

Enforcement & Law-Making of the EU Trade Policy

a cura di

**Elisa Baroncini, Ilaria Espa, Maria Laura Marceddu,
Ludovica Mulas, Stefano Saluzzo**



Enforcement & Law-Making of the EU Trade Policy

a cura di

**Elisa Baroncini, Ilaria Espa, Maria Laura Marceddu,
Ludovica Mulas, Stefano Saluzzo**

Questo volume è stato sottoposto a una procedura di valutazione anonima da parte di due *referees*.

Dipartimento di Scienze giuridiche Direttore Michele Caianiello Università di Bologna
Via Zamboni 27/29 40126 Bologna

CC BY 4.0 International

ISBN 9788854970939
DOI 10.6092/unibo/amsacta/6953

Editing dei contributi, impaginazione, copertina e quarta di copertina: Dott.ssa Ludovica Mulas

Foto di copertina: mappa in legno smaltato a imitazione ceramica realizzata dagli Allievi dell'Accademia delle Belle Arti di Bologna come elemento scenografico per la mostra “Il viaggio mito e scienza” (2007), esposta presso il Museo di Palazzo Poggi del Sistema Museale dell’Ateneo di Bologna.

Quarta di copertina: particolare della mappa in legno smaltato a imitazione ceramica realizzata dagli Allievi dell'Accademia delle Belle Arti di Bologna come elemento scenografico per la mostra “Il viaggio mito e scienza” (2007), esposta presso il Museo di Palazzo Poggi del Sistema Museale dell’Ateneo di Bologna.

Si ringrazia il Sistema Museale di Ateneo dell’*Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna per la concessione delle foto di copertina e quarta di copertina.

Prima edizione: luglio 2022



La pubblicazione del presente volume rientra tra le attività di divulgazione dei risultati delle attività del Modulo Jean Monnet (Programma Erasmus+) su “Reforming the Global Economic Governance: The EU for SDGs in International Economic Law” (Re-Globe) finanziato dall’Agenzia Esecutiva per l’Istruzione, gli Audiovisivi e la Cultura (EACEA) dell’Unione europea (numero del progetto ERASMUS-JMO-2021-MODULE 101047917), di cui è Coordinatrice scientifica la Prof.ssa Elisa Baroncini (2022-2025) e delle attività del Modulo Jean Monnet (Programma Erasmus+) su “EU Investment Law” (EUIL) finanziato dall’Agenzia Esecutiva per l’Istruzione, gli Audiovisivi e la Cultura (EACEA) dell’Unione europea (project number 600086- EPP-1-2018-1-IT-EPPJMO-MODULE), di cui è Coordinatrice scientifica la Prof.ssa Pia Acconci (2018-2021). I contenuti riflettono le opinioni degli autori. La Commissione non ne è responsabile ad alcun titolo.

This book is published as an implementing activity of Jean Monnet Module (Program Erasmus+) on “Reforming the Global Economic Governance: The EU for SDGs in International Economic Law” (Re-Globe) with the support of the Erasmus+ Program of the European Union under the Jean Monnet Action (2022-2025) coordinated by Prof. dr. Elisa Baroncini (project number ERASMUS-JMO-2021-MODULE 101047917) and of Jean Monnet Module (Program Erasmus+) on “EU Investment Law” (EUIL) with the support of the Erasmus+ Program of the European Union under the Jean Monnet Action (2018- 2021) coordinated by Prof. dr. Pia Acconci (project number 600086-EPP-1-2018- 1-IT-EPPJMO-MODULE). The contents reflect the views only of the authors. The Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.



Con la collaborazione del Gruppo di interesse della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI) sul diritto internazionale dell’economia (DIEcon)

INDICE

Elenco degli Autori e dei Curatori	III
Prefazione	IX
L'approccio al contenzioso internazionale per il libero scambio dell'Unione europea	1
<i>Elisa Baroncini</i>	
Prove di rilevanza sistemica dei capitoli su commercio e sviluppo sostenibile negli accordi commerciali dell'UE: la decisione arbitrale nel caso UE c. Ucraina	41
<i>Susanna Villani</i>	
The Interpretation of Article XX(g) of the GATT 1994 in the Context of "Ukraine – Wood Products": Learning from Errors.....	61
<i>Olena Nihreieva</i>	
EU FTAs and Financial Services: What Future for Prudential Regulation in Mega-Regional Trade Agreements?	83
<i>Ludovica Mulas</i>	
The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: New Perspectives in the World of IIAs.....	113
<i>Maria Rosaria Mauro</i>	
Sustainability within the Approach of China to International Investment Law. A Few Reflections	145
<i>Pia Acconci</i>	
Alcune considerazioni sulla sezione "investimenti e sviluppo sostenibile" contenuta nel <i>Comprehensive Agreement on Investment</i> tra Unione europea e Cina	159
<i>Azzurra Muccione</i>	
Il fenomeno del <i>carbon pricing</i> nell'Europa del <i>Green Deal</i> : la <i>carbon border tax</i>	171
<i>Martina Di Lollo</i>	
Elenco delle abbreviazioni	187

ELENCO DEGLI AUTORI E DEI CURATORI

PIA ACCONCI è professore ordinario di diritto internazionale nella Facoltà di Scienze della Comunicazione dell'Università degli studi di Teramo. Dal 1/9/2018 titolare del Modulo Jean Monnet su "EU Investment Law" (EUIL) presso l'Università degli studi di Teramo (600086-EPP-1-2018-1-IT-EPPJMO-MODULE). Membro del collegio docenti del Ph.D. dell'Università Commerciale L. Bocconi in "Legal Studies" curriculum in "International Law and Economics" (dal XXIX ciclo). Titolare di contratti di docenza e seminari in numerose università italiane e straniere. Relatore a diversi convegni scientifici italiani e internazionali. Co-coordinatore del Gruppo di interesse della Società Italiana di Diritto Internazionale e dell'Unione Europea (SIDI) sul "Diritto internazionale e dell'Unione Europea in materia di salute" (da dicembre 2016). Membro fondatore del Gruppo di interesse SIDI sul "Diritto internazionale dell'economia". Membro fondatore dell'Interest Group dell'European Society of International Law (ESIL) su "International Health Law" (dal 2016). Coordinatore del gruppo di lavoro su "Rural Sustainability and Food Security", Italian Branch dell'ILA (da ottobre 2014). Membro del Comitato ILA su "Global Health Law" (da aprile 2015). Insignita dell'indennità di "eccellenza nella ricerca" dall'Università Commerciale L. Bocconi (2002). Dottore di ricerca in "Diritto Internazionale dell'Economia" presso l'Università degli studi di Bergamo, consociata con l'Università degli studi di Torino e l'Università Commerciale L. Bocconi (1997). Tra i suoi interessi di ricerca vi sono diritto delle organizzazioni internazionali, tutela della salute, sicurezza alimentare, diritto internazionale dell'economia, in particolare diritto internazionale e dell'Unione europea in materia di investimenti, rilevanza degli interessi non economici nel diritto del commercio internazionale e trattamento delle imprese multinazionali. Ha pubblicato vari articoli e due libri - *Il collegamento tra Stato e società in materia di investimenti stranieri* (Padova, Cedam, 2002) e *Tutela della salute e diritto internazionale* (Padova, Cedam, 2011), nonché curato la pubblicazione di *La responsabilità sociale d'impresa in Europa* (Napoli, ESI, 2009). È co-editor con G. Sacerdoti, M. Valenti, A. De Luca di *General Interests of Host States in International Investment Law* (Cambridge University Press, 2014) e con D. Donat Cattin, G. Palmisano, A. Marchesi, V. Santori di *International Law and the Protection of Humanity. Essays in Honour of Professor Flavia Lattanzi* (Brill Academic Publishers, 2017).

ELISA BARONCINI è professore ordinario di diritto internazionale, Co-Chair del Gruppo di interesse di Diritto internazionale dell'economia dell'ESIL, e di DIEcon, il Gruppo di interesse di diritto internazionale dell'economia della SIDI. Laurea in giurisprudenza con lode e Dottorato in Diritto dell'Unione europea presso l'Alma Mater. Visiting Professor in diversi atenei stranieri, relatore a molte conferenze internazionali, Visiting Researcher all'Istituto Universitario Europeo. Attualmente Coordinatore del modulo Jean Monnet 2022-2025 "Re-Globe - Reforming the Global Economic Governance: The EU for SDGs in International Economic Law", e dell'UNA Europa Seeds Research Project "WHC@50 - Forever Young: Celebrating 50 Years of the World Heritage Convention" (WHC@50). Membro del Consiglio scientifico dell'Istituto di Studi Avanzati dell'Alma Mater per il triennio 2022 – 2025; membro del Comitato promotore dell'iniziativa dell'Università di Bologna "Patrimonio dell'Umanità - A cinquant'anni dalla Convenzione UNESCO: prospettive e riflessioni nei Campus dell'Alma Mater Studiorum". Nominata dalla Commissione europea "TSD Expert" per il contenzioso internazionale degli accordi di libero scambio della UE (giugno 2022). Settori di ricerca: il rapporto tra liberalizzazione degli scambi e non-trade values, il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale dell'economia, il contenzioso del diritto internazionale dell'economia, la trasparenza nel diritto internazionale dell'economia, il ruolo del Parlamento e della Commissione europei nella conclusione di accordi internazionali, l'Agenda 2030 e la trade policy dell'Unione europea, UNESCO e diritto internazionale dell'economia.

MARTINA DI LOLLO è assegnista di ricerca presso il Dipartimento Giuridico dell'Università degli Studi del Molise. Laureata in Giurisprudenza nel 2015, nel 2020 consegue il titolo di Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi del Molise, con Tesi in diritto internazionale dal titolo "La tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori nel commercio internazionale". Docente a contratto per l'a.a. 2019/2020 e l'a.a. 2020/2021 presso il Dipartimento Giuridico dell'Università del Molise, del corso integrativo "Le organizzazioni economiche internazionali", dal 2021 è assegnista di ricerca presso il medesimo Dipartimento e si occupa del tema "Istituzioni finanziarie internazionali e promozione della democrazia"; è autrice di diversi contributi in materia di tutela dei diritti umani e diritto internazionale dell'economia, pubblicati in Riviste scientifiche e opere collettanee del settore.

ILARIA ESPA è professoressa assistente senior di Diritto internazionale dell'economia (con tenure track) presso l'Istituto di Diritto dell'Università della Svizzera italiana (USI), ricercatrice senior presso il World Trade Institute (WTI) dell'Università di Berna e docente a contratto presso la Facoltà di

Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Co-Chair di DIEcon, il Gruppo di interesse di diritto internazionale dell'economia della SIDI, è Lead Counsel del Programma "Natural Resources" del Centre for International Sustainable Development Law (CISDL). Già docente presso il Dipartimento di Scienze e politiche ambientali dell'Università Statale di Milano (2015-2020) e vincitrice di una borsa Marie Curie per i suoi studi postdottorali presso il WTI (Commissione europea, 2013-2015), dove ha inoltre contribuito al progetto NCCR Trade Regulation sino al 2017 oltre ad assumere il ruolo di coordinatrice scientifica della Scuola di Dottorato (2015-2017), è titolare di un dottorato in Diritto internazionale dell'economia (Università Luigi Bocconi, 2013) ed è stata Visiting Scholar presso la Columbia Law School (2012).

MARIA LAURA MARCEDDU è Max Weber Fellow allo European University Institute (EUI). Ha conseguito il dottorato di ricerca in diritto internazionale dell'economia presso il King's College di Londra, dove è stata anche nominata visiting lecturer in diritto internazionale degli investimenti, e Fellow presso il Centre of European Law. Ha lavorato come docente presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Edimburgo ed è Fellow presso l'Edinburgh Center for International and Global Law (ECIGL). Dal 2018 è tesoriera della Society of International Economic Law, dove presiede le SIEL online conversations ed è dal 2019 Co-Chair di DIEcon, il Gruppo di interesse di diritto internazionale dell'economia della SIDI.

MARIA ROSARIA MAURO è professore ordinario di diritto internazionale presso l'Università degli Studi del Molise (Dipartimento Giuridico), dove insegna anche diritto internazionale privato. Dal 2007 è docente di diritto internazionale dell'economia presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma (Dipartimento di Giurisprudenza). Nella stessa Università ha insegnato diritto internazionale (Dipartimento di Economia e Finanza), diritto internazionale dell'economia e dell'ambiente (Dipartimento di Scienze Politiche) e "International Organization and Human Rights" (Dipartimento di Scienze Politiche). Ha scritto il manuale *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali* (Napoli, 2019) e le monografie *Il principio di giurisdizione penale universale e la giustizia penale internazionale* (Padova, 2012), *Il principio della giurisdizione penale universale nel diritto interazionale* (Roma, 2008) e *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti* (Torino, 2003). Inoltre, è autrice di numerosi saggi e articoli in italiano, inglese e spagnolo e ha curato diverse opere collettanee. Dal 2000 al 2005 ha lavorato, in qualità di "esperto di diritto commerciale internazionale: contrattualistica internazionale", presso il Ministero del Commercio con l'Estero (attuale Ministero dello Sviluppo Economico – Commercio Internazionale).

AZZURRA MUCCIONE ha conseguito il dottorato in Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza" (2019) ed ha svolto attività di ricerca post-dottorato presso l'Università degli studi di Trieste (2020-2021). I suoi interessi di studio e ricerca riguardano il diritto internazionale dell'economia – principalmente, la tutela degli interessi non economici negli accordi commerciali – ed il diritto internazionale dei diritti umani, con particolare riferimento alla materia dell'immigrazione.

LUDOVICA MULAS è dottoranda di ricerca presso l'Università di Bologna in cotutela con l'Università di Göttingen. Oltre che presso quest'ultima, ha svolto un periodo di ricerca presso l'Università di Ginevra. È attualmente research assistant per il modulo Jean Monnet "Reforming the Global Economic Governance: The EU for SDGs in International Economic Law" (Re-Globe), nonché tutor didattico per il corso di Diritto Internazionale della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna (sede di Ravenna) e del progetto Moot Courts dell'Università di Bologna inquadrato nel progetto "Dipartimenti di Eccellenza" del MIUR. I suoi interessi di studio e ricerca riguardano il diritto internazionale dell'economia, principalmente la disciplina dei servizi finanziari e la regolamentazione prudenziale a livello internazionale.

OLENA NIHREIEVA is an associate professor in International Law at the Faculty of Economy and Law, Odesa I. I. Mechnikov National University (Ukraine). She has delivered courses in Public International Law, International Law of Internet, and Maritime Law. She has been on the editorial board of "Odessa National University Herald. Series: Jurisprudence" and has got an administrative scholar experience as Faculty Vice-Dean of Research. Currently her research focuses on different issues of international lawmaking and enforcement, in particular on the concept of obligations erga omnes. Another field of her scientific interest are International Economic Law and International Law of Internet. She has published in Ukrainian, English and Russian.

STEFANO SALUZZO è ricercatore di diritto internazionale presso l'Università del Piemonte Orientale. Ha conseguito il dottorato di ricerca presso l'Università di Palermo ed è stato visiting researcher presso il Max Planck Institute di Lussemburgo. Ha ricoperto l'incarico di docente presso la Brussels School of International Studies della Kent University. È autore di una monografia sugli accordi internazionali tra Stati membri dell'Unione europea e Stati terzi (2018) e di pubblicazioni riguardanti le relazioni esterne dell'Unione, il diritto del commercio internazionale e delle organizzazioni internazionali. Dal 2019 è Co-Chair di DIEcon, il Gruppo di

interesse di diritto internazionale dell'economia della SIDI.

SUSANNA VILLANI è assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università di Bologna. Inoltre, è docente a contratto presso il Campus di Forlì dell'Università di Bologna dove insegna profili di mercato interno e politica commerciale dell'UE. Nel 2018 ha conseguito il Dottorato di Ricerca in Diritto Europeo presso l'Università di Bologna; attualmente è membro di gruppi di ricerca in progetti di rilevanza nazionale e internazionale, ed è coinvolta nei comitati di redazione della rivista *European Papers* e del *SIDIBlog*. Nel 2021, è uscita la sua monografia dal titolo 'The concept of solidarity within EU disaster response law. A legal assessment' con la Bononia University Press. Ha pubblicato in lingua italiana e inglese in tema di strumenti di risposta ai disastri nel quadro del diritto UE, accordi commerciali dell'Unione europea, azione esterna dell'Unione e migrazioni ambientali.

PREFAZIONE

Nell'ambito dei processi di riforma su regole sostanziali e procedure della *governance* dell'economia globale, l'Unione Europea si propone come uno degli attori principali sulla scena internazionale, fondando la propria azione sugli obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals*, SDGs) dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite¹. La *trade policy* dell'UE si contraddistingue per l'articolazione e l'innovazione, il sempre più significativo coinvolgimento, nella sua definizione, della società civile, e dunque la promozione di una importante politica di trasparenza per il pieno rispetto della sua legittimità. Tale approccio consente all'Unione di continuare a porre in essere una fitta rete di accordi di libero scambio di ultima generazione, nei quali spiccano i capitoli dedicati a commercio e sviluppo sostenibile, per unire sistematicamente la liberalizzazione degli scambi e la tutela degli investimenti alla preservazione dell'ambiente, al rispetto dei diritti fondamentali, dei *core labour standards*, delle foreste e della biodiversità, alla lotta contro il cambiamento climatico e all'attenzione alla diversità culturale, e ai temi dell'emancipazione economica femminile e della parità di genere. Inoltre, per la piena realizzazione del principio dello sviluppo sostenibile, parte integrante della politica commerciale comune, come sottolineato anche dalla Corte di giustizia², l'Unione ha avviato un vivace e serrato dibattito per dotarsi di strumenti autonomi, come le proposte sul meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere (il cd. CBAM, ossia il *carbon border adjustment mechanism*)³, il dovere di diligenza delle imprese per garantire i parametri di responsabilità per tutte le fasi della loro catena produttiva⁴, la promozione dei prodotti a deforestazione zero⁵, e l'annunciata intenzione di bandire dal mercato interno i prodotti ottenuti con il lavoro forzato⁶. Di indubbia

¹ Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite del 25 settembre 2015, *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1.

² Corte giust. 16 maggio 2017, parere 2/15, Accordo di libero scambio con la Repubblica di Singapore, ECLI:EU:C:2017:376, par. 147.

³ COM(2021) 564, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere*, 14.7.2021.

⁴ COM(2022) 71, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937*, 23.2.2022.

⁵ COM(2021) 706, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla messa a disposizione sul mercato dell'Unione e all'esportazione dall'Unione di determinate materie prime e determinati prodotti associati alla deforestazione e al degrado forestale e che abroga il regolamento (UE) n. 995/2010*, 17.11.2021

⁶ COM(2022) 66, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle*

rilevanza sono poi le iniziative multilaterali e plurilaterali, che vedono l'Unione Europea all'avanguardia nelle proposte, in seno all'OMC, su commercio e sostenibilità ambientale⁷ e nel sostegno all'Accordo multilaterale sulle sovvenzioni alla pesca⁸; in seno all'UNCITRAL per la promozione dell'istituzione di una Corte multilaterale per gli investimenti⁹; e nelle discussioni per la modernizzazione del Trattato sulla Carta dell'energia¹⁰.

Con il presente volume, il Gruppo d'interesse sul diritto internazionale dell'economia (DIEcon) della Società italiana di diritto internazionale e di diritto dell'Unione Europea offre un primo contributo per la disamina di alcuni dei nuovi strumenti di *trade policy* della UE e della loro attuazione, che tiene conto anche dei più recenti documenti politici della Commissione¹¹. Realizzato in collaborazione con due moduli Jean Monnet -Re-Globe (Coordinatrice Prof.ssa Elisa Baroncini) e EUIL (Coordinatrice Prof.ssa Pia Acconci)- il volume ha beneficiato dell'importante confronto cui hanno dato vita i partecipanti ai *webinars* di DIEcon.

L'intento di DIEcon è quello di proseguire nel suo lavoro per incentivare analisi critiche e costruttive su approcci e soluzioni alle sfide ed esigenze che i nostri tempi pongono alle relazioni economiche internazionali, rendendo accessibili alla comunità scientifica e al mondo istituzionale i meditati contributi degli esperti che fanno parte del Gruppo d'interesse.

Elisa Baroncini, Ilaria Espa, Maria Laura Marceddu,
Ludovica Mulas, Stefano Saluzzo

Bologna, Fiesole, Lugano e Torino, luglio 2022

Regioni sul lavoro dignitoso in tutto il mondo per una transizione globale giusta ed una ripresa sostenibile, 23.2.2022.

⁷ Cfr. Commissione europea, *Sostegno dell'UE alle iniziative dell'Organizzazione mondiale del commercio in materia di commercio e ambiente*, 15.12.2021.

⁸ *WTO Agreement on Fisheries Subsidies*, adottato alla Dodicesima Conferenza ministeriale dell'OMC (MC12) il 17 giugno 2022, disponibile al link <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/MIN22/33.pdf&Open=True>

⁹ European Commission, *Multilateral Investment Court Project*, disponibile al link https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en (consultato il 20 luglio 2022).

¹⁰ Alex WILSON, *Modernisation of the Energy Charter Treaty*, EPRS (European Parliamentary Research Service), Aprile 2022.

¹¹ V., in particolare, COM(2021) 66, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Riesame della politica commerciale - Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva*, 18.2. 2021, e COM(2022) 409, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Il potere dei partenariati commerciali: insieme per una crescita economica verde e giusta*, 22.6.2022.

L'APPROCCIO AL CONTENZIOSO INTERNAZIONALE PER IL LIBERO SCAMBIO DELL'UNIONE EUROPEA*

Elisa Baroncini

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'azione dell'Unione europea in seno all'OMC per mantenere il diritto d'appello: il *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement* (MPIA). 3. L'attivazione da parte dell'Unione europea dei meccanismi bilaterali di risoluzione delle controversie degli accordi di libero scambio di ultima generazione. 3.1. Il *report* del caso *Ukraine – Wood Export Ban*. 3.2. Il *report* del caso *Korea – Labour Commitments*. 4. Le misure unilaterali dell'Unione europea. 5. Il coinvolgimento della società civile, il *Chief Trade Enforcement Officer*, e il *Single Entry Point*. 5.1. Il primo *TSD complaint* presentato da una ONG europea insieme ai sindacati di Paesi terzi avvalendosi del SEP: il caso dei lavoratori delle miniere in Colombia e Perù. 6. Conclusioni.

1. Di fronte al costante acuirsi delle difficoltà del meccanismo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), il cui funzionamento è compromesso dal dicembre 2019 a causa della persistenza del veto statunitense alla nomina dei nuovi membri dell'Organo d'appello¹, l'Unione europea (UE) ha reagito con una strategia a tutto campo per preservare e rafforzare una *governance* degli scambi internazionali imperniata anche su un contenzioso capace di promuovere il pieno rispetto delle regole internazionali. Il presente contributo è dedicato all'analisi di tale strategia. Infatti, l'azione europea per opporsi e superare il versante del contenzioso ginevrino della crisi del multilateralismo

* Questo contributo è stato realizzato nell'ambito delle attività del modulo Jean Monnet "Reforming the Global Economic Governance: The EU for SDGs in International Economic Law (Re-Globe)" finanziato dall'Unione europea. Le opinioni espresse sono da attribuirsi unicamente all'autrice e non riflettono necessariamente quelle dell'Unione europea. Pertanto, l'Unione europea non è da ritenersi responsabile di quanto sostenuto nel presente contributo.

¹ Sulla crisi dell'Organo d'appello dell'OMC cfr., *inter alia*, Nina M. HART, Brandon J. MURRILL, *The World Trade Organization's (WTO's) Appellate Body: Key Disputes and Controversies*, Congressional Research Service R46852, 22 July 2021; Jens LEHNE, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Berlin-Berne, 2019; Chang-fa LO, Junji NAKAGAWA, Tsai-fang CHEN (EDS.), *The Appellate Body of the WTO and its Reform*, Heidelberg, 2020; Giorgio SACERDOTI, *La crisi dell'Organizzazione mondiale del commercio: ragioni e prospettive*, in Attila Massimiliano TANZI, Ludovica CHIUSI CURZI, Gian Maria FARNELLI, Andrea MENSI (a cura di), *La transizione ecologica nel commercio internazionale. Tra aspetti di riforma procedurali, istituzionali e diritto sostanziale*, Bologna, 2022, pp. 9-22; Giorgio SACERDOTI, *The Stalemate Concerning the Appellate Body of the WTO: Any Way Out?*, in *Question of International Law*, 2019, pp. 37-59; United States Trade Representative, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, Washington D.C., February 2020.

presenta profili di particolare interesse, essendo caratterizzata da un lavoro attento e innovativo delle istituzioni dell'Unione, in particolare della Commissione, il cui tratto distintivo è il richiamo alla *rule of law* internazionale². Quest'ultima, come indicato anche dal Trattato di Lisbona, deve essere alla base dell'azione internazionale della UE³. Le Nazioni Unite hanno definito la *rule of law* a livello nazionale ed internazionale come “a principle of governance in which all persons, institutions and entities, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with internationally recognized human rights”⁴; la *rule of law*, inoltre, richiede “measures to ensure adherence to the

² Su tale tema v. Philip ALLOTT, *Towards the International Rule of Law: Essays in Integrated Constitutional Theory*, London, 2005; Noora ARAJÄRVI, *The Core Requirements of the International Rule of Law in the Practice of States*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, pp. 173-193; Stéphane Beaulac, *An Inquiry into the International Rule of Law*, *EUI MWP* 2007/14; Ian BROWNLIE, *The Rule of Law in International Affairs*, London, 1998; Simon CHESTERMAN, *Rule of Law*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007; Simon CHESTERMAN, *An International Rule of Law?*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2008, pp. 331-361; James CRAWFORD, *Chance, Order, Change: The Course of International Law – General Course on Public International Law*, The Hague, 2014, pp. 342 ss.; Till Patrik HOLTERHUS, *The History of the Rule of Law*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2018, pp. 430-466; Martti KOSKENNIEMI, *Imagining the Rule of Law: Rereading the Grotian “Tradition”*, in *European Journal of International Law*, 2019, pp. 17-52; Heike KRIEGER, Georg NOLTE, Andreas ZIMMERMANN (EDS.), *The International Rule of Law: Rise or Decline? Foundational Challenges*, Oxford, 2019; Robert MCCORQUODALE, *Defining the International Rule of Law: Defying Gravity?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2016, pp. 277-304; Carmen E. PAVEL, *The International Rule of Law*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2019, pp. 1-20; Arthur WATTS, *The International Rule of Law*, in *German Yearbook of International Law*, 1993, pp. 15-45.

³ L'art. 21 TUE indica, tra l'altro, che “[l]’Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di ... consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale” (al par. 2, lett. b). Cfr. anche l'art. 3, par. 5, TUE. Sui valori dell'azione internazionale dell'Unione cfr. Federico CASOLARI, *I principi del diritto dell'Unione europea negli accordi commerciali: una visione di insieme*, in Giovanna ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021, pp. 73-105; Marise CREMONA (ED.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Portland-Oxford, 2018; Marise CREMONA, *Values in EU Foreign Policy*, in Malcolm EVANS, Panos KOUTRAKOS (EDS.), *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*, Oxford and Portland, 2011, pp. 275-316; Eva KASSOTI and Ramses A. WESSEL, *The Normative Effect of Article 3(5) TEU: Observance and Development of International Law by the European Union*, in corso di pubblicazione in Pula GARCÍA ANDRADE (ED.), *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, 2022. Sulla *rule of law* nel sistema dell'Unione europea v. Federico CASOLARI, *Lo Stato di diritto preso sul serio*, in Pietro MANZINI, Michele VELLANO (a cura di), *Unione Europea 2020 – I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, pp. 285-314; Paolo MENGOZZI, *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Rivista di diritto europeo*, 1992, pp. 511-525.

⁴ S/2004/616, *Report of the Secretary-General: The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, 23 August 2004, par. 6.

principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency”⁵. Pertanto, anche l’esito di una controversia tra soggetti internazionali deve essere fondato su un’applicazione delle regole oggettiva e coerente, e non, invece, determinato dalle relazioni di potere tra le parti in disputa⁶. Occorre, quindi, che tale esito provenga da un meccanismo internazionale vincolante che assicuri equità, *predictability* e autorevolezza nella trattazione di una causa, nonché l’indipendenza degli esperti chiamati a giudicare⁷. Inoltre, nel garantire il rispetto delle regole internazionali, l’Unione valorizza un altro profilo della *international rule of law*, quello della legittimazione dell’operato delle sue istituzioni attraverso la partecipazione della società civile all’elaborazione dell’azione europea, predisponendo procedure inclusive dei soggetti portatori di interesse e, più in generale, di associazioni e cittadini, nella definizione della *trade policy* europea e dei suoi strumenti, e nella loro attuazione.

L’analisi del tema qui proposto verrà articolata in tre parti, corrispondenti ai tre elementi della strategia europea per garantire un contenzioso internazionale in materia di economia che sia trasparente, partecipato ed efficace. In primo luogo, ci si soffermerà sull’azione dell’Unione europea in seno all’OMC per mantenere il diritto all’appello nel sistema ginevrino di risoluzione delle controversie⁸; quindi, si considererà la dinamica del contenzioso degli accordi bilaterali di libero scambio dell’Unione europea⁹; infine, l’attenzione verrà riservata alle misure unilaterali della disciplina europea, cui ricorrere quale *extrema ratio* laddove i tentativi di risolvere una controversia con mezzi diplomatici, o ricorrendo a gruppi di *panelists* o arbitri, non

⁵ *Ibid.*

⁶ Cfr. Karen ALTER, *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Princeton, 2014; José E. ALVAREZ, *International Institutions as Law-Makers*, Oxford, 2006; Georg BIEHLER, *Procedures in International Law*, Heidelberg, 2008; Robert HOWSE, Hélène RUIZ-FABRI, Geir ULFSTEIN, Michelle Q. ZANG (EDS.), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals*, Cambridge, 2018; Andre NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, 2011; Ernst-Ulrich PETERSMANN, *Rule-of-law in International Trade and Investments? Between Multilevel Arbitration, Adjudication and “Judicial Overreach”*, EUI Working Papers, Law 2020/10; Peter-Tobias STOLL, *International Investment Law and the Rule of Law*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2018, pp. 267-292; Santiago VILLALPANDO, *On the International Court of Justice and the Determination of Rules of Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2013, pp. 243-251.

⁷ Sulla *international rule of law* con particolare riferimento al sistema multilaterale degli scambi cfr. Jennifer HILLMANN, *Moving Towards an International Rule of Law? The Role of the GATT and the WTO in its Development*, in Gabrielle MARCEAU (ED.), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO – The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, Cambridge, 2015, pp. 60-75.

⁸ V. *infra* il par. 2.

⁹ V. *infra* il par. 3.

producano l'auspicato risultato positivo¹⁰. Nella presentazione della strategia dell'Unione verrà, inoltre, messa costantemente in risalto l'importanza della partecipazione della società civile e del principio di trasparenza nell'*enforcement* della politica commerciale della UE, per assicurare che il contenzioso internazionale per il libero scambio sia piena espressione della *international rule of law*¹¹. Seguiranno alcune prime conclusioni, ove verrà anche evidenziato il contributo che, attraverso l'approccio al contenzioso internazionale sul libero scambio, l'Unione intende dare alla realizzazione degli obiettivi per lo sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite¹².

2. L'approccio dell'Unione europea al meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC¹³ è caratterizzato dalla ferma e convinta adesione ad un sistema multilaterale degli scambi fondato sulle regole (*rules-based*), nel quale le dispute sono sottoposte ad una procedura contenziosa vincolante e articolata in due gradi di giudizio, e, quindi, il rispetto degli obblighi internazionali e il loro *enforcement* avvengono alla luce dell'interpretazione data agli accordi di Marrakesh da un'istanza d'appello permanente, che garantisca, anche attraverso la sua indipendenza, la qualità delle decisioni¹⁴.

La UE è sempre stata ben consapevole del rischio di quanto si sarebbe poi verificato: la perseveranza del veto statunitense all'elezione dei Membri dell'Organo d'appello avrebbe privato il sistema multilaterale del secondo grado

¹⁰ V. *infra* il par. 4.

¹¹ V. *infra* il par. 5.

¹² Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite del 25 settembre 2015, *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1. Sull'Agenda 2030 delle Nazioni Unite cfr., *ex multis*, Ludovica CHIUSI, *The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk, Walking the Walk?*, in *La Comunità Internazionale*, 2016, pp. 22-49; Winfried HUCK, *Sustainable Development Goals: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, 2022; Nico LONGO, *L'Agenda 2030 ed il principio di sostenibilità nel diritto internazionale*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 2017, n.3-4.

¹³ Sul sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC cfr., *inter alia*, Giovanna ADINOLFI, *La soluzione delle controversie*, in Gabriella VENTURINI (a cura di), *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2015, pp. 303-331; Leïla CHOUKROUNE, James J. NEDUMPARA, *International Economic Law – Text, Cases and Materials*, Cambridge, 2021, pp. 412 ss.; Fabrizio MARRELLA, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Padova, 2020, pp. 785 ss.; Peter VAN DEN BOSSCHE, Denise PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, Cambridge, 2021, pp. 30-53; Maria Rosaria MAURO, *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019, pp. 173 ss.; Peter VAN DEN BOSSCHE, Werner ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization – Text, Cases, and Materials*, Cambridge, 2022, pp. 173 ss.

¹⁴ Per una presentazione efficace della visione dell'Unione europea sul meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC v. la dichiarazione del Rappresentante della UE in WT/GC/M/181, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 9-10 December 2019*, 24 February 2020, parr. 5.130-5.141.

di giudizio; e la paralisi del Tribunale permanente, in caso di appello nel vuoto di una parte soccombente dinanzi al *panel*, avrebbe implicato il blocco dell'intero meccanismo di risoluzione delle controversie in riferimento al reclamo interessato, in quanto l'adozione del *report* di un *panel* da parte dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC (*Dispute Settlement Body*, DSB) è preclusa dall'impugnazione di tale *report*¹⁵.

Dinanzi ad un simile scenario, l'Unione ha saggiamente scelto di percorrere parallelamente due possibili vie d'uscita. Da un lato, la Commissione europea ha preso atto delle critiche e delle preoccupazioni espresse dagli Stati Uniti, e si è prodigata nel promuovere soluzioni comuni, avendo, però, sempre cura di precisare che la ricerca di condivisione veniva condotta “while preserving the essential features of the [dispute settlement] system and of its Appellate Body”¹⁶. Sono state, così, proposte, nel 2018, modifiche all'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, DSU)¹⁷; e si è svolto un alacre lavoro di supporto all'Ambasciatore David Walker nella sua opera di facilitatore del processo informale dell'OMC dedicato al funzionamento dell'Organo d'appello, processo che, nel dicembre 2019, avrebbe portato alla formulazione dei cd “Walker Principles”¹⁸.

Dall'altro lato, determinata a preservare la funzione d'appello dell'OMC anche nell'ipotesi in cui una soluzione comune non fosse praticabile in tempo utile, l'Unione ha elaborato un piano B, un'alternativa basata sull'arbitrato previsto dall'art. 25 del DSU “as a temporary avenue to

¹⁵ L'Intesa sulla risoluzione delle controversie dell'OMC stabilisce il diritto all'appello, il quale, esercitato dinanzi ad un Organo d'appello che non abbia almeno tre membri, paralizza la soluzione di quella data controversia. Infatti, in base all'art. 16, par. 4, del DSU “[i]f a party has notified its decision to appeal, the report by the panel shall not be considered for adoption by the DSB until after completion of the appeal”; e l'art. 17, par. 1, del DSU stabilisce che ogni sezione giudicante dell'Organo d'appello sia formata da tre membri: “[a] standing Appellate Body shall be established by the DSB. The Appellate Body shall hear appeals from panel cases. It shall be composed by seven persons, three of whom shall serve on any one case” (il corsivo è nostro). Pertanto, se non vi sono almeno tre giudici nell'istanza d'appello, l'impugnazione blocca l'adozione del *report* del *panel*.

¹⁶ WT/GC/W/752/Rev.2, *Communication from the European Union, China, Canada, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic of Korea, Iceland, Singapore, Mexico, Costa Rica and Montenegro to the General Council*, 11 December 2018, a p. 1.

¹⁷ WT/GC/W/752/Rev.2, *Communication from the European Union, China, Canada, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic of Korea, Iceland, Singapore, Mexico, Costa Rica and Montenegro to the General Council*, 11 December 2018; WT/GC/W/753/Rev.1, *Communication from the European Union, China, India and Montenegro to the General Council*, 11 December 2018.

¹⁸ WT/GC/W/791, *Draft Decision – Functioning of the Appellate Body*, 28 November 2019; see also JOB/GC/222, *Informal Process on Matters Related to the Functioning of the Appellate Body – Report by the Facilitator, H.E. Dr. David Walker (New Zealand)*, 15 October 2019.

enable appeals of panel reports”¹⁹. La disposizione richiamata, infatti, consente ai Membri OMC, divenuti parti di una controversia, di ricorrere ad un arbitrato rapido per facilitare la risoluzione della loro disputa. Tale procedura arbitrale è perfettamente integrata nel contenzioso multilaterale²⁰, nell’ambito del quale rappresenta uno degli strumenti utili a realizzarne l’obiettivo generale di assicurare ai reclami una soluzione positiva e sollecita, che rispetti e preservi i diritti e gli obblighi degli Accordi di Marrakesh, conferendo sicurezza e affidabilità al sistema dell’OMC. Un gruppo di avvocati internazionalisti ha lanciato, nel 2017, l’idea di garantire il giudizio d’appello rendendo quest’ultimo l’oggetto di un accordo d’arbitrato, fondato, per l’appunto, sull’art. 25 del DSU. Proprio valorizzando ed elaborando la cd. *Andersen Proposal*²¹ la Commissione europea è, inizialmente, pervenuta ad un modello di intesa bilaterale per l’arbitrato d’appello, costruito sui tre elementi irrinunciabili per Bruxelles, ossia a) la natura vincolante del sistema OMC di risoluzione delle controversie, b) il doppio grado di giudizio attraverso una revisione in appello, e c) l’indipendenza degli esperti chiamati a decidere²². Tale modello ha ottenuto un ampio sostegno politico a livello europeo: è stato appoggiato dal Consiglio dell’Unione²³ e, successivamente, dal Parlamento

¹⁹ Scott ANDERSEN, Todd FRIEDBACHER, Christian LAU, Nicolas LOCKHART, Jan Yves REMY, Ian SANDFORD, *Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals*, CTEI Working Papers, CTEI-2017-17, a p. 1. V. anche James BACCHUS, *Saving the WTO’s Appeals Process*, www.cato.org/blog, 19 October 2018; Elisa BARONCINI, *The EU Approach to Overcome the WTO Dispute Settlement Vacuum: Article 25 DSU Interim Appeal Arbitration as a Bridge Between Renovation and Innovation*, in Meredith KOLSKY LEWIS, Junji NAKAGAWA, Rostam J. NEUWIRTH, Colin B. PICKER, Peter-Tobias STOLL (EDS.), *A Post-WTO International Legal Order - Utopian, Dystopian and Other Scenarios*, Heidelberg, 2020, pp. 115-132; Jens HILLEBRAND POHL, *Blueprint for a Plurilateral WTO Arbitration Agreement under Article 25 of the Dispute Settlement Understanding*, in Denise PRÉVOST, Iveta ALEXOVIČOČÁ, Jens HILLEBRAND POHL (EDS.), *Restoring Trust in Trade, Liber Amicorum in Honour of Peter Van den Bossche*, Oxford, 2019, pp. 139-155.

²⁰ V. Yoshifumi TANAKA, *The Peaceful Settlement of International Disputes*, Cambridge, 2018, pp. 304-305.

²¹ Cfr. Scott ANDERSEN, Todd FRIEDBACHER, Christian LAU, Nicolas LOCKHART, Jan Yves REMY, Ian SANDFORD, *Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals*, cit.

²² V. SI(2019) 452, *WTO Appellate Body – Work on A Possible Interim Solution*, Brussels, 23 May 2019, a p. 2. Sulle *three EU red lines* cfr., in dottrina, Joost PAUWELYN, *WTO Dispute Settlement post 2019: What to Expect?*, in *Journal of International Economic Law*, 2019, pp. 297-321, in particolare alla nota n. 60, ove l’autore riporta la dichiarazione fatta da un funzionario dell’Unione europea durante la Conferenza, organizzata presso la sede dell’OMC a Ginevra il 24 maggio 2019 dal World Trade Institute, sul tema “WTO Appellate Review: Reform Proposals and Alternatives”: “it’s very simple – three red lines, two stage process, independence of the adjudicators, and binding dispute settlement. And if we look at those three red lines, Article 25 appeal arbitration squarely fits the bill”.

²³ Cfr. EU Council Conclusions 9753/19, *Outcome of the Council Meeting – 3695th Council meeting, Foreign Affairs – Trade issues*, Brussels, 27 May 2019, a p. 3; Council of the European Union, doc. 10905/19, *WTO Appellate*

europeo, il quale ha dichiarato di sostenere appieno “le recenti iniziative dell’UE volte a concludere accordi provvisori con i nostri principali partner commerciali per trovare soluzioni temporanee che preservino il diritto dell’Unione alla risoluzione delle controversie commerciali in seno all’OMC mediante le due istanze vincolanti e l’indipendenza e l’imparzialità degli arbitri ... ricorda[ndo] al contempo che l’obiettivo centrale della strategia dell’UE ... [rimane] l’istituzione di un Organo di appello permanente”²⁴. Nei mesi di luglio e ottobre 2019, la Commissione ha concluso, rispettivamente, con il Canada e la Norvegia l’accordo bilaterale temporaneo per l’arbitrato d’appello²⁵.

Tuttavia, con il precipitare degli eventi -la mancata adozione, sempre a causa del veto statunitense, dei *Walker Principles* da parte del Consiglio generale dell’OMC, e, quindi, il blocco dell’Organo d’appello- l’iniziativa europea fondata sull’art. 25 del DSU ha incontrato il forte interesse di un gruppo di Membri OMC, e, in breve tempo, è stata affinata e trasformata in uno strumento multilaterale²⁶. È stato, così, concluso e notificato al Segretariato dell’OMC il *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement* (MPIA)²⁷, cui attualmente aderiscono 25 Membri

Body – Interim Arrangement – Endorsement, 5 July 2019; EU Council Conclusions 11255/19, *Outcome of the Council Meeting – 3708th Council meeting, Agriculture and Fisheries*, Brussels, 15 July 2019, a p. 11.

²⁴ P9_TA-PROV(2019)0083, *Risoluzione del Parlamento europeo del 28 novembre 2019 sulla crisi dell’organo di appello dell’OMC*, par. 5.

²⁵ Cfr. JOB/DSB/1/Add.11, *Statement on A Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes – Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU*, Communication circulated at the request of the Delegations of Canada and the European Union, 25 July 2019 (come modificato da JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1); JOB/DSB/1/Add.11/Suppl.1, *Statement on A Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes – Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU*, Communication circulated at the request of the Delegations of the European Union and Norway, 21 October 2019.

²⁶ Su questi aspetti v. Elisa BARONCINI, *The EU and the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA) - A Contingency Tool to Save the WTO Appellate Stage*, in Bruno BAREL, Andrea GATTINI (a cura di), *Le prospettive dell’export italiano in tempi di sfide e crisi globali. Rischi e opportunità*, Torino, 2021, pp. 83-120, alle pp. 83-95.

²⁷ JOB/DSB/1/Add.12, *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU*, Communication circulated at the request of the Delegations of Australia, Brazil, Canada, China, Chile, Colombia, Costa Rica, the European Union, Guatemala Hong Kong-China, Iceland, Mexico, New Zealand, Norway, Pakistan, Singapore, Switzerland, Ukraine, Uruguay, 30 April 2020. Sull’MPIA cfr. Kholofelo KUGLER, *Operationalizing MPIA Appeal Arbitrations: Opportunities and Challenges*, in Manfred ELSIG, Rodrigo POLANCO, Peter VAN DEN BOSSCHE (Eds.), *International Economic Dispute Settlement - Demise or Transformation?*, Cambridge, 2021, pp. 68-96; Xiaoling LI, *DSU Article 25 Appeal Arbitration: A Viable Interim Alternative to the WTO Appellate Body?*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2020, pp. 461-478. Per un costante aggiornamento sui temi dell’MPIA v. il sito web Geneva Trade Platform, *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA)*, https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/the-mpia/ (consultato il 10 giugno 2022).

dell'OMC²⁸, che hanno già formato il Collegio arbitrale del nuovo meccanismo, costituito da dieci tra i massimi esperti del diritto internazionale dell'economia²⁹.

L'MPIA è strutturato in tre distinte parti: la comunicazione al DSB, che contempla i principi dell'appello arbitrale, formalmente denominata "Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU"; il modello di accordo d'arbitrato, da utilizzare dalle parti in disputa, ossia le "Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU in Dispute DS X", inserite come Allegato 1 alla comunicazione; e, infine, l'insieme di regole dedicate alla composizione del Collegio arbitrale dell'MPIA, contenute nell'Allegato 2 del documento introduttivo³⁰. Considerato come una soluzione temporanea per mantenere il doppio grado di giudizio nel sistema OMC mentre si continua ad esplorare la via diplomatica per migliorare il contenzioso multilaterale preservando la funzione dell'appello³¹, l'MPIA intende sperimentare alcune innovazioni emerse nel dibattito sulla riforma del Tribunale permanente, al fine di migliorare "the procedural efficiency of appeal proceedings"³². Oltre ad ampliare il numero dei giudici - a differenza dei sette membri dell'Organo d'appello, gli *MPIA arbitrators* sono dieci- il meccanismo provvisorio prevede che i partecipanti all'arbitrato d'appello possano ulteriormente allargare la composizione del Collegio "by agreement of all participating Members at any time"³³, dando seguito ad una delle proposte presentate nel 2018 anche dall'Unione europea in seno all'OMC³⁴. Sempre per

²⁸ Si tratta di Australia, Benin, Brasile, Canada, Cina, Cile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Hong Kong – Cina, Islanda, Macao – Cina, Messico, Montenegro, Nicaragua, Norvegia, Nuova Zelanda, Pakistan, Perù, Singapore, Svizzera, Ucraina, Unione europea, e Uruguay.

²⁹ Cfr. la decisione dei partecipanti all'MPIA JOB/DSB/1/Add.12/Suppl.5, *Statement on A Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes, Supplement, Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU*, 31 July 2020. I dieci arbitri dell'MPIA sono Mateo Diego-Fernández Andrade, Thomas Cottier, Locknie Hsu, Valerie Hughes, Alejandro Jara, José Alfredo Graça Lima, Claudia Orozco, Joost Pauwelyn, Penelope Ridings, e Guohua Yang.

³⁰ V. JOB/DSB/1/Add.12, cit.

³¹ All'arbitrato d'appello si può ricorrere solo nelle "extraordinary circumstances" dell'inoperabilità del Tribunale permanente dell'OMC (JOB/DSB/1/Add.12, cit., a p. 2), ossia "as long as the Appellate Body is not able to hear appeals of panel reports in disputes among [the participants] due to an insufficient number of Appellate Body members" (JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 1, a p. 2). Pertanto l'MPIA "will remain in effect only until the Appellate Body is again fully functional" (JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 15, a p. 3).

³² JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 3, a p. 2.

³³ JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 5, a p. 7.

³⁴ Al fine di "strengthen [...] the independence and impartiality of the Appellate Body ... [and] improv[e] efficiency so as to enable it to meet the required timeframes", Bruxelles, in sede OMC, ha suggerito di rivedere l'art. 17 del DSU a) inserendo un unico mandato per i giudici d'appello (prolungandolo, però, tra i sei e gli otto anni), b) aumentando il numero dei membri del Tribunale da sette a nove giudici, e c) stabilendo il tempo pieno per la carica di membro dell'Organo d'appello. Cfr. WT/GC/W/753/Rev.2, cit., a p. 1.

garantire tempi stretti all'attività arbitrale dell'MPIA, viene conferito agli arbitri il potere di indicare due tipi di misure alle parti in disputa. Un primo gruppo di regole ha natura vincolante: gli arbitri possono esigere da attore e convenuto di attenersi ad alcune misure organizzative, come “page limits, time limits and deadlines as well as ... the length and number of hearings required”³⁵, per trattare compiutamente la procedura d'appello. Altre misure possono essere solo proposte dagli arbitri: ad esempio, questi ultimi possono suggerire l'esclusione degli argomenti fondati sulla violazione dell'art. 11 del DSU³⁶, disposizione che consente in sede d'appello di verificare se il *panel* abbia correttamente svolto una valutazione oggettiva della questione dinanzi ad esso sollevata, una verifica inclusiva della modalità con cui sono stati ricostruiti i fatti nel primo grado di giudizio. Infatti, l'art. 11 del DSU è stato sempre più frequentemente invocato dinanzi all'Organo d'appello dell'OMC, nell'evidente tentativo di “relitigate”³⁷ la parte in fatto nella procedura di impugnazione, laddove quest'ultima, invece, deve essere limitata alle questioni di diritto³⁸. Per superare tale prassi poco ortodossa, certo può risultare utile l'esortazione degli arbitri dell'MPIA, poiché appare complicato immaginare che gli avvocati delle parti in disputa consiglino di mantenere un argomento fondato sull'art. 11 del DSU che il Collegio giudicante ha chiesto di omettere. Il principio di economia giudiziale è ulteriormente rafforzato dal superamento dell'attuale obbligo, in sede d'impugnazione dinanzi all'Organo d'appello, di considerare ogni questione sollevata dagli appellanti³⁹: infatti, l'MPIA prevede che gli arbitri considerino “only ... those issues that are necessary for the resolution of the dispute”⁴⁰. È chiaro l'obiettivo di evitare il superamento del termine massimo di 90 giorni per l'appello, il quale, pur previsto dall'art. 17, par. 5, del DSU, è stato sempre più spesso disatteso nella prassi dell'OMC a causa del progressivo assottigliarsi dei componenti dell'Organo d'appello, della natura sempre più complessa di ogni singola procedura d'appello, e del notevole numero di

³⁵ V. JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 12, a p. 5. Per l'analogo approccio della UE nelle sue proposte del 2018 cfr. WT/GC/W/752/Rev.2, cit., pp. 2 e 4.

³⁶ “If necessary in order to issue the award within the 90 day time-period, the arbitrators may also propose substantive measures to the parties, such as an exclusion of claims based on the alleged lack of an objective assessment of the facts pursuant to Article 11 of the DSU” (JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 13, a p. 5).

³⁷ Cfr. Ignacio GARCIA BERCERO, *What Do We Need a World Trade Organization for? – The Crisis of the Rule-Based Trading System and WTO Reform*, BertelsmannStiftung, 2020, nota n. 62, a p. 33.

³⁸ Analogamente all'art. 17, par. 6, del DSU, l'MPIA prevede che “[a]n appeal shall be limited to issues of law covered by the panel report and legal interpretations developed by the panel” (JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 9, a p. 5).

³⁹ “The Appellate Body shall address each of the issues raised in accordance with paragraph 6 during the appellate proceeding” (art. 17, par. 12, del DSU).

⁴⁰ JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 10, a p. 5.

impugnazioni di *reports* dei *panels*. L'MPIA contempla, comunque, la possibilità che, su proposta degli arbitri, le parti in disputa si accordino, tra di loro e con gli *adjudicators*, per superare il termine massimo di 90 giorni per completare la procedura⁴¹.

Dall'impianto che si è tratteggiato risulta evidente che l'efficienza procedurale e l'approccio costruttivo alla fase dell'appello, limitando la discussione dell'impugnazione ai soli aspetti essenziali della controversia, sono posti nella responsabilità congiunta degli arbitri e delle parti in disputa, per la cui esecuzione ottimale l'MPIA appresta una serie di strumenti particolarmente innovativi.

Al termine della procedura d'appello dell'MPIA, gli arbitri adottano un lodo arbitrale immediatamente vincolante, che verrà presentato per la discussione dinanzi al DSB e a tutti i Consigli e/o Comitati dell'OMC che gestiscono gli Accordi di Marrakesh interpretati nell'impugnazione⁴². Il lodo arbitrale dovrà naturalmente, come tutte le soluzioni alle dispute nell'OMC, rispettare il quadro giuridico del sistema multilaterale.⁴³

Al momento, l'arbitrato d'appello dell'MPIA non è ancora stato formalmente utilizzato. Tuttavia, il modello di secondo grado di giudizio che propone è stato ripreso dall'Unione europea e dalla Turchia quando hanno definito come consentire l'impugnazione del *report* del *Panel* nel caso *Turkey — Pharmaceutical Products (EU)*. In tale controversia, infatti, relativa alle modalità di produzione, importazione e commercializzazione di prodotti farmaceutici in Turchia, l'Unione europea ha concordato con Ankara una procedura arbitrale d'appello, fondata sull'art. 25 del DSU, che ricalca l'impianto dell'MPIA⁴⁴. Due dei tre arbitri sono stati selezionati dal Collegio arbitrale dell'MPIA⁴⁵, e il lodo arbitrale è stato fatto circolare entro il 90° giorno dall'inizio della procedura arbitrale d'appello osservando regole pressoché identiche a

⁴¹ “On a proposal from the arbitrators, the parties may agree to extend the 90 day time-period for the issuance of the award” (JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 14, a p. 6).

⁴² “The parties agree to abide by the arbitration award, which shall be final. Pursuant to Article 25.3 of the DSU, the award shall be notified to ... the DSB and to the Council or Committee of any relevant agreement” (JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 15, a p. 6).

⁴³ “All solutions [to WTO disputes] ... including arbitration awards ... [have to] be consistent with [the WTO A]greements] and ... not nullify or impair benefits accruing to any Member under those agreements, nor impede the attainment of any objective of those agreements” (art. 3, par. 5, del DSU).

⁴⁴ WT/DS583/10, *Turkey - Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products – Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU*, 22 March 2022.

⁴⁵ Si tratta di Mateo Diego-Fernández Andrade e Guohua Yang, mentre il terzo arbitro, Seung Wha Chang, è stato scelto tra gli ex membri dell'Organo d'appello: v. WT/DS583/13, *Turkey - Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products – Recourse to Article 25 of the DSU Constitution of the Arbitrator, Note by the Secretariat*, 4 May 2022.

quelle dell’MPIA⁴⁶. Il lodo arbitrale nel caso *Turkey — Pharmaceutical Products (EU)* ha ricevuto commenti positivi riguardo alla tecnica redazionale, alle motivazioni delle conclusioni, e all’esito della disputa, che ribadisce l’incompatibilità della normativa della Turchia con l’Accordo GATT⁴⁷.

