prassi svizzera in materia di APPI

Sulla scia di quanto fatto a livello internazionale, negli ultimi anni la Svizzera ha continuato ad adoperarsi per far evolvere la sua prassi in materia di APPI. Nel 2012 un gruppo di lavoro interno all'Amministrazione ha elaborato nuove disposizioni contrattuali finalizzate a rafforzare la coerenza tra gli APPI e gli obiettivi di sviluppo sostenibile. Nel preambolo degli accordi sono stati aggiunti riferimenti allo sviluppo sostenibile, alla lotta alla corruzione, ai diritti dell'uomo, ai principi di responsabilità sociale d'impresa e alla complementarietà delle politiche sugli investimenti. È inoltre stata aggiunta una disposizione per specificare che è inappropriato abbassare il livello di protezione previsto dalle leggi e dai regolamenti nazionali in materia di salute, sicurezza, lavoro e ambiente al solo fine di promuovere gli investimenti. Un'altra nuova disposizione conferisce alle parti contraenti il diritto di emanare normative che perseguano l'interesse pubblico (p. es. protezione della salute, della

²⁸ Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel 2009, gli Stati membri hanno conferito all'UE la competenza di concludere accordi nel settore della protezione degli investimenti. Nell'Accordo economico e commerciale globale tra l'UE e il Canada (CETA) l'UE ha quindi negoziato un ampio capitolo sugli investimenti, che disciplina non solo l'accesso al mercato degli investimenti, ma anche la protezione degli stessi, compreso l'arbitrato tra investitori e Stato.

sicurezza o dell'ambiente), nella misura in cui rispettano i principi generali dell'accordo che le lega, ossia l'obbligo di non discriminazione e il principio della proporzionalità. Queste disposizioni sono state introdotte per evitare che gli APPI limitino il margine d'azione politico di cui dispongono gli Stati per proteggere gli interessi pubblici. Soprattutto i Paesi in via di sviluppo sono in ritardo in materia di regolamentazione (p. es. in ambito ambientale) e cercano pertanto, oltre che di promuovere gli investimenti esteri diretti, anche di codificarli di più, cosa che gli APPI non dovrebbero ostacolare.

Nel 2015 un gruppo di lavoro interno all'Amministrazione ha di nuovo affrontato la questione APPI e ha esaminato a fondo le norme di protezione e le disposizioni relative all'arbitrato tra investitori e Stato utilizzando, come base di confronto, la nuova prassi contrattuale dell'UE. Il rapporto del gruppo di lavoro del 7 marzo 2016²⁹ contiene proposte di revisione di varie disposizioni. L'obbligo di un trattamento giusto ed equo (*fair and equitable treatment*) è stato precisato mediante esempi di violazioni, come la denegata giustizia nei procedimenti giudiziari e amministrativi, l'arbitrio evidente o il trattamento abusivo degli investitori stranieri. Analogamente, la disposizione sull'espropriazione indiretta è stata integrata da un elenco di criteri (p. es. impatto economico, impostazione e durata discriminatorie di una misura) per determinare, nell'esame di casi specifici, se le misure statali costituiscano espropriazioni indirette. Sancendo queste precisazioni esplicitamente nel testo degli accordi si possono evitare interpretazioni estensive nei futuri procedimenti arbitrali nonché rafforzare la certezza del diritto per gli Stati in cui sono effettuati gli investimenti e per gli investitori stessi. Tali precisazioni corrispondono del resto all'attuale prassi contrattuale svizzera, ragione per cui non è necessario rinegoziare immediatamente tutti gli APPI in vigore, ma basterà adeguarli di volta in volta in funzione delle risorse disponibili (n. 1.3.3).

Per quanto riguarda le regole dell'arbitrato tra investitori e Stato, gli APPI svizzeri si limitano ai punti principali. Secondo la Svizzera, è in generale sufficiente rinviare alle norme di arbitrato multilaterali esistenti (p. es. CIRCI, UNCITRAL, cfr. n. 1.2.2). Ripetere o integrare queste regole, ormai consolidate, non appare opportuno e potrebbe perfino creare contraddizioni. Sono comunque state elaborate alcune disposizioni aggiuntive riguardanti determinati punti di rilievo; tra queste, una disposizione volta a prevenire i ricorsi abusivi, grazie alla quale sarà possibile respingere azioni legali manifestamente inammissibili o infondate nell'ambito di un procedimento abbreviato. Un nuovo regolamento sulle spese prevede inoltre che, di norma, la parte soccombente debba sostenere tutte le spese processuali.