3. Il secondo pilastro della strategia dell’Unione europea consiste nell’attivazione dei meccanismi bilaterali di risoluzione delle controversie che caratterizzano gli accordi di libero scambio di nuova generazione negoziati e sottoscritti dalla UE. La Commissione può, avvalendosi di tali meccanismi, evitare che l’Unione, a causa di un appello nel vuoto di un Membro OMC, o contro un Membro dell’OMC che non abbia aderito all’MPIA, si ritrovi bloccata nella definizione di una disputa nel sistema multilaterale -anche se, naturalmente, si tratta di un obiettivo raggiungibile solo nell’ipotesi in cui lo Stato terzo in contrasto con l’Unione abbia sottoscritto un accordo preferenziale con Bruxelles.

Il ricorso ai meccanismi bilaterali non indica affatto l’intenzione di abbandonare il quadro giuridico del sistema multilaterale: al contrario, la vasta rete di accordi preferenziali, che collega l’Europa ad ogni area del globo, è caratterizzata da disposizioni che non solo richiamano e rinviano alle regole dell’OMC, ma precisano altresì che un obbligo derivante da un accordo bilaterale, analogo ad un impegno multilaterale, debba essere applicato nel contesto regionale così come interpretato dalla giurisprudenza di *panels* ed Organo d’appello dell’OMC⁴⁸. Inoltre, gli accordi

⁴⁶ WT/DS583/ARB25, *Turkey - Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products (Turkey — Pharmaceutical Products (EU)) – Arbitration under Article 25 of the DSU*, Award of the Arbitrators, 25 July 2022.

⁴⁷ *Inter alia v. Iana Dreyer, Arbitrators Issue First Post-Appellate Body Report in Geneva, Borderlex*, 26 July 2022; Simon LESTER, *The Turkey - Pharmaceutical Products Article 25 (Appellate Review) Award*, 25 July 2022, disponibile al link <https://ielp.worldtradelaw.net/dsu-25-interim-appeals/> (consultato il 25 luglio 2022).

⁴⁸ Si veda, ad esempio, l’art. 29.17 dell’Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra Unione e Canada, rubricato “Regola generale di interpretazione”: “[i]l collegio arbitrale interpreta le disposizioni del presente accordo secondo le norme di interpretazione consuetudinarie del diritto internazionale pubblico, comprese quelle stabilite dalla *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*. Il collegio arbitrale tiene conto anche delle pertinenti interpretazioni formulate nelle relazioni dei collegi arbitrali e dell’Organo d’appello adottate dall’Organo di conciliazione dell’OMC” (*Decisione (UE) 2017/37 del Consiglio del 28 ottobre 2016 relativa alla firma, a nome dell’Unione europea, dell’Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l’Unione europea e i suoi Stati membri dall’altra*, in *GUUE* L11/1 del 14.1.2017); oppure l’art. 14.16 dell’Accordo di libero scambio tra Unione e Repubblica sudcoreana, dedicato alle “Norme di interpretazione”, il quale, dopo aver richiamato i medesimi canoni ermeneutici sui trattati, stabilisce che “... [s]e un obbligo derivante dal presente accordo è identico a un obbligo derivante dall’accordo OMC, il collegio arbitrale adotta un’interpretazione compatibile con le interpretazioni pertinenti stabilite dalle

economici di ultima generazione sono dotati di clausole di coordinamento volte a scongiurare il formarsi di procedimenti paralleli, precludendo, così, l'incardinamento della stessa controversia in diversi sistemi pattizi⁴⁹. Già da questi primi elementi dell'impianto convenzionale risulta evidente l'intento dell'Unione, e dei suoi partner, di predisporre ed avvalersi di un quadro giuridico di gestione delle relazioni economiche internazionali che garantisca equità e chiarezza -e dunque omogeneità- delle regole da osservare per gli scambi e la collaborazione commerciali, assicurando il ricorso a procedure efficaci e snelle per superare le divergenze su interpretazione ed applicazione degli accordi che possano sorgere tra le Parti contraenti.

decisioni dell'Organo di conciliazione dell'OMC" (*Decisione del Consiglio del 16 settembre 2010 relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra (2011/265/UE)*, in *GUUE* L127/1 del 14.5.2011); o, ancora, l'art. 21.16 dell'Accordo tra l'Unione europea e il Giappone per un partenariato economico, ove è sancito che il *panel* debba tener conto "anche delle pertinenti interpretazioni formulate nelle relazioni dei *panel* e dell'Organo di appello adottate dal DSB" (*Decisione (UE) 2018/1907 del Consiglio del 20 dicembre 2018 relativa alla conclusione dell'Accordo tra l'Unione europea e il Giappone per un partenariato economico*, in *GUUE* L 330/1 del 27.12.2018; di analogo tenore letterale è l'art. 15.21 dell'Accordo di libero scambio tra Unione europea e Vietnam, *Decisione (UE) 2020/753 del Consiglio del 30 marzo 2020 relativa alla conclusione dell'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam*, in *GUUE* L 186/1 del 12.6.2020). Sulla rilevanza della giurisprudenza multilaterale per gli accordi regionali v. Giorgio SACERDOTI, *La contribution de l'Organe d'appel de l'OMC à la construction du droit international économique: système commercial multilatéral, accords régionaux, droit de l'investissement*, in *Revue générale de droit international public*, 2016, pp. 723-744.

⁴⁹ Recita l'art. 29.3 dell'Accordo CETA, intitolato "Scelta del foro": "[i]l ricorso alle disposizioni sulla risoluzione delle controversie del presente capo lascia impregiudicata la possibilità di ricorrere alla risoluzione delle controversie a norma dell'accordo OMC o di qualunque altro accordo di cui le parti siano firmatarie. In deroga a [ciò] ... qualora un obbligo sostanzialmente equivalente sia previsto dal presente accordo e dall'accordo OMC o da qualunque altro accordo di cui le parti siano firmatarie, una parte non può denunciare in entrambe le sedi la violazione di tale obbligo. In tal caso, una volta avviato il procedimento di risoluzione delle controversie previsto da uno degli accordi, la parte si astiene dal denunciare la violazione di un obbligo sostanzialmente equivalente a norma dell'altro accordo, a meno che il foro scelto non riesca, per motivi procedurali o giurisdizionali diversi dalla conclusione dei lavori a norma dell'allegato 29-A, punto 20, a formulare conclusioni su tale denuncia"; cfr. anche l'art. 14.19 dell'Accordo UE/Corea, l'art. 21.27 dell'Accordo UE/Giappone, e l'art. 15.24 dell'Accordo UE/Vietnam, di simile formulazione. Sul tema del coordinamento tra le controversie negli accordi economici cfr. *inter alia* Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, *Parallel and Overlapping Proceedings in International Economic Law: Towards an Ordered Co-existence*, in Hélène RUIZ-FABRI (Ed.), *International Law and Litigation: A Look into Procedure*, Baden-Baden, 2019, pp. 331-361; Cornelia FURCULITA, *Fork-in-the-Road Clauses in the New EU FTAs: Addressing Conflicts of Jurisdictions with the WTO Dispute Settlement Mechanism*, *CLEER Papers*, 2019/1; Kyung KWAK, Gabrielle MARCEAU, *Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements*, in *Canadian Yearbook of International Law*, 2004, pp. 83-152; Loris MAROTTI, *Il coordinamento tra meccanismi di soluzione delle controversie negli accordi dell'Unione europea*, in Giovanna ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, cit., pp. 33-53.

Sono essenzialmente due le tipologie di meccanismi di risoluzione delle controversie disciplinate negli accordi di libero scambio di nuova generazione della UE. Per i regimi sulla circolazione di beni e servizi, il contenzioso bilaterale si richiama al sistema dell'OMC, con il quale condivide la prima fase delle consultazioni, suscettibile di sfociare, in assenza di un'intesa mutualmente concordata tra le parti⁵⁰, in una procedura arbitrale. Il *panel* arbitrale ha il potere di adottare una decisione vincolante, e a tale lodo arbitrale le parti in disputa si devono conformare⁵¹, pena la possibilità, per chi ha vinto la procedura, di sospendere concessioni “in misura equivalente all'annullamento o alla diminuzione dei benefici causati dalla violazione”⁵² dell'accordo di libero scambio (ALS) riscontrata dal collegio giudicante. Si sottolinea che negli accordi dell'Unione, non vi è, però, il doppio grado di giudizio che caratterizza il meccanismo multilaterale di risoluzione delle controversie.

Riguardo, invece, agli innovativi capitoli su commercio e sviluppo sostenibile (*Trade and Sustainable Development Chapters*, “TSD Chapters”) che contraddistinguono i *Free Trade Agreements* (FTAs) di ultima generazione della UE⁵³, i meccanismi di *enforcement* non prevedono, al

⁵⁰ “Le parti possono in qualsiasi momento pervenire a una soluzione concordata di una controversia ... Esse notificano tale soluzione al Comitato per il commercio. Alla notifica della soluzione concordata, la procedura è chiusa” (Art. 14.13 dell'Accordo UE/Corea).

⁵¹ “Le parti adottano le misure necessarie per conformarsi in buona fede al lodo del collegio arbitrale e si adoperano per concordare il periodo di tempo per dare esecuzione al lodo arbitrale” (art. 14.8.1 dell'Accordo UE/Corea).

⁵² Art. 14.11.2 dell'Accordo UE/Corea.

⁵³ Sui capitoli dedicati alla sostenibilità ed i relativi meccanismi di *enforcement* v. Barbara COOREMAN, Geert VAN CALSTER, *Trade and Sustainable Development Post-Lisbon*, in Michael HAHN, Guillaume VAN DER LOO (EDS.), *Law and Practice of the Common Commercial Policy – The First 10 Years after the Treaty of Lisbon*, Leiden – Boston, 2020, pp. 187-205; Sondra FACCIO, *Gli accordi commerciali dell'Unione europea e lo sviluppo sostenibile*, in Attila Massimiliano TANZI, Ludovica CHIUSSI CURZI, Gian Maria FARNELLI, Andrea MENSI (a cura di), *La transizione ecologica nel commercio internazionale*, cit., pp. 59-64; Gracia MARÍN DURÁN, *Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues*, in *Common Market Law Review*, 2020, pp. 1031-1068; James HARRISON, Mirela BARBU, Liam CAMPLING, Ben RICHARDSON, Adrian SMITH, *Governing Labour Standards Through Free Trade Agreements: Limits of the European Union's Trade and Sustainable Development Chapters*, in *Journal of Common Market Studies*, 2018, pp. 260-277; Kateřina HRADILLOVA, Ondřej SVOBODA, *Sustainable Development Chapters in the EU Free Trade Agreements: Searching for Effectiveness*, in *Journal of World Trade*, 2018, pp. 1019-1042; Azzurra MUCCIONE, *Il rapporto dei capitoli su “Commercio e Sviluppo Sostenibile” con la disciplina in materia commerciale*, in Giovanna ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, cit., pp. 235-255; Nguyen Thi NHUNG, Hai Yen TRINH, *Demystifying the Sustainable Development Chapter in the EU-Vietnam FTA*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2022, pp. 217-237; Francesca ROMANIN JACUR, *The Contribution to Sustainable Development of “Megaregional” Free Trade and Investment Agreements*, in Susanna CAFARO (ED.), *Beni e valori comuni nelle dimensioni internazionale e sovranazionale*, Napoli, pp. 59-86; Stephanie SCHACHERER, *Sustainable Development in EU Foreign Investment Law*, Leiden-Boston, 2021, pp. 225 ss.; Demy VAN 'T WOUT, *The Enforceability of the Trade and Sustainable Development Chapters of the European Union's*

momento, dispositivi sanzionatori⁵⁴, ma incentivano considerevolmente la cooperazione delle Parti contraenti, coinvolgendo gli organi politici comuni, e quella espressione della società civile, nella gestione del contenzioso sui delicati temi della sostenibilità. Anche la terminologia riflette l'approccio diplomatico e di costante dialogo e collaborazione che deve caratterizzare il confronto sul rispetto delle nuove disposizioni degli FTAs. Così, l'Unione, o lo Stato terzo che ha sottoscritto l'accordo di libero scambio, può chiedere consultazioni "su ogni questione di comune interesse"⁵⁵ relativa al *TSD Chapter*, e le parti sono tenute a compiere "ogni sforzo per giungere a una soluzione che sia soddisfacente per entrambe ... [assicurandosi] che la soluzione sia compatibile con le attività dell'OIL [Organizzazione internazionale del lavoro] o delle organizzazioni o degli organismi ambientali multilaterali competenti"⁵⁶, investendo anche il Comitato dell'ALS per il commercio e lo sviluppo sostenibile per esaminare la questione oggetto di consultazioni⁵⁷. Se le consultazioni falliscono, la parte che ha avviato la procedura può chiedere l'istituzione di un Gruppo di esperti, il quale esamina le memorie delle parti, dispone le udienze,

Free Trade Agreements, in *Asia Europe Journal*, 2021, pp. 1-18; Susanna VILLANI, *Settling Disputes on TSD Chapters of EU FTAs: Recent Trends and Future Challenges in the Light of CJEU's Opinion 2/15*, in Andrea BIONDI, Giorgia SANGUOLO (EDS.), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations - An Agenda for an Enhanced Dialogue*, Cheltenham, 2021, pp. 107-125.

⁵⁴ Si sottolinea che la Commissione europea, nella sua recente Comunicazione per rafforzare il contributo degli accordi commerciali allo sviluppo sostenibile, prospetta, ma solo quale strumento di *extrema ratio*, la possibilità di colpire con sanzioni commerciali, proporzionate e temporanee, la violazione grave degli impegni fondamentali dei *TSD Chapters*, ossia quelli relativi ai diritti fondamentali dei lavoratori e all'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici, che diverrebbero, così, elementi essenziali degli ALS. L'opzione proposta, molto severa, potrebbe essere esercitata solo al termine del periodo di tempo concesso alla parte soccombente per ottemperare ai suoi impegni di sostenibilità, tenendo conto anche degli esiti dei meccanismi di monitoraggio multilaterali, e dopo un ulteriore riesame da parte del Gruppo di esperti sulla condotta dello Stato inadempiente, un riesame che vedrebbe il pieno coinvolgimento della società civile. V. COM(2022) 409, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Il potere dei partenariati commerciali: insieme per una crescita economica verde e giusta*, 22.6.2022, pp. 12-13. Sul processo di revisione dei *TSD Chapters*, realizzato dalla Commissione anche attraverso una consultazione pubblica aperta, cfr. Jana TITIEVSKAIA, *Sustainability Provisions in EU Free Trade Agreements - Review of the European Commission Action Plan*, EPRS | European Parliamentary Research Service, November 2021. Per il testo dell'Accordo di Parigi v. United Nations, *Paris Agreement*, 12 December 2015, disponibile al link <https://www.un.org/en/climatechange/paris-agreement> (consultato il 10 luglio 2022).

⁵⁵ Art. 13.14.1 dell'Accordo UE/Corea.

⁵⁶ Art. 13.14.2 dell'Accordo UE/Corea.

⁵⁷ "Una parte, se ritiene che la questione debba essere ulteriormente esaminata, può chiedere che il Comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile sia convocato per esaminare la questione presentando una domanda scritta al punto di contatto dell'altra parte. Il Comitato di riunisce sollecitamente e cerca di concordare una soluzione. La soluzione è resa pubblica, salvo diversa decisione del Comitato" (art. 13.14.3 dell'Accordo UE/Corea).

può chiedere informazioni, anche agli enti previsti nel *TSD Chapter*. “[P]er quanto possibile”, le parti devono poi adoperarsi “per tenere conto dei pareri o delle raccomandazioni del Gruppo di esperti” contenuti nella relazione finale di quest’ultimo⁵⁸. Inoltre, “[l]a messa in atto delle raccomandazioni del gruppo di esperti è monitorata dal Comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile”⁵⁹. Le regole *ad hoc* per il contenzioso degli accordi dell’Unione sulle questioni di sostenibilità pongono, quindi, un obbligo di *best efforts* per la parte la cui normativa o condotta viene considerata in contrasto con il capo su commercio, ambiente e diritti fondamentali dei lavoratori, ma non è consentita l’adozione di contromisure. Al contrario, vi è una significativa responsabilizzazione dei vari organi istituiti per gestire gli accordi di libero scambio, politici ed espressione della società civile, per superare le situazioni di attrito con nuove, più eque ed avanzate, discipline, capaci di ottemperare agli importanti impegni di sostenibilità sottoscritti dalle Parti contraenti.

Dal dicembre 2018 sono quattro i reclami introdotti dalla UE attivando i meccanismi bilaterali dei suoi accordi di libero scambio⁶⁰. La prima richiesta di consultazioni, contro la Corea del Sud, è stata presentata nel dicembre del 2018, ed aveva ad oggetto il mancato rispetto degli obblighi di sostenibilità relativi ai diritti fondamentali dei lavoratori (*Korea – Labour Commitments*)⁶¹; quindi è stata avviata la procedura contro l’Ucraina, poiché l’Unione contestava l’illegittimità delle restrizioni di Kiev all’esportazione di legname pregiato e legno grezzo (*Ukraine – Wood Export Ban*)⁶². Vi sono, poi, le due dispute che riguardano il continente africano: quella contro l’Unione doganale dell’Africa australe a causa delle misure di salvaguardia sull’importazione di tagli di pollo congelati dalla UE, il cui *Panel* è già stato istituito (*SACU – Poultry Safeguards*)⁶³; e il reclamo presentato contro l’Algeria, per via di una serie di misure del Paese nordafricano che ostacolano il libero scambio con l’Unione europea, rispetto al quale, invece, è pendente la richiesta dell’Unione di formare il Collegio arbitrale (*Algeria - Trade Restrictive Measures*)⁶⁴.

⁵⁸ Cfr. l’art. 13.15.2 dell’Accordo UE/Corea.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Sulla prassi contenziosa dell’Unione nei suoi accordi di libero scambio di ultima generazione v. il sito dedicato della Commissione europea: *Disputes under Bilateral Trade Agreements*, al link <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/bilateral-disputes/> (consultato il 30 marzo 2022).

⁶¹ *Republic of Korea – compliance with obligations under Chapter 13 of the EU – Korea Free Trade Agreement, Request for Consultations by the European Union*, Brussels, 17 December 2018.

⁶² *Delegation of the European Union to Ukraine, Note verbale*, 15 January 2019.

⁶³ *Arbitration Panel Established in the Dispute Concerning the Safeguard Measure Imposed by SACU on Imports of Poultry from the EU*, Brussels, 8 December 2021.

⁶⁴ *Delegation of the European Union to Algeria, Note verbale*, 19 March 2021.

Nelle procedure contenziose appena elencate, che vedono costantemente l'Unione nella veste di parte attrice, abbiamo già due *reports*, relativi alle controversie con l'Ucraina e la Corea del Sud, molto importanti -sia per i temi trattati che per l'approccio all'*enforcement* manifestato dalle parti in disputa e dai *panels* chiamati a pronunciarsi- sui quali ci soffermeremo a breve. Preme qui subito sottolineare un tratto procedurale comune nella tipologia di contenzioso considerata, una volta raggiunta l'istituzione del *panel*, ossia l'apertura alla società civile ricorrendo all'istituto dell'*amicus curiae*. Infatti, formatosi il Collegio giudicante, le parti in disputa e il *Panel* hanno concordato le modalità di partecipazione al contenzioso, per i soggetti aventi la nazionalità di una delle due parti in disputa, attraverso la presentazione di una memoria "directly relevant to a factual or a legal issue under consideration by the arbitration panel"⁶⁵. Il documento dell'*amicus curiae*, che deve essere inviato entro circa tre settimane dalla pubblicazione dell'avviso, ha avuto un ruolo marginale nel caso *Ukraine – Wood Export Ban*. Infatti, in tale disputa è stata presentata solo una memoria, peraltro scritta in ucraino, dalla "Ukrainian Association of the Club of Rome". Tradotta in inglese, è stata inclusa dal *Panel* nella documentazione da utilizzare per redigere il suo *report*, senza, però, che nessuna delle parti in disputa vi facesse riferimento nella discussione del caso dinanzi al Collegio arbitrale⁶⁶. Invece, in *Korea – Labour Commitments*, sono state diverse le memorie presentate dalla società civile, rispetto alle quali il Gruppo di esperti ha manifestato "full regard"⁶⁷, anche senza fare espresso riferimento o identificare con precisione gli *amicus curiae* nel testo del *report* laddove il *Panel* li abbia presi in considerazione per la sua analisi del caso⁶⁸. Inoltre, con specifico riferimento al contenzioso dei *TSD Chapters*, è da sottolineare l'importante caratteristica della possibilità, per il Gruppo di esperti, di richiedere -ma anche *ricevere*- informazioni e pareri da enti, organizzazioni internazionali, e soggetti specializzati nelle norme fondamentali e negli accordi multilaterali in materia di lavoro e ambiente, in modo da affrontare la controversia ad esso affidata con informazioni

⁶⁵ *Procedural Information Related to EU-Korea Dispute Settlement on Labour*, 19 December 2019; *Arbitration Panel Established on Ukraine's Wood Export Ban – Deadline for Submissions*, 12 February 2020; *Arbitration Panel Established in the Dispute Concerning the Safeguard Measure Imposed by SACU on Imports of Poultry from the EU Brussels*, 8 December 2021.

⁶⁶ *Restrictions Applied by Ukraine on Exports of Certain Wood Products to the European Union (Ukraine – Wood Export Ban)*, Final Report of the Arbitration Panel established pursuant to Article 307 of the Association Agreement between Ukraine, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, 11 December 2020, par. 478.

⁶⁷ *Panel of Experts Proceeding Constituted under Article 13.15 of the EU-KOREA Free Trade Agreement (Korea – Labour Commitments)*, Report of the Panel of Experts, 20 January 2021, par. 99.

⁶⁸ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, parr. 160-162, 204, 236.

complete e qualificate. Rilevante è, quindi, l'ampio coinvolgimento degli *stakeholders* nelle questioni di sostenibilità, ai quali è riconosciuta la facoltà di essere proattivi nelle dispute su commercio, ambiente, e *core labour standards*, assumendo l'autonoma iniziativa di presentare memorie ritenute utili per l'equa ed efficace gestione del caso da parte del Gruppo di esperti⁶⁹.

Prima di illustrare nei loro tratti essenziali i due *reports* tra Unione europea, Ucraina e Corea del Sud, occorre rimarcare che entrambi sono coerenti con le finalità espresse dalla Commissione europea nel riesame della politica commerciale comune. Infatti l'Unione, nell'approccio al contenzioso, si è costantemente adoperata per promuovere tutela ambientale, equità sociale e lavoro dignitoso⁷⁰, richiamando la giurisprudenza dell'Organo d'appello dell'OMC che "ha notevolmente rafforzato la legittimità e la prevedibilità del sistema di risoluzione delle controversie, anche prestando particolare attenzione alla tutela del diritto dei membri dell'OMC di legiferare a fini sanitari, ambientali o di altri obiettivi politici legittimi"⁷¹, e dando seguito all'impegno annunciato nella *trade policy review* di sostenere "nelle discussioni internazionali sulle questioni commerciali e ambientali ... un'interpretazione delle pertinenti disposizioni dell'OMC che riconosca il diritto dei membri di fornire risposte efficaci alle sfide ambientali globali, in particolare i cambiamenti climatici e la protezione della biodiversità"⁷².

⁶⁹ Cfr., ad esempio, l'art. 284, par. 5, dell'Accordo commerciale tra Unione europea, Colombia e Perù, in base al quale il Gruppo di esperti "può chiedere e ricevere comunicazioni scritte o qualsiasi altra informazione da organizzazioni, istituzioni e persone che dispongono di informazioni pertinenti o di conoscenze specializzate, comprese comunicazioni scritte o informazioni da parte delle organizzazioni e degli organismi internazionali pertinenti, sulle questioni relative alle convenzioni e agli accordi internazionali di cui agli articoli 269 e 270". A loro volta, tali disposizioni elencano i principi e le convenzioni multilaterali per la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori e dell'ambiente. V. *Decisione del Consiglio 2012/735/UE del 31 maggio 2012 relativa alla firma, a nome dell'Unione, e all'applicazione provvisoria dell'accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra*, in GUUE L 354/1 del 21.12.2012. All'Accordo trilaterale ha successivamente aderito l'Ecuador: cfr. *Decisione del Consiglio (UE) 2016/2369 dell'11 novembre 2016 relativa alla firma, a nome dell'Unione, e all'applicazione provvisoria del protocollo di adesione all'accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, per tener conto dell'adesione dell'Ecuador*, in GUUE L 356/1 del 24.12.2016.

⁷⁰ V. COM(2021) 66, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Riesame della politica commerciale - Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva*, Bruxelles, 18 febbraio 2021.

⁷¹ COM(2021) 66, Annex, *Riformare l'OMC: verso un sistema commerciale multilaterale sostenibile ed efficace*, Bruxelles, 18 febbraio 2021, a p. 7.

⁷² COM(2021) 66, Annex, *Riformare l'OMC ...*, cit., a p. 5. Con specifico riferimento alla importante azione della UE su biodiversità e lavoro dignitoso v. COM(2020) 380, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030 – Ripartire la natura*

3.1. Il *report* del caso *Ukraine – Wood Export Ban* dell'11 dicembre 2020 riguardava le restrizioni all'esportazione adottate dalle autorità di Kiev nel 2005, con un bando permanente per dieci tipi di legname pregiato (tra i quali ciliegi, peri, castagni e gli alberi di noce), e nel 2015, con un divieto temporaneo di durata decennale per tutte le esportazioni di legname grezzo⁷³. Si tratta della prima disputa sollevata da Bruxelles avvalendosi di un accordo preferenziale nonostante l'oggetto della controversia, riflettendo il quadro normativo dell'OMC e riguardando uno Stato che è anche membro del sistema multilaterale, si prestasse ad essere comunque considerato nell'ambito del contenzioso multilaterale. La scelta della Commissione europea, oltre ad individuare una valida alternativa alla crisi del meccanismo ginevrino di risoluzione delle controversie, riflette la valutazione politica di confrontarsi nel quadro pattizio bilaterale concordato da Unione ed Ucraina: certamente meno esposto rispetto alla ribalta del sistema multilaterale dell'OMC, l'esame delle divergenze nell'ambito dell'Accordo di associazione è suscettibile di incentivare ulteriormente una soluzione diplomatica della disputa.

La questione centrale affrontata dal *Panel* arbitrale consisteva nello stabilire se le misure attaccate dall'Unione europea fossero dei provvedimenti protezionisti a favore dell'industria ucraina della lavorazione del legno e dell'arredamento, oppure potessero essere giustificate come necessarie per la gestione sostenibile delle foreste ucraine, e utili a frenare una deforestazione intensiva, suscettibile di avere gravi conseguenze per l'ecosistema.

Riscontrato che le restrizioni all'esportazione di Kiev integravano una violazione dell'art. 35 dell'Accordo di associazione (AA) tra l'Unione europea e l'Ucraina⁷⁴, il

nella nostra vita, 20.5.2020, e COM(2022) 66, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sul lavoro dignitoso in tutto il mondo per una transizione globale giusta e una ripresa sostenibile*, 23.2.2022.

⁷³ Sul *report* del *Panel* nel caso *Ukraine – Wood Export Ban* sui divieti di importazione del legname v., più diffusamente, i contributi di Susanna Villani e Olena Nihreieva nel presente volume, nonché Tobias DOLLE, Lourdes MEDINA, *The EU's Request for Arbitration Under the EU-Ukraine Association Agreement*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2020, pp. 104-110; Anzhela MAKHINOVA, Mariia SHULHA, *The Arbitration Panel Ruling on Ukraine's Certain Wood Restrictions under the EU-UA Association Agreement*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2021, pp. 355-362; Iryna POLOVETS, *Report of Arbitration Panel in Restrictions Applied by Ukraine on Exports of Certain Wood Products to the European Union*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2021, pp. 1-14; Vitaliy POGORETSKY, *The Arbitration Panel Report in Ukraine – Export Prohibition on Wood Products: Lessons from the “Pegasus” of International Adjudication*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2021, pp. 732-758.

⁷⁴ Rubricata “Restrizioni all'importazione e all'esportazione”, la disposizione in oggetto stabilisce che “Nessuna delle Parti adotta o mantiene divieti o restrizioni o misure di effetto equivalente sull'importazione di merci dell'altra

report risulta di particolare interesse poiché interpreta l'art. 36 dell'AA, la disposizione sulle eccezioni generali agli obblighi di liberalizzazione che rinvia gli artt. XX e XXI dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) 1994⁷⁵, richiamando costantemente la giurisprudenza dei *panels* e dell'Organo d'appello dell'OMC, come richiesto dell'art. 320 dell'AA⁷⁶, e valorizzando ulteriormente l'impegno delle Parti contraenti a dare attuazione al principio dello sviluppo sostenibile. Il Collegio arbitrale sottolinea l'accordo di Ucraina ed Unione europea sul fatto che “the restoration of forests ... and the preservation of rare and valuable species ... are ‘fundamental, vital and important in the highest degree’”⁷⁷.

Inoltre, esso qualifica il Capo 13 dell'AA, dedicato a “Commercio e sviluppo sostenibile”, come “relevant context” per interpretare le disposizioni su “Scambi e questioni commerciali” di cui al Titolo IV dell'AA⁷⁸, e quindi valutare la necessità di un ostacolo agli scambi da giustificare⁷⁹: il *Panel* arbitrale riconosce, così, il bando del 2005 come giustificabile in base all'art. XX, lett. b), del GATT 1994 anche alla luce del diritto dell'Ucraina ad adottare, come stabilito dall'art. 290 dell'AA, una legislazione che “preveda livelli elevati di protezione dell'ambiente”⁸⁰. Il “right to regulate” espressamente codificato nel *TSD Chapter* dell'Accordo di associazione UE/Ucraina viene, quindi, opportunamente e correttamente utilizzato dal Collegio giudicante per rafforzare la tutela dei *non-trade values* nelle relazioni tra Unione ed Ucraina. Si

Parte o sull'esportazione o sulla vendita all'esportazione di merci destinate al territorio dell'altra Parte, salvo quanto altrimenti disposto dal presente accordo o in conformità all'articolo XI del GATT 1994 e alle relative note interpretative. A questo scopo, l'articolo XI del GATT 1994 e le sue note interpretative sono incorporati nel presente accordo e ne fanno parte integrante”. Per il testo dell'Accordo di associazione v. *Decisione del Consiglio, del 17 marzo 2014, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra, per quanto riguarda il preambolo, l'articolo 1 e i titoli I, II e VII (2014/295/UE)*, in *GUUE* L161/1 del 29.5.2014.

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 36 dell'AA “[n]essuna disposizione del presente accordo può essere interpretata come un divieto per le Parti di adottare o applicare misure conformi agli articoli XX e XXI del GATT 1994 e alle relative note interpretative che sono integrati nel presente accordo e ne fanno parte integrante”.

⁷⁶ In base a tale disposizione “[s]e un obbligo derivante dal presente accordo è identico a un obbligo derivante dall'accordo OMC, il collegio arbitrale adotta un'interpretazione compatibile con l'interpretazione pertinente stabilita dalle decisioni [del DSB]”.

⁷⁷ Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, par. 308.

⁷⁸ “The Arbitration Panel is ... persuaded that the provisions of Chapter 13 serve as relevant context for the interpretation of other provisions of Title IV, which allow the Parties to introduce or maintain measures in derogation to Article 35 of the AA, including for environmental reasons based on Article 36 of the AA in conjunction with Article XX of the GATT 1994 ...” (Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, par. 251).

⁷⁹ Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, par. 332.

⁸⁰ Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, par. 374-375.

sottolinea che l'importante approccio del Panel arbitrale nello stabilire che il Capo 13 dell'AA deve essere considerato come contesto rilevante anche per l'interpretazione delle disposizioni pattizie collocate in altri capitoli dell'Accordo ha anticipato -e forse ispirato?- uno dei punti d'azione individuati dalla Commissione nella nuova Comunicazione dedicata alla revisione dei *TSD Chapters*⁸¹. Infatti, l'istituzione europea promuove l'integrazione della sostenibilità in tutto l'impianto degli ALS, e, dunque, respinge una lettura degli accordi di libero scambio che releghi la considerazione dei valori non commerciali unicamente all'interno dei capitoli dedicati a commercio e sviluppo sostenibile. Al contrario, l'applicazione diffusa e sistematica delle regole della sostenibilità deve, in primo luogo, garantire il "necessario spazio politico"⁸² per preservare interamente "il diritto dei Paesi di legiferare al fine di perseguire obiettivi legittimi relativi ad ambiente e lavoro"⁸³. Inoltre, nel disciplinare ed interpretare congiuntamente le regole per le barriere non tariffarie, bisogna adoperarsi per "promuove[re] il ricorso a norme internazionali per favorire il commercio e gli investimenti nella protezione dell'ambiente, nell'efficienza delle risorse e nelle fonti energetiche rinnovabili"⁸⁴. Occorre, infine, agire "in modo proattivo" nella definizione degli impegni pattizi, dunque accordarsi, ad esempio, per "rendere prioritaria la liberalizzazione dei beni e dei servizi ambientali"⁸⁵.

Tuttavia, nonostante la presenza del *TSD Chapter*, e il dovere di considerarlo come contesto rilevante per l'interpretazione delle diverse disposizioni dell'Accordo di associazione, il *Panel* non ha potuto giustificare il secondo divieto all'esportazione posto dall'Ucraina, quello adottato nel 2015 ed avente ad oggetto tutto il legname grezzo. Il Collegio giudicante lo ha considerato come arbitrariamente discriminatorio. I *panelists*, infatti, hanno riscontrato che, nonostante il provvedimento di Kiev sia relativo alla preservazione delle risorse naturali, esso non possa, però, essere giustificato dall'art. XX, lett. g), del GATT 1994, in buona sostanza perché l'Ucraina, senza aver addotto alcun motivo, non è altrettanto attenta alle questioni di sostenibilità quando si tratta del commercio di legname per esigenze interne al Paese, per le quali vi è uno sfruttamento massiccio di questa risorsa naturale⁸⁶.

⁸¹ COM(2022) 409, cit., pp. 8-9.

⁸² COM(2022) 409, cit., p. 8.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, par. 468. Sul punto v. Nikos LAVRANOS, *WTO Rules Provide Basis for DCFTA Arbitration Ruling on Ukrainian Lumber Export Restrictions*, *Borderlex*, 14 December 2020.

3.2. Nel gennaio 2021 viene pubblicato il *report* del caso *Korea – Labour Commitments*, avente ad oggetto l’interpretazione ed applicazione dell’art. 13.4.3 dell’Accordo di libero scambio tra Unione europea e Corea del Sud. La disposizione richiamata, che fa parte del Capo 13 dell’ALS, dedicato a Commercio e sviluppo sostenibile, riguarda l’impegno di Unione e Corea “a rispettare, promuovere e realizzare, nelle loro leggi e pratiche” i *core labour standards* della Dichiarazione dell’OIL del 1998 sui principi e i diritti fondamentali al lavoro, inclusi gli aggiornamenti successivi⁸⁷, nonché l’obbligo “ad attuare effettivamente le Convenzioni dell’OIL che la Corea e gli Stati membri dell’Unione europea hanno rispettivamente ratificato”, come pure l’impegno ad “adopera[rsi] assiduamente per ratificare le Convenzioni fondamentali dell’OIL, e le altre Convenzioni classificate dall’OIL come Convenzioni ‘aggiornate’”⁸⁸. La decisione della Commissione di chiedere alla Corea del Sud di entrare in consultazioni rappresenta una delle risposte alle sollecitazioni provenienti dalla società civile⁸⁹ e dal Parlamento europeo per un miglior monitoraggio ed una più soddisfacente attuazione degli impegni sulla sostenibilità previsti dall’ALS⁹⁰. Infatti, a fronte delle prove addotte sul mancato rispetto, da parte della Corea, della libertà di associazione dei lavoratori e del diritto alla contrattazione collettiva, gli esponenti della società civile dichiaravano che “it is indeed incumbent on the Commission to use the FTA to raise these issues on a formal basis with the Korean government”, e che “failure of the EU to act in this case, in light of the overwhelming evidence of the breach of Article 13, would undermine the effectiveness of Sustainable Development Chapters in EU’s trade Agreements, and of

⁸⁷ Si sottolinea che il 10 giugno 2022 la Conferenza internazionale del lavoro dell’OIL ha ampliato la Dichiarazione del 1998, includendovi il principio sull’ambiente di lavoro salubre e sicuro, che va, quindi, ad affiancare la libertà di associazione ed il riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva, l’eliminazione di ogni forma di lavoro forzato od obbligatorio, l’abolizione effettiva del lavoro dei minori, e l’eliminazione della discriminazione rispetto ad impiego ed occupazione. Cfr. ILC.110/Resolution I, *Resolution on the Inclusion of a Safe and Healthy Working Environment in the ILO’s Framework of Fundamental Principles and Rights at Work*, 10 June 2022. V. anche ILO News, *International Labour Conference Adds Safety and Health to Fundamental Principles and Rights at Work, 110th International Labour Conference*, 10 June 2022, e per il testo rinnovato della Dichiarazione del 1998, *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, disponibile al link <https://www.ilo.org/declaration/lang--en/index.htm> (consultato il 30 giugno 2022).

⁸⁸ Sulla disciplina dell’OIL per la tutela dei lavoratori v. Alessandra ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro – Norme universali, regionali e dell’Unione europea*, Milano, 2021, pp. 21 ss.

⁸⁹ In particolare, dal Forum UE/Corea della società civile istituito dall’art. 13.13 dell’ALS, e dal Gruppo consultivo nazionale dell’Unione, facente capo sempre al medesimo Accordo.

⁹⁰ Cfr. FIDH, *EU-Korea FTA: European Commission Urged to Open Consultations on Korea Labour Failures*, 2 January 2017, disponibile al link <https://www.fidh.org/en/impacts/eu-korea-fta-european-commission-urged-to-open-consultations-on-korea> (consultato il 10 aprile 2022).

the EU trade policy in general”⁹¹. Il Parlamento ribadiva le osservazioni del Forum della società civile e dei Gruppi consultivi interni, sottolineando che “i progressi compiuti dalla Corea sugli obiettivi contenuti nel Capo sul commercio e lo sviluppo sostenibile non [erano] soddisfacenti e che sussist[evano] ancora casi di violazione della libertà di associazione, compresi esempi preoccupanti di detenzione di leader dei sindacati e di interferenze nei negoziati, che invece [rientrano] ... nell’autonomia delle parti della contrattazione”, ed esortando, quindi, “la Commissione ad avviare consultazioni formali con il governo coreano, conformemente all’articolo 13, paragrafo 14 dell’Accordo, e, qualora tali consultazioni non dovessero sortire risultati, [invitava] ... il Gruppo di esperti conformemente all’articolo 13, paragrafo 15, dell’Accordo a intervenire e a continuare il dialogo riguardo al mancato rispetto da parte del governo coreano di alcuni degli impegni assunti e in particolare a approfondire sforzi continui e sostenuti, in linea con gli obblighi sanciti dall’Accordo, allo scopo di garantire la ratifica da parte della Corea delle Convenzioni fondamentali dell’OIL che non [aveva] ancora ratificato”⁹².

Così, dopo aver messo a punto la sua strategia nei due *non-paper* del 2017⁹³ e 2018⁹⁴, in cui annunciava “more assertive use of the dispute settlement procedures”⁹⁵, la Commissione attivava, nel dicembre 2018, lo speciale meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dall’ALS per le questioni del Capo 13 su commercio e sviluppo sostenibile⁹⁶; e, fallite le consultazioni bilaterali con la Corea, l’istituzione europea chiedeva la formazione

⁹¹ *Letter to Commissioner Malmström of the Domestic Advisory Groups (DAG) under the EU-Korea FTA*, Brussels, 16 December 2016, in European Public Services Union, *EU Domestic Advisory Group (DAG) Calls on European Commission to Open Labour Consultations on Trade Union Rights pursuant to the EU-Korea FTA*, 21 December 2016, disponibile al link <https://www.epsu.org/article/eu-domestic-advisory-group-dag-calls-european-commission-open-labour-consultations-trade-0> (consultato il 10 aprile 2022).

⁹² P8_TA(2017)0225, *Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2017 sull’attuazione dell’Accordo di libero scambio tra l’Unione europea e la Repubblica di Corea*, par. 5.

⁹³ *Non-Paper of the Commission Services, Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements*, 11 July 2107, disponibile al link https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155686.pdf (consultato il 10 aprile 2022).

⁹⁴ *Non-Paper of the Commission Services, Feedback and Way Forward on Improving the Implementation and Enforcement of Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements*, 26 February 2018, disponibile al link https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156618.pdf (consultato il 10 aprile 2022).

⁹⁵ *Non-Paper of the Commission Services, Feedback and Way Forward ...*, cit., a p. 7.

⁹⁶ *Republic of Korea – Compliance with Obligations under Chapter 13 of the EU – Korea Free Trade Agreement, Request for Consultations by the European Union*, 17 December 2018, disponibile al link https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/december/tradoc_157586.pdf (consultato il 10 aprile 2022).

di un gruppo di esperti in base all'art. 13.15 dell'ALS⁹⁷. Infatti, ad avviso dell'Unione, la legislazione sudcoreana sulla nozione di lavoratore, che escludeva i lavoratori autonomi ed i disoccupati, nonché quella sull'autorizzazione all'istituzione dei sindacati e all'elezione dei suoi rappresentanti, che lasciava troppa discrezionalità alle autorità amministrative sudcoreane, e comprimeva la possibilità di scegliere liberamente i propri rappresentanti da parte degli associati, confliggevano con l'obbligo previsto dall'art. 13.4.3 dell'ALS di rispettare, promuovere e realizzare i principi fondamentali dell'OIL quali risultano dall'adesione a tale Organizzazione e della Dichiarazione sui principi e sui diritti fondamentali al lavoro del 1998. Inoltre, la Corea avrebbe violato anche la seconda frase dell'art. 13.4.3, poiché non aveva ancora ratificato quattro delle Convenzioni dell'OIL qualificate come fondamentali: si tratta delle Convenzioni sul lavoro forzato (n. 29, 1930), la libertà di associazione (n. 87, 1948); il diritto alla contrattazione collettiva (n. 48, 1949); l'abolizione del lavoro forzato (n. 105, 1957)⁹⁸.

Nel *report* del gennaio 2021, il Gruppo di esperti ha riscontrato l'incompatibilità della legislazione sudcoreana con l'art. 13.4.3 dell'ALS, tranne che per la parte relativa alla verifica dei requisiti normativi da parte delle autorità amministrative preposte al rilascio della certificazione necessaria per la registrazione dei nuovi sindacati⁹⁹. In riferimento a quest'ultimo aspetto, il *Panel* ha, infatti, osservato che, anche alla luce di una sentenza del 2012 della Corte costituzionale coreana, richiamata dalla parte convenuta, la legge del Paese asiatico su sindacati e rapporti di lavoro (*Trade Union and Labour Relations Adjustment Act*, TULRAA) rispettava il diritto di libera associazione garantito costituzionalmente dalla Corea, poiché la verifica dei presupposti per la piena indipendenza dei sindacati da autorizzare, lungi dall'essere una illegittima interferenza nel principio cardine della libertà di associazione dei lavoratori, costituiva, al contrario, unicamente un *pre-screening* indispensabile proprio per sancire l'autonomia

⁹⁷ V. European Commission, *EU Moves Ahead with Dispute Settlement over Workers' Rights in Republic of Korea*, 5 July 2019

⁹⁸ Sempre nella già ricordata 110a sessione della Conferenza internazionale del lavoro dell'OIL, il 10 giugno 2022 sono state dichiarate fondamentali, ai sensi della Dichiarazione OIL del 1998 su principi e diritti fondamentali nel lavoro, anche le Convenzioni sulla salute e sicurezza sul lavoro (n. 155, 1981) e sul quadro promozionale per la sicurezza e la salute sul lavoro (n. 187, 2006), portando a dieci le Convenzioni OIL qualificate, per l'appunto, come fondamentali. V. ILC.110/Resolution I, *Resolution on the Inclusion of a Safe and Healthy Working Environment ...*, cit. Tutte le Convenzioni fondamentali dell'OIL, dunque anche quelle citate nel testo, sono disponibili sul sito ufficiale dell'OIL [al link https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12000:0::NO::](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12000:0::NO::) (consultato il 10 luglio 2022).

⁹⁹ Cfr il "Summary of Findings and Recommendations" alle pp. 78-79 del Panel Report, *Korea – Labour Commitments*.

dell'unione sindacale di cui si richiedeva l'istituzione. Ciò che, invece, le parti in disputa non erano riuscite a chiarire al Gruppo di esperti era se la prassi applicativa del TULRAA rispetto alla formazione di nuovi sindacati non sfociasse in un'attività discrezionale irrispettosa del principio di libertà d'associazione.

Riscontrato che l'Unione europea non aveva dimostrato l'incompatibilità di questo aspetto della normativa sudcoreana con l'art. 13.4.3 dell'ASL, il *Panel* ha, però, significativamente chiesto che la questione “be referred to consultative bodies established under Article 13.12 of the EU-Korea FTA for continued consultations”¹⁰⁰. Tali *consultative bodies* sono i Gruppi consultivi interni (GCI), o *Domestic advisory groups* (DAGs), con compiti di consulenza sia in materia di ambiente che di lavoro per l'applicazione del Capo sullo sviluppo sostenibile: come per tutti gli accordi di libero scambio di nuova generazione stipulati dall'Unione, detti gruppi devono essere istituiti dalle Parti contraenti dell'ALS UE/Corea in base all'art. 13.12, includendovi “organizzazioni indipendenti rappresentative della società civile, con una partecipazione equilibrata delle organizzazioni dei settori dell'ambiente, del lavoro e delle imprese e di altre parti interessate”.

Va rimarcata l'importanza dell'attenzione dimostrata dal Gruppo di esperti nel valorizzare l'obbligo di collaborazione tra le Parti contraenti di cui all'art. 13.12 dell'ALS per l'applicazione concreta del Capo su commercio e sviluppo sostenibile, responsabilizzando gli organi di consulenza formati dalla società civile. Infatti, il richiamo al rispetto del dovere di collaborazione assunto da Unione europea e Corea del Sud, con il coinvolgimento dei soggetti dediti alle questioni di sostenibilità, dà autentico e corretto contenuto al “cooperation approach” concordato dalla UE con i suoi Paesi partner per l'*enforcement* dei *TSD Chapters* dei suoi accordi di ultima generazione.

Riguardo alla mancata ratifica delle quattro Convenzioni dell'OIL sopra elencate, il Gruppo di esperti ha concluso che la Corea non abbia violato l'obbligo di cui all'art. 13.4.3, “to ‘make continued and sustained efforts’ towards ratification of the core ILO Conventions”¹⁰¹. Al contrario, il *Panel* ha ritenuto che la parte convenuta abbia rispettato lo standard giuridico espresso dall'ultima frase della disposizione richiamata, la quale “does not impose an obligation of result but of effort”¹⁰², poiché l'impegno delle istituzioni sudcoreane a ratificare le Convenzioni dell'OIL, pur lento, risulta, comunque, tangibile. Pertanto, “the Panel

¹⁰⁰ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 258.

¹⁰¹ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 293.

¹⁰² Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 288.

is of the view that Korea's efforts for the past three years satisfy the legal threshold of the provisions"¹⁰³.

Il *report* è stato giustamente considerato come "remarkable"¹⁰⁴. Infatti, riguardo alla disputa che era chiamato a risolvere, il Gruppo di esperti ha sviluppato un'attività di confronto e considerazione delle regole da applicare, come pure delle condotte da giudicare, che ha promosso un clima di collaborazione positivamente confluito a) nella ratifica, da parte della Corea, di tre delle quattro Convenzioni OIL non ancora concluse¹⁰⁵, come pure b) nel pieno coinvolgimento del governo asiatico per il rispetto di quanto stabilito dal Gruppo di esperti¹⁰⁶. Accanto all'importante risultato politico di un esito alla fine condiviso dalle parti in disputa, il *report* del caso *Korea – Labour Commitments* è ragguardevole per il rigoroso quadro giuridico interpretativo che stabilisce per definire la portata delle disposizioni del Capo su commercio e sviluppo sostenibile dell'ALS, come pure per l'affermazione della forza vincolante degli impegni a rispettare i principi dell'OIL e ad "adopera[rsi] assiduamente per ratificare le Convenzioni fondamentali dell'OIL e le altre Convenzioni, classificate dell'OIL come Convenzioni 'aggiornate'", un risultato ermeneutico non dato per scontato nel dibattito tra gli esperti.

Riguardo al quadro interpretativo, il Gruppo di esperti esordisce collocando con la massima chiarezza le disposizioni del Capo 13 dell'ALS di cui deve definire la portata nell'ordinamento giuridico internazionale in quanto fonti vincolanti pattizie, rigettando la loro qualificazione come esempi di *soft law*. Come anche concordato dalle parti in disputa, "[t]o the extent that it is mandated to clarify and elucidate the meaning of relevant provisions of Chapter 13 of the EU-Korea FTA, the Panel is obligated to follow and apply the general rules of treaty interpretation ... as set out in Articles 31 and 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (the 'VCLT')"¹⁰⁷. Quindi, il Gruppo di esperti richiama l'art. 31 della Convenzione di Vienna¹⁰⁸ e

¹⁰³ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 288.

¹⁰⁴ Così si esprimono Marco BRONCKERS, Giovanni GRUNI, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, pp. 25-51, e condivide Tonia NOVITZ, *Sustainable Labour Conditionality in EU Free Trade Agreements? Implications of the EU-Korea Expert Panel Report*, in *European Law Review*, 2022, pp. 3-23.

¹⁰⁵ Le tre Convenzioni OIL ratificate dalla Corea del Sud dopo il *report* del gennaio 2021 sono la C29 sul Lavoro forzato, la C87 sulla libertà di associazione, e la C98 sul diritto alla contrattazione collettiva; mentre la C105 sull'abolizione del lavoro forzato deve ancora essere conclusa. Cfr. European Economic and Social Committee, *EU-Korea DAG Follows the Developments in South Korea Subsequent to the Report of the Panel of Experts and South Korea's Ratification of ILO Conventions*, 24 November 2021.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 42.

¹⁰⁸ *Vienna Convention on the Law of Treaties*, done at Vienna on 23 May 1969, UNTS, 1980, Vol. 1155, p. 331.

la giurisprudenza internazionale che lo ha significativamente interpretato -Corte internazionale di giustizia, Organo d'Appello e *panels* dell'OMC, giurisprudenza arbitrale internazionale¹⁰⁹- affermando che “[t]he Panel is mindful of the prevailing jurisprudence on Article 31, which requires a holistic approach based on examining the ordinary meaning of the terms together with their context in light of the object and purpose of the treaty, all under the rubric of good faith”¹¹⁰, e ricordando come “[a] disproportionate reliance on one particular element may yield a misplaced or inaccurate interpretation”¹¹¹.

Quindi, il Gruppo di esperti prosegue nell'analisi della portata dell'art. 13.4.3 dell'ALS, e giunge alla conclusione che gli obblighi ivi espressi a proposito dei diritti fondamentali dei lavoratori e della ratifica delle Convenzioni più importanti dell'OIL sono impegni pattizi vincolanti, e non generiche statuizioni di *soft law*, che impedirebbero di andare a sindacare con puntualità la condotta di chi le ha sottoscritte. A fronte dell'affermazione sudcoreana che il verbo “commit to”¹¹², considerato nel suo significato ordinario, “appears to imply an inspiration”¹¹³, il *Panel*, invece, “finds that the ordinary meaning of ‘commit to’ ... is ‘to bind oneself to a course of action’” con la conseguenza che “this represents a *legally binding obligation of commitment* to respecting, promoting and realising the obligations arising from membership of the ILO and the 1998 ILO Declaration in relation to the principles concerning the fundamental rights”¹¹⁴. Inoltre, il Gruppo di esperti non solo ha considerato vincolanti gli impegni assunti nella disposizione richiamata, ma ha dato loro significativo spessore, applicando il principio di integrazione sistemica di cui all'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati nel definire la portata di vocaboli e nozioni scelti dai negoziatori per redigere le norme dell'ALS. In particolare, per interpretare la portata del principio della libertà di associazione, il *Panel* richiama la prassi interpretativa di principi e Convenzioni dell'OIL realizzata dal Comitato sulla libertà di associazione dell'Organizzazione specializzata delle Nazioni Unite, nonché il significato che le espressioni utilizzate dall'art. 13.4.3 dell'ALS hanno nel diritto internazionale dei diritti fondamentali, oltre alla dottrina internazionalistica rilevante sui temi affrontati: “[t]he relevant ordinary meaning of ‘respect’ is to ‘show respect

¹⁰⁹ V. la giurisprudenza internazionale citata alla nota 9 del Panel Report *Korea – Labour Commitments*.

¹¹⁰ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 46.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Nella versione italiana “commit to” viene reso con l'espressione “si impegnano a rispettare, promuovere, realizzare, nelle loro leggi e pratiche, i principi su cui si basano i diritti fondamentali” (art. 13.4.3 dell'ALS).

¹¹³ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 125.

¹¹⁴ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 127, il corsivo è nostro.

for ... refrain from injuring, harming, insulting, interfering with, or interrupting' ... so a commitment to respecting the principles relating to the right to freedom of association refers to the negative obligation not to injure, harm, insult, interfere with or interrupt freedom of association. *It is also appropriate to have regard to the meaning of 'respect' in international human rights law.* The UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights places an obligation on States to ... 'refrain from interfering with the enjoyment of the rights'¹¹⁵.

A proposito, poi, della conclusione delle Convenzioni fondamentali dell'OIL, il Gruppo di esperti respinge con la massima fermezza la lettura sudcoreana dell'impegno a compiere "continued and sustained efforts towards ratifying the fundamental ILO Conventions" come "a lower level of legal obligation", poiché introdotto dal verbo modale "will" anziché "shall": "Korea's argument that the last sentence of Article 13.4.3 means that a Party is permitted to simply maintain the status quo or only to make minimal efforts is difficult to reconcile with the ordinary meaning of the terms of the provision. In the Panel's opinion, to 'make continued and sustained efforts' means to take steps forward: *standing still, or something akin to that, is not to be countenanced*".¹¹⁶ Venendo, quindi, a definire la sostanza dell'impegno a compiere "continued and sustained efforts", il Gruppo di esperti introduce un elemento di flessibilità, qualificando la "legally binding obligation" di cui all'art. 13.4.3 dell'ALS come "an obligation of 'best endeavours'" ... [the] textual language accords the Parties a certain leeway in selecting specific ways of making such required efforts ... the standard against which the Parties are to be measured is higher than undertaking merely minimal steps or none at all, and lower than a requirement to explore and mobilise all measures available at all times"¹¹⁷.

4. Il terzo elemento della strategia europea per rispettare e promuovere la *rule of law* internazionale negli scambi mondiali è il rafforzamento degli strumenti unilaterali, cui ricorrere come *extrema ratio* laddove non sia possibile raggiungere un esito positivo avvalendosi del contenzioso multilaterale o bilaterale, a causa dell'atteggiamento ostruzionistico delle controparte, non disponibile ad esperire i meccanismi concordati, o inottemperante rispetto al risultato ottenuto ricorrendo alle procedure sulla soluzione delle controversie.

Parallelamente all'alacre attività per scongiurare il blocco dell'Organo d'appello dell'OMC -attraverso uno strumento temporaneo quale l'MPIA, o, comunque, le

¹¹⁵ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 131, il corsivo è nostro.

¹¹⁶ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 272, il corsivo è nostro.

¹¹⁷ Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, parr. 274 e 277.

soluzioni arbitrali sempre imperniate sull'art. 25 del DSU- e all'attivazione dei meccanismi bilaterali di risoluzione delle controversie degli accordi di libero scambio, l'Unione avviava, nel dicembre 2019, la procedura legislativa per rafforzare il cd *Enforcement Regulation*¹¹⁸. Il nuovo regolamento UE 2021/167, adottato da Parlamento europeo e Consiglio il 10 febbraio 2021, prevede quindi la possibilità, per l'Unione, "di sospendere in tempi rapidi le concessioni o altri obblighi derivanti dagli accordi commerciali internazionali, compresi gli accordi regionali o bilaterali, nel caso in cui il ricorso effettivo a una risoluzione delle controversie vincolante non sia possibile in quanto il paese terzo non contribuisce a rendere possibile tale ricorso"¹¹⁹. Infatti, "se un appello a norma dell'articolo 17 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie dell'OMC non si può completare e se il paese terzo non ha acconsentito a un accordo provvisorio in materia di arbitrato d'appello a norma dell'articolo 25 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie dell'OMC"¹²⁰, la Commissione può adottare appropriate misure di politica commerciale per salvaguardare gli interessi dell'Unione. Lo stesso può accadere "nelle controversie commerciali relative ad altri accordi commerciali internazionali, compresi gli accordi regionali o bilaterali, se non è possibile ricorrere allo strumento della risoluzione delle controversie in quanto il paese terzo non intraprende le azioni necessarie perché una procedura di risoluzione delle controversie possa funzionare, anche rinviando indebitamente la procedura, il che equivale a non cooperare al processo"¹²¹, situazione che si può verificare, ad esempio, laddove, "il paese terzo non designi un arbitro e non esista un meccanismo alternativo che consenta comunque di procedere alla risoluzione delle controversie"¹²².

Nella Relazione di accompagnamento alla proposta di revisione dell'*Enforcement Regulation*, la Commissione giustifica l'inserimento di nuove motivazioni per ricorrere a contromisure richiamando l'art. 52, par. 4, del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti

¹¹⁸ COM(2019) 623, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del regolamento (UE) n. 654/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'esercizio dei diritti dell'Unione per l'applicazione e il rispetto delle norme commerciali internazionali*, Bruxelles, 12 Dicembre 2019.

¹¹⁹ Sesto considerando del Regolamento (UE) 2021/167 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 recante modifica del regolamento (UE) n. 654/2014, relativo all'esercizio dei diritti dell'Unione per l'applicazione e il rispetto delle norme commerciali internazionali, in *GUUE* L49/1 del 12.2.2021. Sul Regolamento (UE) 2021/167 cfr. Giovanna Adinolfi, *Regime failure e contromisure unilaterali: la modifica dell'enforcement regulation dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, pp. 319-352

¹²⁰ Art. 3, lett. a bis), del Regolamento (UE) 654/2014, come modificato dal Regolamento (UE) 2021/167.

¹²¹ Art. 3, lett. b bis), del Regolamento (UE) 654/2014, come modificato dal Regolamento (UE) 2021/167.

¹²² COM(2019) 623, cit., a p. 2.

internazionalmente illeciti, adottato dalla Commissione di diritto internazionale nell'agosto 2001¹²³ e fatto proprio dall'Assemblea generale dell'ONU nel dicembre dello stesso anno¹²⁴. Infatti, la condizione indicata dalla disposizione richiamata del Progetto di articoli del 2001 per poter adottare contromisure anche in presenza di un sistema vincolante per la definizione delle dispute -ossia che “la parte responsabile non collabori in buona fede nelle procedure di risoluzione delle controversie, impedendo in tal modo alla parte lesa di completarle”¹²⁵- è suscettibile di manifestarsi con diverse modalità, come indicato dalla stessa Commissione di diritto internazionale, “ranging from an initial refusal to cooperate in the procedure, for example by non-appearance, through non-compliance with a provisional measures order, whether or not it is formally binding, through to refusal to accept the final decision of the court or tribunal”¹²⁶, includendo “situations where a State party fails to cooperate in the establishment of the relevant tribunal or fails to appear before the tribunal once it is established”¹²⁷. Si tratta di circostanze che riflettono la violazione del principio di buona fede nella condotta in una procedura contenziosa posta dall'Unione alla base del rinnovato *Enforcement Regulation* per l'adozione di contromisure.

Analoga attenzione al pieno rispetto del diritto internazionale viene data dalle istituzioni europee nelle discussioni per l'adozione della nuova proposta di uno strumento dell'Unione che contrasti le misure di coercizione economica degli Stati terzi, situazione che si verifica “qualora un paese terzo, mediante misure che incidono sugli scambi o sugli investimenti, intenda costringere l'Unione o uno Stato membro ad adottare o ad astenersi dall'adottare un determinato atto”¹²⁸, dunque anche a compiere, o astenersi dal compiere, “una particolare

¹²³ Doc. A/56/10, *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April–1 June and 2 July–10 August 2001*, *Official Records of the General Assembly*, Fifty-sixth session, Supplement No.10, pp. 26-30.

¹²⁴ A/RES/56/83, *Resolution adopted by the General Assembly - Responsibility of States for internationally wrongful acts*, 12 December 2001. Sulle contromisure nel diritto internazionale cfr. Denis ALLAND, *The Definition of Countermeasures*, in James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON, (EDS.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, pp. 1127-1136; Carlo FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, Milano 1994; Alessandra GIANELLI, *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali*, Milano, 1997; Federica PADDEU, *Countermeasures*, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2015; Attila TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Milano, 2021, pp. 431 ss.

¹²⁵ COM(2019) 623, cit., a p. 5.

¹²⁶ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts – General Commentary*, in Doc. A/56/10, cit., pp. 31-143, a p. 137.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Cfr. COM(2021) 775, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione dell'Unione e dei suoi Stati membri dalla coercizione economica da parte di paesi terzi*, Bruxelles, 12 dicembre 2021, art. 1, par. 1, a p. 15.

scelta politica”¹²⁹. Dopo la dichiarazione congiunta di Parlamento, Consiglio e Commissione, compiuta avviando i lavori per dotare la UE, in tempi stretti, di un *anti-coercion instrument* (ACI) e nella quale si è ribadito che “[l]’Unione mantiene il suo impegno a favore di un approccio multilaterale alla risoluzione internazionale delle controversie, del commercio basato su regole e della cooperazione internazionale per conseguire gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite”¹³⁰, la Commissione, sia nella proposta che in tutti i documenti ufficiali di presentazione del Regolamento per contrastare la coercizione economica dei Paesi terzi, ha costantemente dichiarato l’esigenza di redigere, e quindi successivamente applicare, il nuovo strumento della UE nel pieno rispetto dell’ordinamento giuridico internazionale. Così, la proposta per il nuovo Regolamento UE esordisce affermando che “[q]ualsiasi azione intrapresa a norma del presente regolamento è coerente con gli obblighi dell’Unione ai sensi del diritto internazionale ed è condotta nel contesto dei principi e degli obiettivi dell’azione esterna dell’Unione”¹³¹, e, puntando chiaramente all’effetto di deterrenza come principale finalità della nuova disciplina, indica il ricorso alle contromisure come una opzione estrema, di “last resort”¹³².

5. Il grande sforzo messo in campo dall’Unione per promuovere il pieno rispetto degli impegni internazionali sulla liberalizzazione degli scambi e la sostenibilità vede il sistematico coinvolgimento dei soggetti portatori di interesse, più in generale della società civile, nella definizione di strategie e strumenti, e nella loro attuazione. Infatti, oltre a richiederne il parere per la formulazione di proposte di strumenti autonomi¹³³, posizioni da assumere

¹²⁹ COM(2021) 775, cit., *Relazione introduttiva della Commissione Europea*, a p. 1.

¹³⁰ Dichiarazione del Parlamento, del Consiglio e della Commissione (2021/C 49/02), in *GUUE* C49/2 del 12.2.2021.

¹³¹ COM(2021) 775, cit., art. 1, par. 2, a p. 16.

¹³² Cfr. COM(2021) 775, cit., *Relazione introduttiva della Commissione Europea*, pp. 1-10, e il 15° considerando del preambolo della proposta di Regolamento, il quale recita: “[l]’Unione dovrebbe istituire contromisure solo nel caso in cui altri mezzi, quali i negoziati, la mediazione o il procedimento aggiudicativo, non portino alla cessazione immediata ed effettiva della coercizione economica e alla riparazione del pregiudizio causato all’Unione o ai suoi Stati membri, e qualora sia necessario agire per tutelare gli interessi e i diritti dell’Unione e dei suoi Stati membri e ciò sia nell’interesse dell’Unione. È opportuno che il regolamento stabilisca le norme e le procedure applicabili per l’istituzione e l’applicazione di misure di risposta dell’Unione e consenta un’azione rapida ove necessario per preservare l’efficacia di tali misure” (COM(2021) 775, cit., pp. 13-14).

¹³³ V., ad esempio, le consultazioni aperte per definire come formulare l’ACI: *European Commission, Strengthening the EU’s Autonomy – Commission Seeks Input on a New Anti-Coercion Instrument*, 23 March 2021 (documenti prodotti per e durante le consultazioni disponibili al link <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your->

durante i negoziati¹³⁴, o modalità per riesaminare e rafforzare misure e politiche già esistenti¹³⁵, ora la Commissione intende coinvolgere significativamente operatori economici e società civile anche nella fase di *enforcement* degli accordi economici, come pure per monitorare il rispetto, da parte dei Paesi in via di sviluppo (PVS), delle Convenzioni internazionali sui diritti umani e del lavoro, sulla tutela dell'ambiente e per il buon governo, che sono alla base dell'ampio ventaglio di preferenze tariffarie concesso dall'Unione per mezzo del Regolamento n. 978/2012, il quale disciplina, altresì, il regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo dei PVS (SPG+)¹³⁶.

Sotto il profilo dell'incentivazione al pieno rispetto di trattati ed impegni, si segnala la nomina, nel luglio 2020, del *Chief Trade Enforcement Officer* (CTEO), l'alto funzionario della Commissione europea responsabile del monitoraggio e della piena e corretta applicazione degli accordi di diritto internazionale dell'economia di cui l'Unione è Parte contraente, e degli elementi di sostenibilità presenti nel regime SPG+¹³⁷. Per consentire al CTEO di

[say/initiatives/12803-Commercio-meccanismo-per-scoraggiare-e-contrastare-le-azioni-coercitive-di-paesi-terzi_it](#) consultato il 10 aprile 2022).

¹³⁴ Molto note sono le consultazioni pubbliche organizzate per definire la posizione dell'Unione europea ai negoziati con gli Stati Uniti sulla proposta per il Partenariato transatlantico su commercio e investimenti (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP) a proposito del capitolo sugli investimenti: v. European Commission, *Commission to Consult European Public on Provisions in EU-US Trade Deal on Investment and Investor-State Dispute Settlement*, 21 January 2014.

¹³⁵ Cfr., da ultimo, il coinvolgimento della società civile per la revisione del Piano d'azione della Commissione europea in 15 punti su commercio e sviluppo sostenibile, conclusosi il 5 novembre scorso: European Commission, *Open Public Consultation on the Trade and Sustainable Development (TSD) Review*, 22 July 2021 (notizia sull'avvio della consultazione pubblica e documenti presentati dalla società civile disponibili al link https://policy.trade.ec.europa.eu/consultations/open-public-consultation-trade-and-sustainable-development-tds-review_en, visitato il 16 luglio 2022).

¹³⁶ Regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio, in *GUUE* L 303/1 del 31.10.2012. L'elenco delle Convenzioni essenziali ONU/OIL sui diritti umani e sul diritto del lavoro e delle Convenzioni relative ai principi ambientali e di buon governo è contenuto nell'Allegato VIII del Regolamento SPG. Nella proposta per il nuovo Regolamento SPG, la Commissione amplia tale elenco includendovi la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, il Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo concernente il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati, la Convenzione n. 81 dell'OIL sull'ispezione del lavoro, la Convenzione n. 144 dell'OIL concernente le consultazioni tripartite, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, e l'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici del 2015: cfr. COM(2021) 579, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il Regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio*, Bruxelles, 22.9.2021, considerando n. 11, a p. 18.

¹³⁷ Il primo CTEO ad essere nominato dalla Commissione Europea è Denis Redonnet: cfr. European Commission Press Release, *European Commission Appoints its First Chief Trade Enforcement Officer*, 24 July 2020. Sulle funzioni

svolgere con tempestività, efficacia ed inclusività la sua attività, è stato predisposto, nel novembre 2020, il *Single Entry Point* (SEP), un sito web dedicato istitutivo di uno Sportello unico centralizzato¹³⁸ attraverso il quale le imprese registrate all'interno dell'Unione, o che ivi abbiano l'amministrazione centrale, oppure la sede principale di lavoro, le associazioni d'impresa e dei datori di lavoro, i sindacati, oltre agli Stati membri della UE, possono depositare un reclamo fondato sul mancato rispetto, da parte di un Paese terzo, di un impegno pattizio sottoscritto con l'UE, ascrivibile al diritto OMC oppure a quello di un accordo preferenziale, che comprometta l'accesso al mercato di quel Paese, come pure l'insecuzione degli impegni sulla sostenibilità contemplati nei *TSD Chapters* e nel regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo SPG+¹³⁹.

Proprio con particolare riferimento ai capitoli su commercio e sviluppo sostenibile, il *TSD complaint* può essere presentato anche dalle organizzazioni non governative (ONG) costituite in base alle normative degli Stati membri, dai *Domestic Advisory Groups* o Gruppi consultivi interni creati negli accordi di libero scambio di nuova generazione dell'Unione, come pure da semplici cittadini di uno Stato membro o residenti permanenti in tale Stato¹⁴⁰. In particolare, i vari soggetti sopra elencati, avvalendosi del SEP, possono presentare anche una denuncia collettiva, e dunque aggregare le loro diverse competenze e conoscenze per offrire al CTEO un'analisi quanto più possibile solida, convincente e ben articolata sul mancato rispetto di un elemento del *TSD Chapter* da parte di uno Stato terzo¹⁴¹. Le linee guida operative raccomandano la previa interazione tra Commissione e soggetto intenzionato a presentare il *TSD complaint*, proprio al fine di consentire ai servizi dell'istituzione europea di disporre di una denuncia persuasiva "guidando" i soggetti intenzionati a presentare un reclamo nella raccolta e nella ricognizione di dati e notizie, e quindi nella

del CTEO v. il documento European Commission, *Chief Trade Enforcement Officer*, al link https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/chief-trade-enforcement-officer_en (consultato il 16 luglio 2022).

¹³⁸ V. European Commission, DG Trade, *Access2Markets*, al link <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/contact-form#contact> (consultato il 10 marzo 2022).

¹³⁹ Cfr. European Commission, *Working Approaches to the Enforcement and Implementation Work of DG Trade*, 16.11.2020.

¹⁴⁰ Per questi aspetti v. European Commission, *Operating Guidelines for the Single Entry Point and Complaints Mechanism for the Enforcement of EU Trade Agreements and Arrangements*, 22.6.2022, sezione 2 "Who can submit a complaint", pp. 1-2.

¹⁴¹ European Commission, *Operating Guidelines for the Single Entry Point and Complaints Mechanism for the Enforcement of EU Trade Agreements and Arrangements*, cit. p. 2.

costruzione di un documento efficace¹⁴². Il lavoro congiunto tra Commissione e denunciante prosegue anche successivamente al deposito della denuncia, con l'articolato obiettivo di individuare: la corretta base giuridica per il reclamo; l'importanza della natura degli impegni che si ritengono inattuati e la serietà delle violazioni asserite valutando scrupolosamente le conseguenze negative per l'ambiente ed i lavoratori nel Paese partner dell'Unione e, laddove rilevanti, anche quelle economiche per gli operatori della UE che commercino o investano nel Paese terzo; e l'impatto sistemico che la trattazione del caso sollevato è suscettibile di avere, concretamente nel Paese partner e, più in generale, in termini di cambiamento trainante sul rispetto delle questioni di sostenibilità prospettate¹⁴³.

Pertanto, il meccanismo del SEP prevede di tenere costantemente informato il denunciante sulla trattazione del suo reclamo. La Commissione, a seconda degli elementi a sua disposizione e delle più generali considerazioni per l'attuazione dei valori dell'azione internazionale dell'Unione, valuterà se avvalersi di mezzi diplomatici, acquisendo anche le relazioni degli organismi internazionali di monitoraggio delle Convenzioni e dei principi di sostenibilità che sono oggetto di indagine, presso l'Organizzazione internazionale del lavoro, le Nazioni Unite, i segretariati degli Accordi multilaterali dedicati all'ambiente. Quindi, l'istituzione europea considererà se proseguire accedendo al contenzioso multilaterale dell'OMC, oppure ai meccanismi bilaterali degli accordi di libero scambio. Infine, laddove il contenzioso non si risolve positivamente, occorrerà riflettere sull'opportunità di ricorrere all'opzione più severa dell'attivazione di misure unilaterali¹⁴⁴.

Una caratteristica fondamentale dei *TSD complaints* presentabili attraverso lo Sportello unico centralizzato è la possibilità di far partecipare alla denuncia anche persone, enti ed organizzazioni del Paese partner dell'Unione il cui mancato rispetto degli impegni di sostenibilità costituisce l'oggetto del reclamo. Posto che, naturalmente, vi sia un denunciante che fa capo ai vari soggetti collegati all'Unione sopra elencati, persone, organizzazioni non governative, sindacati, associazioni del Paese terzo, che si occupano di lavoro e ambiente, possono far rappresentare all'attore basato nella UE le loro istanze sulla non attuazione degli obblighi di sostenibilità da parte di tale Paese, a condizione

¹⁴² *Ibid.*, pp. 2-4; si veda anche l'Allegato 2 delle linee guida operative della Commissione: *Annex 2: Practical Guide to Filling out the TSD/GSP Complaint Form*, p. 11.

¹⁴³ V. European Commission, *Working Approaches to the Enforcement and Implementation Work of DG Trade*, cit., p. 3.

¹⁴⁴ Cfr. European Commission, *Operating Guidelines for the Single Entry Point and Complaints Mechanism for the Enforcement of EU Trade Agreements and Arrangements*, cit. pp. 4-5; *Annex 2: Practical Guide to Filling out the TSD/GSP Complaint Form*, p. 13.

che il reclamante li identifichi in modo completo nella sua denuncia¹⁴⁵. Attraverso il SEP, pertanto, e la nuova figura istituzionale del CTEO, anche la società civile dei Paesi partner dell'Unione, accanto a quella europea, può divenire protagonista dell'*enforcement* delle regole del “quadro globale” per la cooperazione e lo sviluppo economico sostenibile -quadro globale che la Commissione, nella sua recente Comunicazione sul potere dei partenariati commerciali, considera come composto dall'Agenda 2030, dagli Accordi multilaterali per la protezione dell'ambiente, dalle Convenzioni fondamentali dell'OIL per la tutela dei lavoratori, e dall'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici¹⁴⁶.

Riguardo alla tempistica per la gestione dei *TSD complaints*, i servizi della Commissione prevedono, quale regola generale, che venga dato riscontro della ricezione del reclamo entro dieci giorni lavorativi dalla sua presentazione attraverso il SEP, cui segue un primo resoconto sulla denuncia entro 20 giorni da tale riscontro formale, e la finalizzazione della valutazione preliminare del reclamo entro 120 giorni lavorativi, valutazione in cui la Commissione parimenti identificherà i successivi passaggi che intende intraprendere. Il periodo dei 120 giorni può essere comunque interrotto laddove si richiedano ulteriori informazioni al soggetto denunciante, oppure ad una “international intergovernmental organisation with expertise for the investigation”¹⁴⁷, indicazione, quest'ultima, che conferma la centralità della cooperazione e della concertazione nella promozione dell'agenda internazionale dell'Unione.

¹⁴⁵ “Potential complainants must provide information about whether they are acting exclusively on their own behalf or if they are representing other interests as well, including interests of *similar entities or organisations located in the partner country*. In the latter case, they shall fully disclose the identity of that other person/company/association/entity, which shall remain confidential as indicated under section 6” (European Commission, *Operating Guidelines for the Single Entry Point and Complaints Mechanism for the Enforcement of EU Trade Agreements and Arrangements*, cit. p. 2, il corsivo è nostro); “[t]he Commission is aware that EU-based NGOs often cooperate with *NGOs/ natural persons in third countries*. If this is the case, the Commission asks the complainant(s) to disclose any such cooperation and provide *an appropriate level of information concerning them*. This will be treated as part of the confidential information described in section 6 of the SEP Operating Guidelines” (*Annex 2: Practical Guide to Filling out the TSD/GSP Complaint Form*, p.11, il corsivo è nostro).

¹⁴⁶ V. COM(2022) 409, cit., p. 2. Sul ruolo della società civile e sull'attività svolta dal CTEO nel suo primo anno di mandato cfr. COM(2021) 654, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sull'attuazione e sull'applicazione degli accordi commerciali dell'UE*, Bruxelles, 27.10.2021.

¹⁴⁷ Così *Annex 2: Practical Guide to Filling out the TSD/GSP Complaint Form*, pp.13-14.

5.1. Il 17 maggio 2022 una ONG olandese, CNV Internationaal, dedita alla tutela dei diritti dei lavoratori¹⁴⁸, ha presentato il primo reclamo su commercio e sviluppo sostenibile avvalendosi del meccanismo SEP, per lamentare il mancato rispetto, da parte di Colombia e Perù, del *TSD Chapter* dell'Accordo commerciale con l'Unione europea¹⁴⁹. Il caso è di grande interesse anche perché la CNV Internationaal ha depositato la sua denuncia in supporto di tre sindacati latino-americani, due colombiani ed uno peruviano¹⁵⁰, e per via delle basi giuridiche poste a fondamento della sua iniziativa, tutte contemplate nel titolo IX dell'ALS, e che riguardano anche l'esercizio responsabile delle attività economiche da parte di imprenditori e società private, e, dunque, il loro rispetto dello standard della *due diligence* con riferimento ai diritti fondamentali¹⁵¹.

Salutato con grande favore dallo stesso CTEO¹⁵², questo primo *TSD complaint* vede i sindacati di Colombia e Perù puntare il dito contro la prassi dei lavoratori in subappalto che caratterizza l'attività estrattiva nelle miniere dei due Paesi dell'America meridionale, miniere di proprietà della multinazionale svizzera Glencore. Infatti, nonostante la società elvetica dichiari sul suo sito web di rispettare, anche nei subappalti, le Convenzioni fondamentali dell'OIL e la Dichiarazione sui principi e sui diritti fondamentali al lavoro del 1998¹⁵³, in realtà, negli impianti della Glencore i *sub-contracted workers* sono sfruttati dalle agenzie locali che gestiscono le miniere. La forza lavoro esternalizzata per l'estrazione di carbone in

¹⁴⁸ Cfr. CNV Internationaal, *Our Work*, disponibile al link <https://www.cnvinternationaal.nl/en/our-work> (consultato il 16 luglio 2022).

¹⁴⁹ Per i riferimenti di tale ALS e la successiva adesione dell'Ecuador v. *supra* la nota 69.

¹⁵⁰ Complaint - Single Entry Point, *On Non-Compliance by the Colombian and Peruvian Governments of Chapter IX, on Sustainable Development, of the Trade Agreement with the European Union*, Submitted by: CNV Internationaal, in support of the Trade Unions: Sintracarbon, Sintracarrejón and Union of Metallurgical Mining Workers of Andaychagua Volcan Mining Company and of the Specialised Companies, Contractors and Intermediary Companies that provide services to Volcan Mining Company – Andaychagua; Submitted to: Chief Trade Enforcement Officer CTEO, 17 May 2022, disponibile al link <https://www.cnvinternationaal.nl/en/our-work/news/2022/may/subcontracting-a-major-breach-of-labour-rights-in-eu-trade-agreements> (consultato il 30 maggio 2022)

¹⁵¹ V. CNV Internationaal, *Subcontracting: A Major Breach of Labour Rights in EU Trade Agreements*, 16.05.2022. Sulla *due diligence* nel diritto internazionale cfr., *inter alia*, Heike KRIEGER, Anne PETERS, Leonhard KREUZER (EDS.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, 2020; Alice OLLINO, *Due Diligence Obligations in International Law*, Cambridge, 2002.

¹⁵² Denis Redonnet, *First Formal Complaint on Trade and Sustainable Development Received*, tweet del 19.05.2022.

¹⁵³ Cfr. Glencore, *Our Code of Conduct*, disponibile al link <https://www.glencore.com/en/who-we-are/our-code> (consultato il 16 luglio 2022); Glencore, *Sustainability Report 2021*, disponibile al link https://www.glencore.com/rest/api/v1/documents/67a0543aca31dec0a4dba8e30e5b1b96/GLEN_2021_sustainability_report.pdf (consultato il 16 luglio 2022).

Colombia, e di zinco, rame, stagno, argento e piombo in Perù, rappresenta il 70% del totale della manodopera impiegata nell'attività estrattiva dei giacimenti della compagnia svizzera in quei Paesi. Si tratta di forza lavoro sottopagata rispetto agli stipendi dei dipendenti assunti a tempo indeterminato dalle imprese incaricate dalla Glencore di far funzionare i suoi impianti, pur dovendo i minatori in subappalto lavorare per più tempo, senza poter effettivamente esercitare i loro diritti di libera associazione e di contrattazione collettiva, ma ritrovandosi, anzi, a subire quasi il doppio di incidenti, anche mortali, sul lavoro. Sebbene l'esternalizzazione della manodopera venga motivata dalle compagnie locali con l'esigenza di assumere personale specializzato, necessario per un arco di tempo più ridotto, i brevi contratti che, dai tre mesi, arrivano ad una durata massima di un anno, sono, invece, la modalità utilizzata per ridurre considerevolmente il costo della manodopera. I lavoratori in subappalto svolgono lo stesso tipo di mansioni rispetto ai dipendenti delle società locali, pur essendo pagati in media il 30 % in meno, e subiscono, quindi, un evidente trattamento discriminatorio. Inoltre, laddove dichiarino l'intenzione di esercitare il loro diritto di aderire o fondare un sindacato, gli *outsourced workers* subiscono la fortissima pressione ad astenersi dal loro proposito con la minaccia, da parte delle agenzie di lavoro, del mancato rinnovo del contratto¹⁵⁴.

Nella loro denuncia, la CNV Internationaal e i sindacati latino-americani sostengono che Colombia e Perù non rispettano gli artt. 267, 269, 271 e 277 del *TSD Chapter* dell'Accordo commerciale con l'Unione europea. Infatti, ciascuna Parte contraente si è impegnata “a promuovere e ad applicare in maniera effettiva nei suoi ordinamenti e nella pratica nonché nel suo intero territorio le norme fondamentali del lavoro riconosciute a livello internazionale, così come definite nelle Convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro”¹⁵⁵, in particolare “la libertà di associazione e il riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva ... e ... l'eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione”¹⁵⁶. Tuttavia, la prassi dei lavoratori in subappalto, pur formalmente vietata e sanzionata dalla normativa interna di Colombia e Perù, vede

¹⁵⁴ La ricostruzione dei fatti denunciati dal *TSD complaint* sui lavoratori precari delle miniere in Colombia e Perù è tratta da CNV Internationaal, *The Unequal Treatment of Sub-contracted Workers in the Mining Sector*, 2022, disponibile sul sito <https://www.cnvinternationaal.nl> (consultato il 20 luglio 2022) e European Commission, *Ex Post Evaluation of the Implementation of the Trade Agreement between the EU and its Member States and Colombia, Peru and Ecuador*, Final Report – Volumes I, II and III, January 2022, disponibili al link https://policy.trade.ec.europa.eu/analysis-and-assessment/ex-post-evaluations_en (consultato il 20 luglio 2022).

¹⁵⁵ Art. 269, par. 3, dell'Accordo commerciale UE/Colombia/Perù/Ecuador.

¹⁵⁶ *Ibid.*

entrambi gli ordinamenti nazionali incapaci a dar piena esecuzione delle rispettive discipline, penalizzando i lavoratori precari e violando i *core labour standards* della libertà di associazione e contrattazione collettiva e del divieto di discriminazione. La situazione denunciata, così, confligge anche con l'art. 277 dell'ALS tra Unione, Colombia e Perù, in base al quale “[n]essuna delle Parti incoraggia gli scambi o gli investimenti abbassando i livelli di protezione offerti dalla propria legislazione in materia di ambiente e di lavoro. Di conseguenza, nessuna delle Parti rinuncia o altrimenti deroga alla propria legislazione in materia di ambiente e di lavoro in modo tale da ridurre la protezione offerta da questa legislazione, allo scopo di incoraggiare gli scambi o gli investimenti”¹⁵⁷; e, ancora, viene sottolineato che una Parte contraente non può “omette[re] di dare efficace applicazione alla propria legislazione in materia di ambiente e di lavoro, con la sua azione o inazione prolungata o ricorrente, in modo tale da influire sugli scambi o sugli investimenti tra le Parti”¹⁵⁸. Il contesto descritto inevitabilmente implica anche l'inadempimento dell'art. 267, il quale richiede, tra l'altro, il rispetto degli impegni derivanti dalle Convenzioni prioritarie ed aggiornate dell'OIL¹⁵⁹.

I soggetti denunciati sottolineano pure l'illegittimità della condotta delle imprese locali che impongono sistematicamente il precariato del lavoro nelle miniere. Così facendo, infatti, detti operatori economici violano “the obligation of companies to minimise human rights risks, since failure to reduce precarious work would mean complicity in rights violations ... [i]n short, the use of precarious work beyond the necessary limits violates human rights as well as trade union rights and the right to equality”¹⁶⁰. Non viene rispettato, pertanto, l'impegno alla “human rights due diligence”¹⁶¹ riconducibile alle “migliori pratiche commerciali connesse alla responsabilità sociale delle imprese”¹⁶² che le Parti contraenti si sono impegnate a promuovere.

La trattazione del primo *TSD complaint* del meccanismo SEP si preannuncia di notevole importanza, non solo sotto il profilo a) delle regole internazionali che vengono in rilievo (che, altresì, richiedono una riflessione sulla responsabilità degli operatori economici), e b) del ruolo della società civile nell'interpretazione ed applicazione di dette regole, ma pure c) in riferimento agli

¹⁵⁷ Art. 277, par. 1, dell'Accordo commerciale UE/Colombia/Perù/Ecuador.

¹⁵⁸ Art. 277, par. 2, dell'Accordo commerciale UE/Colombia/Perù/Ecuador.

¹⁵⁹ Art. 267, par. 2, lett. b), dell'Accordo commerciale UE/Colombia/Perù/Ecuador.

¹⁶⁰ Complaint - Single Entry Point, *On Non-Compliance by the Colombian and Peruvian Governments of Chapter IX, on Sustainable Development, of the Trade Agreement with the European Union*, cit., p. 31.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Art. 271, par. 3, dell'Accordo commerciale UE/Colombia/Perù/Ecuador.

obiettivi di politica energetica e *green economy* dell'Unione europea, poiché le materie prime estratte in Colombia e Perù vengono esportate principalmente nel territorio unionale proprio per fornire energia, ed attuare la conversione verso la produzione di energia pulita e il risparmio energetico. Sotto quest'ultimo profilo, di certo, non solo sarebbe incoerente, ma sicuramente inaccettabile perseguire importanti obiettivi di sostenibilità interna per il mercato europeo grazie alle risorse provenienti da Paesi partner estratte con un pesante sfruttamento dei lavoratori precari.

6. Naturalmente, la partecipazione della società civile alla definizione prima, e all'attuazione poi, della politica commerciale dell'Unione e dei suoi strumenti può essere effettiva solo laddove a) le istituzioni europee agiscano nella trasparenza, e promuovano tale principio con Stati terzi e organizzazioni internazionali¹⁶³; e b) operatori economici, ONG, e singoli ben conoscano le regole sostanziali e le procedure di partecipazione alla *trade policy* della UE.

Il legame tra trasparenza, anche in quanto elemento della *international rule of law*,¹⁶⁴ e partecipazione della società civile emerge con nettezza nella Comunicazione della Commissione sulla revisione della politica commerciale dell'Unione¹⁶⁵, come pure nell'agenda prospettata per la riforma dell'OMC,¹⁶⁶ e nel documento sul riesame per rafforzare la sostenibilità nei partenariati commerciali dell'Unione¹⁶⁷. Proseguendo l'impegno già intrapreso nel 2015 con il documento "Commercio per tutti",¹⁶⁸ confermato nel Piano d'azione del 2018 sui TSD

¹⁶³ Riguardo al principio di trasparenza v. Andrea BIANCHI, Anne PETERS (EDS.), *Transparency in International Law*, Cambridge, 2013; Ljiljana BIUKOVIC, *Transparency Norms, the World Trade System and Free Trade Agreements: The Case of CETA*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, pp. 93-107; Susanna CAFARO, *Cittadinanza e democrazia dell'Unione europea*, in Angela DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, pp.263-276; Herwig HOFMANN, Päivi LEINO-SANDBERG, *An Agenda for Transparency in the EU*, *European Law Blog*, 23 October 2019; James ORGAN, *EU Citizen Participation, Openness and the European Citizens Initiative: The TTIP Legacy*, in *Common Market Law Review*, 2017, pp. 1713-1747.

¹⁶⁴ Sull'importanza della trasparenza come valore della *rule of law* internazionale cfr. Machiko KANETAKE, *The Interfaces between the National and International Rule of Law: The Case of UN Targeted Sanctions*, in *International Organizations Law Review*, 2012, pp. 267-338; Makau MUTUA, *Africa and the Rule of Law*, in *International Journal on Human Rights*, 2016, pp. 159-173; Anne PETERS, *International Organizations and International Law*, in Jacob KATZ COGAN, Ian HURD, and Ian JOHNSTONE (EDS), *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, 2016, pp. 33-59.

¹⁶⁵ COM(2021) 66, cit.

¹⁶⁶ COM(2021) 66 Annex, cit.

¹⁶⁷ COM(2022) 409, cit.

¹⁶⁸ COM(2015) 497, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Commercio per tutti: verso una politica commerciale e di investimento più responsabile*, Bruxelles, 14.10.2015.

*Chapters*¹⁶⁹, nella strategia del 2021 per una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva la Commissione ribadisce il pieno coinvolgimento della società civile per “garantire una politica commerciale trasparente e inclusiva”¹⁷⁰: l’accesso alla documentazione e la possibilità di seguire le procedure di elaborazione ed applicazione degli strumenti di diritto internazionale dell’economia vengono considerati elementi indispensabili per l’effettiva partecipazione della persona fisica o giuridica alla definizione della *trade policy* della UE. Con specifico riferimento, poi, alla riforma del sistema multilaterale del commercio, la Commissione propone di rafforzare le regole di trasparenza dell’OMC nell’accesso alla documentazione e nella conoscenza delle normative nazionali, e la partecipazione del pubblico, usando i mezzi digitali, per consentire di seguire i lavori dei vari Comitati e Consigli dell’OMC alla più ampia platea possibile. L’istituzione europea suggerisce, inoltre, la formazione di un nuovo Comitato nell’architettura istituzionale del sistema multilaterale, un *WTO Consultative / Advisory Committee* composto da rappresentanti delle imprese e della società civile per raccogliere gli *inputs* di tali soggetti sui vari temi che interessano il funzionamento del sistema multilaterale e i negoziati per ampliare il quadro giuridico della *governance* dell’economia mondiale¹⁷¹. La dimensione dell’inclusività è centrale, ed ulteriormente approfondita ed articolata, nella Comunicazione per rafforzare il contributo degli accordi commerciali allo sviluppo sostenibile, che la Commissione impernia su “processi strutturati e trasparenti, con il coinvolgimento della società civile”¹⁷², manifestando l’intenzione di potenziare i Gruppi consultivi d’interesse degli accordi di libero scambio, sia consolidando i meccanismi di trasparenza che ampliando il ruolo dei GCI, per “coprire tutte le componenti degli accordi commerciali”¹⁷³, analogamente a quanto già previsto nell’Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra Unione europea e Regno Unito¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Cfr. il tema su trasparenza e partecipazione considerato in Non Paper of the Commission services, *Feedback and Way Forward on Improving the Implementation and Enforcement of Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements*, 26.02.2018, pp. 11-12.

¹⁷⁰ COM(2021) 66, cit., a p. 24.

¹⁷¹ COM(2021) 66 Annex, cit., a p. 16.

¹⁷² COM(2022) 409, cit., p. 1.

¹⁷³ COM(2022) 409, cit., p. 12.

¹⁷⁴ Cfr. gli artt. 12-14 dell’Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l’Unione europea e la Comunità europea dell’energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall’altra, in *GUUE* L149/10 del 30.4.2021. Per l’analisi dell’ASCC si rinvia a Giovanna ADINOLFI, Alberto MALATESTA, Michele VELLANO (a cura di), *L’Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra Unione europea e Regno Unito*, Torino, 2022.

Accanto alla trasparenza, la partecipazione della società civile, per essere significativa, anche nell'*enforcement* delle regole di diritto internazionale, richiede conoscenza degli accordi multilaterali, regionali e bilaterali e degli strumenti autonomi, come pure dimestichezza nei diversi meccanismi di dialogo e comunicazione tra operatori economici, ONG, singoli, e istituzioni europee, *in primis* la Commissione.

Il ruolo sempre più importante dato dall'Unione europea alla società civile nell'assicurare il rispetto degli obblighi internazionali e del principio dello sviluppo sostenibile per la sua *trade policy* implica che l'articolata strategia individuata per rispondere e superare la crisi del contenzioso dell'OMC, così complessa e impegnativa, possa davvero avere successo solo in presenza di un impegno serio, continuo, e consapevole della società civile per l'equità della governance dell'economia globale.

La Commissione ha costruito i canali per rendere protagonisti cittadini, enti vari, soggetti portatori di interesse, riservando loro una incisiva partecipazione ai meccanismi di *enforcement* degli impegni internazionali. Promuovendo la *international rule of law* nel contenzioso del commercio internazionale, la UE sta, così, mettendo in campo un importante contributo a diversi *Sustainable Development Goals* (SDGs) dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite. In particolare, la strategia dell'Unione ben si presta a dar seguito all'Obiettivo 16, che richiede di promuovere società pacifiche e inclusive per lo sviluppo sostenibile, garantire l'accesso alla giustizia per tutti e costruire istituzioni efficaci, responsabili e inclusive a tutti i livelli, e all'Obiettivo 17, che intende rafforzare i mezzi di attuazione e rivitalizzare la *partnership* globale per lo sviluppo sostenibile. Spetta ora a soggetti portatori di interesse, associazioni, sindacati, singoli operatori economici e cittadini, imprese e multinazionali avvalersi nel modo più proficuo dell'innovativo quadro normativo ed istituzionale realizzato dall'Unione, privilegiando costantemente il dialogo più informato e costruttivo con i partner della UE per ricomporre diplomaticamente le situazioni di conflitto, e, dunque, far sì che il commercio e l'apertura dei mercati siano strumenti di pace, equità e prosperità condivisa, secondo il progetto dei Padri fondatori del processo di integrazione europea.

PROVE DI RILEVANZA SISTEMICA DEI CAPITOLI
SU COMMERCIO E SVILUPPO SOSTENIBILE
NEGLI ACCORDI COMMERCIALI DELL'UE: LA
DECISIONE ARBITRALE NEL CASO *UE C.*
UCRAINA

Susanna Villani

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva. – 2. L'Accordo di associazione tra UE e Ucraina: tra libera circolazione delle merci e sviluppo sostenibile. – 3. Il contenzioso sull'esportazione di legname: una questione di scambi commerciali o sviluppo sostenibile?. – 4. L'interpretazione del panel arbitrale sul valore del capitolo su commercio e sviluppo sostenibile. – 5. Riflessioni conclusive.

1. Negli ultimi decenni, è stata progressivamente riconosciuta la necessità di coniugare la promozione di un sistema commerciale multilaterale universale, aperto, non discriminatorio ed equo con l'obiettivo di conseguire uno sviluppo sostenibile. L'imprescindibilità di tale relazione è evidente anche nello stesso sistema normativo dell'OMC, in particolare nell'art. XX del GATT, il quale introduce delle eccezioni rispetto al divieto di adottare misure restrittive al commercio di beni che contemplano anche considerazioni legate alla tutela della salute umana e alla protezione dell'ambiente¹. Pertanto, nel quadro del sistema di risoluzione delle controversie in ambito OMC, non sono mancati casi in cui l'Organo di appello si è trovato ad impiegare strumenti normativi e disposizioni che disciplinano la protezione dell'ambiente per valutare la legittimità di misure nazionali avanti effetti restrittivi sul commercio². Il dibattito a livello multilaterale si è fatto poi

¹ Sul punto, F. FRANCONI, *La tutela dell'ambiente e la disciplina del commercio internazionale*, in *Atti del Convegno della Società italiana di diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998, p. 162 ss.; RAO, *The World Trade Organization and the Environment*, Macmillan, Londra, 2000; SACERDOTI, *La disciplina del commercio internazionale e la protezione dell'ambiente*, in FOIS (a cura di), cit., p. 63 ss.; GAGLIANI, *The Interpretation of General Exceptions in International Trade and Investment Law: Is a Sustainable Development Interpretive Approach Possible?*, in *Denver Journal of Int. Law & Policy*, vol. 42, 2015, p. 559 ss.; International Law Association, *A Trade-related environmental issues*, in *Report on sustainable development and the green economy in international trade law*, 2018, p. 543 ss.; MAURO, *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Editoriale Scientifica, 2019, p. 193 ss.; BEVERELLI, KURTZ, RAESS (eds), *International Trade, Investment, and the Sustainable Development Goals: World Trade Forum*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

² Ad esempio, nel celebre caso *US-Shrimp*, l'Organo di appello ha interpretato la nozione di "risorse naturali esauribili" ex art. XX, lett. g) GATT alla luce della Convenzione internazionale sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate di estinzione del 1975 e della Convenzione sulla Biodiversità del 1992 (WTO Appellate Body, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimps and Shrimp Products (US-Shrimps)*, 6.11.1998). Nel caso *China-Raw Materials*, è stato poi affermato che "we understand the

sempre più rilevante alla luce della crescente sensibilizzazione degli Stati membri dell'OMC che trova una distinta manifestazione nel contenuto degli accordi tra diversi partner commerciali, ove non si fa solo riferimento alla tutela dell'ambiente ma anche dei lavoratori, tenuto conto dell'ampia declinazione del concetto di sviluppo sostenibile. Dal canto suo, l'Unione europea, nell'ambito della politica commerciale comune di sua competenza esclusiva, coltiva questa proiezione negli accordi di libero scambio più recentemente conclusi e pare sempre più orientata a garantire un certo bilanciamento tra interessi di liberalizzazione e di protezione dei valori di natura non commerciale³.

Nel quadro normativo europeo, la promozione dello sviluppo sostenibile si è consolidata nel Trattato di Lisbona come impegno da sostenere anche all'esterno del territorio dell'Unione con particolare riguardo alla politica commerciale che, come stabilito all'art. 207 TFUE, deve essere implementata alla luce dei principi e degli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione⁴. Sul punto, l'art. 3, par. 5, TUE stabilisce che, nelle sue relazioni col mondo, l'Unione deve sostenere e promuovere lo sviluppo sostenibile della Terra e un commercio libero ed equo. Ciò, avendo cura – ai

WTO Agreement, as a whole, to reflect the balance struck by WTO Members between trade and non-trade-related concerns" (WTO Appellate Body, *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials - Understanding between China and the United States regarding procedures under articles 21 and 22 of the DSU (China-Raw Materials)*, 23.01.2013, punto 306). Per un commento su quest'ultima pronuncia, si veda BARONCINI, *Obblighi WTO-Plus, tutela dell'ambiente, della salute e preservazione delle risorse naturali: il Report del Panel nel caso China – Raw Materials*, in *Dir. com. scambi int.*, vol. 50, 2011, p. 627 ss. Per commenti generali sulla "giurisprudenza" dell'organo di appello OMC in materia, si veda, FRANCONI, *L'incidenza delle norme a tutela dell'ambiente e dei diritti umani sul sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC*, in FRANCONI, LENZERINI, MONTINI (a cura di), *Organizzazione mondiale del commercio e diritto della Comunità europea nella prospettiva della risoluzione delle controversie*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 3 ss.; TRACHTMAN, *WTO Trade and Environment Jurisprudence: Avoiding Environmental Catastrophe*, in *Harvard Int. Law Journal*, vol. 58, 2017, p. 273 ss.; BARONCINI, *Organo d'appello dell'OMC e non-trade values*, in *Frontiere di tutela dei diritti fondamentali (a settanta anni dalla Costituzione italiana)*, Revelino Editore, Bologna, 2019, p. 175 ss.

³ Cfr., PERFETTI, *La tutela dei valori non commerciali nella politica dell'Unione Europea in materia di investimenti*, in *Comunità int.*, vol. 2, 2011, p. 247 ss.; RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2-3, 2016, p. 329 ss.; ADINOLFI, *Alla ricerca di un equilibrio tra interessi economici e tutela dell'ambiente nella politica commerciale dell'Unione europea*, in *Eurojus.it*, 14.05.2017, reperibile su eurojus.it.

⁴ Per un'analisi dell'evoluzione del principio di sviluppo sostenibile nel quadro giuridico europeo, cfr. BÄR, KRAEMER, *European environmental policy after Amsterdam*, in *Journal of Environmental Law*, vol. 10, 1998, p. 315 ss.; PILLUTU, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto ambientale dell'Unione europea*, in FOIS (a cura di), cit., p. 219 ss.; VAN HEES, *Sustainable Development in the EU: Redefining and Operationalising the Concept*, in *Utrecht Law Review*, vol. 10, 2014, p. 60 ss.; SCHACHERER, *Sustainable Development in the EU Legal Order*, in *Sustainable Development in EU Foreign Investment Law*, Brill, Leiden, 2021, p. 100 ss.

sensi dell'art. 21, par. 2, TUE – di definire le sue politiche per “favorire lo sviluppo sostenibile dei paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale” e “contribuire all’elaborazione di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell’ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile”⁵. Sulla base di questo dettato, l’Unione ha così progressivamente riconosciuto la necessità di inserire sistematicamente riferimenti a *non-trade values*, quali la protezione dell’ambiente e dei lavoratori, nei negoziati per la conclusione di accordi con altri partner commerciali determinando una concreta declinazione del concetto di sviluppo sostenibile. A partire dall’Accordo con la Corea del Sud nel 2009⁶, sono stati, infatti, conclusi accordi che vengono definiti “di nuova generazione” dal momento che includono, oltre a elementi tipici come la riduzione delle barriere tariffarie, altri elementi collegati direttamente o indirettamente al commercio. Nello specifico, le disposizioni che qui disciplinano i *non-trade values* non rappresentano più solo una semplice formulazione di deroga a quelle relative alla libera circolazione, ma sono incluse in un capitolo *ad hoc* dell’accordo, nella maggior parte dei casi titolato “commercio e sviluppo sostenibile”, dove le Parti specificano i termini del loro impegno e si vincolano a obblighi di cooperazione reciproca e trasparenza⁷. La prassi

⁵ Per un commento, ASTERITI, *Article 21 TEU and the EU's Common Commercial Policy: A Test of Coherence*, in *European Yearbook of Int. Economic Law*, vol. 8, 2017, p. 111 ss.

⁶ Accordo di libero scambio tra l’Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall’altra, in G.U.U.E., 14 maggio 2011, n. L 127.

⁷ Oltre all’accordo con la Corea del Sud, l’Unione ha concluso accordi contenenti riferimenti allo sviluppo sostenibile nell’accordo di associazione con l’America Centrale, nell’accordo di partenariato economico col Giappone, nell’accordo commerciale globale ed economico col Canada, negli accordi di libero scambio globale e approfondito (DCFTA) con Ucraina, Georgia e Moldova nonché negli accordi di libero scambio con Vietnam, Colombia, Singapore, Perù ed Ecuador. Inoltre, occorre ricordare che anche l’accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l’UE e il Regno Unito (TCA) così come l’accordo comprensivo sugli investimenti (CAI) con la Cina dedicano una sezione allo sviluppo sostenibile. Per commenti generali sui Capitoli su Commercio e Sviluppo sostenibile negli accordi finora conclusi, si veda DE ANDRADE CORREA, *The integration of sustainable development in trade agreements of the European Union*, in KLEIMANN (ed.), *EU Preferential Trade Agreements: Commerce, Foreign Policy, and Development Aspects*, European University Institute, Firenze, 2013, p. 141 ss.; BOSSE-PLATIÈRE, RAPOPORT (eds), *The Conclusion and Implementation of EU Free Trade Agreements Constitutional Challenges*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019; ADINOLFI, *A Cross-Cutting Legal Analysis of the European Union Preferential Trade Agreements’ Chapters on Sustainable Development: Further Steps Towards the Attainment of the Sustainable Development Goals?*, in BEVERELLI, KURTZ, RAESS (eds), *International Trade, Investment, and the Sustainable Development Goals: World Trade Forum*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 15 ss.; MUCCIONE, *Il rapporto dei capitoli su “Commercio e sviluppo sostenibile” con la disciplina in materia commerciale*, in ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell’Unione europea*,

è poi accompagnata da taluni documenti resi dalla Commissione in cui l'esigenza di coniugare commercio e sviluppo sostenibile emerge chiaramente. Nel 2015, con l'adozione della strategia *Commercio per tutti*⁸, la Commissione ha esplicitamente sostenuto la necessità di un collegamento sempre più stretto tra gli strumenti di politica commerciale e l'obiettivo di tutela dell'ambiente nel quadro di una *value-based trade agenda*. Nel più recente *Documento di riflessione sulla gestione della globalizzazione*⁹, la Commissione ha sottolineato l'impegno per un commercio che conduca a un miglioramento della *governance* globale su questioni come diritti umani, condizioni di lavoro, protezione ambientale e benessere animale. Da ultimo, nella Comunicazione del 2021 *Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva*¹⁰, la Commissione ha ribadito il contributo del commercio internazionale agli obiettivi di sviluppo sostenibile e alla tutela della salute e dell'ambiente¹¹. Infine, va ricordata la posizione assunta dalla Corte di giustizia UE nel parere 2/15 in relazione all'Accordo di Libero Scambio tra l'UE e Singapore¹² in cui i giudici hanno sostenuto che l'obiettivo dello sviluppo sostenibile costituisce una parte integrante della politica commerciale comune¹³. Nello sviluppare il suo ragionamento, la Corte ha, infatti, sostenuto che le disposizioni dei capitoli sullo sviluppo sostenibile hanno un

Giappichelli editore, Torino, 2021, p. 235 ss.; BRONCKERS, GRUNI, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, in *Journal of Int. Economic Law*, vol. 24, 2021, p. 25 ss.

⁸ Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Commercio per tutti. Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile*, COM (2015) 0497 final, 14.10.2015.

⁹ Commissione europea, *Documento di riflessione sulla gestione della globalizzazione*, COM (2017) 240, 10.05.2017.

¹⁰ Commissione europea, Allegato della Comunicazione al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Riesame della politica commerciale - Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva*, COM(2021) 66 final, 18.02.2021.

¹¹ Si veda, DOUMA, *The Promotion of Sustainable Development through EU Trade Instruments*, in *European Business Law Review*, vol. 28, 2017, p. 197 ss.

¹² Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, G.U.U.E., 14 novembre 2019, n. L. 294.

¹³ CGUE, Parere 2/15 del 16 maggio 2017, Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, ECLI:EU:C:2017:376. Per commenti su contenuto e impatto del parere 2/15 anche in relazione allo sviluppo sostenibile, si veda CELLERINO, *Il Parere 2/15 della Corte di giustizia sull'accordo di libero scambio UE-Singapore: luci e ombre*, in *Eurojus.it*, 25.07.2017, reperibile su *eurojus.it*; BEAUCILLON, *Opinion 2/15: Sustainable Is the New Trade. Rethinking Coherence for the New Common Commercial Policy*, in *European Papers*, vol. 2, 2017, p. 819 ss.; CREMONA, *Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017: ECJ, 16 May 2017, Opinion 2/15 Free Trade Agreement with Singapore*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, 2018, p. 231 ss.; GRUNI, *Towards a Sustainable World Trade Law? The Commercial Policy of the European Union After Opinion 2/15 CJEU*, in *Global Trade Customs Journal*, vol. 13, 2018, p. 4 ss.; CASTILLO DE LA TORRE, *The Opinion on the free trade agreement with Singapore and its aftermath: some personal reflections*, in BOSSE-PLATIÈRE, RAPOPORT (eds), cit., p. 23 ss.

“diretto e immediato effetto sul commercio”¹⁴ quando intese a ridurre le disparità tra i partner e scongiurare politiche non rispettose degli standard sociali e ambientali per aumentare gli scambi commerciali¹⁵. I giudici di Lussemburgo hanno poi precisato che dette disposizioni rappresentano una *conditio sine qua non* per commerciare e investire nell’UE¹⁶.

Nonostante il cospicuo riconoscimento del ruolo essenziale delle disposizioni su commercio e sviluppo sostenibile negli accordi in parola, non vanno però taciute le difficoltà riscontrate nell’esecuzione delle disposizioni sulla sostenibilità presenti negli accordi commerciali finora conclusi. Le maggiori perplessità sono determinate dal fatto che la loro forza prescrittiva resta tuttora incerta, tenuto conto – come si vedrà nel caso di seguito analizzato – del loro carattere essenzialmente programmatico, e dalla difficoltà di prevedere un efficace sistema di *enforcement*, facendo così dubitare sulla loro rilevanza sostanziale¹⁷. In effetti, occorre anticipare che le disposizioni relative allo sviluppo sostenibile non sono soggette ai tradizionali meccanismi di risoluzione delle controversie che operano in relazione agli altri capitoli degli accordi in parola. Al contrario, le controversie sorte in relazione ai capitoli in oggetto rispondono a un meccanismo proprio, basato sul dialogo in forma di consultazioni tra le Parti e su una procedura di conciliazione affidata a un panel di esperti. La procedura di inchiesta non si conclude, dunque, con un lodo arbitrale avente carattere vincolante per le Parti che, in alcune situazioni, potrebbe anche portare alla sospensione di taluni benefici commerciali, ma con delle mere raccomandazioni relative al comportamento da tenere. Di fronte a ciò, il rischio è che, senza la possibilità di introdurre misure sanzionatorie in caso di violazione delle disposizioni sullo sviluppo sostenibile, il loro contenuto sostanziale risulti svuotato e privo di una reale forza vincolante¹⁸.