Norme di trasparenza UNCITRAL

Per migliorare la trasparenza dell'arbitrato tra investitori e Stato, l'UNCITRAL ha elaborato nuove norme, entrate in vigore il 1° aprile 2014, secondo le quali tutti i documenti procedurali importanti (p. es. notifiche di arbitrato, atti scritti delle parti, decisioni e sentenze del tribunale arbitrale) saranno resi pubblici. Lo stesso dicasi

²⁹ Cfr. *Rapport du 7 mars 2016 du groupe de travail relatif à la révision de certaines dispositions employées pour la négociation d'accords de protection des investissements (API)*; www.seco.admin.ch > Politica esterna e cooperazione economica > Investimenti internazionali > Politica della Svizzera in materia di accordi.

per le udienze del tribunale arbitrale. Quest'ultimo potrà inoltre autorizzare terzi a presentare osservazioni scritte (*comunicazioni amicus curiae*). Le norme prevedono tuttavia alcune eccezioni alla trasparenza per le informazioni confidenziali, come per esempio i segreti d'affari.

Le norme di trasparenza UNCITRAL si applicano automaticamente alle procedure di arbitrato tra investitori e Stato condotte secondo le norme UNCITRAL e in virtù di un APPI concluso dopo il 1° aprile 2014. Nel caso di arbitrati avviati sulla base di un APPI stipulato prima di questa data o retti da altre norme arbitrali (p. es. CIRCI), le norme di trasparenza si applicano solo se le parti all'arbitrato o le parti contraenti dell'APPI sono d'accordo. Al fine di facilitare un'intesa a posteriori tra le parti contraenti degli APPI esistenti, nel 2014 è stata conclusa la Convenzione delle Nazioni Unite sulla trasparenza³⁰, entrata in vigore il 18 ottobre 2017. Nei Paesi che aderiscono a questa Convenzione il campo d'applicazione delle norme di trasparenza è esteso agli arbitrati basati sugli APPI conclusi prima del 1° aprile 2014 o disciplinati da norme arbitrali diverse da quelle UNCITRAL (p. es. norme CIRCI). Ciò significa che non è necessario rivedere singolarmente tutti gli APPI esistenti.

La Svizzera ha partecipato all'elaborazione delle norme di trasparenza e ai negoziati sulla Convenzione dell'ONU ed è stata il terzo Paese a ratificarla, il 18 aprile 2017³¹. Negli APPI stipulati dal 2014 ha incluso una disposizione contrattuale secondo cui a tutti gli arbitrati sono applicabili le norme di trasparenza UNCITRAL. L'APPI con la Georgia, entrato in vigore il 17 aprile 2015³², è il primo accordo (della Svizzera e al mondo) contenente tale disposizione.

1.3.3 Principali campi d'azione per l'ulteriore sviluppo

Gli sforzi di riforma della Svizzera si articolano su due livelli: da un lato, si tratta di adeguare agli sviluppi internazionali le basi negoziali per la stipula di nuovi APPI (cosa alla quale negli ultimi anni ha provveduto regolarmente facendo evolvere il suo approccio negoziale, e che continuerà a fare anche in futuro; n. 1.3.2); dall'altro lato, si pone la questione di come adeguare gli APPI non più attuali a questi sviluppi. Come descritto di seguito, a tal fine sono disponibili diverse opzioni che si completano a vicenda.

Rinegoziazione o revisione degli APPI

La Svizzera stipula nuovi APPI o perché vuole sostituire accordi esistenti (attualmente sono in corso trattative con diversi Paesi, tra cui Messico e Malaysia) oppure per colmare le lacune rimaste nella sua rete contrattuale. Queste ultime sono ormai molto poche (p. es. con il Bahrein; cfr. n. 8.1.1), ma ne possono nascere di nuove, per esempio con Paesi – come il Sudafrica, l'Indonesia, l'India e l'Ecuador – che non hanno rinnovato i propri APPI, tra cui quello stipulato con la Svizzera. Per

³⁰ RS 0.975.3

³¹ Cfr. messaggio del 20 aprile 2016 concernente l'approvazione della Convenzione delle Nazioni Unite sulla trasparenza nell'arbitrato tra investitori e Stato, basato su trattati (Convenzione delle Nazioni Unite sulla trasparenza), FF 2016 3851.

³² RS 0.975.236.0

eliminare l'incertezza giuridica che ne deriva, la Svizzera si è appunto prefissa l'obiettivo di stipulare nuovi APPI con questi Paesi.

Nel corso degli anni il processo di stipula di nuovi APPI o di revisione di quelli esistenti è diventato più complesso e talvolta richiede più tempo e risorse. Questo perché la maggior parte degli Stati dispone ora di più esperienza in materia e spesso incorpora nei negoziati quanto appreso in precedenti arbitrati basati su APPI conclusi con altre parti contraenti. In alternativa alla revisione estensiva di un accordo, si potrebbero sostituire solo singole disposizioni che richiedono una revisione. Si è però constatato che i negoziati sfociano generalmente in rinegoziazioni globali.