¹⁴ CGUE, Parere 2/15, cit., punto 157.

¹⁵ CGUE, Parere 2/15, cit., punti 149- 153.

¹⁶ CGUE, Parere 2/15, cit., punto 162.

¹⁷ K. HRADILOVÁ - O. SVOBODA, *Sustainable Development Chapters in the EU Free Trade Agreements*, cit., p. 1025.

¹⁸ In merito a questo, occorre ricordare che, nel 2018, l’Unione ha avviato delle consultazioni e ha successivamente richiesto la costituzione di un panel di esperti che valutassero la compatibilità di talune misure adottate dalla Corea del sud in materia di lavoro con il contenuto dell’Accordo UE-Corea del Sud. La relazione del panel pubblicata nel gennaio del 2021 ha riconosciuto che la Corea non ha agito in modo coerente con i suoi obblighi commerciali e di sviluppo sostenibile ai sensi dell’accordo commerciale, accertando nello specifico la violazione degli impegni assunti in materia di lavoro. Tuttavia, il panel non ha potuto accertare l’avvenuta violazione dell’impegno a ratificare le Convenzioni fondamentali dell’OIL vista non solo la formulazione generica contenuta nell’accordo ma anche le azioni intraprese, seppur blande, dalla Corea per procedere alla ratifica delle Convenzioni (Panel of experts, *Final Report - Proceeding constituted under article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement*, 20 gennaio 2021). In ogni caso, vista la natura conciliativa della

In questo contesto, il presente contributo propone l'analisi della controversia *UE c. Ucraina* nell'ambito dell'Accordo di Associazione UE-Ucraina concluso nel 2014 e della relativa decisione adottata dal Panel arbitrale¹⁹. A premessa di ciò, è opportuno sottolineare che il conflitto in corso tra Ucraina e Russia non rende meno rilevante il contenuto della decisione del Panel. Astraendo, infatti, il lodo arbitrale può rappresentare un punto di partenza per una più decisa lettura sistemica delle disposizioni dei capitoli su commercio e sviluppo sostenibile presenti negli accordi commerciali conclusi dall'UE. A tal fine, verrà proposta anzitutto una riflessione sull'Accordo UE-Ucraina con particolare attenzione al contenuto del capitolo su commercio e sviluppo sostenibile (sezione 2) per poi focalizzarsi sulla decisione del Panel arbitrale nel caso menzionato (sezione 3). Di quest'ultima verranno evidenziati gli elementi di maggiore interesse, tra i quali, per l'appunto, la possibilità di intravedere un'interpretazione che conferisca rilevanza sistemica ai capitoli su commercio e sviluppo sostenibile (sezione 4).

2. L'Accordo di Associazione tra l'Unione e l'Ucraina è stato firmato a margine del Consiglio europeo del 27 giugno 2014 ed è entrato in vigore definitivamente il 1° settembre 2017, a seguito del (travagliato) completamento del processo di ratifica da parte degli Stati membri dell'UE. Alcune disposizioni dell'Accordo di associazione, relative in particolare alle aree di competenza esclusiva dell'UE, segnatamente quelle concernenti lo stabilimento di un'Area di libero scambio tra UE e Ucraina, sono entrate provvisoriamente in vigore a partire dal 1° gennaio 2016²⁰.

procedura, la parziale valutazione positiva del suo esito è inevitabilmente limitata dalla mancanza di ulteriori rimedi per far rispettare la relazione del Panel. Per un commento, cfr. SUN HAN, *The EU-Korea Labour Dispute: A Critical Analysis of the EU's Approach*, in *European Foreign Affairs Review*, vol. 26, 2021, p. 531 ss.; PEERS, *Free Trade v. Freedom of Association? The EU/South Korea Free Trade Agreement and the Panel Report on the EU Challenge to South Korean Labour Law*, in *EU Law Analysis*, 2021, disponibile online <http://eulawanalysis.blogspot.com>.

¹⁹ Final Report of the Arbitration Panel, *Restrictions applied by Ukraine on exports of certain wood products to the European Union (Ukraine – Wood Products)*, 11.12.2020, di seguito: Report del Panel. Per commenti sulla decisione del Panel, RUOTOLO, *Knock on wood. Il contenzioso UE/Ucraina sul divieto di esportazione di legname tra tutela ambientale e libera circolazione delle merci*, in *Quaderni di SIDIBlog*, vol. 6, 2019, p. 245 ss.; DOLLE, MEDINA, *The EU's Request for Arbitration Under the EU-Ukraine Association Agreement*, in *Global Trade and Customs Journal*, vol. 15, 2020, p. 104 ss.; MAKHINOVA, SHULHA, *The Arbitration Panel Ruling on Ukraine's Certain Wood Restrictions under the EU-UA Association Agreement*, in *Global Trade and Customs Journal*, vol. 16, 2021, p. 355 ss.; POLOVETS, *Report of Arbitration Panel in Restrictions Applied by Ukraine on Exports of Certain Wood Products to the European Union*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 48, 2021 p. 95 ss.

²⁰ Accordo di associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra G.U.U.E., 29 maggio 2014, n. L 161. Per commenti, si veda VAN DER LOO, *The EU-Ukraine Association Agreement and Deep and*

L'Accordo si caratterizza per un ambizioso livello di integrazione, dimostrato, tra le altre cose, dalla corposità del testo stesso. Esso, infatti, prevede sia un'associazione politica che la creazione di un'area di libero scambio nel rispetto dei principi democratici, dei diritti umani e dello Stato di diritto²¹. Pur non conferendo all'Ucraina lo *status* di Paese candidato per l'adesione all'Unione²², dall'Accordo traspaiono le aspirazioni europee dell'Ucraina. Infatti, si prevede la creazione di un sistema istituzionale avanzato e l'adozione di disposizioni di ravvicinamento legislativo nell'ottica di un trattamento quasi paritario a quello previsto dal mercato interno richiedendo il rispetto di alcuni principi dell'*acquis communautaire*²³.

In relazione al tema qui trattato, l'art. 3 dell'Accordo riconosce alla promozione dello sviluppo sostenibile e di un multilateralismo efficace un ruolo essenziale nel rafforzamento del rapporto tra le Parti. Le disposizioni relative alla libera circolazione delle merci e quelle concernenti commercio e sviluppo sostenibile si ritrovano nel medesimo Titolo IV dell'Accordo, dedicato a "Scambi e Questioni Commerciali", a ricordare l'impegno a integrare l'obiettivo dello sviluppo sostenibile in ogni livello delle relazioni commerciali tra le parti.

In relazione alla circolazione delle merci, il capo I prevede innanzitutto la creazione di un'Area di libero scambio in un arco temporale di 10 anni (art. 25). Inoltre, si prevedono le "classiche" limitazioni all'applicazione di dazi doganali e di altre misure tariffarie (articoli 27-33) e non tariffarie tra cui figurano anche divieti, restrizioni o altre misure di effetto equivalente sull'importazione o esportazione di merci (art. 35). Deroga a tale disposizione è rappresentata dal successivo art. 36 che, utilizzando la tecnica del rinvio, fa espresso riferimento a quanto previsto dagli articoli XX e XXI del GATT 1994, facendo così

Comprehensive Free Trade Area. A New Legal Instrument for EU Integration Without Membership, Brill, Leiden, 2016; VAN DER LOO, WESSEL, *The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Options*, in *Common Market Law Review*, vol. 54, 2017, p. 735 ss.; EMERSON, MOVCHAN, BLOCKMANS, KOSTANYAN, VAN DER LOO, *Deepening EU-Ukrainian Relations*, CEPS, 2018.

²¹ Accordo di Associazione UE-Ucraina, art. 2.

²² Conclusioni del Consiglio europeo, 15 dicembre 2016, Allegato I, lett. A. Sul punto, va detto che, a seguito dell'attacco russo, il governo ucraino ha presentato richiesta formale per avviare il processo di adesione all'Unione europea. In merito, il Parlamento europeo ha adottato una Risoluzione sull'aggressione russa contro l'Ucraina (2022/2564(RSP)) in cui invita le istituzioni ad adoperarsi per concedere all'Ucraina lo status di paese candidato all'adesione all'Unione.

²³ Sull'incidenza dei principi di diritto UE sulla cooperazione commerciale con l'Ucraina, si segnala il commento di CASOLARI, *I principi del diritto dell'Unione europea negli accordi commerciali: una visione di insieme*, in ADINOLFI (a cura di), cit., p. 73 ss.

divenire le norme GATT parte integrante dell'Accordo²⁴. Ai fini della presente analisi, il contenuto dell'art. XX risulta chiaramente il più rilevante dal momento che prevede che gli Stati possano adottare misure di deroga agli obblighi di liberalizzazione degli scambi di merci che siano, tra l'altro, necessarie a proteggere la salute e la vita delle persone e degli animali e alla conservazione dei vegetali (art. XX, lett. b), GATT) o relative alla conservazione di risorse naturali esauribili (art. XX, lett. g), GATT). Ciò, a condizione che siano applicate anche alla produzione o al consumo nazionali e che siano rispettati i requisiti posti nello *chapeau* dell'art. XX, ovvero il fatto che le misure *de qua* non costituiscano un mezzo di “*arbitrary or unjustifiable discrimination*” o una “*disguised restriction on international trade*”²⁵.

In caso di controversie riguardanti l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni in materia di scambi e questioni commerciali, il capo 14 del medesimo Titolo prevede che le Parti si adoperino ad avviare consultazioni in buona fede per pervenire a una soluzione concordata entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta (art. 305). Qualora non siano riuscite a risolvere la controversia mediante le consultazioni, è possibile chiedere la costituzione di un collegio arbitrale composto sulla base di quanto previsto all'art. 307. Il lodo arbitrale viene poi comunicato alle Parti entro centoventi giorni dalla costituzione del Panel, salvo il verificarsi di eventi che non permettono il rispetto della scadenza, e le Parti si adoperano per concordare il tempo di esecuzione.

Il capitolo su commercio e sviluppo sostenibile incluso nell'Accordo UE-Ucraina (capo 13) ha una natura decisamente meno imperativa²⁶. Si apre, infatti, con il richiamo a una serie di documenti utili per ricostruire la comune sensibilità delle Parti in relazione al tema dello sviluppo sostenibile. In particolare, si fa riferimento

²⁴ Se l'art. XX fa riferimento a eccezioni generali alle regole di liberalizzazione, l'art. XXI stabilisce delle eccezioni specifiche concernenti la sicurezza nazionale e internazionale (fatte valere, ad esempio, nel caso *Russia — Measures Concerning Traffic in Transit*, Panel Report del 29 aprile 2019).

²⁵ Sulle eccezioni previste dall'art. XX GATT, si vedano, RUOZZI, *I principi di necessità e di proporzionalità all'interno dell'articolo XX GATT*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1, 2007, p. 139 ss.; BARONCINI, *Il rapporto tra l'articolo XX GATT e il Protocollo di adesione della Cina all'Organizzazione mondiale del commercio nel "report" dell'organo d'appello del caso "China-Raw Materials": proposte per un diverso approccio interpretativo*, in *Dir. com. int.*, n. 4, 2012, p. 965 ss.; FONTANELLI, *Necessity Killed the GATT: Art XX GATT and the misleading rhetoric about 'weighing and balancing'*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 5, 2012, p. 36 ss.; BARTELS, *The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction*, in *The American Journal of Int. Law*, vol. 109, 2015, p. 95 ss.; DOBSON, *Article XX GATT as guardian of the environment*, in FAURE (ed.) *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, p. 200 ss.

²⁶ Si veda, MALOLITNEVA, DZHABRAILOV, *The Promotion of Sustainable Development through Trade Instruments in the EU: Case Study for Ukraine*, in *European Journal of Sustainable Development*, vol. 7, 2018, p. 165 ss.

all'Agenda 21 sull'ambiente e lo sviluppo del 1992, al piano di attuazione di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile del 2002 e ai programmi politici concordati a livello internazionale in materia di politica sociale e del lavoro, in particolare l'Agenda per il lavoro dignitoso adottata dall'OIL e la dichiarazione ministeriale del 2006 del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite sulla piena occupazione e il lavoro dignitoso. Questi richiami sono funzionali all'impegno delle Parti di promuovere gli scambi commerciali in modo da contribuire al raggiungimento dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile, e per far sì che questo obiettivo sia integrato e preso in considerazione a ogni livello delle loro relazioni commerciali. In tal senso, è rilevante il riferimento agli interessi economici, sociali e ambientali non solo delle rispettive popolazioni, ma anche delle future generazioni, quali soggetti essenziali cui garantire la sinergia delle diverse politiche²⁷.

A questa premessa, seguono i classici obblighi generici di cooperazione e obblighi di risultato per le Parti contraenti, elaborati sulla falsa riga di quelli presenti in ogni altro accordo commerciale di nuova generazione concluso dall'Unione. In materia di lavoro, le Parti vengono così richiamate a un'effettiva implementazione delle Convenzioni (aggiornate) dell'OIL nonché alla promozione delle norme fondamentali del lavoro internazionalmente riconosciute²⁸. Sul punto è altresì interessante l'impegno delle Parti a prevedere l'incorporazione di disposizioni relative all'adozione di buone pratiche circa la responsabilità sociale delle imprese e al rispetto dei principi di *accountability*. Un impegno che va letto in congiunzione con l'art. 422 incluso nel Capo 21 (Titolo V) relativo alla cooperazione in tema di occupazione, politica sociale e pari opportunità ove si fa riferimento ai principali strumenti (*soft*) di diritto internazionale in materia, quali le *Guidelines* approvate nel quadro dell'OCSE, la Dichiarazione tripartita dei principi relativi alle imprese multinazionali e la politica sociale e i Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani²⁹.

²⁷ Art. 289 dell'Accordo di Associazione UE-Ucraina.

²⁸ L'art. 191 dell'Accordo fa riferimento alle seguenti norme di diritto internazionale del lavoro: a) la libertà di associazione e il riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva; b) l'eliminazione di ogni forma di lavoro forzato o obbligato; c) l'abolizione effettiva del lavoro minorile; d) l'eliminazione della discriminazione in materia di impiego e di occupazione. In riferimento al tema specifico della protezione dei diritti dei lavoratori, si veda ORBIE, VAN DEN PUTTE, *EU Bilateral Trade Agreements and the Surprising Rise of Labour Provisions*, in *Int. Journal Comparative Labour Law Industrial Relations*, vol. 31, 2015, p. 263 ss.; ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro. Norme universali, regionali e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2021.

²⁹ La correlazione tra *accountability* delle imprese multinazionali e politica sociale nel quadro degli accordi preferenziali è di crescente interesse anche in

Per quanto riguarda la dimensione ambientale, si incoraggia il commercio di prodotti che soddisfino i criteri di sostenibilità volti, ad esempio, alla conservazione dell'ecosistema e della biodiversità nella sua complessità. In particolare, l'art. 292 richiama le Parti a dare esecuzione agli accordi multilaterali in materia di ambiente di cui sono parte³⁰, purché la loro applicazione non costituisca un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata né una restrizione dissimulata al commercio. Inoltre, nella medesima disposizione vengono ricordati taluni principi su cui le rispettive politiche ambientali dovrebbero basarsi, quali quello di precauzione, dell'azione preventiva, il principio della correzione dei danni causati all'ambiente, nonché il principio "chi inquina paga"³¹. Le Parti si impegnano poi a collaborare al fine di promuovere l'uso accorto e razionale delle risorse naturali conformemente all'obiettivo di uno sviluppo sostenibile nella prospettiva di rafforzare i legami tra le politiche e le pratiche in materia di commercio e ambiente. Vista la rilevanza reciproca, particolari disposizioni sono state previste in relazione alle risorse delle foreste e ai prodotti della pesca, impegnando le Parti a un loro commercio legale e sostenibile e a una governance collaborativa (articoli 294-295). A dare ulteriore forza a queste disposizioni è l'art. 290, che

dottrina, come emerge dai lavori di BORLINI, *The EU's Promotion of Human Rights and Sustainable Development through PTAs As a Tool to Influence Business Regulation in Third Countries*, Bocconi Legal Studies Research Paper, 2018; BUSCEMI, LAZZERINI, MAGI, RUSSO (eds), *Legal Sources in Business and Human Rights : Evolving Dynamics in International and European Law*, Brill, Leiden, 2020; LONGO, *La responsabilità sociale d'impresa nei trattati internazionali in materia di investimenti: verso obblighi diretti in capo agli investitori?*, in *Ordine int. e diritti umani*, n. 5, 2020, p. 1134 ss.

³⁰ Per un elenco aggiornato dei trattati multilaterali in materia ambientale per il lato UE si veda la pagina internet https://ec.europa.eu/environment/international_issues/agreements_en.htm; per il lato ucraino si veda la pagina <https://iea.uoregon.edu/country-members/Ukraine>.

³¹ Il principio di precauzione, secondo cui gli Stati non devono invocare l'assenza di certezza scientifica come motivo per rinviare l'adozione di misure efficaci quando si delinea una minaccia di danno serio e irreversibile all'ambiente, va a completare il principio di prevenzione dal momento che è inteso a evitare che il danno ambientale si realizzi. Qualora sia impossibile evitare un danno ecologico, occorre intervenire tempestivamente per arginare gli effetti nocivi del danno causato e, al contempo, prevedere che chi inquina si faccia carico delle spese per rimediare al torto. Non è ancora pacifico se questi principi, rinvenibili già nella Dichiarazione di Rio del 1992, costituiscano principi generali di diritto internazionale ma, ad ogni modo, si ritrovano in molteplici MEAs progressivamente conclusi. A livello UE, questi trovano maggiore concretezza, essendo esplicitamente elencati come principi guida all'art. 191, par.2, TFUE permeando così la politica ambientale dell'Unione nel suo complesso. Per approfondimenti, si veda, tra tutti, BIANCHI, GESTRI (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2006; SANDS, PEEL, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; VAN CALSTER, REINS, *Principles of European environmental law*, in *EU Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, p. 17 ss.; DE SADELEER, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2020; ROLANDO, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 34 ss.

esplicita il diritto di regolamentare (*right to regulate*), ovvero la possibilità per le Parti di stabilire autonomamente il livello di protezione dei propri interessi oltre che le priorità di sviluppo sostenibile, richiedendo in aggiunta il perseguimento di alti livelli di protezione a livello nazionale³². D'altro canto, in linea con il tenore dell'interno Accordo, l'Ucraina si impegna a procedere al ravvicinamento delle sue disposizioni legislative e regolamentari e delle sue pratiche amministrative all'*acquis* dell'UE negli ambiti indicati³³. Tra le altre cose, è opportuno ricordare che l'art. 363 dell'Accordo stabilisce il graduale ravvicinamento della legislazione ucraina al diritto e alla politica dell'UE in materia di ambiente conformemente all'allegato XXX che elenca una serie di atti normativi cui l'Ucraina deve conformarsi entro i termini stabiliti. A completamento del quadro, merita riportare il contenuto della disposizione prevista all'art. 293 in cui le Parti riconoscono il commercio come fattore che favorisce lo sviluppo sostenibile in tutte le sue dimensioni, quasi anticipando la lettura della Corte di giustizia nel successivo Parere 2/15. Infatti, l'UE e l'Ucraina fanno qui riferimento al ruolo benefico che le norme fondamentali del lavoro e un lavoro dignitoso possono avere sull'efficienza economica, sull'innovazione e sulla produttività, sottolineando l'importanza di una maggiore coerenza tra le politiche commerciali, da una parte, e le politiche sociali e del lavoro, dall'altra. Inoltre, sul piano ambientale, queste riconoscono l'impegno a facilitare e promuovere il commercio e gli investimenti esteri diretti relativi ai beni, ai servizi e alle tecnologie ambientali, ai prodotti e ai servizi sostenibili legati alle energie rinnovabili ed efficienti sul piano energetico e alle merci con un marchio di qualità ecologica. È così che lo sviluppo sostenibile, da nozione di natura non prettamente commerciale, diventa invece funzionale al rafforzamento del commercio tra le Parti.

La natura di fatto cooperativa che sottende al capo 13 si riflette sugli organi istituzionali e sui meccanismi di monitoraggio stabiliti al medesimo capo. In primo luogo, figurano i gruppi consultivi nazionali che, composti da

³² L'invocazione del *right to regulate* non è esente da critiche e riserve, specialmente in un ambito sensibile come quello degli investimenti. Sul punto, si vedano DE MESTRAL, VANHONNAEKER, *Exception Clauses in Mega-Regionals (International Investment Protection and Trade Agreements)*, in RENSMANN, (ed.), *Mega-Regional Trade Agreements*, Springer, Berlino, 2017; ORTINO, *The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How Far Have We Come?*, in *Journal of Int. Economic Law*, vol. 21, 2018, p. 845 ss.; ACCONCI, *L'inclusione del "right to regulate" negli accordi internazionali in materia di investimenti. Considerazioni in margine alla posizione dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2019, p. 89 ss.

³³ Per un approfondimento sui vincoli di ravvicinamento legislativo si veda, VAN DER LOO, *The EU-Ukraine Association Agreement and Deep and Comprehensive Free Trade Area. A New Legal Instrument for EU Integration Without Membership*, cit., p. 28 ss.

membri della società civile, rappresentanti di imprese, parti sociali e altri esperti dei gruppi d'interesse, possono proporre raccomandazioni e, in occasione di forum congiunti, produrre rrt pubblici circa i progressi compiuti in materia di sviluppo sostenibile. Sul piano del monitoraggio, è istituito il sottocomitato “Commercio e Sviluppo sostenibile”, costituito da alti funzionari di ciascuna Parte. Questo si riunisce una volta l'anno per verificare l'attuazione delle disposizioni in oggetto, compresi i risultati delle attività di monitoraggio e delle valutazioni d'impatto, e discute in buona fede gli eventuali problemi posti dalla loro applicazione.

L'intenzione di massimizzare il rispetto degli impegni attraverso il dialogo bilaterale e la cooperazione si riverbera, infine, sul meccanismo di risoluzione delle controversie sorte in relazione al capo in oggetto. Come negli altri accordi conclusi dall'Unione in materia di scambi commerciali, questo, infatti, è basato sul dialogo in forma di consultazioni tra le Parti. Nello specifico, la procedura stabilita all'art. 300 dell'Accordo prevede che una Parte possa chiedere all'altra delle consultazioni, presentando una domanda scritta al punto di contatto, per giungere a una soluzione reciprocamente soddisfacente della questione anche tramite la consulenza di un soggetto terzo. Se le Parti non riescono a risolvere la controversia ricorrendo alle consultazioni, ciascuna di esse può, sempre presentando domanda scritta, chiedere la convocazione del sottocomitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile per un esame della questione. Questo, a sua volta, si riunisce sollecitamente e cerca di concordare una soluzione, consultando esperti governativi o non governativi. Qualora anche il sottocomitato non riesca a trovare una soluzione soddisfacente, l'art. 301 prevede che la procedura di conciliazione sia affidata a un gruppo di esperti che adotta raccomandazioni per la risoluzione della controversia tra le Parti. La procedura di inchiesta non si conclude, dunque, con un lodo arbitrale avente carattere vincolante bensì con un atto non vincolante la cui attuazione è monitorata dal sottocomitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile. Al riguardo non si è mancato di fare notare che, anche nell'Accordo tra UE ed Ucraina, è la formulazione perlopiù programmatica che caratterizza le disposizioni di tale capitolo a renderne l'*enforcement* piuttosto blando rispetto ad altre aree di cooperazione³⁴.

3. Prima dell'intervento russo avviato il 24 febbraio 2022 e che sta tuttora segnando il territorio ucraino, l'Ucraina contava circa 9,7 milioni di ettari di foresta, pari

³⁴ Per un commento, MARX, EBERT, HACHEZ, WOUTERS, *Dispute Settlement in the Trade and Sustainable Development Chapters of EU Trade Agreements*, Leuven Centre for Global Governance Studies, 2017.

al 16,7% della superficie totale; di questi, solo lo 0,6% erano foreste primarie, il 49% foreste rigenerate naturalmente e oltre il 50% foreste piantate³⁵. La stragrande maggioranza delle foreste (quasi l'87 %) erano di proprietà dello Stato e gestite dalla *State Forest Resources Agency of Ukraine* (SFRA) e da altri enti governativi centrali, mentre il 13% dei terreni forestali erano attribuiti alla proprietà comunale e privata. Le aree protette a carattere forestale risultavano in aumento per garantire la conservazione della biodiversità, mentre un terzo di foresta e di altre superfici boschive era catalogato come "foreste di protezione"³⁶. Bisogna però dire che, negli ultimi due decenni, l'Ucraina ha assistito ad un incremento dell'esportazione illegale di legname non lavorato, diretto anche verso gli Stati dell'Unione europea, contribuendo al disboscamento e alla conseguente riduzione di biodiversità³⁷.

Per far fronte a questo fenomeno, già a partire dal 2005, l'Ucraina aveva disposto il divieto permanente di esportazione di legname e, nello specifico, di legname segato derivante dal taglio di dieci specie protette e considerate dalla legge ucraina come particolarmente rare e di valore³⁸. Nel 2015, ha poi rafforzato tale posizione introducendo un divieto temporaneo di 10 anni anche sull'esportazione di legname non lavorato³⁹, un divieto applicato a partire dal 1° gennaio 2017 nel caso di alberi di pino. Tuttavia, per l'Unione, l'applicazione di queste restrizioni all'esportazione rappresentava una misura incompatibile con l'art. 35 dell'Accordo giacché si configurava come una restrizione quantitativa all'esportazione. Inoltre, contestava il fatto che le disposizioni relative al libero scambio delle merci, nonostante già idonee a produrre effetti giuridici grazie all'applicazione provvisoria dell'Accordo, non erano state ancora incorporate nel diritto interno dell'Ucraina. All'inizio del 2019, l'Unione ha così deciso di avviare la procedura di risoluzione delle controversie stabilita nel capo 14 dell'Accordo concernente l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni del Titolo IV (*ex art. 304*).

³⁵ FAO, *Global Forest Resources Assessment 2020: Main report*, 2020. Per ulteriori dati, si veda KOBLYNSKA, HUSEVA, *A Statistical Study of the Forestry in Ukraine*, in *Statistics of Ukraine*, vol. 89, 2020, p. 12 ss.

³⁶ Forest Europe, *State of Europe's Forests 2020*, p. 239 ss., disponibile sul sito https://foresteurope.org/wp-content/uploads/2016/08/SoEF_2020.pdf.

³⁷ Alla luce della necessità di contrastare questa pratica, nel 2018 il Parlamento ucraino ha adottato un progetto di legge sulla conservazione delle foreste ucraine e la prevenzione dell'esportazione illegale di legname non lavorato. Si veda, Legge No. 2531-VIII, *On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on the Preservation of Ukrainian Forests and preventing the Illegal Export of Unprocessed Timber*, 6.09.2018.

³⁸ Legge n. 2860-IV, *On Elements of the State Regulation of Business Operators' Activities Related to the Sale and Export of Timber*, 8.9.2005.

³⁹ Legge n. 325-VIII, *On Amendments to the Law of Ukraine on Elements of the State Regulation of the Business Operators' Activities Related to the Sale and Export of Timber Concerning the Temporary Export Ban for Unprocessed Timber*, 9.4.2015.

In seguito ad un primo (fallito) tentativo di risoluzione della questione a livello bilaterale, l'Unione ha richiesto l'attivazione di consultazioni con l'Ucraina⁴⁰ ma queste, tenutesi il 7 febbraio 2019, non hanno permesso di risolvere la disputa. Pertanto, il 20 giugno 2019, l'Unione ha richiesto la costituzione di un Panel arbitrale, *ex art.* 306 dell'Accordo⁴¹, che ha reso la propria decisione l'11 dicembre 2020.

Sulla costituzione di un collegio arbitrale, in realtà, l'Ucraina ha dimostrato di nutrire forti dubbi. In particolare, questa sosteneva che – visto il tipo di misure trattate – la disputa dovesse essere risolta non sulla base del classico procedimento di risoluzione delle controversie, ma tramite la procedura di conciliazione prevista dagli artt. 300 e 301 del capitolo su commercio e sviluppo sostenibile⁴². Per l'Ucraina, infatti, l'adozione delle misure contestate era legata alla necessità di salvaguardare l'ambiente alla luce delle disposizioni contenute nel capo 13 e non era intesa ad incidere sulla libera circolazione delle merci. Dal canto suo, l'Unione riteneva che l'Ucraina avrebbe dovuto manifestare anzitempo le proprie perplessità circa la procedura di risoluzione delle controversie. In ogni caso, non aveva dimostrato a sufficienza di voler perseguire l'obiettivo di conservazione delle foreste e delle risorse naturali, rendendolo prevalente rispetto ad altre valutazioni. Infine, per l'Unione il divieto di esportazione di legname segato non sarebbe stato giustificato dall'intenzione di salvaguardare l'ambiente o ridurre la produzione di legname, quanto più da quella di sostenere l'industria nazionale di lavorazione del legno⁴³. Sul punto, il Panel è intervenuto stabilendo che la controversia non poteva essere risolta facendo riferimento al capo 13, considerato che questo prevede un meccanismo di risoluzione delle controversie separato e che la disputa riguardava l'incompatibilità della normativa ucraina con le disposizioni sulla libera circolazione delle merci. Per di più, anche il Panel ha accolto il rilievo dell'Unione sul fatto che, poi, l'Ucraina aveva posto la questione di competenza tardivamente, ovvero solo dopo aver accettato che questo venisse istituito e non una volta ricevuta la seconda nota verbale dell'UE⁴⁴. Il Panel ha dunque rigettato le argomentazioni procedurali dell'Ucraina, ma gli input sulla rilevanza del capo 13 non sono rimasti inascoltati.

4. Nella sua ricostruzione, il Panel non si è limitato a

⁴⁰ Nota Verbale della Delegazione dell'Unione europea in Ucraina, Commissione europea, 15 gennaio 2019.

⁴¹ Nota Verbale della Delegazione dell'Unione europea in Ucraina, Commissione europea, 20 giugno 2019.

⁴² Report del Panel, par. 3.3.1.

⁴³ Report del Panel, par. 2.1, punto 33.

⁴⁴ Report del Panel, par. 4.1.1.2.1, punti 116-117.

fornire argomentazioni basate sul rispetto degli obblighi di liberalizzazione del commercio ma, al contrario, ha offerto grande rilevanza alle ragioni ambientali stabilite nelle disposizioni contenute nel capo 13. Il Panel arbitrale ha, innanzitutto, affermato che “*the presence in the Association Agreement of a specific chapter on trade and sustainable development strikes a balance between the regulation of purely trade matters and the taking into account of non-trade and environmental concerns in the AA*”, suggerendo dunque una lettura in termini sistemici delle diverse disposizioni dell’Accordo. Infatti, come stabilito all’art. 289 dello stesso, le disposizioni del capo 13 non intendono derogare a ma semmai rafforzare le norme degli altri capitoli presenti nel Titolo IV, volto a promuovere il commercio internazionale. Alla luce di ciò, gli arbitri hanno ritenuto che le disposizioni su commercio e sviluppo sostenibile, contenute peraltro nel medesimo Titolo dell’art. 35, dovevano essere utilizzate in modo funzionale alla risoluzione della controversia, arricchendo il contesto di riferimento che è diventato utile anche a condurre il cd. “*two-tiered test*” per ogni misura adottata⁴⁵.

Gli arbitri hanno sottolineato che le disposizioni contenute nel capo 13 non rappresentano delle eccezioni autonome⁴⁶, ma costituiscono un “*relevant context*” ai sensi di quanto codificato all’art. 31, par. 2, della Convenzione di Vienna del 1969⁴⁷. Nella ricostruzione del contesto rilevante, il Panel ha utilizzato in modo ampio gli impegni previsti dalle disposizioni contenute nel capitolo su commercio e sviluppo sostenibile. Da una parte, ha richiamato disposizioni puntuali come quelle relative al *right to regulate* e al principio di precauzione e, dall’altra, gli accordi multilaterali in materia ambientale (i cosiddetti

⁴⁵ Il “*two-tiered test*”, elaborato dall’Organo di appello nel caso *US-Gasoline* (WTO Appellate Body, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline)*, 20.05.1996), consiste in una verifica articolata su due passaggi volti a verificare se, anzitutto, la misura in violazione di una disposizione dell’Accordo possa esser fatta ricadere in una delle sotto voci dell’art. XX del GATT e, successivamente, se essa soddisfa le condizioni previste dallo *chapeau* dell’art. XX.

⁴⁶ Report del Panel, par. 4.2.3.2, punto 244.

⁴⁷ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), art. 31, par. 2: “Ai fini dell’interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi: a) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le Parti in occasione della sua conclusione; b) ogni strumento disposto da una o più Parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre Parti in quanto strumento relativo al trattato”. In generale, si veda, *inter alia*, YASSEEN, *L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités*, in *Recueil des cours de l’Académie de La Haye*, vol. 151, 1976, p. 63 ss.; CANNIZZARO (a cura di), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011; GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2015; BIANCHI, PEAT, WINDSOR, *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015. Il ricorso alle regole interpretative stabilite dalla Convenzione di Vienna è stabilito all’art. 320 dell’Accordo di Associazione.

MEAs⁴⁸) a cui le parti sono vincolate e a cui l'Accordo stesso rinvia. Il Panel ha così riconosciuto che il contenuto del capo 13 non può essere avulso dall'obiettivo finale degli accordi commerciali che risiede nella progressiva liberalizzazione del commercio e – nel caso di specie – nella creazione di un'area di libero scambio. Anzi, si è curato di sottolineare che le disposizioni del capitolo su commercio e sviluppo sostenibile devono essere considerate come ancillari alle altre disposizioni del Titolo IV dell'Accordo anche a fini interpretativi.

Date queste premesse, il Panel ha utilizzato le disposizioni del capo 13 per verificare, tra le altre cose, la compatibilità delle misure nazionali con le norme relative alla libera circolazione delle merci. Nello specifico, il Panel ha valutato la possibilità che la normativa introdotta nel 2005 potesse essere giustificata ai sensi dell'art. XX, lett. b), del GATT, relativa alla protezione della vita delle piante, mentre quella del 2015 in base all'art. XX, lett. g), del GATT, che si riferisce alla conservazione delle risorse naturali estinguibili⁴⁹. In effetti, proprio grazie alla ricostruzione della relazione tra libera circolazione delle merci, nello specifico art. 35 dell'Accordo, e le norme poste a tutela dell'ambiente incluse nel medesimo Accordo, le misure ucraine sono state, come si vedrà almeno in parte, giustificate.

Per quanto riguarda la prima misura, il collegio arbitrale ha utilizzato il contenuto delle disposizioni su commercio e sviluppo sostenibile per verificarne la necessità sulla base della rilevanza dell'obiettivo e del contributo della misura stessa al suo conseguimento. A tal fine, non ha mancato di ricordare che, oltre a un generico impegno a promuovere lo sviluppo del commercio internazionale in modo da contribuire al raggiungimento dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile, l'Accordo richiede alle Parti di collaborare al fine di promuovere l'utilizzo accorto e razionale delle risorse naturali con particolare attenzione alle risorse forestali. Peraltro, è stato fatto presente che le Parti hanno il diritto di determinare il livello di protezione che ritengono più appropriato⁵⁰. Inoltre, a detta dello stesso Panel, una misura può essere giustificata se vi è la possibilità che il rischio possa svilupparsi in

⁴⁸ Per una panoramica generale sui MEAs, si veda TANZI, FITZMAURICE, *Multilateral Environmental Treaties*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017. Sul rapporto tra i MEAs e lo sviluppo sostenibile, si veda MARCHISIO, *Le convenzioni internazionali ambientali e lo sviluppo sostenibile*, in FOIS (a cura di), cit., p. 181 ss.

⁴⁹ Report del Panel, par. 4.3.1, punto 256. In merito, occorre sottolineare che il Panel ha evidentemente tenuto in considerazione la giurisprudenza OMC nella definizione di risorse estinguibili come stabilito nel caso *US-Gasoline* in cui è stato chiarito che l'aria pura può essere considerata tale per il valore che ricopre e per il fatto che può esaurirsi e successivamente nel caso *US-Shrimp* dove la nozione è stata ampliata in modo tale da ricomprendere anche specie viventi (e dunque indirettamente anche il legname derivante dagli alberi).

⁵⁰ Report del Panel, par. 4.3.2.1.2.2, punto 295.

futuro, qualora non sia stata preventivamente adottata una misura di protezione basata sul principio di precauzione espressamente previsto dall'art. 292⁵¹. Infine, è stato sottolineato che i vincoli posti dalla partecipazione dell'Ucraina ad accordi internazionali in materia ambientale fossero idonei a informare e rendere necessario il quadro giuridico ucraino per la protezione delle foreste⁵². Alla luce della disamina di tutti questi elementi, il Panel ha concluso che la misura adottata nel 2005 era necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo preposto sul piano interno, ovvero *“limiting the possible outlets for timber and sawn woods that would be produced from those species, securing a better control over any illegal or irregular felling”*⁵³.

Una volta stabilita la necessità della misura, il Panel ha eseguito l'operazione di *“weighing and balancing”* delle diverse variabili in gioco in termini di effetti sul commercio. In merito, il Panel ha ricordato che gli effetti restrittivi sugli scambi commerciali (*“less trade restrictive measures”*) devono essere limitati, pur tenendo in considerazione il perseguimento dei diversi interessi in gioco. Nel caso di specie, tuttavia, la portata dell'effetto commerciale restrittivo inerente al divieto di esportazione risultava estremamente limitato nel computo complessivo e pertanto non poteva da solo determinare l'infondatezza della misura. In aggiunta, il collegio arbitrale ha ritenuto che il divieto di esportazione in questione non fosse discriminatorio perché il volume di esportazione dall'Ucraina verso l'UE di legname delle specie protette dalla misura del 2005 era, se non inesistente, talmente irrisorio da non richiedere un'attenzione particolare rispetto alla situazione precedente⁵⁴. Considerando i diversi fattori, il Panel ha dunque concluso che il divieto permanente di esportazione di legname e legname segato derivante dal taglio di alcune specie protette fosse giustificabile come eccezione prevista art. XX, lett. b), del GATT e, dunque, all'art. 36 dell'Accordo.

In relazione alla seconda misura adottata dall'Ucraina nel 2015, la conclusione raggiunta è stata alquanto differente. Infatti, nonostante gli sforzi fatti dall'Ucraina tramite, ad esempio, l'introduzione di un limite di consumo interno di 25 milioni di metri cubi per anno, è prevalso l'atteggiamento volto a garantire certi interessi nazionali. Infatti, in più occasioni l'Ucraina ha fatto riferimento, nel giustificare la misura controversa, all'intenzione di sostenere lo sviluppo dell'industria nazionale piuttosto che all'esigenza di conservare il patrimonio forestale e limitare il commercio illegale di legname⁵⁵. Pertanto, non

⁵¹ Report del Panel, par. 4.3.2.1.2.2, punto 287.

⁵² Report del Panel, par. 4.3.2.1.2.2, punto 295.

⁵³ Report del Panel, par. 4.3.3.2.3.2, punto 270.

⁵⁴ Report del Panel, par. 4.3.3.2.3.2, punto 363.

⁵⁵ Report del Panel, par. 4.3.3.2.3.2, punto 465.

ritenendosi avverata la seconda condizione cui soggiace l'invocazione dell'art. XX, lett. g), del GATT (ossia che la misura non costituisca un palliamento di restrizione del commercio internazionale), il Panel ha concluso il suo ragionamento sostenendo l'incompatibilità della misura del 2015 con l'art. 35 dell'Accordo e, in secondo ordine, l'impossibilità di richiamare la suddetta disposizione a sua giustificazione come previsto dall'art. 36⁵⁶.

A conclusione delle sue valutazioni, il Panel ha assunto una decisione solo parzialmente a favore dell'Ucraina, raccomandandole al contempo di adottare le misure necessarie per rimuovere l'elemento della violazione, ovvero il divieto temporaneo di esportazione del 2015, e tenendo in debita considerazione le disposizioni rilevanti dell'Accordo, incluse quelle contenute nel capo 13.

5. In un contesto di consolidata valorizzazione delle esigenze di tutela degli standard in materia di lavoro e ambiente nel quadro della politica commerciale comune dell'Unione, la pronuncia del Panel nel caso *UE c. Ucraina* rappresenta un passaggio estremamente interessante. In effetti, la posizione adottata dal collegio arbitrale ha permesso di mettere in luce alcuni elementi che potrebbero aiutare a definire un nuovo approccio rispetto al rapporto tra disposizioni di liberalizzazione del commercio ed esigenze di protezione di *non-trade values*. In particolare, il ragionamento del Panel sembra delineare la necessità di un'interazione maggiore delle disposizioni convenzionali volte a promuovere lo sviluppo sostenibile con le altre disposizioni contenute nei più recenti accordi in materia commerciale. In effetti, è rilevante il fatto che il collegio arbitrale abbia tenuto in considerazione anche il *corpus* di trattati internazionali di cui l'Ucraina fa parte per andare a ricostruire il contesto e valutare il carattere necessario delle misure adottate. In questo modo, infatti, sono state valorizzate l'interazione e l'integrazione tra norme appartenenti a diversi regimi, arricchendo la ricostruzione di un "*relevant context*" non inteso meramente a stabilire il significato di uno o più termini inclusi nell'accordo bensì a elaborare un quadro di "*mutual supportiveness*". La pronuncia del Panel permette, dunque, di introdurre un'ulteriore tessera del mosaico volto a illustrare la rilevanza sistemica e il valore intrinseco e funzionale delle disposizioni contenuto nei capitoli su commercio e sviluppo sostenibile sul piano interpretativo.

Allo stesso tempo, mettendo da parte il caso in oggetto, resta in sospeso la possibilità di spingersi oltre il riconoscimento del valore interpretativo di queste disposizioni, conferendo loro carattere autonomo rispetto a quelle che disciplinano gli elementi tipici di un accordo

⁵⁶ Report del Panel, par. 4.3.3.2.3.2, punto 458.

commerciale. Un passo avanti in questa direzione potrebbe avvenire introducendo l'applicazione di misure sanzionatorie in caso di una loro grave violazione, tra cui la sospensione dell'accordo. Tuttavia, sul punto la dottrina è divisa. Se da una parte c'è chi sostiene che il successo delle disposizioni su commercio e sviluppo sostenibile è assicurato proprio dalla loro natura *soft*⁵⁷, dall'altra c'è chi richiede una presa di posizione meno "promozionale" e più assertiva in relazione ai *non-trade values*⁵⁸. Sul piano istituzionale, la stessa Commissione europea ha assunto una posizione alquanto prudente. Nell'*Action Plan* del 2018 dedicato a questo tema, questa aveva evidenziato la necessità di migliorare l'implementazione e l'esecuzione delle disposizioni sulla sostenibilità⁵⁹. Tra le altre cose, già si prevedeva un loro "*assertive enforcement*", inteso a richiedere maggiori sforzi di monitoraggio e una rapida attivazione del panel arbitrale, dove necessario. Tuttavia, sulla specifica possibilità di prevedere l'estinzione, o quantomeno la sospensione, dell'accordo qualora vi sia la violazione degli impegni in materia di protezione ambientale e sociale, la Commissione si è finora dimostrata alquanto reticente. Infatti, è qui che emerge la convinzione che tali tematiche vadano affrontate con un approccio più diplomatico che sanzionatorio soprattutto in ottica di promozione multilaterale⁶⁰. Al contrario, il Parlamento europeo non ha mancato di sollecitare la Commissione a garantire un più elevato livello di coerenza, richiedendo l'introduzione di disposizioni che permettano l'adozione di misure deterrenti efficaci, anche sotto forma di misure correttive pecuniarie, in caso di accertate violazioni delle disposizioni dei capitoli sullo sviluppo sostenibile⁶¹. Il Parlamento europeo ha proposto anche la possibilità di adottare misure di ultima istanza in caso di violazioni gravi e persistenti delle norme in questione. Queste misure potrebbero includere un rallentamento, una riduzione o

⁵⁷ Cfr., DURÁN, *Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues*, in *Common Market Law Review*, vol. 57, 2020, p. 1031 ss.; HRADLOVÁ, SVOBODA, *Sustainable Development Chapters in the EU Free Trade Agreements: Searching for Effectiveness*, in *Journal of World Trade*, vol. 52, 2018, p. 1019 ss.

⁵⁸ Cfr. BRONCKERS, GRUNI, *Taking the Enforcement of Labour Standards in the EU's Free Trade Agreements Seriously*, in *Common Market Law Review*, vol. 56, 2019, p. 1591 ss.; KETTUNEN ET AL., *An EU Green Deal for Trade Policy and the Environment: Aligning Trade with Climate and Sustainable Development Objectives*, Institute for European Environmental Policy, 2020, p. 20 ss.

⁵⁹ Commissione europea, *Feedback and way forward on improving the implementation and enforcement of Trade and Sustainable Development chapters in EU Free Trade Agreements*, 26.02.2018.

⁶⁰ Per un commento, POSTNIKOV, BASTIAENS, *Does Dialogue Work? The Effectiveness of Labour Standards in EU Preferential Trade Agreements*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 21, 2014, p. 923 ss.

⁶¹ Si veda, Risoluzione del Parlamento europeo, del 5 luglio 2016, sull'attuazione delle raccomandazioni 2010 del Parlamento sulle norme sociali e ambientali, i diritti umani e la responsabilità delle imprese (2015/2038(INI)), punto 20.

persino una sospensione temporanea di determinati benefici commerciali previsti dall'accordo, ma anche l'introduzione di piani di azione concordati per correggere il mancato rispetto di taluni impegni presenti negli accordi in parola. In realtà, un primo accoglimento delle istanze del Parlamento è avvenuto da parte della Commissione nella menzionata Comunicazione del febbraio 2021, dove figura anche il riesame di certi aspetti che riguardano l'attuazione e l'applicazione dei capitoli sullo sviluppo sostenibile, compresi la portata degli impegni, i meccanismi di controllo, la possibilità di sanzioni in caso di inadempienza, la clausola relativa agli elementi essenziali nonché l'assetto istituzionale e le risorse richieste per la loro attuazione⁶².

Le prossime evoluzioni in ambito normativo nonché l'orientamento assunto dall'Unione durante nuovi negoziati in materia di politica commerciale comune saranno dunque essenziali per verificare se verrà non solo confermata la lettura sistemica dei capitoli su commercio e sviluppo sostenibile, ma anche se sarà effettivamente percorribile l'introduzione di misure sanzionatorie in caso di gravi e persistenti violazioni di queste disposizioni.

⁶² Commissione europea, *Riesame della politica commerciale - Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva*, cit., p. 13. Per un commento, si veda COLLI VIGNARELLI, *The European Commission Trade Policy Review: The Effectiveness of Sustainable Development Chapters in EU FTAs*, in *European Papers*, vol. 6, 2021, p. 1 ss.

THE INTERPRETATION OF ARTICLE XX (G) OF
THE GATT 1994
IN THE CONTEXT OF “UKRAINE – WOOD
PRODUCTS”:
LEARNING FROM ERRORS

Olena Nihreieva

SUMMARY: 1. Introductory Remarks. – 2. Factual Aspects. – 3. Interpretation of Article XX (g) of the GATT 1994: General Issues. – 4. Article XX (g) of the GATT 1994 in the Context of *Ukraine-Wood Products*. – 5. Concluding Remarks.

1. After long negotiations and a difficult struggle of the Ukrainian people for the European future and a political independence from the Russian Federation during the Revolution of Dignity (the Euromaidan) and the military conflict in the East of Ukraine the Association Agreement between Ukraine, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (hereinafter the Association Agreement), was finally signed in 2014 and entered into force in 2017. Shortly after the first dispute between the parties that finished with the arbitration panel establishment arose. The dispute concerned the restrictions applied by Ukraine on exports of certain wood products as it was found by the arbitrators is being in breach of international obligations of Ukraine under Article 35 of the Association Agreement. The Final Report of the Arbitration Panel established pursuant to Article 307 of the Association Agreement in Lugano (Switzerland) was delivered on 11 December 2020.

This paper is devoted to the study of some aspects of the interpretation and application of Article XX (g) of the GATT 1994 in the context of this dispute. The topic is relevant due to the novelty of the arbitration decision and the need of its implementation for Ukraine, however the final form of which has not been determined yet. The EU insists on lifting the 2015 ban on exports of unprocessed timber¹, representatives of the Ukrainian authorities claim that “the award of the arbitrators gives wide freedom to choose the measures for the award implementation”². This topic is also of interest in a broader context of the fundamental human rights protection. We are talking, in particular, about the rights of the so-called third generation,

¹ European Commission, *Ukraine Wood Export Ban Found Illegal in Independent Panel Ruling*, available at: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2223>, 12 December 2020.

² *The Arbitration Panel Has Recognized Ukraine’s Right to Limit Timber Exporting* (Арбитражный суд признал, что Украина может и имеет право ограничивать экспорт леса), *Экономическая правда*, <https://www.epravda.com.ua/rus/news/2020/12/13/669120/>, 13 December 2020.

among which “there is at least a trend that has brought out the human right to live in an environment that is “healthy”, “adequate” and “clean”³. The Covid-19 crisis has shown that “meeting global challenges such as those stemming from the climate change (global warming), protecting the environment, meeting sustainable development goals, ensuring basic needs and respecting fundamental rights for all should not be relegated in a second place”⁴. In fact, the saving of Ukrainian forests, especially in the Carpathian region, is important not only for Ukraine, but for the whole Eastern Europe.

So, more generally the dispute on the Ukraine’s ban on timber exports is a dispute over the balance of economic and environmental interests of states. The balance of these interests, in turn, seems to be necessary to achieve the goals of sustainable development, recognized in many states and at the international level as the only possible way of development and, supposedly, the survival of mankind. Even though the importance of the sustainable development interpretive approach⁵ is ever more emphasized, the WTO Dispute Settlement Body practice has shown that when it comes to environment protection the organization prefers a more reserved and “rigid” approach. In *China – Raw Materials* it “missed the opportunity to further enhance the protection ensured within the WTO system to the fundamental values of conservation and public health”⁶.

At the same time, the environmental objectives can be used in an inappropriate way in order to gain advantages for national industries. As far as to achieve the goals of sustainable developments the balance between environmental, economic and social priorities of different states should be found. We can’t sacrifice one country’s economic growth for ecological purposes of another, especially when the last one doesn’t strive by itself to achieve them. It was once again confirmed by the conclusions of the arbitration panel in *Ukraine – Wood Products*.

However, so as not to depart from the main purpose of

³ RUOTOLO, *Knock on wood - Il contenzioso UE/Ucraina sul divieto di esportazione di legname tra tutela ambientale e libera circolazione delle merci*, SIDIBlog, <http://www.sidiblog.org/2019/07/23/knock-on-wood-il-contenzioso-ueucraina-sul-divieto-di-esportazione-di-legname-tra-tutela-ambientale-e-libera-circolazione-delle-merci/>, 23 Luglio 2019.

⁴ SACERDOTI, “*Quo Vadis*” *WTO after Covid-19? Bocconi Legal Studies*, <https://ssrn.com/abstract=3610617>, 25 May 2020.

⁵ GAGLIANI, *The Interpretation of General Exceptions in International Trade and Investment Law: Is a Sustainable Development Interpretive Approach Possible*. *Denver Journal of International Law & Policy*, 2020, <https://digitalcommons.du.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=djil>

⁶ ESPA, *The Appellate Body Approach to the Applicability of Article XX GATT in the Light of China – Raw Materials: A Missed Opportunity?* *Journal of World Trade*, 2012, https://www.wto.org/media/filer_public/3e/01/3e01261e-a17e-4702-9aa4-2dbaf0654b0d/trad_4628629_ilaria20espa.pdf

the study, we would like to focus our attention on the peculiarities of Article XX (g) of the GATT 1994 interpretation in the context of the above mentioned dispute. After the first introductory remarks, in Section 2 we are going to set out factual aspects of the dispute. Section 3 is devoted to the examination of the general theoretical framework and the interpretation practice of Article XX (g) of the GATT 1994. While in Section 4 the specific analysis of Article XX (g) of the GATT 1994 in the context of *Ukraine-Wood Products* is performed the general conclusions of which are presented in Section 5.

2. The story of the arbitration settlement of the dispute began on 15 January 2019 when the European Union requested consultations pursuant to Article 305 of Title IV of the Association Agreement with respect to the export bans applied by Ukraine in 2005 and 2015. The first one imposed a permanent prohibition on exports of timber and sawn wood of ten “valuable and rare” wood species (hereinafter – the “2005 export ban”) and the second one introduced a temporary prohibition, for a period of 10 years, on exports of all other unprocessed timber (hereinafter – the “2015 export ban”). According to the European Union’s position these bans were in breach of Ukraine’s obligations pursuant to Article 35 of the Association Agreement.

In fact, Article 35 states that “no Party shall adopt or maintain any prohibition or restriction or any measure having an equivalent effect on the import of any good of the other Party or on the export or sale for export of any good destined for the territory of the other Party, except as otherwise provided in this Agreement or in accordance with Article XI of the GATT 1994 and its interpretative notes”⁷.

During the arbitration procedure Ukraine tried to justify the measures by ecological urgency of Ukrainian forests saving and also referring to the provisions of Article 36 of the Association Agreement that sets out that “nothing in this Agreement shall be construed in such a way as to prevent the adoption or enforcement by any Party of measures in accordance with Articles XX and XXI of the GATT 1994 and its interpretative notes, which are hereby incorporated into and made an integral part of this Agreement”⁸.

After the unsuccessful consultations of the parties that were held on 7 February 2019, on 20 June 2019 the European Union requested the establishment of an arbitration panel pursuant to Article 306 of the Association Agreement, and in accordance with the procedure for the composition of the arbitration panel set out in Article 307

⁷ *The Association Agreement between Ukraine, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (“Association Agreement”), of 2014*, art. 35, available at: <https://www.kmu.gov.ua/storage/app/media/uploaded-files/TITLE%20IV.pdf>

⁸ *Association Agreement*, art. 36.

and the relevant provisions of the Rules of Procedure for Dispute Settlement in Annex XXIV to the Association Agreement⁹. On 20 August 2019 Ukraine accepted the proposal of the European Union by diplomatic note¹⁰.

The Arbitration Panel's terms of reference were to issue a ruling in accordance with Article 310 of the Association Agreement to the effect that: 1) the 2005 export ban and the 2015 export ban are inconsistent with Ukraine's obligations under Article 35 of the Association Agreement; and 2) therefore, Ukraine is required to take any measure necessary to comply with those obligations¹¹.

Among others one of the important tasks of the panel was to analyze the applicability of Article XX of the GATT 1994 to the dispute and to decide whether this article could justify the export bans of Ukraine. After a long examination of parties' legal positions and relevant international and national regulations the arbitration panel had come to the conclusion that Ukraine's 2005 export ban was incompatible with Article 35 of the Association Agreement forbidding export prohibitions, but that it was justified under Article XX (b) of the GATT 1994, as made applicable to the Association Agreement by Article 36 of the Association Agreement ("General Exceptions"), as a measure "necessary to protect...plant life", taking also into account relevant provisions of Chapter 13 of the Association Agreement on trade and sustainable development¹².

At the same time the arbitrators found that Ukraine's 2015 temporary export ban was incompatible with Article 35 of the Association Agreement forbidding export prohibition, and that it was not justified under Article XX (g) of the GATT 1994, because that export ban was not "relating to the conservation of exhaustible resources...made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption"¹³.

So, the incompatibility of the Ukraine's restricting measure with the provisions of Article XX (g) of the GATT 1994 served as the main reason for the recognition of the "2015 export ban" being in breach of Article 35 of the

⁹ European Union, Delegation to Ukraine, *Request Concerning the Restrictions Applied by Ukraine on Exports of Certain Wood Products to The European Union*, Note Verbale of 20 June 2019, n. ARES(2019)3929269, available at: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157943.pdf

¹⁰ Diplomatic Note of 20 August 2019, n. 3111/31-200-1698.

¹¹ Written Submission by the European Union, *To the Arbitration Panel established pursuant to Article 306 of the Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy and their Member States and Ukraine in the dispute "Ukraine - Export prohibitions on wood products"*, 17 February 2020.

¹² *The Final Report of the Arbitration Panel on "Restrictions applied by Ukraine on exports of certain wood products to the European Union" ("Ukraine-Wood products")*, 11 December 2020, par. 507, available at: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/december/tradoc_159181.pdf

¹³ *Ukraine-Wood products*, par. 507.

Association Agreement.

So, further in our report we are going to concentrate on the analysis of the above mentioned provisions of Article XX (g). In this regard the review of relative WTO dispute settlement practice as well as the review of legislation and policies of Ukraine will be presented.

As we have already mentioned the first step of the panel was to find if the Ukraine’s 2005 and 2015 export bans were incompatible with Article 35 of the Association Agreement. After the incompatibility was shown, the second step was to establish whether Article 36 of the agreement used in conjunction with Article XX of the GATT 1994 could justify bans application.

First of all, it seems necessary to outline that according to the provisions of the Association Agreement some WTO rulings form an integrated part of the agreement between Ukraine and the EU. This works also in the case of Article 35 whose second phrase states that “to this end, Article XI of the GATT 1994 and its interpretative notes are incorporated into, and made an integral part of, this Agreement”¹⁴ and Article 36 where Articles XX and XXI of the GATT 1994 and its interpretative notes are also referred to as an integral part of the agreement. Notwithstanding Ukraine tried to contest the inclusion of the entire Article XI of the GATT 1994 into the Association Agreement, claiming that Article 35 incorporates only “exceptions” mentioned in Paragraph 2 of Article XI of the GATT, the arbitration panel accepted the EU’s reasoning and recognized that the incorporation of Article XI “as a whole is consistent with the object and purpose of the Association Agreement”¹⁵.

It’s worth mentioning that Ukraine has been a WTO member since 2008 only. The process of Ukraine’s accession to the WTO started on November 30, 1993 by submitting the official application of the Government of Ukraine about its intention to join the GATT. The Protocol on Ukraine’s accession to the WTO was signed on 5 February 2008 in Geneva and ratified by the Verkhovna Rada (the parliament) on 10 April 2008. On 16 April 2008 the President of Ukraine V. Yushchenko signed the Law on the ratification of the Protocol on Ukraine’s accession to the WTO. According to the WTO procedures Ukraine became a full-fledged member of the Organization on 16 May 2008¹⁶. The Ministry for Development of Economy, Trade and Agriculture of Ukraine is a central executive authority that is responsible for cooperation of Ukraine with the WTO.

¹⁴ *Association Agreement*, art. 35.

¹⁵ *Ukraine-Wood products*, par.189.

¹⁶ Ministry of Foreign Affairs of Ukraine, *Ukraine and WTO*, available at: <https://mfa.gov.ua/en/about-ukraine/cooperation-international-organizations/ukraine-and-wto>, 18 December 2018.

During almost 15 years of membership, as of 2021, Ukraine has been involved into 13 disputes settlement procedures of the Dispute Settlement Body of the WTO (9 times as a complainant, 4 times as a respondent). Unfortunately, the experience hasn't always been successful as long as only one dispute that came to the panel establishment (some of them have already finished without settlement or are being in consultations) was solved positively for Ukraine (*Russia – Railway Equipment* (2020)).

In spite of it the activity of Ukraine in WTO proceedings (it also has participated as a third party in 50 disputes) shows that it finds very important to use adjudicative methods of disputes settlement for its economic rights defense. Especially since Ukraine has no other means for it at the moment. In this context the deep knowledge of the WTO law is indispensable, especially considering the fact that some of its provisions form “an integral part” of the Association Agreement between Ukraine and the European Union and can be used for their eventual future disputes settlement.

So, in order to give a better understanding of the arbitration panel findings on the dispute on “Restrictions applied by Ukraine on exports of certain wood products to the European Union” we are going to proceed to the analysis of application and interpretation peculiarities of Article XX (g) of the GATT.

3. The GATT of 1994 permits the members of the WTO to derogate from their obligations, but if they comply with several conditions. In our context we should pay a special attention to the provisions of Article XX “General Exceptions” that contain a number of legitimate public policy goals – paragraphs (a) to (j) – which may be appealed to justify a violation. Governmental policies that are in breach of the GATT may aim to protect legitimate social values and interests such as human, animal and plant life or health, exhaustible natural resources, national treasures of artistic, historic or archaeological value and public morals.

It's important to mention that the chapeau of article requires measures taken with such goals not to be applied “in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade”¹⁷.

According to the GATT jurisprudence and practice it is necessary to determine whether that measure is inconsistent with any of the provisions of the GATT 1994 before proceeding to the analyzes of exceptions conditions

¹⁷ *General Agreement on Tariffs and Trade*, available at: https://www.wto.org/english/res_e/res_e.htm

compliance. It's obvious that otherwise there is no need to talk about exceptions. The same step was implemented during the arbitration procedure in the Ukraine – EU dispute but on the subject of the compatibility of the restricting export bans of Ukraine with the Association Agreement¹⁸.

At the same time Article XX should not be construed as an absolute justification of any derogation or violation of the GATT. Its provisions and the exceptions under Article XX need to be considered in balance. The Appellate Body in *US – Gasoline* mentioned that the exceptions “may not be read so expansively as seriously to subvert the purpose and object” of other GATT provisions. Nor may other provisions of the GATT 1994 “be given so broad a reach as effectively to emasculate” the exceptions and the values they defend¹⁹. The Appellate Body came to the conclusion that the “general exceptions” of Article XX should be studied on a case-by-case basis, “by careful scrutiny of the factual and legal context in a given dispute, without disregarding the words actually used by the WTO Members themselves to express their intent and purpose”²⁰.

The general approach to the determination of exceptions validity requires from the dispute settlement panel to comply with a certain order of analyzes. Firstly, the panel should determine whether the measure at issue in general falls within the scope of one of the particular exceptions listed under Article XX of the GATT 1994 and meet the requirements specified therein. If this condition is not met, there is no sense to move to the next phase of analysis. Secondly, it should find whether the measure at issue satisfies the requirements of the chapeau of Article XX. The burden of proof in this test is on the defending party invoking an exception.

Such an order is well-known as the so-called “two-tiered” test. The necessity of its compliance was confirmed by the GATT dispute settlement practice. For example, the body stated in *US – Shrimp* that “the sequence of steps indicated above in the analysis of a claim of justification under Article XX reflects, not inadvertence or random choice, but rather the fundamental structure and logic of Article XX. ... The task of interpreting the chapeau so as to prevent the abuse or misuse of the specific exemptions provided for in Article XX is rendered very difficult, if indeed it remains possible at all, where the interpreter (like the Panel in this case) has not first identified and examined the specific exception threatened with abuse. ... What is appropriately characterized as “arbitrary discrimination” or “unjustifiable discrimination”, or as a “disguised restriction

¹⁸ *Ukraine-Wood products*, par.189.

¹⁹ Appellate Body Report, *US – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (“*US – Gasoline*”), WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, paragraphs 16-17.

²⁰ *Ibid.*

on international trade” in respect of one category of measures, need not be so with respect to another group or type of measures. The standard of “arbitrary discrimination”, for example, under the chapeau may be different for a measure that purports to be necessary to protect public morals than for one relating to the products of prison labor”²¹. So, we are going to proceed following the same logic of the analysis.

In order to find whether the disputed measure is provisionally justified under Article XX (g), three questions need to be answered through the prospective of the so-called “three-tiered test”: whether the measure relates to “conservation of exhaustible natural resources”; whether the measure “relates” to conservation of exhaustible natural resources; whether the measure is “made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption”²².

The element of “conservation of exhaustible natural resources” includes both non-living and living species. It’s worth mentioning that the concept of “exhaustible natural resources” was significantly enriched by the dispute settlement practice of the WTO as long as originally it was thought to be relating to non-living resources only²³.

The notion of “exhaustibility” is of great importance for the interpretation of the article. In *US – Shrimp* the Appellate Body adopted an advanced interpretation of Article XX (g): “...We do not believe that “exhaustible” natural resources and “renewable” natural resources are mutually exclusive. One lesson that modern biological sciences teach us is that living species, though in principle, capable of reproduction and, in that sense, “renewable”, are under certain circumstances indeed susceptible of depletion, exhaustion and extinction, frequently because of human activities. Living resources are just as “finite” as petroleum, iron ore and other non-living resources”²⁴.

In the report it was also mentioned that “the words of Article XX (g), “exhaustible natural resources”, were actually crafted more than 50 years ago. They must be read by a treaty interpreter in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment. ... From the perspective embodied in the preamble of the WTO Agreement, we note that the generic term “natural resources” in Article XX (g) is not “static” in its content or reference but is rather “by

²¹ Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (“US – Shrimp”)*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, paragraphs 119–120.

²² *Dispute Settlement. World Trade Organization. 3, 5 GATT 1994*, New York, Geneva, United Nations, 2003, p. 64.

²³ RUOTOLO, *op.cit.*

²⁴ Appellate Body Report, *US – Shrimp*, par. 128

definition, evolutionary”²⁵.

This understanding was taken into consideration in the context of the EU – Ukraine dispute as far as forests were qualified as “exhaustible natural resources”, though being on their face “renewable”. We will return to the analysis of this question later.

Another element of Article XX (g) that should be proved is the relation of restrictive measures to conservation of exhaustible natural resources. Measure at issue must be “primarily aimed at conservation” to satisfy this requirement²⁶. Furthermore, its relationship with the environmental policy must be “observably a close and a real one”²⁷. Applying the standards to the facts of the case “*US – Shrimp*”, the Appellate Body said: “In its general design and structure, therefore, Section 609 is not a simple, blanket prohibition of the importation of shrimp imposed without regard to the consequences (or lack thereof) of the mode of harvesting employed upon the incidental capture and mortality of sea turtles. Focusing on the design of the measure here at stake, it appears to us that Section 609 ... is not disproportionately wide in its scope and reach in relation to the policy objective of protection and conservation of sea turtle species. The means are, in principle, reasonably related to the ends. The means and ends relationship between Section 609 and the legitimate policy of conserving an exhaustible, and, in fact, endangered species, is observably a close and real one ...”²⁸.

So, using the wording of the Appellate Body, the party to a dispute should demonstrate a real and close relation between ends and means. This approach was also confirmed by the Appellate Body in *China-Raw Materials*.

The inconsistency of Ukraine’s 2015 export ban to this criterion became one of the most important reasons that explain why it was considered incompatible with Article XX (g) of GATT. In Section 4 of the article we will present a more detailed analysis of the case.

The third element of the test under Article XX (g) requires that the measures were made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption. In this regard the so-called “even-handedness” of a measure at issue should be proved. The Appellate Body stated in *US–Gasoline*: “In the present appeal, the baseline establishment rules affect both domestic gasoline and imported gasoline, providing for – generally speaking – individual baselines for domestic

²⁵ *Ivi*, paragraphs 129–130.

²⁶ Panel Report, *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon* (“*Canada – Herring and Salmon*”), adopted 22 March 1988, BISD 35S/98, paragraphs 4.4-4.6.

²⁷ Appellate Body Report, *US – Shrimp*, par. 141.

²⁸ *Ibid.*

refiners and blenders and statutory baselines for importers. Thus, restrictions on the consumption or depletion of clean air by regulating the domestic production of “dirty” gasoline are established jointly with corresponding restrictions with respect to imported gasoline”²⁹.

The Appellate Body rapport on *China – Raw Materials* made another contribution to the above-mentioned concept development stating that the measures in question “must not only be applied jointly with restrictions on domestic production or consumption, but must also ensure the effectiveness of those domestic restrictions”³⁰.

Another moment to take into account is a joint application of Article XX (g) of the GATT with other exceptions under this article, in particular with Article XX (i). It is clearly expressed in the Panel Rapport on *China – Raw Materials* that Article XX (i) provides explicitly that any export restrictions on domestic materials cannot be imposed to increase the protection of the domestic industry. Hence, the restrictions remain subject to the core GATT principles of non-discrimination³¹. According to the abovementioned panel’s point of view Article XX(g), in requiring the domestic restrictions to be made effective in conjunction with the (challenged) export restriction, specifies that both the export restrictions and the related domestic restrictions operate at the same time³².

Last stipulation is of great significance in the EU – Ukraine dispute as long as Ukraine imposed restrictions on domestic production and consumption only 3 years after the unprocessed timber export was prohibited in 2015.

Due to the fact that the 2015 export ban was found incompatible with Article 35 of the Association Agreement between Ukraine and the European Union and unjustifiable under Article XX(g) of the GATT 1994, the Arbitration Panel following the two-tiered test rules didn’t pass to the analysis of the ban compatibility with Article XX chapeau requirements. But in order to complete the study of Article XX (g) application we are going to comment the aforementioned provisions.

As it has already been said Article XX sets out the two-tiered test to determine whether a measure that was found GATT inconsistent can be justified. If it is proved that the measure meets the elements of a particular exception, it is also necessary to prove that the same measure corresponds to the requirements of the chapeau of Article XX. The

²⁹ Appellate Body Report, *US – Gasoline*, pp. 20-22.

³⁰ Appellate Body Reports, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials* (“*China – Raw Materials*”), WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adopted 30 January 2012, par. 92.

³¹ Panel Reports, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, Add.1 and Corr.1 / WT/DS395/R, Add.1 and Corr.1 / WT/DS398/R, Add.1 and Corr.1, adopted 5 July 2011, par. 7.386.

³² *Ivi*, par. 7.398.

chapeau sets out that the measures at issue “are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade”³³.

So, the purpose of the chapeau, as it was determined by the Appellate Body in *US – Gasoline*, is to “address not so much the measure at issue, but rather the manner in which that measure is applied, and that its purpose and object are to prevent abuse of the exceptions of Article XX that would result in defeating and frustrating the objectives of the GATT 1994”³⁴. Later, in *US – Shrimp*, the Appellate Body underlined that “the chapeau of Article XX is an emanation of the general principle of good faith in international law”³⁵.

Talking about the chapeau test, there are three standards contained: arbitrary discrimination between countries where the same conditions prevail; unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail; and a disguised restriction on international trade³⁶. They all should be respected for a measure to be justified under Article XX.

Firstly, it should be determined whether the application of measures in question doesn’t constitute “discrimination” that is “arbitrary” and “unjustifiable”. In other words, if the discrimination is not arbitrary or unjustifiable, it may be authorized pursuant to the chapeau of Article XX. In that sense, the concept of “discrimination” under Article XX differs from that in the other provisions of the GATT³⁷.

In order to determine whether the application of measures at issue constitute arbitrary or unjustifiable discrimination, three elements must be satisfied: the application of the measure must result in discrimination; the discrimination must be arbitrary or unjustifiable in character; the discrimination must occur between countries where the same conditions prevail³⁸. The detailed analysis and interpretation of these criteria were realized by the WTO Appellate Body in *US – Shrimp*. The recent studies have discovered the potential of the situational discrimination concept from a development perspective of WTO law³⁹.

As regards the “disguised restriction on international trade” condition, the interpretation of measures at issue

³³ *General Agreement on Tariffs and Trade of 1994*, available at: https://www.wto.org/english/res_e/res_e.htm

³⁴ Appellate Body Report, *US – Gasoline*, pp. 20-22.

³⁵ Appellate Body Report, *US – Shrimp*, paragraphs 156-159.

³⁶ *Ivi*, par. 150.

³⁷ *Dispute Settlement*, op.cit., p. 67.

³⁸ Appellate Body Report, *US – Shrimp*, par. 150.

³⁹ LYDGATE, *Do the Same Conditions Ever Prevail? Globalizing National Regulation for International Trade*. *Journal of World Trade*, 2016, n. 50 (6), <http://sro.sussex.ac.uk/id/eprint/61063/1/Situational%20discrimination%20E%20Lydgate.pdf>

under this criterion should be undertaken based on “arbitrary or unjustifiable discrimination” interpretation reasoning. The Appellate Body stated the following in *US – Gasoline*: “Arbitrary discrimination”, “unjustifiable discrimination” and “disguised restriction” on international trade may, accordingly, be read side-by-side; they impart meaning to one another. It is clear to us that “disguised restriction” includes disguised discrimination in international trade. It is equally clear that concealed or unannounced restriction or discrimination in international trade does not exhaust the meaning of “disguised restriction.” We consider that “disguised restriction”, whatever else it covers, may properly be read as embracing restrictions amounting to arbitrary or unjustifiable discrimination in international trade taken under the guise of a measure formally within the terms of an exception listed in Article XX. Put in a somewhat different manner, the kinds of considerations pertinent in deciding whether the application of a particular measure amounts to “arbitrary or unjustifiable discrimination”, may also be taken into account in determining the presence of a “disguised restriction” on international trade”⁴⁰.

Thus, after the study of the general rules of Article XX(g) application we would like to proceed with a more detailed analysis of the Arbitration Panel’s findings about the Ukrainian “2015 export ban” in the context of the EU – Ukraine dispute concerning restrictions applied by Ukraine on exports of certain wood products to the European Union.

4. As it has been already mentioned the Arbitration Panel carried out an analysis of the “2015 export ban” of Ukraine according to the WTO “two-tiered” test. It means that, firstly, they found out whether the ban at issue in general falls within the scope of Article XX (g) of the GATT 1994 and meets the requirements specified therein. Secondly, they should have found whether the ban at issue satisfies the requirements of the chapeau of Article XX.

Proceeding with the analysis of the “2015 export ban” the panel had to answer three questions: whether the measure relates to “conservation of exhaustible natural resources”; whether the measure “relates” to conservation of exhaustible natural resources; whether the measure is “made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption”. Such a division is quite formal as long as all parts of Article XX (g) of the GATT are closely interlinked that will be shown later during the case analysis.

As for the first question Ukraine tried to support her position underlying three characteristics of the 2015 restrictions: exhaustion of forests (“its forest ecosystem is

⁴⁰ Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 25.

used beyond its carrying capacity”); the temporary nature of the measure (“Ukraine needs the temporary measure to improve the effectiveness of the forest management and to stop uncontrolled deforestation”); and the restriction on domestic production or consumption (introduced in 2018 by Law № 2531-VIII “in line with Article XX of the GATT 1994 at the level of 25 million cubic meters per year, relating to the conservation of exhaustible natural resources”)⁴¹.

The argument of “exhaustion of forests” was accepted by the panel as long as according to the WTO jurisprudence it was acknowledged that “living species, though in principle, capable of reproduction and, in that sense, “renewable”, are in certain circumstances indeed susceptible of depletion, exhaustion and extinction”⁴². The panel emphasized that “both parties agree that timber is an unprocessed (first transformation) product of forest trees, which are undoubtedly exhaustible natural resources within the meaning of Article XX(g) of the GATT 1994”⁴³.

Another objective for Ukraine was to prove that the 2015 export ban was applied for forest conservation reason within a broader conservation policy. It pretended that the restriction is a part of a general national policy structured by Resolutions of the Cabinet of Ministers of Ukraine (the government) “State strategies related to public policy in forest management” in 2002 and 2009. The purpose of the policy was to increase Ukrainian forest cover from 15,6 to 16,1 %⁴⁴. As long as the purpose had not been achieved Ukraine decided to apply the ban as “the only possible way to achieve the objective of conservation of exhaustible natural resource”⁴⁵.

At the same time the EU claimed that there was no concrete evidence showing “the existence of intensive deforestation in Ukraine or an overall reduction of the forest area” as far as “the data in Table 8 and 9 of Ukraine’s Written Submission, allegedly based on data from the Global Forest Watch and its own State Statistical Service that would show loss of forest coverage, intensive deforestation and “forest plantation death” do not indicate the respective sources”⁴⁶.

It is worth mentioning that the last allegation has its grounds due to the fact that according to the report of the

⁴¹ Written Submission of Ukraine, *Ukraine – Measures Related to Certain Ukrainian Export Restrictions on Wood*, 11 March 2020.

⁴² Appellate Body Report, *US – Shrimp*, par. 128

⁴³ *Ukraine-Wood products*, par. 421.

⁴⁴ Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine, *On Adoption of the State Target Program “Forests of Ukraine” for 2010- 2015 (Про затвердження Державної цільової програми “Ліси України” на 2010-2015 роки)*, п. 977, 16 September 2009, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/977-2009-п#Text>

⁴⁵ *Ukraine-Wood products*, par. 405.

⁴⁶ *Ivi*, par. 413.

Accounting Chamber of Ukraine that was published on its site on 27 January 2020 “in Ukraine, forests are not recorded, their real condition is not monitored, the state forest inventory is not maintained, and in general the proper state policy in the field of forestry and hunting is not ensured. ... The auditors came to the conclusion that due to the lack of maintaining of the state forest inventory, the authorized bodies do not have reliable information on the qualitative and quantitative composition of the forest resources of Ukraine. The last state forest inventory in Ukraine took place before 2011, and has not been conducted since”⁴⁷. Such a negative assessment of Ukrainian forests inventory condition by an authority body of Ukraine shows that the information presented by the Ukrainian party during the arbitration was supposedly outdated. It made more difficult for Ukraine to substantiate its legal position regarding the measures restricting the domestic consumption of unprocessed timber. On the contrary, if Ukraine could have proved a really dangerous condition of its territory deforestation, it would have strengthened its argumentation.

Notwithstanding the above situation, the Arbitration Panel mentioned that “from a general point of view, it cannot be denied that the 2015 temporary export ban “relates” to the conservation of exhaustible natural resources since it is a measure specifically applicable to unprocessed timber enacted with a view to protecting forests as a natural, exhaustible, resource”⁴⁸. But at the same time they also were trying to find “a close and genuine relationship” of the forests conservation purpose and the 2015 export ban showing that the last one “relates to” conservation within the meaning of Article XX (g) of the GATT 1994.

As it has been already mentioned such a relationship means that measures at issue should be “primarily aimed at conservation”. In this connection the EU fairly mentioned the Explanatory Note to the Law of Ukraine № 325-VIII of 9 April 2015 “On Amendments to the Law of Ukraine “On Elements of the State Regulation of Business Operators’ Activities Related to the Sale and Export of Timber” Concerning the Temporary Export Ban for Unprocessed Timber”. Unfortunately this document clearly showed the main reason of the 2015 export ban law adoption. Even if this document is not a legally binding one, it can be taken into consideration in the context of international treaties interpretation rules being a part of the law “travaux

⁴⁷ Accounting Chamber of Ukraine, *There Is No Forests Accounting, nor Their Conditions Monitoring and the State Forests Inventory doesn't function in Ukraine (В Україні відсутній облік лісів, моніторинг їх стану та не ведеться державний лісовий кадастр)*, 27 January 2020, available at: <https://rp.gov.ua/PressCenter/News/?id=798>

⁴⁸ *Ukraine-Wood products*, par. 428.

préparatoires”. Chapter 2 of the note sets out that the draft law was “designed to restore the woodworking and furniture industries, create jobs, and reorient exports of wood unprocessed materials to products of a higher degree of processing”⁴⁹. Unfortunately, the conservation reason wasn’t even mentioned as an objective or a task of the law.

The lack of relationship between the ban and the forest conservation end was also confirmed by the absence of effective domestic consumption restriction that should have been applied at the same time with the export ban to provide for an effective complex regime of forest conservation. On the contrary, it looks like it has not ceased the export of unprocessed timber and only triggered the development of the shadow export⁵⁰.

In fact, Ukraine began to restrict the domestic production and consumption only in 2018 that was done in a rather strange way. On 6 September 2018 the Law of Ukraine № 2531-VIII “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on the Preservation of Ukrainian Forests and Preventing the Illegal Export of Unprocessed Timber” was adopted. Criminal responsibility measures mainly in relation to illegal logging and smuggling of timber were strengthened and the Law of Ukraine “On Elements of the State Regulation of Business Operators’ Activities Related to the Sale and Export of Timber” was complemented by Article 4 “Restriction of domestic consumption of unprocessed timber”. The limit of domestic consumption of unprocessed domestic timber was set at 25 million cubic meters per year⁵¹. The law entered into force only on 1 January 2019.

Lately on 9 July 2019 when the EU had already requested the Arbitration Panel establishment the President of Ukraine issued the decree “About Some Measures for Forest Conservation and Rational Use of Forest Resources” № 511 / 2019. According to its provisions the procedure for monitoring of domestic consumption of unprocessed

⁴⁹ Explanatory Note to the Draft Law, *On Amendments to the Law of Ukraine “On Features of State Regulation of Entrepreneurs’ Activities Connected with Timber Trade and Exporting (in Regard to the Ban on Export of Raw Wood Materials)* (Пояснювальна записка до проекту Закону, Про внесення змін до Закону України “Про особливості державного регулювання діяльності суб’єктів підприємницької діяльності, пов’язаної з реалізацією та експортом лісоматеріалів” (щодо мораторію на експорт лісо- та пиломатеріалів у необробленому вигляді), 10 December 2014, available at: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34>

⁵⁰ KISIL, *EU-Ukraine Arbitration on the Export of Wood: Will Protectionism Prevail?* Lexology, 2020, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=be02a9c8-ba70-49c4-93e5-b9df0524fc8e>

⁵¹ Law of Ukraine, *On Amendments to Some Legislative Acts on Preservation of Ukrainian Forests and Prevention of Illegal Raw Wood Products Exporting (Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо збереження українських лісів та запобігання незаконному вивезенню необроблених лісоматеріалів)*, 6 September 2018, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2531-19#Text>

timber, as well as the procedure aimed at verifying that the volume of domestic consumption of unprocessed timber would not exceed the limit were expected to be established⁵².

It is well noted that all these measures were taken much later than the introduction of the moratorium on timber exports. But according to the WTO jurisprudence on the matter such measures at issue “must not only be applied jointly with restrictions on domestic production or consumption, but must also ensure the effectiveness of those domestic restrictions” (*China – Raw materials*)⁵³.

We need to mention another contradictory fact that worked against Ukraine. According to the statistics that was given by Ukraine itself during the procedure the Ukrainian domestic consumption was at the level of 15,6 million cubic meters per year. Ukraine also informed that in 2013 the total logging of harvestable timber in all types of felling amounted to 18 million cubic meters and that there was a rise of logging in 2015-2018 from 21,9 to 22,5 million cubic meters⁵⁴. Taking into account these figures the restriction of domestic production and consumption at the level of 25 million cubic meters per year has no sense as long as the measure doesn't absolutely seem a restrictive one.

So, the panel accepted the above mentioned arguments in deciding whether the 2015 export ban “relates” to conservation of exhaustible natural resources and whether it is “made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption”. As the consequence the panel concluded that “the 2015 temporary export ban, even in conjunction with the 2018 Amendment introducing a domestic consumption cap of 25 million cubic meters per year, does not meet the requirements of Article XX (g) of the GATT 1994”⁵⁵.

This finding of the panel became a crucial one for the Ukraine's 2015 temporary export ban being found incompatible with Article 35 of the Association Agreement and unjustified under Article XX (g) of the GATT 1994.

Given this fact the panel didn't have to carry out a deep analysis of the ban compatibility with the chapeau requirements. At the same time for the sake of completeness of our study we are going to pay attention to this issue. In this regard it looks like reasonably to refer to the panel's findings on the “2005 export ban” compliance.

The Arbitration Panel found that “the 2005 export

⁵² Decree of the President of Ukraine, *On Some Measures for Forests Preservation and Sustainable Use of Forests Resources (Про деякі заходи щодо збереження лісів та раціонального використання лісових ресурсів)*, n. 511/2019, 9 July 2019, available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/511/2019#Text>

⁵³ *China – Raw Materials*, par. 92.

⁵⁴ *Ukraine-Wood products*, par. 447.

⁵⁵ *Ivi*, par. 465.

ban’s application is compliant with the requirements of the chapeau of Article XX of the GATT 1994 since it does not “constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail” or “a disguised restriction on international trade”⁵⁶. They came to the conclusion due to the following reasoning.

Firstly, the panel found that “it is irrelevant whether in Ukraine and the EU “the same conditions prevail,” since it has reached the conclusion that the ban, having regard to the context, does not discriminate between the Ukrainian market and the EU imports of wood from Ukraine of the ten species”⁵⁷. Before coming to the conclusion the Arbitration Panel studied whether the ban had led to a “national treatment-type discrimination arising from the difference in treatment accorded to the like product when destined for export, as compared with the treatment of the like product when destined for domestic consumption”⁵⁸. In this regard Ukraine succeeded to prove that “its export ban applies to all exports of the covered species, without discrimination between countries of possible destination”⁵⁹ and also doesn’t discriminate between the EU and Ukrainian markets. The last statement was enhanced by two facts. Due to the lack of statistical information the panel came to the conclusion that “there was no sizeable industrial demand for these species from Ukraine on the EU market”⁶⁰. Thus, “the 2005 export ban appears in practice not to have changed the previous situation, with the exception of rendering illegal any export of wood from Ukraine of those species obtained by illegal felling”⁶¹. In addition the EU didn’t raise the question about the 2005 ban during the Association Agreement negotiations or thereafter before the 2015 export ban introduction that shows the 2005 ban irrelevance for the EU market⁶².

Secondly, the Arbitration panel acknowledged that “there is no doubt that the law providing for the 2005 export ban was enacted after having gone through public legislative proceedings and that its text is public”. It means that on its face the ban isn’t a disguised restriction. At the same time the panel stressed that “concealed or unannounced restriction or discrimination in international trade does not exhaust the meaning of “disguised” restriction” and “that the same kind of considerations

⁵⁶ *Ukraine-Wood products*, par. 373.

⁵⁷ *Ivi*, par. 369.

⁵⁸ Panel Reports, *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum (“China – Rare Earths”)*, WT/DS431/R, Add.1 and Corr.1 / WT/DS434/R, Add.1 and Corr.1 / WT/DS433/R, Add.1 and Corr.1, adopted 24 August 2014, par. 7.190.

⁵⁹ *Ukraine-Wood products*, par. 358.

⁶⁰ *Ivi*, par. 363.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ivi*, par. 364.

pertinent to assessing whether the 2005 export ban constitutes arbitrary or unjustifiable discrimination have a bearing in the determination of the “disguised restriction standard”⁶³. In this regard the previous finding about the absence of discrimination between exports to the EU and the Ukrainian domestic market allowed the panel to conclude that that the 2005 ban is also consistent with “disguised restriction” standards.

Applying the same line of thinking to the 2015 export ban compatibility with the chapeau requirements we should stress the difference between the bans application. While the 2005 export ban concerns only ten tree species the felling of which was also limited inside Ukraine the 2015 export ban deals with all types of unprocessed wood. Such wood export volumes are important both for the EU and Ukrainian markets. This ban has changed the situation mostly for the EU market while the Ukrainian market has gained an advantage. The national woodworking and furniture industries have ended up in a good price position to compare with the EU companies that could be qualified as a national treatment type discrimination. Moreover, due to the fact that arbitration panel had already found the lack of a genuine and real connection between the 2015 ban ends and means, such discrimination could also be seen as “unjustified” and, thus, incompatible with the requirements of the chapeau of Article XX of the GATT 1994.

5. Hence, the analysis of the circumstances and conclusions of the EU-Ukraine arbitration proceedings regarding the inapplicability of the provisions of Article XX (g) of the GATT as grounds justifying Ukraine's failure to comply with the provisions of Article 35 of the Association Agreement, has allowed us to draw some conclusions. First of all, it is necessary to reiterate the importance of WTO law in the context of the settlement of the current and potential future disputes between Ukraine and the EU regarding non-fulfillment or improper fulfillment of the provisions of the Association Agreement. In this regard, the Ukrainian legal science should pay more attention to the WTO Dispute Resolution Body case-law study, since it gives a deep understanding of various agreements signed within the WTO. The provisions of agreements are interpreted by the arbitrators not only in the statics of their content at the time of conclusion, but also in their dynamics, reflecting changes in international trade in particular and international relations in general.

Speaking about the interpretation of the provisions of Article XX (g) of the GATT in the context of the EU-Ukraine dispute, we would like to emphasize the key points that were important for the conclusions of the panel. As is

⁶³ Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 25.

well known, Article XX of the GATT contains a number of exceptions that may serve as grounds for the application by states of certain restrictive measures, which are generally inadmissible in international trade relations between the WTO members. It may create a temptation to refer to this article as a pretext under which decisions made at the national level can serve the benefits of certain groups lobbying for their economic or any other interests. It is important to remember that these exceptions cannot be used as excuses to disguise measures that are in fact restrictive or discriminatory.

In order to prevent such use of Article XX, the WTO Dispute Settlement Body, or any other judicial or arbitration body competent to apply WTO rules and practice to a specific dispute, must undertake a thorough analysis of whether a State's conduct meets a number of criteria. With regard to Article XX (g), these criteria have emerged: a) measures at issue must be implemented with the aim of conservation of exhaustible natural resources; b) measures at issue must have a close and genuine relationship with the aim of such resources conservation; c) measures at issue must be carried out effectively in conjunction, which means also in parallel, with restrictions on domestic production or consumption. It should be noted that the concept of "exhaustion" of resources covers, among other things, resources that can be renewable, but are in unfavorable conditions for this. In this sense, Ukrainian forests are absolutely consistent with the criterion.

The same cannot be said about the other two criteria by which the 2015 ban on export of unprocessed timber was analyzed. Ukraine failed to prove a real connection of the ban with the purpose of forest conservation, since it didn't exist at the time of its adoption. This was clearly demonstrated, on the one hand, by the provisions of the Explanatory Note to the ban draft law, and on the other hand, by the absence of other effective forest protection measures that would demonstrate the existence of an efficient general state policy aimed at forest conservation. Although Ukraine tried to justify the ban imposition by the fact that it was the only measure available at that time, it sounds unconvincing against the background of the lack of effective government counteraction to illegal logging and smuggling of timber. On the contrary, it seems that the 2015 export ban has boosted illegal logging activities.

The Ukraine's attempt to justify the ban in terms of the third criterion under Article XX (g) was even less successful. Neither in 2015, nor even in 2017, when the ban came into full force, there were no internal restrictions imposed on the consumption of unprocessed timber. This happened later, indeed in 2019, when such restrictions came into force, and, as can be assumed, was due to the

understanding of the controversial situation that had arisen and the negative prospects for its settlement for Ukraine. Finally, the attempt to impose restrictions on domestic consumption of unprocessed timber at the level of 25 million cubic meters per year was even more unconvincing, if not to say curious, given the fact that, as the statistics showed, the volume of domestic consumption and exports together never exceeded this figure.

So, it should be once again emphasized that restrictive measures, in order for them to be justified under Article XX (g), must be introduced, firstly, in parallel with internal restrictions, and secondly, must be really effective. This means that the restriction of domestic consumption should not be formal, "on paper", but real, such that would really lead to a reduction in the consumption of the natural resource to whose protection it is supposedly directed.

The compliance of restrictive measures with the provisions of the chapeau is also important in the context of the analysis of the requirements of Article XX of the GATT. In the case of the dispute under consideration, this analysis was not required, since the panel, following the logic of the two-tiered analysis of the WTO Dispute Settlement Body and demonstrating that the 2015 export ban did not comply with the conditions of Article XX (g), did not pass to it. However, for the sake of completeness it is worth recalling that contested measures should also not become a means of arbitrary or unjustified discrimination between countries in which the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade. In this regard it is essential to understand that discrimination is possible, but it should not be arbitrary or unjustified. In addition, the measure should not be discriminatory both in relation to all third countries and in relation to the internal market.

From this point of view, even if the 2015 timber export ban had reached the stage of analysis for compliance with the requirements of the introductory part of Article XX, it is unlikely that it would have passed this test, because the ban apparently put the Ukrainian and European members of the timber industry in an unequal economic position. At the same time, such discrimination could hardly be justified by some considerations, given the fact that the conservation objective of the ban was no longer recognized by the arbitrators as the main motivation for its imposition.

One can only hope that the results of the arbitration will become a lesson for the Ukrainian authorities in terms of realizing the need to develop comprehensive, timely and consistent legislation on both environmental protection issues and other issues important for good faith fulfillment of international obligations under the Association Agreement and other international treaties signed by Ukraine.

THE INTERPRETATION OF ARTICLE XX (G) OF THE GATT 1994
IN THE CONTEXT OF “UKRAINE – WOOD PRODUCTS”

According to Article 311 of the Association Agreement each Party shall take any measure necessary to comply in good faith with the arbitration panel ruling⁶⁴. In this regard on 18 November 2021 the Verkhovna Rada of Ukraine approved as a base for a future law the Draft Law “On timber market” that as of 30 April 2022 is still under consideration⁶⁵. The bill provides for the possibility of timber exporting with the exception of wood materials of tree species listed in the Red Book of Ukraine and wood material harvested in natural reserve fund zone⁶⁶. This measure looks reasonable and consistent with Ukraine’s obligations since the panel found the 2005 ban compatible with the Association Agreement. At the same time it is worth mentioning that Article 29 of the draft law sets out guarantees of raw wood materials international circulation sustainability. According to Paragraph 1 the sale outside the customs territory of Ukraine of not processed timber in the customs regime of export by economic entities is allowed in the presence of a certificate of origin of timber and certain wood products and subject to the requirement of wood harvesting only during selective felling in forests of artificial origin in the regions where the level of protective forest cover is not less than the one established in standards and subject to confirmation of the absence at the site of felling of species listed in the Red Book of Ukraine⁶⁷. To this end exporting companies will be expected to present tree types of certificates: 1) a certificate of origin of timber and certain wood products issued by the central executive body implementing state policy in the field of forestry and hunting, 2) a certificate of origin of wood from areas where the level of protective forest cover is not less than the one established in standards issued by the central executive body implementing state policy in the field of environmental protection, and 3) a certificate of absence of tree species listed in the Red Book of Ukraine in the areas where timber was harvested issued by the central executive body implementing state policy in the field of environmental protection⁶⁸. All certificates are valid for 60 days⁶⁹. Taking into consideration the absence of standards for the establishment of protective forest cover zoning in Ukraine, a complicated procedure of certificates issuance and their brief validity period it can be supposed that the aforementioned provisions can create unnecessary obstacles to international trade and consequently be

⁶⁴Association Agreement, art. 311.

⁶⁵ Draft Law of Ukraine, *On Timber Market (Про ринок сировини)*, n. 2035-IX, 10 September 2021, available at: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=4197-%D0%B4&skl=10

⁶⁶*Ivi*, art. 26.

⁶⁷*Ivi*, art. 29, par. 1.

⁶⁸ *Ivi*, art. 29, par. 2.

⁶⁹ *Ivi*, art. 27, par. 3, art. 30, par. 3, art. 31, par. 4.

contested by the EU. Hopefully the Parliament of Ukraine will take it into account and relevant provisions of the draft law creating technical trade barriers will be brought into conformity with the Association Agreement.

Speaking about the positive consequences of the dispute, it should be noted that Ukraine being quite new and unpracticed in the WTO dispute settlement has got an invaluable experience during this arbitration proceedings. In addition, in an attempt to remedy the situation and justify the ban under Article XX (g) of the GATT 1994, the Ukrainian government has adopted several laws and regulations that should really contribute to the goals of forest conservation in Ukraine. We are talking about strengthening criminal responsibility for various types of illegal tree felling, as well as smuggling of timber. In addition, important steps have finally been taken to inventory Ukrainian forests, and the internal consumption of unprocessed timber is being monitored. Since 2020 monthly reports on the volumes of domestic consumption are available on the website of the State Agency for Forest Resources of Ukraine. The State Strategy for Forest Management until 2035 is at an active stage of discussion. Within its framework the territory of forests should reach at least 18%. As they say, "every cloud has a silver lining".

EU FTAs AND FINANCIAL SERVICES: WHAT FUTURE FOR PRUDENTIAL REGULATION IN MEGA-REGIONAL TRADE AGREEMENTS?*

Ludovica Mulas

SUMMARY: 1. Introductory Remarks. – 2. The Regional Trade Agreements and the New Mega-Regionals Agreements. – 3. The FTAs within the WTO legal framework. – 4. The Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union (CETA). – 4.1. The prudential regulation in the CETA. – 4.2. Dispute settlement for financial services in the CETA. – 5. The Trade in Services Agreement (TiSA). – 6. The EU-UK Trade Cooperation Agreement (TCA). – 7. The major EU trade agreements with the Asian continent. – 7.1. The Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Korea (EU – South Korea FTA). – 7.2. The EU-Vietnam Free Trade Agreement (EVFTA). – 7.3. The EU – Singapore Trade and Investment Protection Agreements. – 7.4. The EU – China Comprehensive Agreement on Investment (CAI). 8. Concluding Remarks.

1. This paper examines the European scenario of Free Trade Agreements (FTAs) with respect to the issue of financial and prudential regulation. Thus, it focuses on the new generation of FTAs, commonly known as Mega-Regionals, in order to evaluate similarities and differences between their provisions and the General Agreements on Trade in Services (GATS)¹ model of Paragraph 2 of the Annex on Financial Services.

The most significant agreements are taken into consideration, that have a major impact on the international and economic trade relations and at the same time present the most innovative provision on the side of financial and prudential measures. Especially, I considered the

* This contribution has been realized within the activities for the Jean Monnet Module “Reforming the Global Economic Governance: The EU for SDGs in International Economic Law (Re-Globe)” funded by the European Union. Views and opinions expressed are however those of the author only and do not necessarily reflect those of the European Union. The European Union cannot thus be held responsible for them.

¹ World Trade Organization, General Agreement on Trade in Services (GATS), Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B, 1869 U.N.T.S. 183, 33 I.L.M. 1167 (1994) https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf. For a presentation of the GATS agreement see WORLD TRADE ORGANIZATION, *A Handbook on the GATS Agreement: A WTO Secretariat Publication*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; ALEXANDER, *The World Trade Organization and Financial Stability: The Balance between Liberalisation and Regulation in the GATS*, CFAP, Cambridge Judge Business School, Cambridge, 2003; ALEXANDER, ANDENAS (eds.), *The World Trade Organization and Trade in Services*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008; MATTOO, STERN, ZANINI, *A Handbook of International Trade in Services*, Oxford University Press, Oxford, 2010; MOLONEY, FERRAN, PAYNE, (eds.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford Handbooks, Oxford, 2015.

*Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union (CETA)*², due to the novelties introduced by the agreement; the *Trade in Services Agreement (TiSA)*, even though discussions and conclusion of this treaty have, for the moment, been suspended; the Agreement between the European Union and the United Kingdom (TCA)³, given the impact of the Brexit for the European Union and the major EU agreements with Asian countries, as the Asian market has become a major economic partner for the European economies.

2. The history of financial regulation is a discontinuous and fluctuating path, characterized by periods of intense economic boom and liberalization alternating economic crisis and financial protectionism. The world was shocked by the 2008 financial crisis and its main economic actors – first and foremost the United States and the European Union – reacted to it vehemently, enacting a series of stringent and cautionary measures.

The main legislative act adopted by the US was the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act⁴ (commonly known as the Dodd-Frank Act)⁴, containing numerous provisions targeting the sectors of the financial system more involved in the 2008 financial crisis, including banks, mortgage lenders and credit rating agencies.

The European Union, for its part, decided to implement a 360° reform of the financial markets to promote the stability of the banking sector through the harmonization of the financial regulation within the Union, adopting in July 2013, the Capital Requirements Directive⁵ and Regulation⁶ that introduced new requirements for financial institutions

² Official Journal of the European Union, *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union (CETA)*, 14 January 2017, L 11/23 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01)).

³ *Trade and Cooperation Agreement Between the European Union and the European Atomic Energy Community, Of the One Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the Other Part*, Official Journal of the European Union, L 444/14, 31 December 2020. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A1231(01)&from=EN)

⁴ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, § 929-Z, 124 Stat. 1376, 1871 (2010) (codified at 15 U.S.C. § 78o) <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf>

⁵ Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on Access to The Activity of Credit Institutions and The Prudential Supervision of Credit and Investment Firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC, OJ L 176, 27.6.2013, p. 338.

⁶ Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on Prudential Requirements for Credit Institutions and Investment Firms and Amending Regulation (EU) No 648/2012, OJ L 176, 27.6.2013, p. 1.

and banks. Moreover, the EU adopted three legal instruments to strengthen the financial market infrastructure: the Markets in Financial Instruments Directive (MiFID)⁷, the Markets in Financial Instruments Regulation (MiFIR)⁸, the European Markets and Infrastructure Regulation (EMIR)⁹ and the Regulation on Central Securities Depositories (CSDs)¹⁰.

But, at this same time, the international scene witnessed the proliferation of a new type of international trade and investment agreements that are now referred as Mega-Regionals¹¹. The term has been chosen to underline their trade coverage¹² to the point that they have been defined as “*deep integration partnership between countries or regions with a major share of world trade and foreign direct investment*”¹³, as they involve world regions and sub-regions more extended than traditional Regional Trade Agreements (also known as RTAs).¹⁴

Agreements between two or more States to regulate their trade relations are not a new phenomenon: the earliest versions of similar arrangements date back to the eighteenth century, however the first modern trade agreements were concluded in the first half of the twentieth century and flourished especially after the end of the WWII¹⁵, first and

⁷ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on Markets in Financial Instruments and Amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU, OJ L 173, 12.6.2014, p. 349.

⁸ Regulation (EU) No 600/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on Markets in Financial Instruments and Amending Regulation (EU) No 648/2012, OJ L 173, 12.6.2014, p. 84.

⁹ Regulation (EU) No 648/2012 of The European Parliament and of The Council Of 4 July 2012 on OTC Derivatives, Central Counterparties and Trade Repositories, OJ L 201, 27.7.2012, p. 1.

¹⁰ Regulation (EU) No 909/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on Improving Securities Settlement in the European Union and on Central Securities Depositories and Amending Directives 98/26/EC and 2014/65/EU and Regulation (EU) No 236/2012, OJ L 257, 28.8.2014, p. 1.

¹¹ For an overview of Mega-Regionals Trade Agreements see RIFFEL, *Mega-Regionals*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, December 2016 <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e2177?print=pdf>; see also RENSMANN, *Mega-Regionals Trade Agreements*, Springer, Cham, Switzerland, 2017; GRILLER, OBWEXER, VRANES, *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA. New Orientations for EU External Economic Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2017; ADINOLFI, *Gli Accordi Preferenziali di Nuova Generazione Dell’Unione Europea*, Giappichelli Editore, Torino, 2021.

¹² STOLL, *Mega-Regionals: Challenges, Opportunities and Research Questions*, in RENSMANN (eds.), *Mega-Regionals Trade Agreements*, Springer, Cham, Switzerland, 2017, p. 5.

¹³ HIRST, *What are Mega-Regional Trade Agreements?*, World Economic Forum, <https://www.weforum.org/agenda/2014/07/trade-what-are-megaregionals/>.

¹⁴ RIFFEL, *Mega-regionals*, Max Planck Encyclopedia of International Law, 2016, p. 1.

¹⁵ LESTER, MERCURIO, DAVIES, *World Trade Law. Text, Materials and Commentary*, Hart Publishing, 2018, p. 332; see also GLICK, ROSE, *Currency Unions and Trade: A Post- EMU Reassessment*, European Economic Review, 87, 2016, pp. 78– 91; BAIER, BERGSTRAND, *Do Free Trade Agreements Actually Increase Members’ International Trade*, Journal of International Economics, 71(1), 2007, pp. 72–95.

foremost the GATT 1947. These “modern” international trade and investment agreements are treaties concluded by States that accord to the parties of the agreement preferential treatments in derogation of the WTO non-discrimination principle in order to attain between them wider and deeper trade liberalisation. And for this reason, the term Regional Trade Agreements (RTAs) is generally considered as interchangeable with the term Preferential Trade Agreements (PTAs), which is more commonly used in economic literature, and is used mostly by the World Trade Organization to define “*free trade areas, customs unions, ‘economic integration agreements’ liberalizing trade in services, and ‘preferential trade agreements’ between developing countries*”¹⁶.

Starting in the early 1990s, we assisted to an increase in the number of RTAs concluded with 350 agreements now ratified to the WTO¹⁷, of which 179 cover trade in services.¹⁸ However, in the last decades, the trend shifted towards “mega-regionals” negotiations, fuelled by the failure of the Doha Round¹⁹: despite its aim to facilitate global trade, lowering trade barriers and encouraging the harmonisation and mutual recognition of domestic regulation, the Doha Development Round²⁰ brought very few improvements to the multilateral framework, preventing further GATS negotiations. As consequence, faced with difficulties of reaching higher level of trade liberalization under the WTO system, governments opted for using their resources for bilateral and plurilateral negotiations. The Mega-Regionals agreements,

¹⁶ World Trade Organization, General Council Decision establishing the Committee on Regional Trade Agreements WT/L/127, Doc No 96-0473.

¹⁷ See <http://rtais.wto.org/UI/publicsummarytable.aspx> (accessed 20 August 2021).

¹⁸ See <http://rtais.wto.org/UI/publicsummarytable.aspx> (accessed 20 August 2021).

¹⁹ The Doha Round is the latest round of trade negotiations among the WTO membership. Its aim is to achieve major reform of the international trading system through the introduction of lower trade barriers and revised trade rules. The Round was officially launched at the WTO’s Fourth Ministerial Conference in Doha, Qatar, in November 2001.

²⁰ For the subject of services, see Doha WTO Ministerial Declaration Adopted on 14 November 2001, para 15: “*The negotiations on trade in services shall be conducted with a view to promoting the economic growth of all trading partners and the development of developing and least-developed countries. We recognize the work already undertaken in the negotiations, initiated in January 2000 under Article XIX of the General Agreement on Trade in Services, and the large number of proposals submitted by Members on a wide range of sectors and several horizontal issues, as well as on movement of natural persons. We reaffirm the Guidelines and Procedures for the Negotiations adopted by the Council for Trade in Services on 28 March 2001 as the basis for continuing the negotiations, with a view to achieving the objectives of the General Agreement on Trade in Services, as stipulated in the Preamble, Article IV and Article XIX of that Agreement. Participants shall submit initial requests for specific commitments by 30 June 2002 and initial offers by 31 March 2003.* Available at https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=37246&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch=.

specifically, provide a series of more favourable conditions with respect to the WTO: the level of liberalization aimed for in Mega-Regionals exceeds that of the WTO, for example, with regard to technical barriers to trade or government procurement and, moreover, Mega-Regionals have explicit rules on trade and related topics, such as labour and the environment, which may influence the exegesis of the agreement as a whole. At the same time, however, the “ambition”²¹ showed by negotiators, who aimed at “highly ambitious”²² projects to set a “gold standard”²³ fuelled a lot of criticism around the Mega-Regionals.

For the financial services sector, RTAs traditionally have dealt mostly with investment-related issues. However, the most recent mega-regional trade agreements expanded towards the “unfinished businesses” of the GATS, such as regulatory harmonization, mutual recognition or sensitive sectors²⁴, one above all the sector of financial services²⁵.

3. WTO Members are required to notify to the organization the RTAs of which they are part. The WTO legal framework, in fact, allows RTAs as exceptions to the most favoured nation requirement through two main provisions: GATT Article XXIV, that explicitly allows Members to conclude Preferential Trade Agreements and GATS Article V, developed along the lines of GATT Article XXIV during the Uruguay Round in order to regulate specifically trade in services.

GATT Article XXIV:4 establishes that Members are allowed to conclude voluntary agreements in order to achieve a “*closer integration between the economies of the countries parties to the agreement*” with the aim of “*facilitate trade*” and “*not to raise barriers to the trade*”. In a similar way, GATS Article V:4 states that RTAs “*shall be designed to facilitate trade between the parties to the agreement and shall not in respect of any Member outside the agreement raise the overall level of barriers to trade in services*”.

²¹ STOLL, *Mega-Regionals: Challenges, Opportunities and Research Questions*, *op. cit.*, p. 19.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ MAREL, SHEPHERD, *Services trade, regulation and regional integration: evidence from sectoral data*, *The World Economy*, Vol. 36 No. 11, 2013, p. 1393. See also BORCHERT, DI UBALDO, *Deep Services Trade Agreements and their Effect on Trade and Value Added*, World Bank Group Policy Research Working Paper, No. 9608, 2021; SINGHAL, *Do negotiated agreements foster trade in services? Evidence from PTAs*, in SAUVÉ, SINGHAL, (eds.), *The Preferential Liberalisation of Trade in Services*, Edward Elgar, Cheltenham and Northampton, 2014, pp. 68-98.

²⁵ COOKE, *Alternative Approaches to Financial Services Liberalisation: The Role of Regional Trade Agreements*, in ALEXANDER, ANDENAS (eds.), *The World Trade Organization and Trade in Services*, Brill/Nijhoff, The Netherlands, 2008, p. 626.