In quest'ottica, e nei limiti delle risorse disponibili, la Svizzera rinnoverà progressivamente i circa 120 APPI conclusi nell'arco di oltre trent'anni. Dovrà quindi stabilire delle priorità secondo i seguenti criteri: importanza economica dello Stato partner; necessità di garantire maggiore protezione giuridica agli investitori svizzeri (p. es. in assenza di un APPI o perché quello esistente è lacunoso); volontà del Paese partner di negoziare; potenziali sinergie con negoziati simultanei relativi a un accordo di libero scambio. Tali sinergie possono derivare dalla dinamica risultante da negoziati condotti parallelamente per la conclusione di un accordo di libero scambio o dal fatto che gli stessi delegati partecipano a entrambi i negoziati, il che consente di risparmiare risorse.

Nel rinegoziare un accordo la Svizzera si premura di mantenere una certa coerenza con altri ambiti politici e con gli obiettivi di sviluppo sostenibile. Sebbene gli APPI siano accordi speciali destinati a proteggere gli investimenti internazionali, devono essere negoziati e attuati in modo che la protezione degli investimenti non vada a scapito di altri obiettivi politici. Vanno pertanto concepiti tenendo conto della loro conformità con gli OSS. Concretamente, ciò significa che un tribunale arbitrale deve prendere in considerazione e ponderare i vari obiettivi politici in gioco quando applica e interpreta un APPI. Per rafforzare la coerenza delle politiche e sottolineare l'importanza di questo approccio per gli investimenti internazionali, gli APPI possono rinviare a quadri di riferimento internazionali quali l'Agenda 2030 per uno sviluppo sostenibile, gli OSS e gli standard in materia di gestione aziendale responsabile.

Dichiarazioni congiunte degli Stati contraenti

Le parti contraenti possono convenire su un'interpretazione comune di determinate disposizioni stilando una dichiarazione pubblica congiunta: si tratta di una soluzione semplice per specificare il contenuto di un accordo perché permette di evitare un adeguamento formale, ma non consente di modificare le disposizioni sotto il profilo materiale. Questo approccio può essere utile se tutte le parti contraenti hanno l'esigenza di precisare singole disposizioni e non è necessaria una revisione estensiva dell'accordo. Se in un APPI si sancisce esplicitamente che tali interpretazioni sono vincolanti per i tribunali arbitrali, esse acquisiscono un effetto giuridico immediato. In caso contrario, è a discrezione dei tribunali arbitrali tenerne conto, insieme ad altri aspetti, in sede d'interpretazione dell'accordo. Per il momento gli APPI stipulati dalla Svizzera non prevedono esplicitamente interpretazioni di questo tipo ma, nella misura del possibile, saranno integrate negli APPI futuri. La Svizzera esaminerà inoltre, caso per caso, se sia opportuno optare per un'interpretazione comune, anche temporanea, dell'accordo invece che per una sua revisione.

Processi multilaterali

Poiché il meccanismo di arbitrato tra investitori e Stato si basa in gran parte su accordi multilaterali come la Convenzione CIRCI (n. 1.2.2), gli sforzi di riforma dovrebbero avvenire principalmente a questo livello. Va poi rilevato che è meglio puntare su processi multilaterali riusciti, i cui risultati tangono un gran numero di Stati e accordi, piuttosto che sull'adeguamento di singoli APPI bilaterali.

Ne sono un buon esempio le norme di trasparenza UNCITRAL, che oggi godono di un consenso sempre più ampio perché scaturite da un processo negoziale aperto e universale. Chi negozia un APPI bilaterale oggi può rinviare a queste norme multilaterali anziché impiegare risorse per elaborare nuove regole. Inoltre, grazie alla Convenzione sulla trasparenza dell'ONU (n. 1.3.2), tutti gli APPI in vigore degli Stati firmatari sono automaticamente assoggettati al nuovo regime sulla trasparenza, senza dover essere modificati singolarmente. Iniziative di questo tipo consentono di adeguare in modo relativamente facile anche gli accordi esistenti.

Su iniziativa dell'UE e del Canada, nel 2016 è stato avviato un processo multilaterale riguardante una vasta riforma istituzionale degli arbitrati tra investitori e Stato. Questo processo include l'esame della possibilità di istituire un tribunale arbitrale per gli investimenti multilaterale e permanente, dotato di un'istanza di appello. Questo tribunale verrebbe istituito dagli Stati e sostituirebbe gli attuali tribunali arbitrali ad hoc (n. 1.2.3). Le sentenze arbitrali sono oggi definitive e possono essere impugnate nel quadro di una procedura di revisione soltanto quando si riscontrano determinati errori procedurali. La presenza di un tribunale permanente dotato di un'istanza di appello potrebbe invece facilitare un'interpretazione uniforme degli APPI e offrire agli investitori e agli Stati contraenti maggiore certezza del diritto. La Svizzera, che sostiene questo processo, ha organizzato insieme all'UNCITRAL una conferenza di esperti nel marzo 2017 a Ginevra. Nel mese di luglio l'UNCITRAL ha deciso di approfondire i lavori intrapresi creando un gruppo di lavoro con l'obiettivo di avviare un processo negoziale nel corso del 2018.