Both the GATT and the GATS provisions contain an internal trade requirement concerning the coverage of the agreement. GATT Article XXIV provides at paragraphs 8(a)(i) and 8(b) for the elimination of “*duties and other restrictive regulations of commerce*” with respect to “*substantially all the trade*” between parties of an RTA. Nonetheless, Members could not agree on the meaning of “*substantially all trade*” or of “*other restrictive regulations of commerce*”, thus the provision has never been applied in concrete. On its part, GATS Article V:1 provides an internal condition according to which it defines a permissible regional integration agreement as one which has “*substantial sectoral coverage*”. A footnote stipulates that substantial sectoral coverage is understood in terms of number of sectors, volume of trade affected, and modes of supply; and, furthermore, that “*agreements should not provide for the a priori exclusion of any mode of supply*”. In the covered sectors, GATS Article V:1(b) GATS states that the agreement must provide for the “*absence or elimination of substantially all discrimination*” between the parties in those sectors “*in the sense of Article XVII*” GATS and that non-discrimination may be achieved by the elimination of existing discriminatory measures and the prohibition of new or more discriminatory measures; and further, that this may take place either at the entry into force of that agreement or on the basis of a reasonable time-frame.

According to the Understanding on the Interpretation of Article XXIV of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, WTO Members are required to notify their intention to enter an RTA to the Council for Trade in Goods, that transmits the notification to the CRTA in order to verify the compatibility of the RTA at issue with the multilateral framework. But, while GATT Article XXIV:7(a) requires a Member to notify the contracting parties its decision to enter a PTA, in practice the majority of PTAs have been notified after their completion, thus transforming the intended *ex ante* review in an *ex post* one.²⁶

However, the work of the Committee has been substantially revised as a result of the General Council Decision of 14 December 2006, which established a “Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements”, introducing a new procedure for WTO Members participating in new negotiations aimed at the conclusion of an RTA and that the CRTA must implement for RTAs falling under GATT Article XXIV and GATS Article V. The Transparency Mechanism for RTAs has been established on a provisional basis, however during the 10th Ministerial Conference in Nairobi in 2015, WTO members agreed to work towards the transformation of the current provisional Transparency Mechanism into a permanent

²⁶ LESTER, MERCURIO, DAVIES, *op. cit.*, p. 341.

mechanism.²⁷

Finally, regards to the specific issue of the regulation of financial services and prudential measures, traditionally the relation between RTAs and the WTO legal framework was based on an exclusive competence of the latter on the matter. In fact, in the beginning trade agreements were drafted using generic exceptions, without any reference to prudential regulation and focusing at protecting solely and exclusively investor rights. Gradually, however, these instruments began to be perceived differently and they started to deal with public policy and its regulation, to the point that nowadays more than 95 per cent of FTAs regulating financial services contains a prudential exception²⁸. The trend in Mega-Regionals with regard to prudential exception in the financial services sector is to replicate, or at least to base²⁹, their own provision on that of the GATS Annex on Financial Services. However, it can be observed a progressive degree of differentiation: the FTAs drafters have access to a series of tools to reduce the degree of uncertainty that characterizes the GATS prudential carve-out³⁰ and recently the classification of the provision as “exception” has been challenged.³¹ For example the CEPA (EU – CARIFORUM States) contains at its Article 104 a provision that does not restrict the possibility to adopt measures for prudential reasons, as it does not mirror the second sentence of paragraph 2 that limits the adoption of such measures stating that they “*shall not be used as a mean of avoiding the Member’s commitments or obligations*”.

Prudential carve-outs allow parties to the agreement to take measures in the financial services sector “*for prudential reasons*” that would be otherwise prohibited in order to respect the obligations and commitments of the agreement itself. In this way States partially maintain their regulatory autonomy, the level of which depends from provision to provision, especially considering whether it has been contemplated or not a temperament of the clause, on the line of the second sentence of Paragraph 2(a) of the GATS, stating that in any case, the measure taken according to the first sentence of the prudential carve-out shall not be used as a mean of avoiding GATS commitments and obligations.

²⁷ World Trade Organization, Nairobi Ministerial Declaration, WT/MIN(15)/DEC, adopted on 15 December 2015.

²⁸ CANTORE, *The Prudential Carve-Out for Financial Services in The Prudential Carve-Out for Financial Services: Rationale and Practice in the GATS and Preferential Trade Agreements*, Cambridge International Trade and Economic Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

²⁹ See for example, the EVFTA, Art. 8.42 and EU-Singapore Free Trade Agreement (EUSFTA), Art. 8.50 (section 3.5.).

³⁰ MITCHELL, HAWKINS, MISHRA, *Dear Prudence: Allowances Under International Trade and Investment Law for Prudential Regulation in the Financial Services Sector*, *Journal of International Economic Law*, vol. 19, 2016, n.4, pp. 787-820.

³¹ See CANTORE, *op. cit.*, p. 215.

4. The Comprehensive Economic and Trade Agreement³², commonly known as CETA, was officially signed by the European Union and Canada on 30 October 2016 at the end of a long process of negotiations begun in 2009.

The Agreement entered into force on a provisional basis on 21 September 2017: it was classified as a "mixed" agreement³³, meaning that it needs ratification by the national parliaments of each EU member state to enter into force completely and definitively.³⁴

The Agreement aroused a complex debate among experts in the field of international economic law because of its legal complexity and the innovations it introduced in the field of trade in services. With regards to the financial services sector specifically, the CETA provides for a chapter - Chapter 13 – exclusively devoted to them, in order to regulate a constantly expanding sector which, due to the specificity and extent of the type of services offered, requires an *ad hoc* discipline. Chapter 13 of the CETA allows financial institutions and investors from the EU and Canada to benefit from a fair and level playing field in their respective markets, applying provisions that are fully compliant with prudential and regulatory standards in force in the legal system of the parties to the Agreement. In addition, financial services firms can offer their services cross-border uniquely in a limited number of areas, such as insurance and banking, thus enabling the EU and Canada to protect the safety and integrity of their respective financial systems.³⁵

The liberalization of services in the CETA, as in the GATS, is achieved through a series of key obligations on market access, national treatment and the most-favoured-nation principles to which both parties are committed. Concerning the approach to the liberalization of services in trade, the CETA follows the negative list approach, according to which all sectors are liberalized by default and the parties list the sectors or sub-sectors they wish to limit

³² Official Journal of the European Union, *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union* (CETA), 14 January 2017, L 11/23 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01)).

³³ The agreements that the European Union negotiates at the international level with third parties are classified as "mixed" when they involve decision-making areas which, according to the Treaties, do not fall within the exclusive competence of the Union (such as, for example, the EU's monetary or common policy), but include at least some content which is the specific competence of the Member States (for example, clauses for the protection of human rights).

³⁴ Concerning Chapter Thirteen of the Agreement (Financial Services) the provisions that are not provisionally applied (as they concern portfolio investment, protection of investment or the resolution of investment disputes between investors and States) are paragraphs 3 and 4 of Article 13.2, Article 13.3 and Article 13.4, Article 13.9 and Article 13.21.

³⁵ WEBB, *CETA: the EU-Canada Free Trade Agreement*, Briefing paper Number 7492, 12 September 2017.

or exclude from the obligations (contrary to the positive list approach, in which only those service sectors that a party wishes to liberalize are listed). The choice of the negative approach is a novelty in the panorama of free trade agreements signed by the EU and which can be found only in previous Canadian/US agreements such as NAFTA.

4.1. The first provision regarding the prudential regulation we encounter in Chapter 13 of the CETA is Article 13.5³⁶, that, mirroring Paragraph 3 of the GATS Annex on Financial Services, introduces the recognition of prudential measures adopted by third countries. Article 13.5 offers each party the possibility of recognizing a prudential measure of a third country, either (a) according unilaterally such recognition to the third country, (b) through harmonization procedures or (c) on the basis of an agreement concluded with the third country itself. However, the recognition of a prudential measure of a third country does not oblige the Party (*e.g.* Canada), that recognized it, to automatically extend such recognition on the basis of most-favored-nation treatment to the other Party (in this case the European Union). Instead, the Party that recognized the prudential measure must provide the other Party with adequate opportunity to obtain the same recognition, by demonstrating the existence of circumstances to guarantee the same treatment (paragraph 2). Finally, if the recognition has been achieved through an agreement or an arrangement (paragraph 1(c)) between the Party and a third country, and the circumstances of paragraph 2 apply, the Party that concluded the agreement shall offer the other Party adequate possibility to negotiate access to it, or to negotiate a comparable agreement.

The prudential clause itself is disciplined at Article 13.16³⁷ of Chapter 13. The provision does not follow the

³⁶ 1. A Party may recognise a prudential measure of a third country in the application of a measure covered by this Chapter. That recognition may be:

(a) accorded unilaterally;

(b) achieved through harmonisation or other means; or

(c) based upon an agreement or arrangement with the third country.

2. A Party according recognition of a prudential measure shall provide adequate opportunity to the other Party to demonstrate that circumstances exist in which there are or will be equivalent regulation, oversight, implementation of regulation and, if appropriate, procedures concerning the sharing of information between the Parties.

3. If a Party recognises a prudential measure under subparagraph 1(c) and the circumstances described in paragraph 2 exist, the Party shall provide adequate opportunity to the other Party to negotiate accession to the agreement or arrangement, or to negotiate a comparable agreement or arrangement.

³⁷ 1. This Agreement does not prevent a Party from adopting or maintaining reasonable measures for prudential reasons, including:

(a) the protection of investors, depositors, policy-holders, or persons to whom a financial institution, cross-border financial service supplier, or financial service supplier owes a fiduciary duty;

model of Paragraph 2(a) of the GATS Annex on Financial Services because, while the latter established that “[n]otwithstanding any other obligation” Member States can adopt measures for prudential reasons, the CETA prudential-carve out states the Members’ right to regulate with the opening words “[t]his Agreement does not prevent”, affirming the power for the parties to implement reasonable prudential measures that the Agreement cannot prevent them to seek. Instead, the structure of the provision appears similar to the NAFTA³⁸ prudential carve-out³⁹, as it provides for a peculiar setting mainly following NAFTA negative-list approach. The first paragraph of the provision recalls Article 1410 NAFTA, by including the requirements of “*reasonableness*” and introducing the same three sets of measures: “(a) *the protection of investors, depositors, policy-holders, or persons to whom a financial institution, cross-border financial service supplier, or financial service supplier owes a fiduciary duty; (b) the maintenance of the safety, soundness, integrity, or financial responsibility of a financial institution, cross-border financial service supplier, or financial service supplier; (c) ensuring the integrity and stability of a Party's financial system.*”

Paragraph 2 introduces the possibility for one party to require the registration of financial instruments and financial service providers of the other party, due probably to the differences in the markets of both signatories. Paragraph 3 acknowledges the evolution within the financial sector, granting to each other time and space of regulation for newly advanced financial instruments.

Article 13.16 CETA must be read in conjunction with Annex 13-B (Understanding on the application of Articles 13.16.1 and 13.21), that constitutes a guidance for both regulators and arbitration panels in understanding the application of article 13.16 and 13.21 (which deals with a binding mechanism in investment disputes over prudential measures similar to the NAFTA). In the Preamble, the parties recognize the role and strength of prudential measures with regard to domestic financial systems, and their attitude to encourage sound, efficient and robust institutions, markets and infrastructure, and promote

(b) *the maintenance of the safety, soundness, integrity, or financial responsibility of a financial institution, cross-border financial service supplier, or financial service supplier; or*

(c) *ensuring the integrity and stability of a Party's financial system.*

2. *Without prejudice to other means of prudential regulation of cross-border trade in financial services, a Party may require the registration of cross-border financial service suppliers of the other Party and of financial instruments.*

3. *Subject to Articles 13.3 and 13.4, a Party may, for prudential reasons, prohibit a particular financial service or activity. Such a prohibition shall not apply to all financial services or to a complete financial services sub-sector, such as banking.*

³⁸ On the other hand, we should recall that the USMCA (or NAFTA 2.0) drafted the prudential clause *à la* GATS.

³⁹ NAFTA, Article 1410.

international financial stability. Furthermore, paragraph 8 of the Annex 13-B, under the section titled “*High Level Principles*”⁴⁰, the signatories provided the principles for each party to determine its appropriate level of prudential regulation, specifically providing for an even higher level of protection than those set out in international fora; to consider the urgency of the situation and the information available to the Party when adopting a prudential measure; and, lastly, they acknowledged the highly specialized nature of the prudential regulation. In this regard, at paragraph 8 lit. c. of the Annex, the parties stated that “*those applying these principles shall defer to the highest degree possible to regulations and practices in the Parties’ respective jurisdictions and to the decisions and factual determinations, including risk assessments, made by financial regulatory authorities.*”⁴¹ In so doing they acknowledged national authorities to have better positions to detect financial trouble and enact measures that can grant the system with integrity and soundness. Moreover, a measure falls under the provision of Article 13.16 if it has a prudential objective, is proportionate towards it and it not

⁴⁰ Para. 8(a) of Annex 13-B - High level principles

The Parties agree that the application of Article 13.16.1 by the Parties and by tribunals should be guided by the following principles, which are not exhaustive:

(a) Party may determine its own appropriate level of prudential regulation. Specifically, a Party may establish and enforce measures that provide a higher level of prudential protection than those set out in common international prudential commitments;

(b) relevant considerations in determining whether a measure meets the requirements of Article 13.16.1 include the extent to which a measure may be required by the urgency of the situation and the information available to the Party at the time when the measure was adopted;

(c) given the highly specialised nature of prudential regulation, those applying these principles shall defer to the highest degree possible to regulations and practices in the Parties’ respective jurisdictions and to the decisions and factual determinations, including risk assessments, made by financial regulatory authorities;

(d) (i) except as provided in subparagraph (ii), a measure is deemed to meet the requirements of Article 13.16.1 if it:

(A) has a prudential objective; and

(B) is not so severe in light of its purpose that it is manifestly disproportionate to the attainment of its objective; and

(ii) a measure that otherwise meets the requirements of subparagraph (i) does not meet the requirements of Article 13.16.1 if it is a disguised restriction on foreign investment or an arbitrary or unjustifiable discrimination between investors in like situations;

(e) provided that a measure is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between investors in like situations, or a disguised restriction on foreign investment, that measure is deemed to meet the requirements of Article 13.16.1 if it is:

(i) in line with international prudential commitments that are common to the Parties;

(ii) in pursuance of the resolution of a financial institution that is no longer viable or likely to be no longer viable;

(iii) in pursuance of the recovery of a financial institution or the management of a financial institution under stress; or

(iv) in pursuance of the preservation or the restoration of financial stability, in response to a system-wide financial crisis.

⁴¹ *Ibid.* at 8.c.

used as a disguised restriction on foreign investment or an arbitrary or unjustifiable discrimination between investors in like situations. In conclusion, provided that the measure is not applied in a unjustifiable or arbitrary discriminatory way between investors in comparable situations, it is deemed to meet the requirements of Article 13.16 in four cases: 1) if the measure is in line with international prudential commitments common to the Parties; 2) if the measure is taken in pursuance of the resolution of a financial institution that is no longer viable or likely to be so; 3) if it is adopted in pursuance of the recovery of a financial institution or the management of a financial institution under stress; or 4) if it is taken in pursuance of the preservation or the restoration of financial stability, in response to a system-wide financial crisis. In order to update the understanding over time, the parties also indicated the Financial Services Committee, by consent of both Parties, to amend the understanding at any time and provided for a review mechanism of at least every two years. In more details, the Committee is entitled to develop a common understanding of the prudential carve-out on the basis of the discussions held in the body and mindful of the international prudential standards.

These principles provide the parties a certain policy space in regulating prudential protection, as they aim at justifying national measures as under the agreement prudential exception in a high number of scenarios. Therefore, the CETA prudential exception combines elements of Paragraph 2(a) of the GATS Annex on Financial Services and Article 1410 NAFTA: on the one, it provides for the same definition of financial services as in GATS (even if the definition of financial services supplier is narrower because it is required that the person is already engaged in the activity); on the other one, it puts the obligations to the parties in the context of investment protection, meaning that even if the obligations of the parties have no direct effect on service suppliers, their violation may lead to claims that can be enforced by a private investor within an investment dispute. In addition, CETA imposes anti-abuse language precluding a prudential measure that is “*manifestly disproportionate to the attainment of its objective*” or that “*is a disguised restriction on foreign investment or an arbitrary or unjustifiable discrimination between investors in like situations*”⁴².

To conclude, the negotiators enhanced the drafting of the prudential carve-out in the CETA compared to the standard clause of Paragraph 2 of the GATS Annex on Financial Services, because they extended the “prudential measures” not only to the protection of investors and

⁴² See also the ‘chapeau’ to GATT Article XX and GATS Article XIV, see note 41 and note 17.

depositors and the stability of the financial system as a whole, but also to the security and integrity of individual financial institutions. However, the final paragraph could limit many other financial regulation initiatives, as it states that “[s]ubject to Articles 13.3 [National Treatment] and 13.4 [Most-favoured-nation treatment], a Party may, for prudential reasons, prohibit a particular financial service or activity. Such a prohibition shall not apply to all financial services or to a complete financial services sub-sector, such as banking.” Furthermore, paragraph 8 lit. d) point i) of the Annex specifies that in order to qualify for inclusion under the prudential carve-out, a measure must be proportionate to the objective pursued.

4.2. Another novelty introduced by the CETA concerns the resolution of disputes arising in the financial services sector. Paragraph 4 of the GATS Annex on Financial Services requires that “[p]anels for disputes on prudential issues and other financial matters shall have the necessary expertise relevant to the specific financial service under dispute.” The CETA takes a step further in requiring the establishment of an ad hoc arbitral tribunal with the adequate expertise on financial matters. Specifically, Article 13.20 regulates the procedure for settling disputes between states, providing for the establishment of an ad hoc list of at least fifteen arbitrators with “expertise or experience in the field of financial services legislation or regulation or in the exercise thereof, including also regulation relating to financial services providers” for disputes arising under the chapter and required to comply with the code of conduct in Annex 29-B, which sets out the responsibilities and obligations for arbitrators and mediators. Paragraph 5 of Article 13.20 states that a Party may suspend benefits towards the other Party in the financial services sector upon a determination by the arbitration panel that the other party's measure is inconsistent with the agreement. However, the suspension of benefits is limited to the sector affected by the measure in question, thus not allowing for cross-sector retaliation in the financial services sector.

Moreover, Article 13.21 deals with the settlement of disputes in investment matters when it relates to the financial services chapter or the prudential exception is invoked by a party in its own defence. In this case, within sixty days after the filing of a complaint by investors under Section F of Chapter 8 on Investment, an arbitration panel shall be established based on the list of experts established pursuant to Article 13.20. If the list has not been established pursuant to Article 13.20 at the time of the filing of the complaint, the Secretary General of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) shall select

the members of the panel from the candidates proposed by one or both Parties, in accordance with the qualification requirements set forth in Article 13.20.

Any dispute in which a Party has invoked a prudential defence shall be reviewed by the Financial Services Committee, whose role is further clarified in the aforementioned 13-B. The intent of this provision is for the financial authorities to jointly determine whether a measure is indeed consistent with the prudential exception set in Article 13.16 of the CETA and, if so, to prevent the dispute from continuing. Thus, Article 13.21 adapts CETA's investor-state dispute resolution provisions to the financial services sector, recognizing the Parties' right to adopt prudential regulations. Of particular note is the establishment of a filtering mechanism whereby any measure for which the prudential exception has been invoked is examined separately by the financial authorities of both Parties to assess whether the prudential exception of Article 13.16 applies. If the challenged measure is found to be prudential in nature by such financial authorities, such determination shall be binding on the arbitral tribunal and the measure in question shall not be subject to a claim by the investor.

5. The lack of progress on innovating trade in services during the Doha Round pushed 23 WTO Members to propose negotiations for a new trade in services agreement, called "Trade in Services Agreement" (TiSA). These 23 countries, also known as the "Really Good Friends of Services", are the EU and other 22 States: Australia, Canada, Chile, Chinese Taipei, Colombia, Costa Rica, Hong Kong, Iceland, Israel, Japan, Liechtenstein, Mauritius, Mexico, New Zealand, Norway, Pakistan, Panama, Peru, South Korea, Switzerland, Turkey and the USA – that together represent 70% of global trade in services.

The negotiations for TiSA were launched in 2013, with the aim of further liberalise trade in services in comparison with the GATS *status quo*. For this reason, WTO Members, who are not part of the negotiations, have the possibility to join later. The EU imagined TiSA as a multilateral agreement to incorporate in the WTO system, thus the architecture of the agreement is based on the GATS and all negotiated provisions are compatible with the GATS, such as scope, definitions, disciplines related to market access and national treatment, as well as exceptions.

However, in 2016 TiSA negotiations have been put in pause and it is still not clear if they be resumed sooner or later.

In 2014, the draft of the Chapter on Financial Services circulated following the leaks of Wiki-Leaks. According to

the them, the prudential carve-out in TiSA, contained in Article X.16, is clearly inspired to that of the GATS, as the heading of the provision mirrors the GATS one, stating that “[n]otwithstanding any other provision of the Agreement, a Party shall not be prevented from [taking for the EU; maintaining for the US]” measures for prudential reasons, including for (...)”, followed by the same non-exhaustive list of Paragraph 2(a) of the GATS Annex (i.e. “(i) the protection of investors, depositors, policy holders, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, and (ii) to ensure the integrity and stability of the financial system”).

Moreover, the EU proposed an Annex on Financial Services for the TiSA, which notably differs from that of the GATS, as it would require the Parties a “best endeavours” obligation to ensure the implementation of international standards on financial services. The list of standards provided is in turn non-exhaustive and include, among the others, those adopted by the Group of Twenty (G-20), the Financial Stability Board (FSB), the Basel Committee on Banking Supervision, the International Organization of Securities Commissions (IOSCO)⁴³, the International Association of Insurance Supervisors (IAIS)⁴⁴, the Financial Action Taskforce (FATF)⁴⁵ and the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)⁴⁶.

It is noteworthy that in the EU’s proposal the prudential carve-out is contained in the Annex on Financial Services - that mirrors the GATS structure - excluding developments and enhancements introduced in the more recent EU FTAs. For example, in some recent FTAs, the language of the prudential carveout has been expanded to explicitly include measures to maintain the safety, soundness, integrity or financial responsibility of individual financial service

⁴³ The International Organization of Securities Commissions (IOSCO) is the international body that brings together the world’s securities regulators and is recognized as the global standard setter for the securities sector. See more information on the history of IOSCO at www.iosco.org/about/?subSection=joint_forum&subSection1=history.

⁴⁴ The International Association of Insurance Supervisors (IAIS) was established in 1994 and results as a voluntary membership organization of insurance supervisors and regulators from more than 200 jurisdictions, constituting ninety-seven per cent of the world’s insurance premiums. It is the international standard-setting body responsible for developing and assisting in the implementation of principles, standards and other supporting material for the supervision of the insurance sector.

⁴⁵ The Financial Action Taskforce is an international body established in 1989 by a Group of Seven (G7) Summit in Paris⁷³³ to coordinate international efforts in fighting money laundering and terrorist financing.

⁴⁶ The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) is an international organization that, according to its website “works on establishing evidence-based international standards and finding solutions to a range of social, economic and environmental challenges, providing for provide a unique forum and knowledge hub for data and analysis, exchange of experiences, best-practice sharing, and advice on public policies and international standard-setting.”

suppliers; include prohibitions of particular financial services or activities for prudential reasons, provided such prohibitions are applied on a non-discriminatory basis and to remove the qualification that the prudential measure not be used to avoid commitments or obligations under the Agreement.

For example, the CETA Annex 13-B includes a set of high-level principles to guide the interpretation of the prudential carve-out, explicitly stating that interpreters ought to defer “*to the highest degree possible*” to the decisions and determinations of domestic financial regulatory authorities. Or the EU-Singapore FTA that provides that prudential measures “*shall not be more burdensome than necessary to achieve their aim*”, and that they “*shall not constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against financial service suppliers of the other Party*”.

Since these elaborations were not considered in the EU’s proposal, several countries have required some addition to the text, as the TiSA represents an important opportunity to update the vague and ambiguous language of the existing GATS prudential carveout.

However, the leaked text represents exclusively a draft proposal. In the hope that TiSA negotiations will be resumed, it can be assumed that the definitive formulation of the clause would be influenced by the subsequent development in the field and a major suggestion for its improvement may be to add specifically the “consumer protection” as a prudential measure.⁴⁷

6. On 21 January 2021, the United Kingdom officially left the EU Single Market Union and Custom Unions, as consequence of the United Kingdom European Union membership referendum of 2016 with which the UK decided for its withdrawal from the European Union, commonly known as “Brexit”. In order to regulate their future economic relations with the UK as third country for the EU, they negotiated a “divorce agreement”, a *unicum* within the international scenario, called the EU-UK Trade

⁴⁷ Beuc, The European Consumer Organisation, *Analysis of The TiSA Financial Services Annex & Recommendations to The Negotiators*, September 2016, https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2016-086_lau_beucs_analysis_financial_services_tisa_september_2016.pdf

Cooperation Agreement⁴⁸ (TCA)⁴⁹.

After the referendum of 23 June 2016, the EU and the UK agreed on a Withdrawal Agreement⁵⁰, that entered into force on 1 February 2020, officially ending the UK Membership of the EU. This Agreement provided for a transition period lasting until 31 December 2020, during which the parties negotiated the conditions for their future relations and partnership. The Trade and Cooperation Agreement was signed on 30 December 2020, was applied provisionally as of 1 January 2021 and entered into force on 1 May 2021.

Concerning trade in services, the EU and the UK have agreed to a level of openness going beyond the provisions of the WTO General Agreement on Trade in Services (GATS), but reflecting the fact that the UK will no longer benefit from the freedom to supply services across the EU.

Financial Services are regulated in Section 5 (Financial Services) of Chapter 5 (Regulatory Framework), Title II (Services and Investment).

The prudential carve-out is disciplined at Article 184, which is precisely titled “Prudential carve-out”. The wording is very similar to that of Paragraph 2(a) of the GATS Annex on Financial Services: “1. *Nothing in this Agreement shall prevent a Party from adopting or maintaining measures for prudential reasons, such as: (a) the protection of investors, depositors, policy-holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier; or (b) ensuring the integrity and stability*

⁴⁸ *Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part*, signed on 30th December 2020, applied provisionally since January 1st, 2021, entered into force on May 1st 2021, following the approval by the European Parliament on April 27th, 2021. The text of the Agreement is available at https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/draft_eu-uk_trade_and_cooperation_agreement.pdf.

⁴⁹ For some bibliography on the TCA see BARR, *The EU-UK Investment Regime After Brexit: In Search of an Equilibrium?*, in *Global Trade and Custom Journal*, 2022, pp. 146-157; DECLÈVE, LAWN, PÉREZ-GIL, *Investment Protections Implications of Brexit and EU-UK Trade and Cooperation Agreement*, in *International Litigation Blog*, available at <http://international-litigation-blog.com/investment-protections-implications-of-brexit-and-of-eu-uk-trade-and-cooperation-agreement/> 13th January 2021; MOSER, *The TCA: New Law, Not EU Law*, in EU Relations Blog, December 29th, 2020, available at <https://eurelationslaw.com/blog/the-tca-new-law-not-eu-law>; SCHWEDT, *Investment Protection in the EU-UK Trade Cooperation Agreement*, in *Kluwer Arbitration Blog*, January 9th 2021, available at <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/09/investment-protection-in-the-eu-uk-trade-and-cooperation-agreement/>; SANDERSON, *Investment protection falls victim to Brexit - Analysis of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement*, in *Jus Mundi*, January 25th 2021, available at <https://blog.jusmundi.com/investment-protection-falls-victim-to-brexit-the-analysis-of-the-eu-uk-trade-and-cooperation-agreement/>.

⁵⁰ *Agreement on the Withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community*, Official Journal of the European Union, C 384 I/1, 12 November 2019. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12019W/TXT\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12019W/TXT(02)&from=EN)

of a Party's financial system.” In the same way, the second sentence⁵¹ replicates the good faith requirement of the GATS prudential carve-out to not use the prudential measures as “*a means of avoiding the Party's commitments or obligations under this Agreement*”.

Title I of Part Six of the TCA “Dispute Settlement and Horizontal Provisions” dictates the discipline for the settlement of dispute, that, with regards to financial services, must be read in conjunction with the separate Annex 48 that sets out the specific procedural rules under an *ad hoc* arbitration. The TCA provides for an exclusive mechanism meaning that neither the EU and UK courts have jurisdiction to resolve disputes under the Agreement. Concerning the composition of this *ad hoc* arbitration tribunal Article 741 “Requirements for arbitrators” of the Agreement establishes that: “*All arbitrators shall: (a) have demonstrated expertise in law and international trade, including on specific matters covered by Titles I to VII, Chapter 4 of Title VIII, Titles IX to XII of Heading One of Part Two or Heading Six of Part Two, or in law and any other matter covered by this Agreement or by any supplementing agreement and, in the case of a chairperson, also have experience in dispute settlement procedures; (...)*”. Hence, an expertise in Financial Services is required for the arbitrators, as they are regulated in Title II, Chapter 5, Section 5.

Moreover, the Parties have negotiated a Memorandum of Understanding on Financial Services, in order to adequately apply the provisions on trade in the financial services sector, but it has not been signed yet.

Finally, a novelty introduced in the TCA – and that we can find in the latest FTAs – is the explicit reference to international standards. In fact, Article 186 TCA established that the “*Parties shall make their best endeavours to ensure that internationally agreed standards in the financial services sector for regulation and supervision, for the fight against money laundering and terrorist financing and for the fight against tax evasion and avoidance, are implemented and applied in their territory.*” Among the standards, the article at stake lists the major ones: those adopted by the G20, the Financial Stability Board, the Basel Committee on Banking Supervision, the IAIS, the IOSCO, the FAFT, the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes of the OECD.

⁵¹ *Where such measures do not conform with the provisions of this Agreement, they shall not be used as a means of avoiding the Party's commitments or obligations under this Agreement.*

7.1. The EU-South Korea Free Trade Agreement⁵² has been provisionally applied since July 2011 and was formally ratified in December 2015. It goes further than any previous agreements in lifting trade barriers and was also the EU's first trade deal with an Asian country.

The agreement eliminates duties for industrial and agricultural goods in a progressive, step-by-step approach. The majority of import duties had been removed in 2011, while the remaining ones – with the exception of a limited number of agricultural products – were removed after 5 years on 1 July 2016. The FTA also addresses non-tariff barriers to trade, specifically in the automotive, pharmaceutical, medical devices and electronics sectors. The agreement creates new opportunities for market access in services and investments, and includes provisions in areas such as competition policy, government procurement, intellectual property rights, transparency in regulation and sustainable development. Also, the service liberalisation level reached high degree boosting the EU exports to more than 15 billion of US dollars in 2017 only⁵³.

Financial services are disciplined in Section E “Regulatory Framework”, sub-section E which contains a prudential provision at Article 7.38⁵⁴ titled “Prudential carve-out”. The provision follows the GATS approach, but while Paragraph 2(a) of the GATS Annex on Financial Services provides that a party is “not prevented” by the agreement to adopt and maintain measures for prudential reasons, Article 7.38 of the EU-Korea FTA establishes that party “may” adopt and maintain such measures. However, although “not prevented” may seem like more forceful language than “may”, there does not appear to be a legal difference between both formulations. The measures, in any case, must be taken “for prudential reasons”, like in the GATS: Article 7.38 reports the same non- exhaustive list of prudential reasons of the GATS (i.e. “(i) *protecting investors, depositors, policy holders, or persons to whom a*

⁵² *Free Trade Agreement between the European Union and its Member States and the Republic of Korea*, signed

6 October 2010, entered into force 13 December 2015 (OJ L 127, 14.5.2011, pp. 6-1343), available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Arx0032> (hereafter ‘EU–Korea FTA’).

⁵³ Elaboration of data available at <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/south-korea/>.

⁵⁴ 1. *Each Party may adopt or maintain measures for prudential reasons, including:*

(a) *the protection of investors, depositors, policy-holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier; and*
 (b) *ensuring the integrity and stability of the Party’s financial system.*

2. *These measures shall not be more burdensome than necessary to achieve their aim, and where they do not conform to the other provisions of this Agreement, they shall not be used as a means of avoiding each Party’s commitments or obligations under such provisions.*

3. *Nothing in this Agreement shall be construed to require a Party to disclose information relating to the affairs and accounts of individual consumers or any confidential or proprietary information in the possession of public entities.*

fiduciary duty is owed by a financial service supplier, and (ii) ensuring the integrity and stability of the financial system”), but then footnote 40 adds as example of a prudential reasons “*maintaining the safety, soundness, integrity, or financial responsibility of an individual financial service supplier.*”

Paragraph 2 of Article 7.38 includes the second sentence of the GATS provision to not use the prudential carve-out to avoid other commitments under the agreement, adding, nevertheless, for the measure not to be more burdensome than necessary to reach its goal. Hence, the EU-Korea provision requires a necessity test to be carried out between the measure and its aim, introducing a requirement unknown to the GATS, but similar to that of the NAFTA prudential carve-out.

Interestingly, footnote 39⁵⁵ adds a unique requirement and clarification. It states that if a measure is applied to a financial service supplier of a party and it is not regulated under the supervisory authority of that party then it is deemed to be a prudential measure. Moreover, it states that every such measure shall be taken in line with the Article. The EU–Korea FTA prudential carve-out is a unique provision among the agreements examined in specifying that measures “*applied*” to financial services suppliers “*not regulated and supervised by the financial supervisory authority*” of the territory in which they are established are “*deemed to be*” prudential measures. The issue is to determine whether the provision apply in the complete absence of any kind of regulation or supervision in the host territory or if the absence of a specific regulation in the sector in which the measure is applied is sufficient. Scholars prefer the latter interpretation, which basically means that if the national authority does not regulate a certain financial service and the state applies to foreign service suppliers a specific measure, this measure can be qualified as a prudential tool. However, the measure must respect the anti-abuse requirement that they “*not be more burdensome than necessary to achieve their aim*”.

Concerning the settlement of dispute regarding financial services, Article 7.45, in the same way of Article 13.20 of the CETA requires the Trade Committee, no later than six months after the entry into force of the Agreement, to establish a list of 15 individuals with an expertise or experience in financial services law or practice, that will

⁵⁵ Any measure which is applied to financial service suppliers established in a Party's territory that are not regulated and supervised by the financial supervisory authority of that Party would be deemed to be a prudential measure for the purposes of this Agreement. For greater certainty, any such measure shall be taken in line with this Article.

⁴⁰ It is understood that the term “prudential reasons” may include the maintenance of the safety, soundness, integrity of financial responsibility of individual financial service suppliers.

form the arbitration panel.

Finally, Article 7.46 regulates the recognition of prudential measures: paragraph 1 deals with the recognition of prudential measures of the other Party to the Agreement, which can be “*achieved through harmonisation or otherwise, may be based upon an agreement or arrangement between the Parties, or may be accorded autonomously*”, while paragraph 2 establishes that in case a Party recognizes a prudential measures of a third party through “an agreement or arrangement of the type referred to in paragraph 1”, it “*shall afford adequate opportunity for the other Party to negotiate its accession to such agreements or arrangements, or to negotiate comparable ones with it, under circumstances in which there would be equivalent regulation, oversight, implementation of such regulation (...)*”.

7.1. The European Union and Vietnam signed a Trade Agreement and an Investment Protection Agreement on 30 June 2019 titled EU-Vietnam Free Trade Agreement (EVFTA).⁵⁶

The EU-Vietnam trade and investment agreements are the most ambitious and comprehensive ones that the EU has ever concluded with a middle-income country. As such, they set a new benchmark for Europe’s engagement with emerging economies. They also represent a great opportunity for European exporters and investors. Vietnam has a vibrant economy of more than 90 million consumers, a growing middle class and a young, dynamic workforce. It is a market with great potential for the EU’s agricultural, industrial and services exports. Vietnam is also one of the fastest growing countries of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), averaging a GDP growth rate of around 6% for the past two decades and projected to maintain this growth rate in the coming years. Trade-wise, Vietnam has climbed to become the EU’s second biggest trading partner in ASEAN after Singapore and ahead of Malaysia, with trade in goods between the EU and Vietnam worth € 48 billion.

The FTA, on the one hand allows exporters and investors from both parties to accede the respective markets and create new opportunities for growth and development on both sides – for example, by making cuts in customs duties which will come into force quickly, while protecting those sectors which are especially sensitive.

The agreement contains a prudential exception at

⁵⁶

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1551257348905&uri=CELEX:52018PC0691>

Article 8.42⁵⁷ which is similar in its wording to the GATS provision: a party is “not prevented” by the agreement to adopt and maintain measures for prudential reasons, of which is provided the same non-exhaustive list of the GATS prudential carve-out (i.e. “(a) *the protection of investors, depositors, policy-holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier; or (b) ensuring the integrity and stability of a Party's financial system.*”)

Concerning the second condition for the application of prudential measures, the EVFTA only provides that the measures taken for prudential reasons “[...] *shall not be more burdensome than necessary to achieve their aim*”, thus not excluding the GATS requirement of not constituting a mean to avoid the other commitments under the Agreement.

7.2. The European Union and Singapore have negotiated a Free Trade Agreement and an Investment Protection Agreement signed on 19 October 2018. The Trade Agreement⁵⁸ entered into force on 21 November 2019, while the investment protection agreement will enter into force after it has been ratified by all EU Member States according to their own national procedures.

This agreement is a great opportunity for exporters on both sides, as EU trade and investment with Singapore continue to grow, with the country being the most important partner of the EU within the ASEAN region.

Concerning the prudential regulation, the trade agreement contains a prudential carve-out at Article 8.50⁵⁹.

⁵⁷1. *Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures for prudential reasons, such as:*

(a) the protection of investors, depositors, policy-holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier; or

(b) ensuring the integrity and stability of a Party's financial system.

2. *The measures referred to in paragraph 1 shall not be more burdensome than necessary to achieve their aim.*

3. *Nothing in this Agreement shall be construed as requiring a Party to disclose information relating to the affairs and accounts of individual consumers or any confidential or proprietary information in the possession of public entities.*

4. *Each Party shall endeavour to ensure that internationally agreed standards for regulation and supervision in financial services and for the fight against tax evasion and avoidance are implemented and applied in its territory. Such internationally agreed standards are, inter alia, the Core Principle for Effective Banking Supervision of the Basel Committee, the Insurance Core Principles of the International Association of Insurance Supervisors, the Objectives and Principles of Securities Regulation of the International Organization of Securities Commissions, the Agreement on Exchange of Information on Tax Matters of the Organisation for Economic Cooperation and Development, the Statement on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes of the G20 and the Forty Recommendations on Money Laundering and the Nine Special recommendations on Terrorist Financing of the Financial Action Task Force.*

⁵⁸ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14202-2019-INIT/en/pdf>

⁵⁹ 1. *Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining reasonable measures for prudential reasons, such as:*

Similar to the EVFTA prudential provision, Article 8.50 of the EU-Singapore FTA establishes that a party shall “not be prevented” to adopt and maintain measures for prudential measures, but with the addition of the reasonableness requirement: the measures at issue must be *reasonable*. As in the CETA and the EU-Korea FTA, the prudential carve-out at issue contains the two prudential reasons listed in the GATS, i.e., “(i) *protecting investors, depositors, policy holders, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, and (ii) ensuring the integrity and stability of the financial system*” with the additional example of “*maintaining the safety, soundness, integrity, or financial responsibility of an individual financial service supplier.*”

Then, paragraph 2 of Article 8.50 of the EU-Singapore FTA establishes that the measures taken for prudential reasons shall, other than not constituting “*a means of arbitrary or unjustifiable discrimination*” like in the GATS prudential carve-out, “*not be more burdensome than necessary*”, mirroring the EU-Korea provision in this additional requirement.

Finally, the EVFTA contains a fundamental innovation for the prudential provisions, that we can find also in the TCA and in the *EU – China Comprehensive Agreement on Investment (CAI)*⁶⁰: the explicit reference to international standards. In fact, paragraph 3 of Article 8.50 requires each Party to ensure the implementation of the “*Basel Committee's 'Core Principles for Effective Banking Supervision', the standards and principles of the International Association of Insurance Supervisors and the International Organisation of Securities Commissions'*

(a) *the protection of investors, depositors, policy-holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier;*

(b) *the maintenance of the safety, soundness, integrity or financial responsibility of financial service suppliers; or*

(c) *ensuring the integrity and stability of the Party's financial system.*

2. *These measures shall not be more burdensome than necessary to achieve their aim and shall not constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against financial service suppliers of the other Party in comparison to its own like financial service suppliers or a disguised restriction on trade in services.*

3. *Nothing in this Agreement shall be construed to require a Party to disclose information relating to the affairs and accounts of individual consumers or any confidential or proprietary information in the possession of public entities.*

4. *Each Party shall make its best endeavours to ensure that the Basle Committee's "Core Principles for Effective Banking Supervision", the standards and principles of the International Association of Insurance Supervisors and the International Organisation of Securities Commissions' "Objectives and Principles of Securities Regulation" and the internationally agreed Standard for transparency and exchange of information for tax purposes as spelled out in the 2008 OECD Model Tax Convention on Income and on Capital are implemented and applied in its territory.*

5. *Subject to Article 8.6 (National Treatment) and without prejudice to other means of prudential regulation of cross-border trade in financial services, a Party may require the registration or authorisation of cross-border financial service suppliers of the other Party and of financial instruments.*

⁶⁰ See next paragraph.

‘Objectives and Principles of Securities Regulation’ and the internationally agreed Standard for transparency and exchange of information for tax purposes as spelled out in the 2008 OECD Model Tax Convention on Income and on Capital”.

7.3. The European Union and China have a strong trade relation, fundamental for both economies as the EU is China’ biggest trading partner, while China is the EU’s second trading partner after the US.⁶¹ However, their trade relation lacks of reciprocity in market access, as China is, according to the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), one of the most restrictive countries for foreign direct investment (FDI).⁶² Thus, the two parties launched in 2013⁶³ the negotiations for the *EU – China Comprehensive Agreement on Investment*,⁶⁴ with the aim of better regulate trade relations between them, remedy to the lack of reciprocity in access to the Chinese market and protect their respectively investors and investments. The CAI should provide for a uniform legal framework for EU-China trade relations, replacing the BITs between China and the single EU Member States.⁶⁵

The negotiations were concluded on 30 December 2020 and the “agreement in principle” was submitted for the legal scrubbing. However, to date such revision has not been concluded yet and the agreement has still to be translated in all EU official languages and formally submitted to the Council of the European Union for approval and to the European Parliament for consent. The draft agreement contains a section – sub-section 3 of Section III “Regulatory Framework” devoted to Financial Services, that follows the GATS Annex on Financial Services model. Especially, the prudential carve-out, disciplined at Article 2⁶⁶ of the

⁶¹ European Commission website, Trade Policy, China. <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/china/>

⁶² GRIEGER, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment. Levelling the playing field with China*, European Parliamentary Research Service, Briefing International Agreements in Progress, March 2021, p. 2.

⁶³ European Parliament resolution of 9 October 2013 on the EU-China negotiations for a bilateral investment agreement (2013/2674(RSP)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0411_EN.html?redirect

⁶⁴ *EU – China Comprehensive Agreement on Investment (CAI)*, Agreement in principle, 22 January 2021, available at <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237>

⁶⁵ GRIEGER, *op. cit.*, p. 1. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/679103/EPRS_BRI\(2021\)679103_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/679103/EPRS_BRI(2021)679103_EN.pdf)

⁶⁶ 1. *Notwithstanding any other provision of this Agreement, a Party shall not be prevented from adopting or maintaining measures for prudential reasons⁷, including for the protection of investors, depositors, policy-holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system.*

aforementioned sub-section 3, perfectly mirrors the GATS provision of Paragraph 2 of the Annex, establishing in the first sentence that “[n]otwithstanding any other provision of this Agreement” the Parties to the Agreement are not prevented “from adopting or maintaining measures for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy-holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system.” Moreover, the second sentence of Article 2 replicates the second sentence of Paragraph 2(a) introducing the good faith obligation to not use the prudential provision as a mean to avoid other commitments under the Agreement.

While the prudential clause itself does not deviate from the GATS model, the sub-section on financial services of the CAI Agreement introduces two major innovations: the first one is the explicit reference to international standards in Article 3⁶⁷ on “Effective and transparent regulation”. The provision requires each Party to apply “internationally agreed standards for regulation and supervision and for the fight against tax evasion and avoidance in the financial services sector” and, for completion, it presents a list of the major standards, that exactly mirrors that contained at Article 186 of the TCA⁶⁸: “those adopted by the G20, the Financial Stability Board (FSB), the Basel Committee on Banking Supervision” (BCBS), in particular its “Core Principle for Effective Banking Supervision”, the International Association of Insurance Supervisors (IAIS), in particular its “Insurance Core Principles”, the International Organisation of Securities Commission (IOSCO), in particular its “Objectives and Principles of Securities Regulation”, the Financial Action Task Force (FATF) and the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes”.

The other novelty is represented by Article 5 “Specific

2. Where such measures do not conform with the provisions of the Agreement, they shall not be used as a means of avoiding the Party’s commitments or obligations under the Agreement.

3. Nothing in this Agreement shall be construed to require a Party to disclose information relating to the affairs and accounts of individual consumers or any confidential or proprietary information in the possession of public entities.

⁶⁷ Each Party shall make its best endeavours to ensure that internationally agreed standards for regulation and supervision and for the fight against tax evasion and avoidance in the financial services sector are implemented and applied in its territory. Such internationally agreed standards are, inter alia, those adopted by the G20, the Financial Stability Board (FSB), the Basel Committee on Banking Supervision” (BCBS), in particular its “Core Principle for Effective Banking Supervision”, the International Association of Insurance Supervisors (IAIS), in particular its “Insurance Core Principles”, the International Organisation of Securities Commission (IOSCO), in particular its “Objectives and Principles of Securities Regulation”, the Financial Action Task Force (FATF) and the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes.

⁶⁸ See Paragraph 3, Section II of this Chapter.

Exceptions”⁶⁹ that safeguards public welfare initiatives, allowing the Parties to provide in their own territory services such as public retirement plan or statutory system of social security, “*except when those activities may be carried out (...) by financial service suppliers in competition with public entities or private institutions*”, in order to allow the possibility of competition from private entities in the sector the parties themselves choose.

8. The international trade agreements are conquering a central role for the regulation of financial services, especially after the vacuum left by the failure of the Doha Rounds.

The economic cycle is characterized by periodical expansions and contractions of the markets to which governments respond, adjusting their regulatory and financial systems, implementing domestic financial programs and international regulatory tools. In fact, since the establishment of the WTO, financial markets have had a complex history, hit by recurrent market shocks: just two years after the entry into force of the Marrakesh Agreement, the world had to face the Asian financial crisis of 1997, then, at the beginning of the 21st century, the 2007-2008 crisis, which has been the worst economic crisis the world has experienced since 1929 and, finally, the Covid-19 pandemic at the beginning of 2020, that had a huge impact on the financial services sector, especially accelerating the trend towards FinTech and digital financial services, with possible negative financial stability implications due to the complexity and opacity of these types of activities.⁷⁰

These financial crises have underlined the need for a (macro)prudential regulation, based on common standards and measures and capable of guarantee a sound regulatory framework for the financial market. But, at the same time, governments maintain – and want to maintain – a certain degree of freedom and autonomy in this field: domestic regulation and national protectionism, in fact, still plays a central role in prudential regulation and the level of cooperation depends on the choices of national legislators.

⁶⁹ 1. *Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party, including its public entities, from conducting or providing in its territory activities or services forming part of a public retirement plan or statutory system of social security, except when those activities may be carried out, as provided by the Party's national regulation, by financial service suppliers in competition with public entities or private institutions.*

2. *Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party, including its public entities, from conducting or providing in its territory activities or services for the account or with the guarantee or using the financial resources of the Party, or its public entities except when those activities may be carried out, as provided by the Party's national regulation, by financial service suppliers in competition with public entities or private institutions.*

⁷⁰ See Financial Stability Board, *Fintech And Market Structure in the COVID-19 Pandemic. Implications for Financial Stability*, 21 March 2022, available at <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P210322.pdf>

Thus, the issue to be addressed is that of finding a way to combine strict regulatory provisions, cooperation at the international level in the field of financial services and liberalization of the markets.

One way out could be precisely the conclusion of new generation of Free Trade Agreements which started to be negotiated in the aftermath of the probably most severe financial crisis after the '29 crisis, with the main difference that the modern interconnected financial global system made it easier for the crisis to spread its consequences worldwide in comparison with the former.

For this reason, they are drafted in a more complex and comprehensive way than traditional RTAs, including *ad hoc* chapters to discipline investment, trade in services, sustainable development and environmental issues, among the others. The majority of these new trade agreements, moreover, dedicates an *ad hoc* chapter to the financial services and include a prudential provision. The majority of the new RTAs follows the GATS model, however, as we saw some of them, especially the EU–Korea FTA and the CETA, diverge, to some extent, to this model, in order to enhance the drafting of the prudential carve-out to better pursue the prudential aim and progressively reduce the level of uncertainty of the existing text of prudential carve-outs.

The shift of the major economies from multilateral negotiations to the FTAs, raised the issue of overlap among the disciplines and regulations: indeed, FTAs can regulate trade in financial services among two or more parties and, consequently, they can integrate the respective WTO discipline with complementary provisions or can introduce new obligations that could result incompatible with the pre-existing WTO commitments.

Nowadays, the official position of the WTO is that FTAs are legitimate within the Marrakesh system and should be used to promote the liberalization of trade at global level⁷⁰ and to influence the multilateral agenda positively.⁷¹ However, they remain complementary to the multilateral trading system as clearly stated in the Nairobi Declaration of 2015: “*We reaffirm the need to ensure that Regional Trade Agreements (RTAs) remain complementary to, not a substitute for, the multilateral trading system. In this regard, we instruct the Committee on Regional Trade Agreements (CRTA) to discuss the systemic implications of RTAs for the multilateral trading system and their relationship with WTO rules. With a view to enhancing transparency in, and understanding of, RTAs and their effects, we agree to work towards the transformation of the current provisional Transparency Mechanism into a permanent mechanism in accordance with the General Council Decision of 14 December 2006, without prejudice*

⁷¹ LESTER, MERCURIO, DAVIES, *op. cit.*, p. 334.

to questions related to notification requirements.”⁷² As anticipated, in fact, many FTA provisions, are more ambitious than those in the WTO, but their role has to be define yet: on the one hand, they could have an “harmonization role”⁷³, especially by forging new regulatory approaches that could be adopted in future by the WTO itself⁷⁴; on the other one, FTAs are a source of “divergence” at international level, because their content can vary from an FTA to another. And the fact that regulation can differ from country to country can damaged “the feasibility of trade [and] the welfare impacts of trade liberalization”.⁷⁵

Actually, the majority of FTAs inspired its financial services provisions to the GATS⁷⁶, so that do date the chances of contrasting disciplines are unlikely, however, if States keep following the path of plurilateral negotiations, it could become a problem in the future.

In fact, the most recent trend among the FTAs is that of going beyond GATS commitments, even for the financial services sector⁷⁷: a first example is represented by the CETA, that introduces unprecedented novelties, such as the rules for the establishment of the board of directors of financial institutions or the dispute settlement mechanism to solve the Investor-State disputes. Secondly, but not less important, some of the latest FTAs started to make explicit reference to international standards: the TCA, the CAI and the EU-Singapore FTA establishes that the parties to the agreement shall implement, as far as possible, internationally agreed standards in the financial services sector. In fact, the FTAs are not the only competitors to the WTO: a growing number of international bodies and entities (the so-called standard setting bodies) deals with

⁷² WTO, Nairobi Declaration and Decisions, WT/MIN(15)/DEC, 21 December 2015, para. 28.

⁷³ OECD, *Regionalism and the Multilateral Trading System*, 2003, p. 13-17.

⁷⁴ LAMPRECHT, MIROUDOT, *The Value of Market Access and National Treatment Commitments in Services Trade Agreements*, OECD Trade Policy Papers no. 213, 2018, p. 19.

⁷⁵ FRANCOIS, HOEKMAN, *Services trade and policy*, Journal of Economic Literature, 2010, Vol. 48 No. 3, p. 653.

⁷⁶ ARAUJO, *Regulating Services Trade Agreements: A Comparative Analysis of Regulatory Disciplines Included in EU and US Free Trade Agreements*, Trade Law and Development, 6(2), 2014, p. 406-407.

⁷⁷ HOEKMAN, MATTOO, *Liberalizing Trade in Services: Lessons from Regional and WTO Negotiations*, EUI Working Papers, No. 34, 2013, p. 4. See also GARI, *Recent Preferential Trade Agreements' Disciplines for Tackling Regulatory Divergence in Services: How Far beyond GATS?*, World Trade Review, 2020, 19, p. 2; ROY, MARCHETTI, LIM, *Services Liberalization in the New Generation of Preferential Trade Agreements: How Much Further than the GATS?*, World Trade Review, 6(2), 2007, pp. 1455-93; MARCHETTI, ROY, *Services Liberalization in the WTO and in PTAs*, in MARCHETTI, ROY (eds.), *Opening Markets for Trade in Services: Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations*, Cambridge University Press, 2008, pp. 61–112; FINK, JANSEN, *Services provisions in regional trade agreements: stumbling or building blocks for multilateral liberalization?* in BALDWIN, LOW (eds.), *Multilateralizing Regionalism*, Cambridge University Press, 2009.

financial regulation, establishing standards that, even if qualified as soft law, could represent a main driver for reform in the financial services sector, supporting – and even affecting – the WTO discipline on the matter.

Thus, two main challenges appear for the future: first, to elaborate a common international approach to prudential regulation, which are still determined first and foremost by domestic authorities protecting national interests in contrast with the international financial services system; and, second, to determine the role RTAs could cover within the international scenario of trade in services.

On the other hand, the FTAs are not the only competitors to the WTO: a growing number of international bodies and entities (the so-called standard setting bodies⁷⁸) have started dealing with financial regulation. And, as we have seen, the most recent EU-FTAs (one for all, the TCA) are taking a path opposite to that of the WTO, including for the first time an explicit reference to the international standards, requiring the parties to the agreements to take them into account when dealing with their prudential regulation. This is a powerful signal of the increasingly prominent role of standards in the prudential regulatory panorama and the need for their more active inclusion to allow for greater harmonisation at international level. Progress has been made but the process is very far from being finished: after the 2008 crisis, governments are aware of the need for an adequate international cooperation in the field of trade in services, yet they are reluctant to give up their sovereignty when it comes to prudential rules to undertake in the financial market.

The fear is that States pursuing RTAs will lose interest in the multilateral agenda. It has to be seen how bilateralism and plurilateralism could evolve together with the WTO system.

⁷⁸ Examples are the Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), the International Organization of Securities Commission (IOSCO), the International Association of Insurance Supervisors (IAIS), the Financial Stability Board (FSB).

THE EU-CHINA COMPREHENSIVE AGREEMENT
ON INVESTMENT:
NEW PERSPECTIVES IN THE WORLD OF IIAs

Maria Rosaria Mauro

SUMMARY: 1. The Chinese Approach to the Global Economic Governance and the Comprehensive Agreement on Investment. – 2. The Chinese FTAs and BITs Networks. - 3. The Interplay of Competences in the Field of Foreign Investment between the EU Member States and the European Union: The Evolution of the EU Approach. - 4. The Legal Framework for Investments between European Union and China. - 5. BITs and CAI in Comparison. - 6. Concluding Remarks.

1. Since its accession to the World Trade Organization (WTO) in 2001, China has assumed an increasingly important role in international trade and investment flows, clearly demonstrating its intention to influence the international legal regulation of these sectors, traditionally guided by the orientations of industrialized countries, proposing to this end an alternative model of global economic governance based on the so-called "Political Capitalism"¹.

In 2013, the Chinese goal of assuming the global economic leadership was made clear by the launch of the "Belt and Road Initiative" (BRI) or "One Belt One Road" (OBOR)², a strategy aimed at connecting Asia, Africa, and Europe which pursues the strengthening of trade relations between China, Europe, Central Asia, Southeast Asia, and East Africa through the creation of land and sea transport corridors in almost 70 countries. The BRI project stems from specific objectives that China is striving for, in particular: the opening of new markets; the reorganization of its distribution chains; and, the reduction of their own production excesses. The peculiar aspect of this Initiative is the idea of an absolutely unprecedented hybrid model of overseas investment governance, by combining elements of a traditional approach led by the State that defines the applicable rules with elements of transnational policy networks, in which non-state actors play a fundamental role in the implementation of the above rules.

¹ See MILANOVIC, *Capitalism, Alone: the Future of the System That Rules the World*, Cambridge, 2019. See also WU, *The "China, Inc." Challenge to Global Trade Governance*, *Harvard International Law Journal*, 2016, pp. 261-324; SHAFFER, GAO, *A New Chinese Economic Order?*, *Journal of International Economic Law*, 2020, pp. 607-635; COTULA, *Developments in the Field. EU-China Comprehensive Agreement on Investment: an Appraisal of its Sustainable Development Section*, *Business and Human Rights Journal*, 2021, pp. 1-8; WANG, *The Belt and Road Initiative Agreements: Characteristics, Rationale and Challenges*, *Business and Human Rights Journal*, 2021, pp. 1-8.

² On this topic, see CARRAI, DEFRAIGNE and WOUTERS *The Belt and Road Initiative and Global Governance*, Cheltenham, 2020.

In support of this strategy, China has gradually developed a dense network of international agreements to foster trade and investment, negotiating numerous Free Trade Agreements (FTAs)³ and Bilateral Investment Treaties (BITs)⁴, both to promote on a global level the image of a country with a stable legal framework and in line with international law, and to ensure adequate protection for its companies that invest more and more intensively in foreign markets following the adoption of the “Going Global” (or “Go out Policy”) strategy⁵, aimed precisely at promoting Chinese investments abroad.

It is in this context that the Comprehensive Agreement on Investment (CAI) between the European Union (EU) and China must be inserted⁶. After 35 rounds of negotiations, beginning in 2014, on December 30, 2020 the text of an agreement "in principle" on investments was reached, which originally had been designed to replace the 25 BITs currently in force between individual EU Members and

³ On this topic, see BERGER, *Investment Rules in Chinese Preferential Trade and Investment Agreements. Is China Following the Global Trend Towards Comprehensive Agreements?*, Bonn, 2013.

⁴ See SORNARAJAH, *Chinese Investment Treaties in the Belt and Road Initiative Area*, *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2020, pp. 55-78. The necessity of concluding BITs in order to promote Chinese investments abroad has been clearly stated in the Document No. 1905, *Notice on Issuing the Implementation Opinions on Encouraging and Guiding Private Enterprises in Actively Investing Abroad*, adopted by the National Development and Reform Commission (NDRC) on June 29, 2012. The NDRC is the ministerial-level department of the State Council which implements the Communist Party of China (CPC) Central Committee's policies and decisions on development and reform.

⁵ This strategy was announced in 1998 being launched with the Tenth Five-Year Plan for National Economy and Social Development in 2001. On this topic, see CAI, *Outward Foreign Direct Investment Protection and the Effectiveness of Chinese BIT Practice*, *Journal of World Investment and Trade*, 2006, pp. 621-652.

⁶ On this Agreement, see ABGARYAN, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment in the Context of Chinese Bilateral Investment Treaty Program with the EU Countries*, *Indian Journal of International Law*, 2018, pp. 171–203; YIN, *Challenges, Issues in China-EU Investment Agreement and the Implication on China's Domestic Reform*, *Asia Pacific Law Review*, 2018, No. 2, pp. 170-202; LAWRENCE, VAN HO, YILMAZ-VASTARDIS, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment. A Scoping Study*, December 2020; BERGER, MANJIAO, *The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: Stuck Half-way?*, *Columbia FDI Perspectives*, MARCH 8, 2021, No. 299; GAO, *The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: Strategic Opportunity Meets Strategic Autonomy*, May 2021; HU, *The EU-China Comprehensive Agreement on Investment. An In-depth Reading*, *CEPS Policy Insights*, May 2021, No. PI2021-07; O'REILLY, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment - a Rebalancing of Investment Relations*, *European Investment Law and Arbitration Review*, 2021, pp. 58-73; SAMPSON, *The Downstream Implications of the EU-China Investment Agreement: Lessons from Trade*, *Balsillie Papers*, March 1, 2021, pp. 1-9; ÜNEKBAS, *Scaling the Great Wall: the EU-China Comprehensive Agreement on Investment and Market Access*, *The Journal of World Investment & Trade*, 2021, pp. 347-387; WANG, LI, *The Negotiation of EU-China Comprehensive Agreement on Investment and Its Potential Impact in the Post-Pandemic Era*, *Journal of Chinese Economic and Business Studies*, January 2021, pp. 1-8; SILVA, *The Effectiveness of the EU's China Policy: the Case of the Comprehensive Agreement on Investment (CAI)*, *EU Diplomacy Papers*, 1/2022.

China⁷.

The CAI represents undoubtedly a fundamental diplomatic success for China, even if this might never enter into force, both because the negotiation of a treaty of this magnitude with the EU constitutes an instrument of "rehabilitation" for the country in the eyes of the international community, and because this implies a rapprochement with Europe, despite the historical ties between the latter and the United States (US), thus favouring Beijing's objective of countering an Atlantic axis against China.

As far as the EU is concerned, the relevance of the Agreement is, above all, on an economic level, as emerges from the data. First, the volume of trade and investment between the EU and China has gradually intensified. According to Eurostat data⁸, China is the EU's third-largest export destination and the biggest import partner; furthermore, notwithstanding the COVID-19 crisis, the trade between these areas has increased considerably in 2021.

Furthermore, according to UNCTAD data, in 2020 China was, globally, the second country for incoming foreign direct investment and the third for outgoing foreign direct investment⁹. Finally, according to the IMF, yet again in the same year, the Chinese economy was the only one to have registered growth despite the pandemic, equal to 2.3%¹⁰, while GDP growth is expected to be at 7.9% in 2021 and 4.8% in 2022¹¹. This explains the strong interest on the part of the EU in concluding the Treaty.

2. In the recent past, China concluded several FTAs, especially with neighboring key players in order to dismantle trade barriers in the region. Some of these FTAs also include rules on investment.

This kind of treaties normally contain provisions which

⁷ However, according to Art. 15(1), Section VI of the Agreement, «Previous agreements between the Member States of the European Union and/or the European Community and/or the European Union and China are not superseded or terminated by this Agreement».

⁸ Between 2011 and 2021, both EU exports to and EU imports from China raised, registering average year on year growth rate for exports of 7% and for imports of 6% in that period. In 2021, the EU exports to China amounted to 223 billion euros, while imports amounted to 472 billion euros. See <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/edn-20220401-1>.

⁹ See UNCTAD, *World Investment Report 2021. Investing in Sustainable Recovery*, Geneva, 2021, pp. 5 and 7.

¹⁰ See IMF, *World Economic Outlook Update*, January 2021, available at <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2021/01/26/2021-world-economic-outlook-update>.

¹¹ See IMF, *IMF Executive Board Concludes 2021 Article IV Consultation with the People's Republic of China*, press release no. 22/17, January 28, 2022, available at <https://www.imf.org/en/News/Articles/2022/01/26/pr2217-imf-executive-board-concludes-2021-article-iv-consultation-with-the-peoples-republic-of-china>.

are absent in traditional BITs¹², concerning for instance market-access in addition to comprehensive post-establishment investment protection, the prohibition of performance requirements, environmental aspects, human rights protection, and transparency rules.

China began concluding FTAs after joining the WTO in 2001, signing the Framework Agreement on China-Association of South-East Asian Nations (ASEAN) Comprehensive Economic Cooperation on November 4, 2002. From 2005 to 2011, China concluded six more FTAs, with Chile (November 18, 2005), Pakistan (November 24, 2006), New Zealand (April 7, 2008), Singapore (October 23, 2008), Peru (April 28, 2009), and Costa Rica (April 1, 2010). Since Xi Jinping came to power in late 2012, seven additional agreements were concluded with Iceland (April 15, 2013), Switzerland (July 6, 2013), Republic of Korea (June 1, 2015), Australia (June 17, 2015), Georgia (May 13, 2017), Mauritius (October 17, 2019), and Cambodia (October 12, 2020)¹³.

The approach followed by China in concluding FTAs has gradually changed¹⁴. For exemplification purposes, the FTA concluded with ASEAN had a mainly political purpose, being linked to the need to eliminate the fears of neighboring countries in Southeast Asia about the possible negative economic consequences of China's accession to the WTO. Being its first FTA, China preferred to take a gradual and more cautious approach, concluding the Framework Agreement on China-ASEAN Comprehensive Economic Cooperation in 2002, followed by the signing of the Agreement on Trade in Goods on November 29, 2004, the Agreement on Trade in Services on January 14, 2007, and the Agreement on Investment on August 15, 2009. This process culminated in the implementation, on January 1, 2010, of the free trade area (ASEAN – China Free Trade Area - ACFTA). Since the 2008 agreement with New Zealand, China has begun to conclude broader treaties according to a global approach, simultaneously regulating goods, services, and investments.

¹² On this topic, see KOTSCHWAR, *Mapping Investment Provisions in Regional Trade Agreements: Towards an International Investment Regime?*, in *Regional Rules in the Global Trading System* (eds. Estevadeordal, Suominen and Teh), Cambridge, 2009; BAETENS, *Preferential Trade and Investment Agreements and the Trade/Investment Divide: Is the Whole More Than the Sum of Its Parts?*, in *The Rise of Preferential Trade and Investment Agreements: Bridging the Gap?* (eds. Hofmann, Schill and Tams), Baden-Baden, 2013.

¹³ See <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china>. Currently some FTAs are under review and new agreements are under negotiation.

¹⁴ The growing list of FTAs concluded or negotiated by China confirms the Chinese government's will to "accelerate" the implementation of such network of treaties, as stated in the Communiqué of the Third Plenary Session of the 18th Central Committee of the Communist Party of China (see China.org.cn, January 15, 2014, available at http://www.china.org.cn/china/third_plenary_session/2014-01/15/content_31203056.htm).

Furthermore, on November 15, 2020 the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) was signed, whose purpose is the creation of a free trade area between the 10 ASEAN Members plus Australia, China, Japan, South Korea, and New Zealand¹⁵.

China has also concluded several BITs. After Germany and Switzerland, which signed respectively 160 and 134 BITs¹⁶, China has been the most active State in signing this kind of treaty, having the third largest BIT network on the globe with 128 agreements¹⁷.

The Chinese BITs strategy has changed throughout the years, due to the national reforms and the transformation of this country into a fundamental FDI exporter. This new attitude was supported, in particular, by the launch of the “Going-out” strategy in 1999. This means that Chinese investment policy has been shifting from attracting inbound FDI to promoting outbound FDI, gradually abandoning a restrictive approach in favour of higher levels of legal protection for foreign investors in China and Chinese investors abroad¹⁸.

China has concluded the majority of its BITs with developing countries, in order to promote appropriate investment conditions for Chinese enterprises within these States as well as to build stricter political ties with them¹⁹. In addition, China also signed several BITs with developed countries, in the meanwhile negotiations with the United

¹⁵ The negotiations were formally launched by Leaders from 10 ASEAN Member States (Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Lao PDR, Malaysia, Myanmar, the Philippines, Singapore, Thailand and Vietnam) and six ASEAN FTA partners (Australia, People’s Republic of China, India, Japan, Republic of Korea, and New Zealand) during the 21st ASEAN Summit and Related Summits in Phnom Penh (Cambodia) in November 2012. The Agreement covers the following main topics: trade in goods, trade in services, investment, economic and technical cooperation, intellectual property, competition, dispute settlement, e-commerce, and small and medium enterprises (SMEs). The Treaty entered into force on January 1, 2022.

¹⁶ Germany is also the country which concluded the first international agreement of this kind, having signed on November 25, 1959 a treaty with Pakistan.

¹⁷ See ICSID, *Database of Bilateral Investment Treaties*, available at <https://icsid.worldbank.org/resources/databases/bilateral-investment-treaties>.

On this topic, see GALLAGHER, SHAN, *Chinese Investment Treaties: Policies and Practice*, Oxford, 2009.

¹⁸ On this topic, see KONG, *Bilateral Investment Treaties: the Chinese Approach and Practice*, *Asian Yearbook of International Law*, 1998-1999, pp. 105-136; CAI, *Outward Foreign Direct Investment Protection and the Effectiveness of Chinese BIT Practice*, *Journal of World Investment and Trade*, 2006, pp. 621–652; BERGER, *China’s New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making*, Paper prepared for the American Society of International Law International Economic Law Interest Group (ASIL IELIG) 2008 Biennial Conference “The Politics of International Economic Law: the Next Four Years”, Washington, D.C., November 14-15, 2008; COHEN, SCHNEIDERMAN, *The Political Economy of Chinese Bilateral Investment Treaty Policy*, *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2017, pp. 110-128.

¹⁹ On this topic, see KIDANE, *China’s Bilateral Investment Treaties with African States in Comparative Context*, *Cornell International Law Journal*, 2016, pp. 141-177.

States being ongoing²⁰.

China's BIT programme can be divided in 4 historical periods, corresponding to different approaches: 1982-1989; 1990-1997; 1998-2008; from 2009 to present.

Many of Chinese BITs in force originate from the first and second generations of international investment agreements (IIAs), signed between 1982 and 1997, and only thirty-six concluded after 1998 are in force at the moment. This is a good indicator that the vast part of these IIAs follow an antiquated approach with just few guarantees for foreign investors.

The Chinese BIT programme started in 1982 when China decided to use FDI in order to foster national economic development plans. The first BIT was concluded by China with Sweden on March 29, 1982²¹. The earliest BITs contain only few guarantees for foreign investors, for instance, restrictions are imposed for the national treatment (NT) and monetary transfer clauses. However, this State has gradually accepted international investment protection standards, changing its attitude, in particular, towards international investment arbitration.

For a long time, China has shown a closure towards the so-called ISDS mechanisms, both for a traditional aversion to international law and international arbitration as well as for ideological reasons linked to the need to reaffirm its sovereignty. In the China-Sweden Treaty, for example, there is only a clause relating to the settlement of disputes between States²², while the disputes between the host State and the foreign investor have not been in any way regulated. However, in subsequent BITs concluded in this phase, for example the one with Sri Lanka of March 13, 1986, international arbitration is accepted as a method for resolving investment disputes but limited to those concerning the amount of compensation in case of expropriation, all other disputes remaining under the competence of the national court of the host State²³. Only few agreements, such as the one with Japan of August 27, 1988, provide for the possibility of resorting to international arbitration for all disputes, on the condition that the parties specifically consent to it²⁴.

Since China has become a primary capital exporting country, especially in the field of natural resources, the necessity of an effective Investor-State Dispute Settlement

²⁰ China and the United States are still continuing the BIT negotiations launched at the conclusion of the fourth China-US Strategic Economic Dialogue (SED) on June 18, 2008; while, on September 9, 2012, China signed a Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (FIPA) with Canada, which includes some innovative aspects of the NAFTA approach but without rules concerning investment liberalisation.

²¹ This agreement is still in force.

²² Art. 6.

²³ Art. 13.

²⁴ Art. 11.

(ISDS) clause to protect its investments abroad has emerged and in 1990 China signed the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Washington Convention)²⁵, this circumstance giving a new direction to its BIT programme²⁶. Furthermore, on a national level in 1999 the so-called “Going Global” strategy was launched, which prompted Chinese companies to invest abroad.

Since the end of the 90’s, following the WTO accession and important national reforms, China adopted an even more pro-investor BIT approach. Therefore, there has been a radical change in the Chinese attitude towards international arbitration, with all restrictions being removed and international arbitration being extended to all types of disputes. For instance, the BIT with Barbados of July 20, 1998 allows the foreign investor to resort to international arbitration for any dispute that cannot be resolved amicably by the parties within six months²⁷; from here on, China having had an open attitude towards international dispute resolution instruments as well as monetary transfer and NT clauses assuming a wider scope.

Finally, since the Colombia-China BIT, signed on November 22, 2008, Chinese treaties have been modified more and more by adopting the approach of new American IIAs²⁸ and of many developed countries agreements²⁹, these treaties becoming more focused on the need to protect State sovereignty and its regulatory powers. Since 2012, an interpretative annex or a clause in which policy powers are established has been added in the Chinese BITs. This reveals a reaffirmation of national sovereignty. Furthermore, the most recent BITs, such as the one concluded with Uzbekistan on April 19, 2011 and with Tanzania on March 24, 2013, include very detailed and less generic disputes settlement clauses³⁰; at the same time, a broader consent to arbitration is always foreseen. Recently,

²⁵ The Convention was submitted to Members of the World Bank on March 18, 1965 by the Executive Directors and entered into force on October 14, 1966. China signed the Washington Convention on February 9, 1990.

²⁶ To date, according to UNCTAD data, China has been involved as Respondent State in 9 cases and as Home State of claimant in 13 cases (see <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china>).

²⁷ Art. 9.

²⁸ This attitude would indicate «that China’s approach to investment treaties to a large degree has been Americanized», see CONGYAN, *China-US BIT Negotiation and the Future of Investment Treaties Regime: a Grand Bargain with Multilateral Implications*, *Journal of International Economic Law*, 2009, p. 486). On this aspect, see also BUNGENBERG, TITI, *The Evolution of EU Investment Law and the Future of EU-China Investment Relations*, in *China and International Investment Law* (eds. Shan and Su), Leiden, Boston, 2014, pp. 297–371.

²⁹ On this aspect, see TITI, *International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements*, *European Journal of International Law*, 2015, pp. 639-661.

³⁰ Art. 12 and Art. 13, respectively.

also a trend of “greenization” of Chinese BITs can be observed, with a growing attention to environmental aspects³¹. This new philosophy adopted by China in its late IIAs mirrors the general attitude in favour of a more balanced model of protection of foreign investments followed currently by the majority of States³². Nonetheless, generally, the recently concluded BITs by China with European countries do not integrate these more balanced clauses, following the traditional European model which establishes numerous rights for the foreign investor in the face of the host State without taking into consideration non-economic values and public interests.

However, Chinese BITs signed after 2008 show great flexibility. According to some authors, this characteristic is due to the fact that BITs are considered by the Government an instrument for promoting not only the legal security but also the so-called “Guanxi”³³.

Regarding the NT standard³⁴, which has assumed a particular relevance during the EU-China negotiations, it is worth recalling that, normally, Chinese BITs contain very strict clauses concerning pre-establishment and post-establishment NT and regulatory issues while maintaining the discretion of national authorities intact. In any case, although Chinese IIAs do not include a pre-establishment NT standard, recently China has adopted a more liberal approach, since sometimes the “admission” or the “establishment” is inserted in the list of investment activities covered by the Most-Favoured-Nation (MFN) clause³⁵, this meaning that the investors of the other Contracting Party may benefit from the best treatment regarding establishment/admission guaranteed to investors of any third country. Furthermore, some treaties follow the US “negative list” approach to market access by indicating the restricted or prohibited sectors for FDI.

3. The BIT network originated in Europe after World

³¹ See e.g. Articles 18(3) and 33(2) of the Canada-China BIT. On this topic, see CHI, *The ‘Greenization’ of Chinese BITs: an Empirical Study of the Environmental Provisions in Chinese BITs and Its Implications for China’s Future BIT-Making*, *Journal of International Economic Law*, 2015, pp. 511-542.

³² These innovative features were originally included by the NAFTA States in their IIAs and subsequently spread to Asian and Pacific countries. Chinese IIAs with the ASEAN countries and Canada, Colombia, Japan, Korea, Mexico, Peru and New Zealand follow this approach.

³³ This expression indicates the system of social and personal networks that can be useful in concluding business agreements. See on this topic WILSON, *Law Guanxi: MNCs, State Actors, and Legal Reform in China*, *Journal of Contemporary China*, 2008, pp. 25-51.

³⁴ On this aspect, see CAI, *Where Does China Stand: the Evolving National Treatment Standard in BITs?*, *The Journal of World Investment & Trade*, 2012, pp. 373-389.

³⁵ See e.g. Art. 5(1) of ASEAN-China Investment Agreement, signed on August 15, 2009, and Art. 4(1) of China-Japan–Republic of Korea Trilateral Investment Agreement, signed on May 13, 2012.

War II, when individual European countries began to negotiate a new kind of an *ad hoc* treaty exclusively focused on foreign investments. These treaties had to guarantee an overall protection to foreign investors, since the legal international framework was characterized by a high level of uncertainty due to the existence of only few customary rules and due to the lack of a multilateral convention. The first BIT was concluded by Germany with Pakistan in 1959³⁶. Since then, the EU Member States have signed several BITs, being among the most active actors in this sector.

European BITs have been essentially based on the Draft Convention on Investments Abroad (better known as the “Abs-Shawcross Draft Convention”)³⁷ and the 1967 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Draft Convention on the Protection of Foreign Property³⁸. These treaties are essentially concentrated on investment protection, lacking commitments regarding market access. Furthermore, they do not normally contain clauses related to essential security interests, human rights, the environment or other public goals. However, recently, the EU Member States have modified the content of their BITs in order to face the limits and the imbalance of previous agreements³⁹.

Up to the present date, the individual EU Member States have concluded BITs independently from the EU, retaining for many years an exclusive jurisdiction over foreign investments⁴⁰. Be that as it may, the 2009 Lisbon Treaty⁴¹ has altered this framework by including foreign direct investments in the scope of the EU’s Common Commercial Policy (CCP)⁴².

³⁶ See the Treaty for the Promotion and Protection of Investments Pakistan—Federal Republic of Germany signed on November 25, 1959. For an analysis of this kind of agreements, see MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003.

³⁷ See Draft Convention on Investments Abroad, concluded in April 1959. On this topic, see VON WALTER, *Balancing Investors’ and Host States’ Rights: What Alternatives for Treaty-makers?*, *European Yearbook of International Economic Law, Special Issue: International Investment Law and EU Law*, 2011, pp. 141-143.

³⁸ This Convention never entered into force, but it was assumed as a model by OECD Members for their BITs. On this topic, see JUILLARD, *L’évolution des sources du droit des investissements*, in *Recueil des cours*, vol. 250, 1994, p. 9.

³⁹ See some recent European model agreements, which include references to these general interests, e.g. the Czech Republic Model BIT of 2016, Art. 12(1), Belgium–Luxembourg Economic Union (BLEU) Model BIT of 2019, Art. 1(2), and The Netherlands Model BIT of 2019, Art. 6.

⁴⁰ On this topic, see RADU, *Foreign Investors in the EU—Which ‘Best Treatment’? Interactions Between Bilateral Investment Treaties and EU Law*, *European Law Journal*, 2008, Issue 2, pp. 237-260; LAVRANOS, *In Defence of Member States’ BITs Gold Standard: the Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs: a Member State’s Perspective*, *Transnational Dispute Management*, 2013.

⁴¹ The Treaty of Lisbon was signed by the EU Member States on December 13, 2007 and entered into force on December 1, 2009.

⁴² See BUNGENBERG, *Going Global? The EU Common Commercial Policy After*

The EU has extended the ambit of the CCP during the years, addressing internal and external political and economic inputs⁴³. Originally, this policy was referring only to the trade in goods⁴⁴. Treaty revisions amplified the scope, by progressively including services, intellectual property rights⁴⁵, and eventually investments.

Notwithstanding the fundamental amendments introduced through the Lisbon Treaty, some issues concerning the interplay between the reciprocal EU and Member States competences ensued from the new provisions, due to the language of Articles 206⁴⁶ and 207⁴⁷ of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). In particular, it remains disputed if the EU has acquired an exclusive competence only for liberalization or also for protection of investments. Furthermore, apparently, the EU would be competent exclusively in presence of foreign direct investments, portfolio investments being excluded⁴⁸. Therefore, these articles have raised the issue if the new IIAs should be concluded as mixed agreements⁴⁹.

Lisbon, European Yearbook of International Law 2010, 2009, p. 124; BUNGENBERG, HOBE, The Relationship of International Investment Law and European Union Law, in International Investment Law: a Handbook (eds. Bungenberg, Griebel, Hobe and Reinisch), München, Oxford, Baden-Baden, 2015, p. 1602.

⁴³ Before the Treaty of Lisbon, the CCP had been an autonomous external policy independent from other EU external policies, almost totally under the competence of the European Commission and Council and a very limited role of the European Parliament. On the content and the evolution of the CCP see HAHN and VAN DER LOO (eds.), *Law and Practice of the Common Commercial Policy. The First 10 Years After the Treaty of Lisbon*, Boston, 2020.

⁴⁴ The problem of the scope of the CCP emerged, in particular, on occasion of the signature of the WTO Agreements, concerning trade not only in goods but also in services and aspects of intellectual property rights. In Opinion 1/94 of 15 November 1994, the Court of Justice rejected the thesis according to which the CCP under Article 133 of the Treaty establishing the European Community (TEC) gave the European Community (EC) the competence to conclude treaties in the new areas of the multilateral trading system.

⁴⁵ See, the Treaty of Amsterdam, signed on October 2, 1997 and the Treaty of Nice, signed on February 26, 2001.

⁴⁶ According to Art. 206 TFEU: «By establishing a customs union in accordance with Articles 28 to 32, the Union shall contribute, in the common interest, to the harmonious development of world trade, the progressive abolition of restrictions on international trade and on foreign direct investment, and the lowering of customs and other barriers».

⁴⁷ According to Art. 207(1) TFEU: « 1. The common commercial policy shall be based on uniform principles, particularly with regard to changes in tariff rates, the conclusion of tariff and trade agreements relating to trade in goods and services, and the commercial aspects of intellectual property, foreign direct investment, the achievement of uniformity in measures of liberalisation, export policy and measures to protect trade such as those to be taken in the event of dumping or subsidies. The common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union's external action».

⁴⁸ On this aspects, see ANDERER, *Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty*, *Brook. J. Int'l L.*, 2010, pp. 851-882; MAURO, *Accordi internazionali sugli investimenti e Unione europea, Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 403-430.

⁴⁹ See BUNGENBERG, op. cit., pp. 123-151; JUILLARD, *Investissement et droit communautaire: a propos des accords bilatéraux d'investissement conclus entre Etats membres et pays tiers*, in *L'Union Européenne: Union de droit, union des droits, Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin* (eds. Masclat et al.), Paris, 2010, pp. 445-462.

On several occasions, the European Commission supported a EU comprehensive and exclusive competence⁵⁰.

It is important to underline that even before the Lisbon Treaty the EU had an exclusive competence over the pre-establishment of investment (market access)⁵¹. For this reason, before the Lisbon Treaty, Member States concentrated on the conclusion of agreements regarding solely the post-establishment treatment and protection without including any provisions concerning market access, while the Commission proposed a liberalisation agenda focused on market access for direct investment⁵², which should be implemented through the conclusion of FTAs.

In 2006, the “Global Europe” strategy⁵³ was launched because of the stalemate of the WTO Doha round, which supported the conclusion of a new generation of comprehensive trade agreements with key partners. According to the European Commission, there was a need for negotiating FTAs «comprehensive and ambitious in coverage, aiming at the highest degree of trade liberalisation including far-reaching liberalisation of services and investment»⁵⁴. Therefore, the new generation FTAs should have included not only clauses concerning the liberalisation of trade in goods, but also provisions regarding new topics, such as services, intellectual property rights, investment, competition policy, sustainable development, regulatory issues, and public procurement. The “model text” for this FTAs was the so-called “EU Minimum Platform on Investment” of 2006⁵⁵, which distinguished itself from the traditional Member States BITs since it proposed new clauses regarding the protection of environment, labour rights and cultural diversity, as well as the right of the parties to regulate.

Subsequently, the EU adopted the “Trade, Growth and World Affairs” strategy⁵⁶, a legacy of the 2006 “Global

⁵⁰ See e.g. European Commission, *Proposal for a Regulation Establishing a Framework for Managing Financial Responsibility Linked to Investor-State Dispute Settlement Tribunals Established by International Agreements to Which the European Union Is Party*, COM(2012)335 final, 2012/0163(COD), June 21, 2012, p. 3.

⁵¹ See TITI, *op.cit.*, p. 642.

⁵² See European Commission, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Towards a Comprehensive European International Investment Policy*, COM(2010)343 final, July 7, 2010, p. 11.

⁵³ European Commission, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Global Europe: Competing in the World*, COM(2006) 567 final, October 4, 2006.

⁵⁴ European Commission, *Global Europe: Competing in the World*, *cit.*

⁵⁵ EU Council, *Minimum Platform on Investment*, doc. 15375/06, November 27, 2006. The document has never been made publicly available.

⁵⁶ European Commission, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Trade, Growth and World Affairs. Trade Policy*

Europe” strategy, in which a more assertive trade policy was advanced.

Starting with the FTA with South Korea in 2010⁵⁷, the Union has begun to conclude new generation FTAs with key trade partners, among which Canada⁵⁸, Japan⁵⁹, Singapore⁶⁰, and Vietnam⁶¹.

As regards investment protection, already in 2010, the European Commission affirmed that, even if «the principles and parameters for [the] negotiations will be inspired by “best practices” that Member States have developed», the Commission itself would have designed the «broad contours of the scope and standards the Union should be setting through international investment negotiations»⁶². Negotiating mandates, statements of principles⁶³, and the original treaty versions of the CETA and the EUSFTA⁶⁴ prove the limited relevance of the EU Member States model in the ongoing negotiations and the EU will to establish a new investment template, this also in order to face the present attacks towards the international regime of foreign investment.

In July 2012, the European Commission decided to extend the principles included in EU FTAs to the new EU investment policy⁶⁵, especially because an investment

as a Core Component of the EU’s 2020 Strategy”, COM (2010) 612, November 9, 2010.

⁵⁷ The FTA was signed on October 6, 2010.

⁵⁸ The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) was signed on October 30, 2016.

⁵⁹ The EU–Japan Economic Partnership Agreement (EPA) was signed on July 17, 2018.

⁶⁰ The EU–Singapore Free Trade Agreement (EUSFTA) was signed on October 19, 2018.

⁶¹ The EU–Vietnam Free Trade Agreement (EVFTA) was signed on June 30, 2019. On the contrary, the negotiations of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) with the United States, launched in 2013, were interrupted at the end of 2016. Furthermore, in order to creating comprehensive association relationships, on 27 June 2014 the EU signed Association Agreements with Georgia and the Republic of Moldova and completed the signature process with Ukraine, each providing for a Deep and Comprehensive Free Trade Area. The “Deep and Comprehensive Free Trade Agreements” (DCFTAs) with Ukraine (applied since January 1, 2016), Moldova (applied since September 1, 2014), and Georgia (applied since September 1, 2014) should facilitate the integration of these countries into the EU internal market on the basis of legislative approximation.

⁶² European Commission, *Towards a Comprehensive European International Investment Policy*, cit., p. 11; see also European Parliament resolution of 6 April 2011 on the Future European International Investment Policy (2010/2203(INI)), 2012/C 296 E/05, paras 9, 18, 19.

⁶³ See, e.g., European Commission, *EU and US Adopt Blueprint for Open and Stable Investment Climates*, Press Release, April 10, 2012. On this topic, see also TITI, *EU Investment Agreements and the Search for a New Balance: a Paradigm Shift from Laissez-faire Liberalism Toward Embedded Liberalism?*, *Columbia FDI Perspectives*, January 3, 2013, No. 86.

⁶⁴ See CETA (consolidated text of 26 September 2014), available at trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf; Draft EUSFTA Investment Chapter of October 2014, available at <https://www.isds.bilaterals.org/IMG/pdf/-16.pdf>.

⁶⁵ See TITI, *op.cit.*, p. 644. See also Council of the European Union, *Conclusions*

chapter should have been added in the future FTAs. Therefore, the EU has prompted the drafting of new IIAs, wishing to go over BITs concluded by its Member States. Indeed, exactly in a resolution concerning the negotiations between the EU and China, the EU Parliament, by explaining standards used in Member States BITs, proposed as model to follow a version which went beyond the Member States practice, alluding to the best practices drawn by the EU from their experience⁶⁶ instead of citing, as the European Commission did, the best practices «that Member States have developed»⁶⁷. However, even if until now the EU has not developed an own BIT template, it is designing an investment policy that seems to go beyond the traditional IIAs and this could influence the shape of a new international investment law, both at a substantive and a procedural level, by giving a special relevance to the right to regulate of home State, sustainable development linked goals and new ISDS mechanisms.

In the development of the EU foreign investment policy, some events have had a fundamental impact. First of all, after the decision of the Wallonian government to temporarily stop the signature of CETA in 2016 due to the dispute settlement mechanism foreseen by the Treaty⁶⁸, the issue concerning the procedure of concluding this kind of agreement has emerged. Particularly, the following possibilities came up: conclusion of “mixed agreements” with the participation also of all Member States in addition to the EU, risking that one Member State could block, at any moment, the entire process; or, conclusion through the participation of the EU alone in the form of an “EU-only agreement”⁶⁹. Moreover, in the same period the Court of Justice of the EU rendered the Opinion 2/15 concerning the

on a Comprehensive European International Investment Policy, 3041st Foreign Affairs Council Meeting, October 25, 2010, para. 17, according to which: «the new European international investment policy should be guided by the principles and objectives of the Union’s external action, including the rule of law, human rights and sustainable development’ and that it ‘must continue to allow the EU and the member states to adopt and enforce measures necessary to pursue public policy objectives». See, finally, the European Parliament Resolution 2010/2203 of April 6, 2011 on the Future European International Investment Policy, cit., paras. 6 and 17.

⁶⁶ See European Parliament, resolution of 9 October 2013 on the EU-China Negotiations for a Bilateral Investment Agreement (2013/2674(RSP)), para. 17. See also European Parliament resolution of 6 April 2011 on the Future European International Investment Policy, cit., paras. 9, 18, 19.

⁶⁷ European Commission, *Towards a Comprehensive European International Investment Policy*, cit., p. 11.

⁶⁸ In Opinion 1/17 rendered on April 30, 2019 concerning CETA, the Court of Justice of the EU recognized the compatibility of the Treaty ISDS mechanism with the autonomy of the EU legal order, with the general principle of equal treatment and with the requirement of effectiveness, with the right of access to an independent tribunal (para. 106 ff.).

⁶⁹ On this topic, see VAN DER LOO, WESSEL, *The Non-ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Solutions*, *Common Market Law Review*, 2017, pp. 735–770; VAN DER LOO, *The Role of National Parliaments in Mixed Trade Agreements*, *CLEER Paper*, 2018/1.

EUSFTA, in which this has recognised a very large EU competence on foreign investments, merely excluding portfolio investments and ISDS mechanisms⁷⁰. After close consideration of the EU foreign investment policy, the Commission proposed to split future agreements concerning trade and investment into two different treaties: EU-only FTAs, ruling topics for which the EU has exclusive competence, and an investment protection agreement (IPA) to be concluded as a mixed agreement. The EU has signed its first split FTAs and IPAs with Singapore (on October 19, 2018) and Vietnam (on June 30, 2019).

Finally, the hard criticism toward the ISDS mechanism, more and more diffused at an international level, prompted the Commission to submit, in 2015, a proposal for a new system to settle disputes between foreign investors and the host State. Following a 2014 public consultation on the EU's approach to investment protection and investment dispute settlement⁷¹, the Commission launched the proposal of the Investment Court System (ICS)⁷² as this mechanism has been foreseen into CETA and in the IPAs with Vietnam and Singapore. Furthermore, in 2017, the Commission proposed to create a permanent international court in charge of settling investment disputes between investors and States: the so-called "Multilateral Investment Court (MIC)"⁷³. The negotiations for the establishment of this court are ongoing in the context of Working Group III of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) for ISDS reform. The MIC should substitute the bilateral ICSs⁷⁴, even if important investor countries such as China, Japan, or the US do not seem particularly favourable to this project.

In June 2020, during the Covid-19 pandemic, the European Commission has started a review of the EU's trade and investment policy⁷⁵ in order to evaluate the possible contribution of international trade to a rapid and

⁷⁰ Opinion 2/15 of 16 May 2017.

⁷¹ See European Commission, *Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, available at https://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179.

⁷² The foreseen system is quite similar to the WTO dispute settlement mechanism, with a tribunal of first instance and an appeal tribunal. There are some innovative features aimed at facing the limits of the current investment arbitration concerning, for instance, the grounds on which an investor can challenge a State measure, the State's right to regulate in order to pursue legitimate public policy objectives, the transparency of the procedure.

⁷³ European Commission, *Recommendation for a Council Decision Authorising the Opening of Negotiations for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes*", COM (2017) 493 final.

⁷⁴ Council of the EU, *Negotiating Directives for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes*", 12981/17, March 1, 2018.

⁷⁵ European Commission, *A Renewed Trade Policy for a Stronger Europe - Consultation Note*, June 16, 2020.

sustainable recovery for the Union. In this context, a new trade strategy has been considered a tool by which the goal of an “open strategic autonomy” is being implemented⁷⁶. On February 18, 2021 the European Commission issued its Trade Policy Review *An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy*, which individuates three core objectives of trade policy for the medium term: supporting the recovery and fundamental transformation of the EU economy in line with its green and digital objectives; shaping global rules for a more sustainable and fairer globalization; increasing the EU’s capacity to pursue its interests and enforce its rights, including autonomously where needed⁷⁷.

4. The present EU-China investment legal framework is founded on 25 BITs which EU Member States concluded on an individual basis⁷⁸, without the participation of the EU which did not have a specific competence on foreign investment before the entrance into force of the 2009 Lisbon Treaty. These agreements have an analogous content, following the traditional European BIT approach. Eight older BITs were replaced by minimally updated BITs and other older BITs were partially amended by adding a protocol. Furthermore, some treaties have never been modified.

The major changes introduced in more recent BITs in comparison with the older treaties concern the post-establishment NT clause and ISSD mechanisms.

In a dozen of these agreements the NT clause is absent. Sometimes, the BITs follow the so-called “good will” or “best effort” approach⁷⁹, since the NT clause merely states that «The treatment and protection accorded by either Contracting Party within its territory to investors of the other Contracting Party with respect to investments, returns and business activities in connection with the investment shall not be less favourable than that accorded to its own investors»⁸⁰, specifying that «If the treatment to be accorded by one Contracting Party in accordance with its laws and regulations, to investments or activities associated with

⁷⁶ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Europe's Moment: Repair and Prepare for the Next Generation*, {SWD(2020) 98 final}, COM(2020) 456 final, May 27, 2020, p. 13.

⁷⁷ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Trade Policy Review, *An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy*, COM(2021) 66 final, February 18, 2021.

⁷⁸ The 25 BITs are applicable to 26 EU Member States, since Belgium and Luxembourg traditionally conclude these agreements together as BLEU while Ireland having not signed any BIT with China yet.

⁷⁹ See SHIHATA, *Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment*, *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, 1994, p. 55.

⁸⁰ China-Slovenia BIT, signed on September 13, 1993, Art. 3(2).

such investments of investors of the other Contracting Party is more favourable than the treatment provided for in this Agreement, the more favourable treatment shall be applicable»⁸¹.

A less restrictive variation of the previous approach is adopted in some more flexible NT clauses, according to which the host State needs to provide the investors of the other contracting State treatment not less favourable than that accorded to its own investors «without prejudice to its laws and regulations»⁸². This means that the host State could guarantee a less favourable treatment to foreign investors if this treatment is however in accordance with its domestic laws and regulations.

Finally, in some rare cases, there is a full-scale post-establishment NT clause accompanied by a protocol, in which the following is clarified: «it shall not be deemed “treatment less favourable” for either Contracting Party to accord discriminatory treatment, in accordance with its applicable laws and regulations, to investors of the other Contracting Party, in case it is really necessary for the reason of public order, national security or priority in the sound development of national economy»⁸³. Therefore, also in this case, the NT clause has a restricted scope.

In general, the BITs between China and EU Members concluded before 2000 substantially link the NT clause to «local laws and regulations» or follow the “best effort” approach. Since the 2000’s, China has gradually started to accept less stringent NT clauses, even though these provisions are frequently subjected to a “grandfather clause”, according to which the NT provision cannot be applied to: «a) any existing non-conforming measures maintained within its territory; b) the continuation of any such non-conforming measure referred to in subparagraph a); c) any amendment to any such non-conforming measure referred to in subparagraph a) to the extent that the amendment does not increase the nonconformity of the measure». However, the BIT adds that «The People’s Republic of China will take all appropriate steps in order to progressively remove the non-conforming measures»⁸⁴. Therefore, this grandfather clause is normally nonreciprocal and the provision is only applied to China.

The NT standard is fundamental for foreign investors, since when it is not foreseen, the treaty does not guarantee foreign investors the same conditions applied to the

⁸¹ China-Slovenia BIT, Art. 10.

⁸² See e.g. China-Latvia BIT, signed on April 15, 2004, Art. 3(2), China-France BIT, signed on November 26, 2007, Art. 4, and China-Malta BIT, signed on February 22, 2009, Art. 3(2).

⁸³ See China-Czech and Slovak Republic, signed on December 4, 1991, Art 3(2) and Protocol (para. 1).

⁸⁴ See e.g. China-Spain BIT, signed on November 14, 2005, Art. 3(2) and Protocol (Ad Art. 2 and 3) and China-Portugal BIT, signed on December 9, 2005, Art. 3(2) and Protocol (Ad Art. 2 and 3).

domestic actors. This could authorize the host State to have a protectionist attitude in favour of national investors. However, none of the BITs between EU Members and China include a pre-establishment NT clause, following the traditional European approach in investment treaties. This suggests that the host States may benefit from an ample discretion over establishment and screening of the foreign investments, since the BIT is mainly devoted to the protection of foreign investment in the host country, neglecting the liberalization of international investment flows. As contemplated from here on, the NT standard has been a cornerstone in China-EU negotiations as the EU has required a NT clause covering also the pre-establishment of the foreign investments.

Almost all BITs between EU Members and China include a post-establishment MFN clause, which is applied to investments that have already been made «in accordance with the laws and regulations» of the host State⁸⁵. Furthermore, there is a fair and equitable treatment (FET) clause, whose content remains unqualified, in particular as concerning its relation to the minimum standard of treatment under customary international law⁸⁶. Most of these treaties also include a protection and security clause.

Regarding the measures of taking, all BITs subject the legality of the expropriations to specific conditions while foreseeing the terms for compensation. In addition, in the newer agreements there is also a judicial review clause on expropriations included⁸⁷. On the contrary, all these treaties lack a definition of “measures tantamount to expropriation” or indirect, creeping, or *de facto* expropriation.

The majority of the China-EU Members BITs include a monetary transfer provision, even if the free transfer of funds by investors is conditional upon the Chinese foreign exchange control regime⁸⁸. Furthermore, sometimes there are exceptions such as balance of payments difficulties⁸⁹ and rarely deadlines for such capital transfers are indicated.

Concerning the procedural clauses, all BITs contain provisions which discipline State-to-State dispute

⁸⁵ On the contrary, Art 3(3) of the China-Finland BIT, signed on November 15, 2004, states that «Each Contracting Party shall accord to investments by investors of the other Contracting Party treatment no less favourable than treatment it accords to investments by investors of any third State, with respect to the establishment, acquisition, operation, management, maintenance, use, enjoyment, expansion, sale or other disposal of investments».

⁸⁶ However, according to Art. 3 of the China-France BIT «Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer sur son territoire et dans sa zone maritime un investissement réalisés par les investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement juste et équitable, conformément aux principes généralement reconnus du droit international».

⁸⁷ See e.g. Art. 6(1) of the China-Switzerland BIT, signed on January 27, 2009.

⁸⁸ See e.g. Art. 5 and Protocol (Ad Art. 5(1)) of the BLEU-China BIT, signed on June 6, 2005.

⁸⁹ See e.g. Protocol (Ad Art. 6(5)) of the China-Spain BIT.

settlement. In regard to investor-to-State disputes, the older BITs limit access to international arbitration to the cases pertaining the amount of the compensation for expropriation⁹⁰, requiring in addition the State parties' mutual consent or the exhaustion of local remedies⁹¹.

Finally, rules regarding sustainable development, State-Owned Enterprises (SOEs) or transparency on subsidies, which have been pivotal during the negotiations of the CAI, are absent in the EU Members-China BITs⁹².

Concluding, these agreements reflect the initial and outdated relationships between European countries (operating exclusively as capital-exporting developed countries) and China (operating exclusively as a capital-importing developing country), which no longer correspond to the present context.

5. The necessity of deepening China-EU bilateral investment relationship was expressed in April 2010, on the occasion of a high-level official meeting between the European Commission and the Chinese Prime Minister Wen Jiabao⁹³. This circumstance determined the necessity of updating the existing legal framework. Therefore, in May 2010, the parties decided to establish a Joint EU-China BIT taskforce to ascertain the possibility of a EU-China investment agreement⁹⁴. In its Communication of July 7, 2010, the European Commission observed that in a medium-term the EU might evaluate «a standalone investment agreement and explore the desirability and feasibility of such an investment agreement with China»⁹⁵. Subsequently, in the EU-China Summit, held in Beijing on November 21, 2013, the decision to start bilateral negotiations for a EU-China BIT was announced⁹⁶.

⁹⁰ See e.g. Art. 8(2)(b) and (c) of the China-Lithuania BIT signed on November 11, 1993.

⁹¹ According to UNCTAD data (available at <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china>), up to today, *Hela Schwarz v. China* is the only case known to have been brought against China by an EU company, in 2017. In the opinion of some authors, this low number of cases is justified by the fear for foreign investors of being subjected to retaliations by China and losing new dealings. On this topic, see TRAKMAN, *Resolving the Tension between State Sovereignty and Liberalizing Investor-State Disputes: China's Dilemma*, in *Handbook of International Investment Law and Policy* (eds. Chaisse, Choukroune and Jusoh), Singapore, 2020, p. 6.

⁹² It is worth remembering that the China-France BIT states the right to regulate investments to preserve cultural and linguistic diversity (Art. 4).

⁹³ See José Manuel Durão Barroso, *Press Statement by President Barroso Following the Executive-to Executive Meeting with Chinese Premier Wen Jiabao*, Joint Press Conference, Beijing, April 29, 2010, SPEECH-10-197.

⁹⁴ See European Parliament, *Initial Appraisal of a European Commission Impact Assessment. European Commission Proposal on EU-China Investment Relations*, December 9, 2013, p. 1.

⁹⁵ European Commission, *Towards a Comprehensive European International Investment Policy*, cit.

⁹⁶ See HONG, *China-EU Investment Treaty: Can it Be Achieved?*, *RSIS Commentaries*, December 6, 2013, No. 224/2013.

At the beginning, the two parties aimed at concluding a EU-China BIT. However, from the 24th round of negotiations, they decided to point to a “Comprehensive Investment Agreement”.

The first consideration to make is that the CAI does not fall into the category of FTAs, being on the contrary an IIA. IIAs, and in particular BITs, as aforementioned, are fundamentally focused on investment treatment and protection, while FTAs are aimed at liberalising international trade by foreseeing tariff reductions, market access commitments, and other trade-related regulatory provisions.

Since its origins, the EU did not intend to conclude an FTA because of its growing trade deficit towards China. Its design was the conclusion of an IIA with liberalisation commitments in order to facilitate the access to Chinese market for European investors and to allow a more balanced bilateral economic relationship, in particular in the service sector.

Until today, the EU has been negotiating treaties including investment-related issues however not exclusively and comprehensively devoted to the liberalization and protection of investments. As previously analysed, these treaties are normally FTAs with investment chapters. This path has permitted the EU to overcome the uncertainties deriving from the ambiguous language used in Articles 206 and 207 TFEU.

The CAI should have been the first standalone BIT of the Union⁹⁷ representing the first attempt of negotiations devoted exclusively to foreign investment policy⁹⁸. This should have been an investment agreement with different features in comparison to both EU FTAs and EU Member States BITs. Meanwhile, the negotiations have followed the lines of recent agreements concluded by the EU with Canada, Singapore, and Vietnam, proposing a «comprehensive» text beyond the scope of the existing EU Members-China BITs.

Contrary to the traditional IIAs which are devoted to investment protection and include ISDS clauses, the CAI disciplines topics normally not covered by BITs, among which market access⁹⁹, prohibition of forced technology transfers¹⁰⁰, non-discrimination by SOEs and regulatory bodies¹⁰¹, transparency in economic governance, including

⁹⁷ Together with the investment protection agreement between EU and Myanmar(Burma), which negotiations were launched with in 2013.

⁹⁸ On this topic see WENHUA, WANG, *The China–EU BIT and the Emerging ‘Global BIT 2.0’*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2015, pp. 260–267. See also BUNGENBERG, TITI, op. cit., pp. 297-371.

⁹⁹ Section II, Article 2 and schedules of commitments.

¹⁰⁰ Section II, Article 3(1)(f), 3(2)(f), 3(3).

¹⁰¹ Section II, Articles 3bis-3ter.

subsidies¹⁰², and investment-related sustainable development issues¹⁰³.

It is obvious that the content of the Agreement draws its origins from some difficulties met by European investors in the Chinese market. In particular, according to the European Commission's 2013 impact assessment report¹⁰⁴, the Agreement should have faced the following main problems in the EU-China investment relationship: the lack of level playing field for prospective and existing European investors in China; market access limitations for EU investors in China, including but not limited to licensing requirements and procedures, foreign ownership limitations, regulatory approval procedures, prohibition to invest/limited scope of business, joint venture requirements; discriminatory treatment of established investors in China (bias against established EU investors provided the onerous State-run rules and requirements for aspiring foreign investors, failure to safeguard intellectual property rights and key technologies, the practice of government subsidies towards Chinese competitors, actions by SOEs in China); the lack of a comprehensive framework to remedy shortcomings of the EU-China investment relationship; a patchwork of BITs between 26 Member States and China resulting in a disparity of rules and an unlevel playing field between investors from different Member States in China; and, also concerns linked to Chinese investments in the EU.

Starting with these challenges, the EU has individuated the following specific objectives goals for the negotiations: improving legal certainty regarding treatment of EU investors in China; improving the protection of EU investments in China; reducing barriers to investing in China; increasing bilateral FDI flows¹⁰⁵.

Furthermore, due to the developments determined by the Commission's 2015 *Trade for All* strategy and the EU will to establish an ICS, the negotiations have also pursued the following objectives: promoting sustainable development by responsible investments and by securing core environmental and labour standards; and assuring the

¹⁰² Section III, Sub-Section 2 (subsidies specifically at Article 8 and related Annex).

¹⁰³ Section IV.

¹⁰⁴ See *Commission Staff Working Document Impact Assessment Report on the EU-China Investment Relations Accompanying the Document Recommendation for a Council Decision Authorising the Opening of Negotiations on an Investment Agreement between the European Union and the People's Republic of China*, {COM(2013) 297 final} {SWD(2013) 184 final}, SWD(2013) 185 final, May 23, 2013.

¹⁰⁵ See *Commission Staff Working Document Executive Summary of the Impact Assessment Report on the EU-China Investment Relations Accompanying the Document Recommendation for a Council Decision Authorising the Opening of Negotiations on an Investment Agreement between the European Union and the People's Republic of China*, {COM(2013) 297 final} {SWD(2013) 185 final}, 184 final, May 23, 2013.

effective enforcement of commitments through ISDS mechanisms.

Consequently, we can state that the CAI tries to face the three major critical issues that have traditionally characterized China's entry into global markets: reciprocity of market access; equal conditions for all operators; and shared rules on climate, health and work.

According to the European Commission, the CAI is «the most ambitious agreement that China has ever concluded with a third country»¹⁰⁶. The agreed text actually includes important innovations, in particular with regard to reciprocity of market access, equal conditions (i.e. "level playing field") for all operators in the market, restrictive requirements imposed in relation to joint ventures by the Chinese legal system, forced technology transfer, SOEs, transparency in grants.

For China, the CAI should be the first comprehensive investment protection agreement including clauses regarding investment liberalisation, fair competitive conditions, investment protection, dispute settlement, and sustainable development.

Despite some positive aspects, not only are the shortcomings of the negotiated Agreement immediately striking, but so are the differences in the setting and content between the CAI and the majority of BITs.

As we noticed, BITs guarantee protection to foreign investment both on a substantive level, by foreseeing several treatment standards and by banning illicit takings, and on a procedural level, by investor-State disputes resolution provisions. It is worth putting into light that these agreements always have the same structure and similar clauses. In particular, they include provisions concerning investment and investors definitions, treatment standards (for instance, NT, MFN treatment, FET), expropriation/nationalisation, compensation for expropriation/nationalisation, rights to transfer capital and returns, and subrogation. Furthermore, BITs also contain provisions for investment disputes resolution between State Parties and between foreign investor and host State¹⁰⁷. The ISDS mechanisms represent, probably, the most innovative element introduced by these treaties, since foreign investors may directly submit BIT violations committed by a host State to international arbitration, favouring a “depoliticization” of the dispute. Only very few recent

¹⁰⁶ European Commission, *Key Elements of the EU-China Comprehensive Agreement*, December 30, 2020.

¹⁰⁷ The majority of BITs allow the recourse to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) which was formally established by the Washington Convention, signed in 1965. Other mechanisms for dispute arbitration frequently foreseen are the International Chamber of Commerce (ICC) and the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC).

BITs, especially those concluded by the US and Canada, also introduce investment liberalisation commitments too.

As already mentioned, the CAI does not include norms on investment protection and ISDS, even though the Parties should continue negotiations on these aspects and should «endeavour» to conclude them within two years after the signature of the CAI¹⁰⁸. In the meanwhile, the 25 BITs between China and EU Member States will remain in force.