La CNUCES si occupa di analizzare le conseguenze degli APPI sui Paesi in via di sviluppo e incoraggia la creazione di competenze tecniche a livello locale. La Svizzera, dal canto suo, partecipa ai lavori multilaterali tesi ad aiutare questi Paesi a sviluppare le capacità necessarie per affrontare i negoziati APPI e gli arbitrati tra investitori e Stato condotti nei loro confronti.

1.4 Conclusioni

Seppur fondamentali per lo sviluppo economico della Svizzera e dei Paesi partner, gli investimenti esteri sono spesso associati a notevoli rischi politici. Gli APPI, con le loro garanzie contrattuali e i loro meccanismi di applicazione, sono uno strumento importante per ridurre tali rischi. Anche gli arbitrati tra investitori e Stato si sono dimostrati efficaci nella prassi. Diversi casi di applicazione confermano l'importanza pratica di queste procedure per gli investitori svizzeri, anche se, a causa degli elevati costi procedurali, vengono di solito utilizzate solo come ultima ratio e per controversie riguardanti somme importanti.

Sebbene le critiche al sistema di protezione degli investimenti internazionali siano giustificate solo in parte, vi sono margini di miglioramento sotto vari aspetti. La Svizzera sta adottando varie misure per migliorare ulteriormente questo sistema e aumentarne così anche l'accettazione internazionale. L'obiettivo è precisare alcune importanti disposizioni degli APPI e rafforzare la certezza del diritto e la prevedibilità nell'applicazione degli accordi. Anche gli arbitrati tra investitori e Stato devono essere riformati all'insegna della trasparenza, della prevenzione dei conflitti d'interesse e di una maggiore istituzionalizzazione. I processi multilaterali sono lo strumento più indicato per rispondere alle esigenze di riforma perché permettono di adottare soluzioni ampiamente condivise. Accanto all'impegno a livello multilaterale, cui attribuisce la massima priorità, la Svizzera proseguirà il graduale rinnovo della sua rete di APPI.

Nel contesto della crescente globalizzazione delle catene del valore e della digitalizzazione dell'economia, rimane di fondamentale importanza aumentare la certezza del diritto (p. es. in materia di protezione dei dati) attraverso la protezione degli investimenti. Nel contempo, gli APPI devono tenere conto della coerenza tra le varie politiche e del margine di manovra politico soprattutto dei Paesi in via di sviluppo, al fine di mettere a punto una politica d'investimento propizia e di attuare gli OSS.

2 Responsabilità d'impresa

La presenza di imprese impegnate e responsabili è un fattore indispensabile per il successo della piazza economica elvetica e i vantaggi e la necessità della responsabilità sociale d'impresa (RSI) sono generalmente riconosciuti in Svizzera. La RSI abbraccia un'ampia gamma di tematiche – tra cui le condizioni di lavoro, i diritti umani, la tutela dell'ambiente, la prevenzione della corruzione, gli interessi dei consumatori e la fiscalità – che interessano le imprese nelle loro attività sia in patria che all'estero. La RSI è il contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile e può tra le altre cose concorrere a ridurre la pressione migratoria.

La Confederazione attua coerentemente il piano d'azione in materia di RSI adottato nel 2015³³. Nel mese di giugno il Consiglio federale ha pubblicato il primo rapporto sullo stato d'attuazione³⁴, da cui emergono i progressi compiuti in tutti i settori, a riprova della validità delle strategie adottate per promuovere la RSI. La Svizzera ha ad esempio sostenuto l'OCSE, sia finanziariamente che a livello concettuale, per sviluppare uno strumento destinato agli investitori istituzionali e finalizzato a verificare il dovere di diligenza (*due diligence*)³⁵. Per poter implementare il piano d'azione nazionale per l'economia e i diritti umani adottato nel 2016³⁶, è stato istituito un gruppo di sostegno composto di rappresentanti del mondo economico e scientifico, delle ONG e delle autorità. Nel quadro del partenariato pubblico-privato

³³ www.csr.admin.ch > Documento programmatico e piano d'azione del Consiglio federale

³⁴ www.csr.admin.ch > Documento programmatico e piano d'azione del Consiglio federale; il prossimo rapporto sullo stato d'attuazione del piano d'azione in materia di RSI è previsto per la fine del 2019.

³⁵ <http://mneguidelines.oecd.org/rbc-financial-sector.htm>

³⁶ www.seco.admin.ch > Lavoro > Economia e diritti dell'uomo