Coming to a deeper analysis of the CAI, we notice that the Agreement is divided into six Sections, which can be grouped in two categories. Firstly, we have the substantive provisions, which include: Section I on objectives and general definitions, Section II on investment liberalization, Section III on regulatory framework, and Section IV on investment and sustainable development. Secondly, we are introduced to the procedural and institutional provisions, which are incorporated in Section V on dispute settlement and Section VI on institutional and final provisions.

The difference between the CAI and BITs is already clear in Article 1 of Section I, according to which its main objective is to «lay down the necessary arrangements for the liberalisation of investment». This justifies the absence of the investment protection clauses traditionally included in BITs, such as those concerning expropriation and compensation, FET, and minimum standard of treatment.

Meanwhile, the second paragraph of Article 1 explicitly recognises the right of the Parties «to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, social services, public education, safety, the environment, including the fight against climate change, public morals, social security or consumer protection, privacy and data protection or the promotion and protection of cultural diversity».

The investment liberalization commitments are indicated in Section II of the Agreement, which is applied to «measures or treatment adopted or maintained by a Party affecting the establishment of an enterprise or the operation of a covered enterprise by an investor of the other Party in its territory»¹⁰⁹.

This Section, containing the market access commitments, adopts a positive listing approach, in the meaning that only services sectors explicitly listed in the schedule are subject to the foreseen liberalization¹¹⁰. Furthermore, there are the commitments on domestic regulation, connected with Article 3 (Performance Requirements), Article 4 (NT), Article 5 (MFN Treatment),

¹⁰⁸ Section VI, Sub-Section 2, Article 3.

¹⁰⁹ Section II, Art. 1(1).

¹¹⁰ The specific limitations are listed in Annex III of the Agreement, which is the schedule of specific commitments and limitations on market access.

and Article 6 (Senior Management and Boards of Directors). In reference to these obligations, a negative listing approach has been adopted. Therefore, unless a restriction has been scheduled, these obligations have to be applied¹¹¹. Article 7 indicates the possible non-conforming measures and exceptions.

The commitments on market access and domestic regulations are frequently inserted in the investment chapters of FTAs, on the contrary, two other articles included in this Section represent a true innovation, concerning SOEs and regulatory principles. Provisions on SOEs are not normally encompassed in FTAs and BITs¹¹², even if this attitude has been changing since the 2012 US Model BIT and the negotiations on the Trans-Pacific Partnership (TPP), the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), the United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA), and the China-US BIT. On occasion of the CAI negotiations, these clauses represented a cornerstone for the EU, which is seriously worried about the distortions in the market caused by Chinese SOEs¹¹³. The CAI includes SOEs in the category of “covered entities”. These companies have to act in accordance with commercial considerations and they have to provide a non-discriminatory treatment in their purchases or sales of goods or services¹¹⁴. Furthermore, a transparency obligation is stated, therefore a Party can request the other Party to supply information about the operations of a covered entity, among which information on ownership and the voting structure, special shares and voting rights, organisational and management structures, annual revenue or total assets, exemptions, immunities and equivalent measures, and government authorities responsible for exercising the ownership function and regulatory power¹¹⁵.

The Article 3ter, concerning regulatory principles, provides the duty for regulatory authorities to operate in an impartial, nondiscriminatory, and independent way in exercising the regulatory function.

Section III, concerning the regulatory framework,

¹¹¹ These articles follow the content of the Phase One Trade Agreement concluded between the US and China in 2020. On January 15, 2020, the US and China signed an agreement on a Phase One trade deal, which foresees deep reforms in the Chinese economic and trade regime and represents an effort to resolve the trade war between the two countries originated in March 2018.

¹¹² On this topic, see WANG, GALLAGHER, *SPECIAL FOCUS ISSUE NOTE: Introduction to the Special Focus Issue on State-Owned Enterprises*, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2016, pp. 1–4; KONG, *Emerging Rules in International Investment Instruments and China’s Reform of State-owned Enterprises*, *The Chinese Journal of Global Governance*, 2017, pp. 57–82.

¹¹³ See European Commission, *Commission Staff Working Document. On Significant Distortions in the Economy of the People’s Republic of China for the Purposes of Trade Defence Investigations*, SWD(2017) 483 final/2, December 20, 2017.

¹¹⁴ Section II, Art. 3bis(3).

¹¹⁵ Section II, Art. 3bis(4).

includes three sub-sections regarding domestic regulation, transparency, and financial services sector, individuating specific obligations in relation to these aspects. In this context, the clause on transparency of subsidies appears particularly significative¹¹⁶.

Finally, Section IV is devoted to sustainable development. Sustainable development clauses have become more and more important in the EU FTAs¹¹⁷, while they are normally absent in the EU Member States BITs. The present Section is divided into 3 sub-sections concerning the context and objectives of the Section, environment, and labour rights, respectively. It is noteworthy mentioning that the Section at issue is not covered by the general dispute settlement clauses included in the CAI; at the same time, there is a specific dispute settlement procedure according to which there are, firstly, bilateral consultations between the Parties; and, subsequently, a panel of experts if the dispute is not resolved in a satisfactory way within 4 months. The report adopted by the panel should constitute the basis for the Parties to settle the dispute¹¹⁸. The Section includes some important rules whose aim is to guarantee a better transparency of the proceedings, as follows: the Panel hearing has to be open to the public, while the request for consultation and Panel establishment, the submissions and statements of the Parties, the Panel report, and the final agreed solution between the Parties have to be made publicly available¹¹⁹. Moreover, the right for natural and legal persons from a Party to participate as *amicus curiae* in panel proceedings is recognised¹²⁰, which could facilitate the access for non-governmental organizations in dispute settlement proceedings.

Section V of the Agreement includes rules on disputes settlement which cover investment liberalization commitments and regulatory principles. The system concerns exclusively disputes between States, while, as noticed before, ISDS mechanisms typically foreseen in BITs lack. However, according to Section VI, the Parties concur to carry on with their talks in order to encompass «state of the art provisions in the field of investment dispute settlement», which they will attempt to conclude within 2 years from the signing of the CAI¹²¹.

The dispute settlement mechanism is similar to those foreseen in the WTO system, contemplating confidential

¹¹⁶ Section III, Sub-section 2, Art. 8.

¹¹⁷ See MARÍN DURÁN, *Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues*, *Common Market Law Review*, 2020, pp. 1031 – 1068.

¹¹⁸ See Sub-section 4.

¹¹⁹ Sub-section 4, Art. 5.

¹²⁰ Sub-section 4, Art. 6.

¹²¹ Sub-section 2, Art. 3(b).

bilateral consultation, arbitration by a three-person panel, interim report and final report, determination of reasonable period of time for implementation, compliance review, and retaliation in the form of suspension of concessions as well as other obligations. The panel proceedings can be suspended, resumed, and terminated. The dispute can also be solved through mediation or a mutually agreed solution.

The last Section is divided into two sub-sections: the first outlines the institutional framework, composed of a high level investment committee, a Working Group on Investment, and a Working Group on Sustainable Development¹²²; the second contains final provisions.

The above analysis leads us to observe that the CAI is in fact incomplete and not as “comprehensive” as expected, taking into account various reasons elucidated herein. On these grounds, the Agreement “in principle” continues to be subject to criticism and doubts and it would unlikely be considered the result of a new EU investment model.

First, there are currently no specific material rules on investment protection, remitted to future negotiations, rules which however represent the “core content” and the original rationale of all BITs and also, more generally, of IIAs, such as compensation for expropriation and rights to transfer capital and returns. In addition, the part of the Agreement regarding the settlement of disputes is inadequate, as there are no rules on State-foreign investor disputes, which are instead the main innovation of the BITs.

In the meantime, clauses present in the CAI, which apparently seem a novelty compared to the traditional legal framework of most BITs, such as those on reciprocity, “level playing field” and sustainable development, are indeed insufficient in content, especially given the circumstance in which the other Party is China.

As already mentioned, the market access provision was particularly important for the EU, as this kind of clause is outside the traditional scope of Chinese and also European BITs that have been concluded before. At the moment, there are no bilateral provisions on investment liberalisation in force between China and EU, since the 1985 EU-China Agreement on Trade and Economic Cooperation¹²³ does not contain market access provisions for investment and also the 25 BITs in force do not comprise clauses of this type.

Market access clauses reveal the degree of openness of a country towards foreign investors. For the EU the market access clause has been essential in the negotiations since the start, as this is afraid that the sole NT post-establishment approach, generally followed in EU Members BITs, could

¹²² Section VI, Sub-section 1, Articles 1, 3, and 4.

¹²³ The Agreement on Trade and Economic Cooperation between the European Economic Community and the People's Republic of China was signed on May 21, 1985.

facilitate a discrimination against EU investors and a minor market share in global investments in comparison with other countries whose investors, on the contrary, can benefit from the pre-establishment NT. Chinese BITs traditionally consider a covered investment only transactions that are in accordance with Chinese laws and policies; besides, since NT is not normally guaranteed in the pre-establishment stage of the investment, the governmental bodies in charge of approving the operation could have a very high discretion¹²⁴.

The CAI adopts the same approach followed by the EU in CETA signed with Canada, in which a pre-establishment NT clause with a negative list of reserved sectors has been included¹²⁵. Therefore, if the Agreement enters into force, China should guarantee European investors a greater market access in fundamental sectors of the economy, among which the automotive industry, the market for cloud services, financial services, electric vehicles and financial and air-transport services and healthcare. However, the Agreement does not yet fully allow an equal market opening nor does it contain detailed rules on this aspect. Furthermore, in some cases China has already unilaterally opened these sectors while the CAI just confirms national reforms¹²⁶. Finally, given the EU trend towards a deeper screening of Chinese investments, the market access clauses have a special relevance also for China, since they provide Chinese investors with a high level of market access in Europe.

As previously taken into consideration, the CAI also includes “level-playing-field” provisions, aimed at creating fair competitive conditions for European investors after their establishment in comparison to those that are applied to Chinese investors, by improving transparency on subsidies, enhancing procedural transparency, predictability and fairness of regulatory and administrative procedures, prohibiting forced technology transfers, regulating SOEs’ operations. However, foreign companies are often subjected to an informal discrimination by provincial or local governments rather than by the central government and it is uncertain to what extent provincial and local governments will respect the Agreement. In addition, granting these fair competitive conditions could be postponed and, however, China would only want to accept these clauses with several reservations, in order to safeguard

¹²⁴ See the document prepared for the European Commission Directorate-General for Trade, STRATFORD, *Assessing ‘National Treatment’ as a Basis for Securing Market Access Under a Comprehensive Agreement on Investment with the PRC*, July 23, 2015.

¹²⁵ See CETA, Articles 8.6 and 8.15.

¹²⁶ On this aspect, see POULSEN, *The EU-China Investment Deal and Transatlantic Investment Cooperation*, prepared for the Shapiro Geopolitics Workshop on Transatlantic Disruption, Perry World House, University of Pennsylvania, January 25 and 26, 2021.

the fundamental position of its SOEs. For example, China has still not committed to opening up its public procurement markets¹²⁷.

Nevertheless, it is worth adding that joint venture requirements provisions and the prohibition of forced technology transfer are larger and more comprehensive compared to the commitments assumed by China in its WTO accession protocol or in the Phase One Deal with the US¹²⁸.

Another important result of the negotiations is the section on sustainable development since, even though analogous parties are frequently included in EU FTA, the CAI is China's first agreement with such a section. The CAI falls into the category of the so-called "new generation agreements" since, due especially to the pressure exerted by the EU, it goes beyond the WTO Agreements, inserting for instance sustainable development objectives among its cornerstones. The sustainable development section contains provisions on the rights of workers, climate change, and corporate social responsibility. On such issues, a commitment was made not to lower the standards of laws and regulations, but without foreseeing higher levels of protection in the domestic order. The obligations herein included are fundamentally based on the Parties' existing commitments under other international environmental and labour treaties. Furthermore, the enclosed clauses are normally construed following a "best-effort" approach, in the meaning that the Parties simply «shall strive to ensure» or «shall make continued and sustained efforts»¹²⁹. Labour clauses appear particularly weak. Commitments on labour rights have the potential to disrupt China's economic and political foundation, while other interests such as a diminished weight given to trade union rights appear to be in alignment with Chinese interests. Labour activism is feared by the Chinese government when observing historical events in other parts of the world, during which independent trade unions have weakened one-party authority. Therefore, it would seem highly unimaginable that the CAI's engagement to «work towards» ratification can face these deeply instilled concerns¹³⁰.

However, this section foresees a standalone mechanism to settle disputes, which is similar to that included in the EU-Republic of Korea FTA¹³¹. Unfortunately, the dispute

¹²⁷ Consequently, European investors will not be treated as Chinese investors in public tenders.

¹²⁸ See Section II, Articles 2(b) and 3(3). On this topic see LESTER, *Forced Technology Transfer Provisions in the CAI and the US-China Phase One Deal*, *IELP Blog*, January 24, 2021.

¹²⁹ See, e.g., Sub-section 3, Articles 2 and 4.

¹³⁰ On this aspect, see COTULA, *op. cit.*, p. 7.

¹³¹ Recently, a panel issued a decision in the context of the EU-Republic of Korea FTA, stating that the Trade Union and Labour Relations Adjustment Act

settlement system is scarcely effective, while, at the same time, it is of great significance for environmental issues and labour rights violations to be under international scrutiny. Overall, this section expresses the necessity to find a balance between competing interests, keeping in mind each party's right to define its own labour and environmental policies as this always aims to achieve high levels of protection required by the EU in other treaties.

Concluding, the CAI is an unusual investment agreement with important differences (both in positive and in negative terms) compared to the BITs. Theoretically, by this Agreement, the EU could propose an own "Model International Investment Agreement", in which provisions comparable to those included in BITs are inserted together with clauses concerning aspects traditionally outside of the scope of BITs (for instance, market access and level playing fields). Notwithstanding the limits existing in the current text, if the negotiations go on, in the future the CAI could represent an improvement in comparison with the previous China-EU Members BITs.

6. The above analysis indicates that, notwithstanding the conclusion on December 30, 2020 of an Agreement "in principle", some issues remain unresolved.

From a legal point of view, the CAI presents certain important innovations compared to the existing BITs between EU Member States and China, including rules on market access, regulatory cooperation, and sustainable development. This Treaty addresses some of the major critical issues that have traditionally characterized China's entry into global markets, such as reciprocity of market access, equal conditions for all operators, and shared rules on climate, health and work.

However, the current content and structure prevent the CAI from substituting the BITs into force, as norms on investment protection and ISDS lack. Furthermore, also the clauses concerning new topics have caused doubts due to the vague tones employed and the absence of specific deadlines. Meanwhile, regarding the market access clause, which is considered a key provision, both Parties keep the right to unilaterally protect national interests through screening procedures of foreign investments¹³². It is worth

(Act No. 5310), enacted by Korea on March 13, 1997, had violated the commitment to comply with the principles of freedom of association foreseen by the FTA. See the report of the Panel of Experts Proceeding Constituted Under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement, January 20, 2021, pp 78-79. However, some key labour provisions included in the CAI are less stringent in nature compared to those encompassed in the FTA with Korea. In any case, it is worth recalling that, in addition to regular government-to-government consultations, the CAI foresees dialogue mechanisms with civil-society organizations.

¹³² However, on June 23, 2020, the NDRC and the Ministry of Commerce

mentioning that, in the last few years, investment screening mechanisms were diffused also within the EU Member States and on March 19, 2019 the EU adopted a framework for the screening of foreign direct investments¹³³. Exactly the acquisition of European companies by Chinese investors in key sectors, among which energy, transport, water, health, communications, media, data processing or storage, artificial intelligence, robotics, semiconductors, cybersecurity, aerospace, defence, financial infrastructure, pushed the EU towards this new protectionist approach, determining a major complexity for Chinese companies doing business in Europe.

With this being said, the CAI has a specific relevance on a political level, as it is a tool for promoting dialogue and stricter relations between China and the EU. Additionally, the conclusion of the Agreement in principle has to be read while keeping in mind the relations between China and the US as well as the relations between the EU and the US. On one hand, the EU wants to take from the Phase One Deal sealed with Beijing under the Trump administration given that this addresses related issues; on the other hand, the EU intends to induce the US again towards a major cooperation in global economic governance. Moreover, Beijing is expected to use the CAI on a domestic level to ensure ongoing economic reforms which guarantee to strengthen markets.

However, before ratifying, the EU has to take into consideration not only the shortages in the content of the Agreement but also the possible long-term consequences

(MOF) approved two “negative lists” relaxing market access for foreign investment. The two Negative Lists refer to the Special Administrative Measures on Access to Foreign Investment (2020 edition) (“2020 National Negative List”) and the Free Trade Zone Special Administrative Measures on Access to Foreign Investment (2020 edition) (“2020 FTZ Negative list”). These two negative lists indicate the industries where foreign investment will either be prohibited or restricted. China has been gradually shortening the negative lists. The 2020 National Negative List has reduced the number of restrictive measures from 40 to 33, and the 2020 FTZ Negative List has reduced the measures from 37 to 30.

¹³³ See Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union. On this topic, see GLIUBICH, *Il regolamento europeo per il controllo degli investimenti diretti esteri. Opportunità o occasione mancata per i ‘poteri speciali’ dell’unione europea?*, in *Golden Power* (a cura di Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza), Roma, 2019, pp. 29-40 ff.; NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell’arena economica globale*, *Rivista della regolazione dei mercati*, 2019, pp. 2-20; SCHILL, *The European Union’s Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2019, pp. 105-128; MAURO, *l’effetto del covid-19 sull’accesso degli investimenti stranieri: le recenti modifiche introdotte nel regime di “golden power”*, in *Gli effetti dell’emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana* (a cura di Acconci and Baroncini), Bologna, 2020, pp. 197-204; BOURGEOIS (ed.), *EU Framework for Foreign Direct Investment Control*, Alphen aan den Rijn, 2020.

and vulnerabilities of the design of the CAI. The EU should learn from the experience of other Chinese FTAs, as China's approach to design and expansion of its regional trade agreements can provide many clues as far as an incomplete structure within the dynamics of a possible future CAI¹³⁴. China tends to conclude agreements that anticipate future negotiations through the enlargement of the scope of the original treaty¹³⁵. The very limited trade agreement with Pakistan is a clear example, which subsequently foresaw a further extension of its scope under phase II of the agreement. A similar design of future negotiations is contemplated by Section VI, Sub-section 2, Article 3 of the CAI. The expectation of next concessions has determined a dependence of Pakistan on China, especially in key sectors such as textiles, reducing its treaty leverage in the following trade negotiations, creating interest in an expansion of the agreement and diminishing its negotiation advantages.

Notwithstanding these aspects, competitive reasons on the economic level could persuade the EU to ratify the Agreement. In 2012, China concluded an agreement with Japan and Korea which harmonises the three countries' investment requirements by containing provisions on transparency and intellectual property. Furthermore, the new US administration could be in favour of a close conclusion of a China-US investment agreement. Therefore, economic realities and pragmatism could prevail¹³⁶.

In addition, some aspects of the CAI, such as foreseeing timelines for investment protection negotiations but not for ratifying fundamental labour conventions, mirror the lack of balance between social, environmental, and economic interests within the global economy's legal framework.

In any case, China is different from any other EU trade and investment partner, characterized by a unique system with an overlap between business and State, in which private companies are obliged to cooperate with the State while this keeps a dominant position in the market, especially in the technology sector. China's economic power, political complexity, and strategic relevance should induce the EU to cautiously weigh the pros and cons of this Agreement.

Concluding, it would be a mistake to assert that the CAI

¹³⁴ On this aspect, see ANTKIEWICZ, WHALLEY, *China's New Regional Trade Agreements*, in *China's Integration into the World Economy* (ed. Whalley), World Scientific, 2011, pp. 99–121; KWEL, *Chinese Trade Bilateralism: Politics Still in Command*, in *Bilateral Trade Agreements in the Asia-Pacific. Origins, Evolution, and Implications* (eds. Aggarwal and Urata), London, 2013, pp. 133–155; ZENG, *China's Free Trade Agreement Diplomacy*, *The Chinese Journal of International Politics*, 2016, no. 3, pp. 277–305; SAMPSON, *The Evolution of China's Regional Trade Agreements: Power Dynamics and the Future of the Asia-Pacific*, *Pacific Review*, 2021, pp. 259–289.

¹³⁵ See SAMPSON, *The Evolution*, cit.

¹³⁶ On this aspect see POULSEN, *op. cit.*

is proof of a new trend from China; on the contrary, this Agreement confirms that investment policy continues to be a tool not only for pursuing economic goals but also for safeguarding the interests of the Party. The CAI is a further assertion of the Chinese rules of the game, which could also have consequences on international law. China is a key player for the international investment flows, therefore, it could be a fundamental shaper of «investment law-making and policy agenda-setting»¹³⁷.

At the same time, the CAI could be interpreted as the launch of a new model of investment agreement, taking into consideration that EU Member States and China are the most active participants in the global BIT network, which have an impact on the practice of other countries. According to some authors, the EU-China Agreement could become an emblem of the surfacing “Global BIT 2.0”¹³⁸. Even though there are no traditional investment protection rules in the CAI, this contains provisions which could offer new fundamental guarantees to foreign investors¹³⁹.

However, at the moment the ratification of this Agreement by the European Parliament is not a foregone conclusion¹⁴⁰.

¹³⁷ On this topic, see CAI, *China-US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime*, *Journal of International Economic Law*, 2009, pp. 457-506; BATH, *Chinese Investment and Approaches to International Investment Agreements*, in *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South* (eds. Morosini and Sanchez Badin), New York, 2018, p. 47; *China's International Investment Strategy: Bilateral, Regional, and Global Law and Policy* (ed. Chaisse), Oxford, 2019, p. 1.

¹³⁸ See SHAN, WANG, *The China–EU BIT and the Emerging “Global BIT 2.0”*, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2015, pp. 266-267.

¹³⁹ On this topic, see SHAN, ZHANG, *The Potential EU-China BIT: Issues and Implications*, in *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges* (eds. Bungenberg, Reinisch and Tietje), Baden Baden, Wien, Zürich, Oxford, 2013, p. 118.

¹⁴⁰ On May 20, 2021, the European Parliament voted to suspend the ratification process of the CAI due to the Chinese sanctions against five European officials. These sanctions have been adopted by China to react to Western countries sanctions following the Chinese government’s violations against the Uighurs in Xinjiang.

SUSTAINABILITY WITHIN THE APPROACH OF
CHINA TO INTERNATIONAL INVESTMENT LAW.
A FEW REFLECTIONS

Pia Acconci

SUMMARY: 1. Introductory Remarks. – 2. The Approach of China to International Investment Law from a Historical Perspective. – 3. What Sustainability within China's International Investment Treaties? – 4. Concluding Remarks.

1. There are three reasons why the main features of China's approach to international investment law have become a matter of discussion and an interesting perspective for research activity on this field of international law.

First, China has become a protagonist of the international investment arena. Statistics and surveys have shown a consistent increase in Chinese investments abroad and in foreign direct investments in China, since late nineties of last century and the beginning of this Millennium. China has become both a host and home State of foreign investments. China has also gained inflow foreign direct investments during the Covid-19 pandemic, whereas has experienced a slight drop in overseas direct investments since 2018¹. Many Chinese investments abroad have been made in developing countries, a large number in African States. A small percentage of such investments are in economic advanced States, especially in North America and Europe.

Second, China has expanded its position in the international investment arena from a political and regulatory perspective, in order to attract and/or export investments.

Third, China has included the safeguard of non-economic interests related to sustainable development within its international investment treaties. The development model of China has been successful for a relevant period of time, but has also brought about social and environmental issues, in terms of labour conditions, greenhouse gas emissions, soil depletion and water pollution². With the collaboration of interested international

¹ See UNCTAD, *World Investment Report 2020*, New York, Geneva, 2020, especially pp. 11-14. Cf. ZHANG, CORRIE, *Investing in China and Chinese Investment Abroad*, Berlin, 2018.

² See, among others, LI, *Environmental Concerns in China: Problems, Policies, and Global Implications*, in *International Social Science Review*, 2006, p. 46 ff.; HAO, CHEN (eds.), *Social Issues in China*, Berlin, 2014; SHINN, *The Environmental Impact of China's Investment in Africa*, in *Cornell International Law Journal*, 2016, p. 25 ff.

organizations, such as the World Bank, China has started to focus on such issues, in order to identify drivers of development based on sustainability from both an environmental and a social perspective³.

This essay proposes a few reflections on what sustainability China has promoted and pursued within its approach to international investment law, as well as on what kind of international regulatory sources China has used and what developments have occurred under a historical standpoint. Specific remarks on the 2020 EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI) will be made to also propose a few preliminary reflections on its relevance as regards the position of both the Contracting Parties in the international investment arena.

2. From the post-decolonization period of time until the first decade of this Millennium, China was a capital-importing State.

Since 1978, with the Law on “Sino-Foreign Equity Joint Ventures”, China reformed its economy by starting its “open door policy”. This was based on the attraction of private investments from abroad through the establishment of four special zones in 1979 and fourteen coastal cities in 1984. The “open door policy” aimed at stimulating a renewal of its domestic economy and an improvement of living conditions through an increase in Chinese export of goods and in private investments. To attract such investments, China provided for special incentives, like lower tax rate and less entry and exit restrictions, for economic activities in the special zones and coastal cities. China’s high rate of economic development was based on resource-intensive manufacturing activities and low-paid labor. Its domestic regulatory framework was the main reference point⁴. Its engagement in international investment treaties was limited. On 29 March 1982 China signed its first international agreement related to alien private investment, that is the agreement on the mutual protection of assets between the People’s Republic of China and the Kingdom of Sweden. China also concluded bilateral investment treaties with other European States, respectively with Germany in 1983, France, Norway and Finland in 1984, Denmark, Italy and the Netherlands in 1985 and the United Kingdom in 1986.

Later, in the nineties of the last century China launched a new policy, named “going global policy”, to combine

³ See OECD, *China’s Progress towards Green Growth*, Paris, 2018; WORLD BANK, *Innovative China: New Drivers of Growth*, Washington D.C., 2019.

⁴ Cf. CHEN, *The China Investment Guide: 1984-1985*, in *Maryland Journal of International Law and Trade*, 1985, p. 323 ff.; CASEY, *The 1986 Provisions to Encourage Foreign Investment in China: Further Evolution in Chinese Investment Laws*, in *American University Journal of International Law and Policy*, 1987, p. 579 ff.

inflow foreign private investments and overseas national ones, especially through State-owned enterprises⁵. China expanded its participations in international investment treaties and started to focus on investment protection by including clauses on the settlement of investor-State dispute settlement (ISDS) through arbitration⁶. Besides, China negotiated its access to the World Trade Organization. This occurred in 2001.

Since then, Chinese investments abroad have increased in a persistent manner. Precisely, since the beginning of this Millennium, China has focused on large-scale investments in the steel industry, energy production, infrastructures and shipyards, and has expanded its importance in the international investment arena, by influencing the behavior of other players and by intensifying its participation in international treaties.

These two aspects of China's new approach are connected.

First, China revised the "going global policy". The main purposes of this revision were to redress its relationship with foreign investors, gain a stronger position in the international investment arena, as a capital-exporting State, and become an important player of international economic affairs⁷. This revision brought about the "going global 2.0 policy" and the "Belt and Road Initiative" (BRI).

The "Belt and Road Initiative" was launched in 2013 by the Chinese President Xi Jinping for regional and trans-continental cooperation and connectivity through investments, trade, and infrastructure projects. Specifically, the "Belt and Road Initiative" has been directed to contributing to the enhancement of China's competitive position through investments in railways, roads, ports, airports and pipelines, particularly across the Eurasian, Asian, and African continents via the land-based "Silk Road Economic Belt" and the "twenty-first century Maritime Silk

⁵ See, among others, LI, *China's Regulation on Feign Investment*, in *Singapore Journal of International & Comparative Law*, 1997, p. 351 ff.; LIU, *China's Legal Framework for Foreign Investment*, in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2000, p. 1 ff.; DAVIES, *China Investment Policy: An Update*, *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2013/01, OECD Publishing, Paris (<https://doi.org/10.1787/5k46911hmvbt-en>); SAUVANT, NOLAN, *China's Outward Foreign Direct Investment and International Investment Law*, in *Journal of International Economic Law*, 2015, especially pp. 3-21.

⁶ Cf. GALLAGHER, SHAN, *Chinese Investment Treaties: Policy and Practice*, Oxford, 2009.

⁷ See, among others, BELLABONA, SPIGARELLI, *Moving from Open Door to Go Global: China goes on the world stage*, in *International Journal of Chinese Culture and Management*, 2007, p. 93 ff.; SHAMBAUGH, *China Goes Global*, Oxford, 2013; BIAN, *A Revisit to China's Foreign Investment Law: with Special Reference to Foreign Investment Protection*, in *Journal of East Asia and International Law*, 2015, p. 447 ff.; ZHU, *Going Global 2.0: China's Growing Investment in the West and Its Impact*, in *Asian Perspective*, 2018, p. 159 ff.

Road”⁸. Trade and investment facilitation, as well as financial cooperation are at the root of this “Initiative”. The implementation of the “Belt and Road Initiative” relies on other States, investors and the Asian Infrastructure Investment Bank, that is an international organization acting as a multilateral development bank based in Beijing⁹. This Bank was established in 2015 and started to work in 2016 for the specific purpose of selecting and financing investment projects concerning infrastructure projects, such as transport and energy. For the effective implementation of the “Belt and Road Initiative”, China has promoted the establishment of a common level playing field with third States, through informal non-binding regulatory instruments, such as bilateral memorandum of understanding¹⁰. The prevalence of soft regulatory instruments has facilitated China’s coordinating activities for the implementation of the “Belt and Road Initiative” through complex investments in terms of dimension and impact. Under the “Belt and Road Initiative” China has committed to a few core principles, that is openness, transparency, independence and accountability. Under this “Initiative”, China has also focused on the issue of sustainability, by pursuing environmental governance through the “Green Belt and Road Initiative” especially as regards building, transportation, energy technology and low-carbon activities¹¹.

Second, relevant numbers show the increasing engagement of China in international investment treaties. China has become the contracting party of many bilateral investment treaties, a few free trade agreements and

⁸ For further information, see National Development and Reform Commission, Ministry of Foreign Affairs, and Ministry of Commerce of the People’s Republic of China, with State Council authorization, *Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st Century Maritime Silk Road*, March 2015 (<http://www.chinese-embassy.org.uk/eng/zywl/t1251719.htm>). Cf. OECD, *The Belt and Road Initiative in the global trade, investment and finance landscape*, in OECD, *Business and Finance Outlook 2018*, OECD Publishing, Paris (https://doi.org/10.1787/bus_fin_out-2018-6-en).

⁹ The President and the Senior Management of the Bank work in collaboration with the International Advisory Panel. Its members are former government officials, corporate managers and academics. For further information on the functioning of the Bank and its bodies, see <https://www.aiib.org/en/index.html>.

¹⁰ On 23 March 2019 China and Italy signed a memorandum of understanding to establish a common level playing field through special cooperation based on non-discrimination, transparency and openness, as an implementing tool for the “Belt and Road Initiative”. For further information, see https://www.governo.it/sites/governo.it/files/ComunicatoCongiunto_Italia-Cina_20190323.pdf.

¹¹ Cf. Chinese Academy of International Trade and Economic Co-operation, Ministry of Commerce, United Nations Development Program China, *Supporting the Belt and Road Regions to Achieve the 2030 Agenda for Sustainable Development*, May 2017; UNDP, CCIEE, *The belt and road initiative: A new means to transformative global governance towards sustainable development*, UNDP Global Governance Report 2017 (<https://www.cn.undp.org/content/china/en/home/library/south-south-cooperation/a-new-means-to-transformative-global-governance-towards-sustaina.html>).

preferential trade agreements. Specifically, China concluded one hundred and twenty-seven bilateral investment treaties from 1985 to 2015, in particular with various African States, such as Mali in 2009, Libya in 2010, the Democratic Republic of Congo in 2011 and Tanzania in 2013¹², as well as other twenty-three trade-related treaties with investment provisions, like the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation with the ASEAN in 2009¹³. On 15 November 2020 China signed the Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement (RCEP) with ten Member States of the ASEAN, that is Brunei, Cambodia, Indonesia, Laos, Malaysia, Myanmar, Philippines, Singapore, and Vietnam, and other four Asian-Pacific States, respectively Australia, Japan, New Zealand and South Korea.

A number of these treaties provide for investment promotion, protection and liberalization¹⁴. Several of them include relevant innovative features in relation to investment admission, treatment and protection, like a reference to transparency of investment-related laws and policies of Contracting Parties¹⁵, and provisions on “direct arbitration” in accordance with the ICSID Convention and ICSID Arbitration Rules and/or with the UNCITRAL Arbitration Rules, as regards investor-State dispute settlement¹⁶.

The growing engagement of China in international investment treaties shows its trust in such a legal instrument to promote and protect its outward investments.

3. Other essays of this book cover the main features of

¹² See, among others, OFODILE, *Africa-China Bilateral Investment Treaties: a Critique*, in *Michigan Journal of International Law*, 2013, p. 131 ff.; QINGTAO, *The Protection of China's Investment in Africa under the International Investment Law*, in *Currents: International Trade Law Journal*, 2014, p. 28 ff.; WON, *China's Bilateral Investment Treaties with African States in Comparative Context*, in *Cornell International Law Journal*, 2016, p. 141 ff.; YING, *China's Investment and Trade in Africa: Neo-Colonialism or Mutual Benefit*, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2016, p. 511 ff.

¹³ Cf. XIAO, *The ASEAN-China Investment Agreement: a Regionalization of China's BITs*, in *Frontiers of Law in China*, 2011, p. 241 ff.

¹⁴ Cf., among others, LI, *Factors to Be Considered for China's Future Investment Treaties*, in SHAN, SU (eds.), *China and International Investment Law*, Leiden, Boston, 2015, p. 171 ff.; PEKAR, *The Chinese Investment Regime and the US-China BIT Negotiations*, in *op. loc. ult. cit.*, p. 264 ff.; SAUVANT, NOLAN, *op.cit.*, p. 21 ff.

¹⁵ See, for instance, Art. 19 of the 2009 ASEAN-China Investment Agreement; Articles 17 and 18 of the 2012 bilateral investment treaty between Canada and China.

¹⁶ Notably, provisions on “direct arbitration” as to the settlement of investor-State disputes are included, among others, in both the bilateral investment treaties between China and the Russian Federation concluded in 1990 and 2006; the 1992 bilateral investment treaty between China and Viet Nam; the 2008 bilateral investment treaty between China and Mexico. For a more extensive assessment, see, among others, SUN, *Emerging Investment Treaty Arbitration Practice in China. International Arbitration in the Asia-Pacific: Prospects and Challenges of a Dynamic and Growing Field*, in *The American Society of International Law Proceedings*, 2018, p. 103 ff.

China's investment treaties.

My assessment focuses on the relevance of these treaties for an international investment governance based on the sustainability of foreign investments.

China has revised the design of its international investment treaties, in order to attract and/or export qualitative, that is pro-sustainable development, investments.

Other relevant actors of the international investment arena, such as Canada, the United States, the Netherlands and Italy, have done the same through the revision of their Model BITs¹⁷ and/or the conclusion of new treaties.

These normative innovations have revised the traditional pro-investor regulatory framework¹⁸, designed a new framework on the conflicting interests of home and host States of foreign investments and slightly contributed to the overcome of the legal diversification typical of international law, that is the regulation of different issues - economic and non-economic - through separate legal instruments. Such innovations are a first attempt towards a new balance between the protection and liberalization of investment, on the one hand, and the promotion of sustainable development, on the other.

This kind of revision is usually based on the reference to a few non-economic interests, as exceptions and/or safeguards.

Several recent international investment treaties of China are in line with this trend.

Common features are the inclusion of provisions on the protection of the environment and health as general exceptions to treaty obligations on the treatment of foreign investments¹⁹, clauses on “non-precluding” and/or “non-

¹⁷ See the 2021 Canadian Model BIT, the 2012 US Model BIT, the 2019 Dutch Model BIT and the 2020 Italian Model BIT. As to the interaction between Canada and China in the international investment arena, cf. GAGNE, *The Canadian Policy on the Protection of Foreign Investment and the Canada-China Bilateral Investment Treaty*, in *Beijing Law Review*, 2019, p. 361 ff.

¹⁸ After decolonization, home and host States resorted to the conclusion of bilateral investment treaties for the promotion and protection of foreign investments, particularly through provisions on non-discriminatory treatment standards, the fair and equitable treatment standard, adequate, effective and prompt compensation for expropriation and “direct arbitration”, that is provisions on the settlement of possible disputes between one Contracting State's investor and the other Contracting State by an arbitral tribunal on direct request of the disputing investor. Several bilateral investment treaties refer to ICSID arbitration and UNCITRAL Arbitration Rules in this connection.

¹⁹ For example, Art. 33, para. 2, of the 2012 bilateral investment treaty between Canada and China reads as follows: «[p]rovided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures: (a) necessary to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement; (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; or (c) relating to the conservation of living or non-living

relaxation measures²⁰ and on the legitimacy of indirect, *rectius* regulatory, non-discriminatory expropriations for a legitimate public objective such as the protection of the environment or public health²¹. A few treaties refer to sustainable development in the preambles²².

China also engaged in multilateral negotiations with other Asian States, as mentioned above, and with the European Union and its Member States. The conclusion of the EU-China Comprehensive Agreement on Investment on 30 December 2020 was the first result of such negotiations.

The Contracting Parties clarify in the CAI preamble that they are «[d]etermined to strengthen their economic, trade and investment relations in accordance with the objective of sustainable development, and to promote investment in a manner supporting high levels of environmental and labour rights' protection, including fighting against climate change and forced labour, taking into account the relevant international standards and agreements; [c]ommitted to encourage enterprises to respect corporate social responsibility or responsible business conduct».

Besides, for the first time, an international investment treaty of China includes a specific chapter on sustainable development, Section IV.

Other essays of this book focus on the assessment of these CAI provisions into details.

exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption». These clauses are similar to Art. XX of the GATT 1994.

²⁰ For instance, Art. 10 of the 2013 bilateral investment treaty between China and Tanzania runs as follows: «1. [t]he Contracting Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Contracting Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. 2. Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or maintaining environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health». See also Art. 200 of the 2008 Free Trade Agreement between China and New Zealand. This Agreement was amended in 2019, in order to include, among others, a specific chapter on the environment and trade.

²¹ See, among others, Art. 6, para. 3, of the 2013 bilateral investment treaty between China and Tanzania. This provides that «[e]xcept in rare circumstances, such as where the measures adopted substantially exceed the measures necessary for maintaining reasonable public welfare, legitimate regulatory measures adopted by one Contracting Party for the purpose of protecting public health, safety and the environment, and that are for the public welfare and are non-discriminatory, do not constitute indirect expropriation». See also, among others, Art. 5 (3) of the Protocol III of the 2006 bilateral investment treaty between China and India; Art. 6, para. 3, of the 2012 bilateral investment treaty between Canada and China; Art. 4 of the Annex-10B to the RCEP.

²² See the preamble of the 2012 bilateral investment treaty between Canada and China where it reads as follows: «[r]ecognizing the need to promote investment based on the principles of sustainable development». Cf. ACCONCI, *Sustainable Development and Investment. Trends in Law-making and Arbitration*, in GATTINI, TANZI, FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden, Boston, 2018, p. 290 ff.

I take the liberty of making a few preliminary points this regard.

Hereafter, I quote relevant provisions to this end.

Art. I.1 of CAI Section IV on «[o]verarching principles» provides that «1. [t]he Parties recall the relevant international documents with regard to sustainable development in particular the Agenda 21 on Environment and Development of 1992, the Johannesburg Plan of Implementation on Sustainable Development of 2002, the Ministerial Declaration of the UN Economic and Social Council on Full Employment and Decent Work of 2006, the International Labour Organisation (ILO) Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation of 2008 and the Outcome Document of the UN Conference on Sustainable Development of 2012 entitled “The Future We Want”, the UN 2030 Agenda for Sustainable Development and its Sustainable Development Goals, and the 2019 ILO Centenary Declaration for the Future of Work and reaffirm their commitment to promote the development of investment in such a way as to contribute to the objective of sustainable development, for the welfare of present and future generations, and to ensure that this objective is integrated and reflected in their investment «reinforcing dimensions of sustainable development».

Art. I.1 of CAI Section IV also specifies that «[t]he Parties are committed to pursue sustainable development, and recognize that economic development, social development and environmental protection are interdependent and mutually reinforcing dimensions of sustainable development». A similar provision is in the preamble of the RCEP.

Besides, Art. I.2 of CAI Section IV on «Corporate Social Responsibility» is relevant. This provides that «[t]he Parties recognise the important contribution of Corporate Social Responsibility or Responsible Business Conduct to strengthening investment's positive role in sustainable growth, and in this way contributing to the objectives of this Agreement» and that «[e]ach Party agrees to promote responsible business practices, including by encouraging the voluntary uptake of relevant practices by businesses, taking into account relevant internationally recognised guidelines and principles, such as the UN Global Compact, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, the ILO Tripartite Declaration of EU-China investment negotiations. Without prejudice Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises».

These CAI provisions on sustainable development mitigate international regulatory diversification, as they recall a number of relevant international legal instruments on the safeguard of the environment, human rights and

labour conditions, as well as on corporate social responsibility, whether binding or not, as reference points within international rules on foreign investments.

This might be the outcome of the negotiating power of the European Union, as several of its *post*-Lisbon trade treaties include similar provisions.

The 2007 Lisbon Treaty included foreign direct investment within the EU common commercial policy²³. In conformity with Art. 21, para. 2, of the Treaty on the European Union²⁴ and Art. 207 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the EU Commission and the EU Parliament have underlined the need of reconciling the protection of investment (“right to protect”) and a host State’s “right to regulate” through the exercise of the new EU competence on foreign direct investment within the common commercial policy²⁵. Specifically, both these EU institutions adopted a few non-binding acts on the design of the EU common investment policy. As the relevant Articles of the *post*-Lisbon EU Treaty, such acts provide for consistency between the EU external action and the principles and values at the basis of the EU integration process. These principles and values include sustainable development and the protection of the environment²⁶. In

²³ See, among others, HINDELANG, MAYDELL, *The EU’s Common Investment Policy—Connecting the Dots*, in BUNGENBERG, GRIEBEL, HINDELANG (eds.), *European Yearbook of International Economic Law 2011: Special Issue: International Investment Law and EU Law*, 2011, p. 1 ff.

²⁴ According to Art. 21, para. 2, of the Treaty on the European Union, «[t]he Union shall define and pursue common policies and actions, and shall work for a high degree of cooperation in all fields of international relations, in order to: (a) safeguard its values, fundamental interests, security, independence and integrity; [...] (d) foster the sustainable economic, social and environmental development of developing countries, with the primary aim of eradicating poverty; [...] (f) help develop international measures to preserve and improve the quality of the environment and the sustainable management of global natural resources, in order to ensure sustainable development [...]».

²⁵ As to the European Parliament, see, among others, resolution 2010/2203, 6 April 2011, especially paras. 15, 17, 23, 26-30; resolution 2013/2558(RSP), 23 May 2013, especially para. 16; and resolution 2014/2228(INI), 8 July 2015, especially paras. xiii-xiv. The preamble of the CETA includes an express reference to the preservation of «the right to regulate [...] for legitimate policy objectives, such as public health, safety, environment, public morals and the promotion and protection of cultural diversity». Other EU international treaties on trade and investment include relevant provisions. See, among others, the 2010 free trade agreement among the EU, its Member States and South Korea, in particular the preamble, arts. 7.1 (4) and 13.3; the 2008 Economic Partnership Agreement among the CARIFORUM States, the European Communities and its Member States, in particular arts. 60 (4) and 184; and the 2012 trade agreement among the EU, its Member States, Colombia and Peru, in particular arts. 107 (5) and 268.

²⁶ See, in particular, the Communications from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions named “Towards a comprehensive European international investment policy”, COM (2010) 343 final, 7 July 2010; Communication “Trade, Growth and World Affairs. Trade Policy as a Core Component of the EU’s 2020 Strategy”, COM (2010) 612 final, 9 November 2010, and “Trade for All. Towards a More Responsible Trade and Investment Policy”, COM (2015) 497 final, 27 April 2016. See also the “Conclusions on a

effect, since the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009, the European Commission has negotiated and partly concluded a relevant number of agreements on the basis of an innovative approach to international investment law. This approach has contributed to the mitigation of the traditional pro-investor orientation of international investment treaties. The European Commission has made relevant efforts for the safeguard of “non-investment” interests/concerns within such treaties, by including a specific chapter on sustainable development in a number of EU *post*-Lisbon trade and investment agreements. The EU-China Comprehensive Agreement on Investment is one of them. Besides, treaty clauses on the promotion of corporate social responsibility have also become recurrent in *post*-Lisbon trade and investment agreements of the European Union²⁷. As highlighted above, the CAI also includes one relevant clause this regard.

A few additional points matter.

One might wonder whether the relevance of sustainable development and corporate social responsibility within the CAI might be the outcome of an alignment between China’s interests and the *post*-Lisbon approach of the European Union to international investment law. China might have agreed on the enhanced sustainability of the CAI in order to render the public dimension of such a framework more acceptable in terms of accountability, legitimacy and certainty, on the one hand, and increase its competitiveness as a player of the international investment arena, on the other. This latter prospect might be justified by China’s declared interest in exporting its environmental standards through transnational investments, in line with the “Green Belt and Road Initiative”²⁸. However, such a prospect has been undermined by the adoption of sanctions, among others, on five members of the European Parliament by the Spokesperson of the Foreign Ministry of the People’s Republic of China on 22 March 2021, because of alleged “severely harming China’s sovereignty and interests and

comprehensive European international investment policy” adopted by the Council on 25 October 2010 and the Report on the “Future European International Investment Policy” adopted by the Committee on International Trade of the European Parliament on 22 March 2011. The latter called on the Commission to include in all future EU trade and investment agreements specific clauses laying down, among others, the promotion of sustainable investments in terms of the protection of the environment (at paras. 27-30) and of «the public intervention domain» (at paras. 11-12).

²⁷ See, among others, the 2010 Free Trade Area Agreement between the EU, its Member States and South Korea at Art. 13.6 (2), the 2012 Partnership and Cooperation Agreement between the EU, its Member States and Vietnam at Art. 44 (e); the 2015 Trade Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) at Art. 9.16, the 2015 revised Indian Model BIT at Ch. III, Arts. 11-12, and the preamble of the 2016 Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, the EU and its Member States (CETA).

²⁸ See, among others, COENEN, BAGER, MEYFROIDT, NEWIG, CHALLIES, *Environmental Governance of China’s Belt and Road Initiative*, in *Environmental Policy and Governance*, 2021, p. 3 ff.

maliciously spreading lies and disinformation” in relation to forced labour and the situation of the Uyghurs in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region. These sanctions were an immediate reaction to the package of listings under the EU Global Human Rights Sanctions Regime adopted by the EU Foreign Affairs Council. The package included four individuals and one entity for human rights violations and abuses against Uyghurs and other minorities²⁹. China’s reaction has impacted on the approval of the CAI by the European Parliament. On 20 May 2021 such an approval was suspended³⁰.

At any rate, whatever occurs to the entry into force of the CAI, international law regulates investment intercourse between China and several EU Member States, because of pre-existing bilateral investment treaties³¹. As a rule, these treaties include relevant provisions on investment protection, such as ISDS clauses, but not a specific chapter on sustainable development.

4. The insertion of a few non-economic interests, through exceptions and/or safeguards, has not altered the typical pro-investor design of international investment treaties. This innovation has resulted in the injection of such interests, rather than their integration into international treaty rules on investment.

This kind of normative solution can be considered a contribution to the effective implementation of international actions towards sustainable development and to the mitigation of the impact of international legal diversification on these actions. Specifically, such an innovation has contributed to the flexibility of international investment law, by enhancing the discretionary powers of interpreters, particularly of arbitrators in case of a dispute between a foreign investor of one Contracting Party and another Contracting Party.

The inclusion of a specific chapter on sustainable development is a stronger normative solution, although its enforcement in relation to investment might be uncertain as treaty chapters on sustainable development are, as a rule, connected with treaty chapters on trade, rather than on investment. The CAI is a relevant exception in this regard. Further, its Section on sustainable development is wide-ranging, as this recalls several international relevant legal instruments.

²⁹ See <https://www.consilium.europa.eu>.

³⁰ See European Parliament, “Chinese countersanctions on EU entities and MEPs and MPs”, resolution of 20 May 2021 on Chinese countersanctions on EU entities and MEPs and MPs, 2021/2644(RSP) available on https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0255_EN.html.

³¹ For instance, since the beginning of this Millennium, China has revised and/or concluded bilateral investment treaties with the Netherlands in 2001, Germany in 2003, Finland and Latvia in 2004, Belgium-Benelux, Czech Republic, Portugal and Spain in 2005, Malta in 2009.

However, Section IV does not add anything further as to the effective implementation and enforcement of these instruments, apart from the establishment of a specific working group to monitor its implementation³² and the option of the settlement of a possible conflict of interests on the basis of the recommendations from a specific panel of experts in case of disagreement³³. Other EU *post*-Lisbon treaties provide for this latter option³⁴.

The inclusion of Section IV on sustainable development shows China's endorsement of sustainability as a policy paradigm and the EU protagonism in this connection. The CAI also shows that the EU institutions might be the drivers of multilateralism on investment through regionalism³⁵.

The CAI is not the final point of the negotiations between China and the European Union. Additional rounds of negotiations are expected. This appears as a promising field for further research and study activities to understand whether or not the active participation of China in the international investment arena and its cooperation with the European Union might contribute to the design of common value-based rules and standard for a global investment governance, as foreseen by the European Commission³⁶. Consistency, predictability and the establishment of a common level playing field, in particular as regards market access and sustainable development, are essential to this end and appear to be the special aims of the Commission³⁷. Regulatory and political bargaining powers are both strategic to ensure protagonism in the international investment arena. The European Union has succeeded in pursuing these goals through international treaties, but has to overcome great challenges from a non-economic

³² See Art. 4 of CAI Section VI.

³³ See Art. IV.2 of CAI Section IV.

³⁴ See, for instance, the 2010 Free Trade Area agreement between the EU, its Member States and South Korea and the 2016 Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, the EU and its Member States (CETA).

³⁵ Cf. ACCONCI, *Biofuel Production through Sustainable Investment from the Standpoint of the European Union*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1040 ff., especially pp. 1063-1065; IDEM, *The Inclusion of the "Right to Regulate" of the Host Contracting Party within International and EU Investment Laws. Results and Open Issues*, in GATTINI, BAREL (eds.), *Le prospettive dell'export italiano in tempo di sfide e crisi globali. Rischi e opportunità*, Torino, 2021, p.143 ff., especially pp. 154-156.

³⁶ See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2541. Cf. BUNGENBERG, TITI, *The Evolution of EU Investment Law and the Future of EU-China Investment Relations*, in SHAN, SU (eds.), *China and International Investment Law*, Leiden, Boston, 2015, p. 297 ff., especially pp. 370-371; ZHANG, *EU-China Investment Agreement in Making: Time for Stocktaking of Investment Liberalization in IIAs*, in FACH GÓMEZ (ed.), *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales*, Barcelona, 2017, p. 391 ff.; CHAISSE, *China's International Investment Strategy: Bilateral, Regional and Global Law and Policy*, Oxford, 2019.

³⁷ See Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Trade Policy Review. An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy*, COM (2021) 66 final, 18 February 2021, especially pp. 9, 13.

standpoint, as the decision of the EU Parliament to suspend the ratification of the CAI shows.

ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLA SEZIONE
“INVESTIMENTI E SVILUPPO SOSTENIBILE”
CONTENUTA NEL *COMPREHENSIVE AGREEMENT
ON INVESTMENT* TRA UNIONE EUROPEA E CINA

Azzurra Muccione

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Le previsioni in materia di sviluppo sostenibile contenute nella Sezione IV dell'accordo. L'importanza dedicata alla promozione della responsabilità sociale d'impresa. 2.1. Gli obblighi in materia di tutela dell'ambiente. 2.2. Gli obblighi sulla protezione dei diritti dei lavoratori. 2.3. Il meccanismo per la risoluzione delle controversie su questioni relative alla Sezione IV. 3. Considerazioni conclusive.

1. Lo scorso 30 dicembre l'Unione europea e la Cina hanno concluso i negoziati in corso sin dal 2013 sull'accordo globale in materia di investimenti (*Comprehensive Agreement on Investment*, di seguito CAI)¹. Le parti, infatti, hanno raggiunto un *agreement in principle*, il cui testo è stato reso pubblico dalla Commissione europea il 22 gennaio 2021². Il presente contributo intende concentrarsi su un aspetto dell'accordo particolarmente degno di nota, ossia la presenza di una Sezione intitolata *Investment and Sustainable Development* (Sezione IV) che contiene disposizioni in materia di tutela dell'ambiente e dei diritti dei lavoratori. Come noto, da oltre un decennio, l'UE conduce la politica commerciale comune tendendo ad integrare la tutela di valori non economici negli accordi che conclude con i Paesi terzi³. Per la Cina, ad ogni modo, si tratta del primo accordo in materia di investimenti esteri che prevede disposizioni sulla tutela di valori non

¹ Per un primo commento in merito al CAI, v. i contributi di ACCONCI, MAURO, e BORLINI nel presente volume; KONSTANTINIDIS, *The EU-China Comprehensive Agreement on Investment: A Tale of Sound and Fury*, 9 febbraio 2021, *EJIL: Talk!*, <https://www.ejiltalk.org>; MERCURIO, *Five Points You Should Know on EU-China Investment*, 4 febbraio 2020, <https://tradeacts.com>.

² Sull'avvio dei negoziati, v. BERGER, *A European Investment Treaty with China: Limited Effect, But Global Significance*, *German Development Institute*, 7 ottobre 2013.

³ In ossequio a quanto espressamente previsto dall'art. 207, par. 1, del TFUE così come modificato dal Trattato di Lisbona, l'UE promuove attraverso la politica commerciale comune i principi e gli obiettivi elencati nell'art. 21 del TUE, quindi la tutela di quei valori che costituiscono parte integrante in primo luogo della sua dimensione interna. Su questa prassi dell'UE, la bibliografia è ampia. V. *ex multis*: ACCONCI, *Sustainable Development and Investment. Trends in Law-making and Arbitration*, in *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (a cura di Gattini, Tanzi e Fontanelli), Leiden, Boston, 2018, pp. 290-319; ADINOLFI, *Alla ricerca di un equilibrio tra interessi economici e tutela dell'ambiente nella politica commerciale dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 14 maggio 2017; ASTERITI, *Article 21 TEU and the EU's Common Commercial Policy: A Test of Coherence*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2017, p. 111 ss.; GSTÖHL, HANF, *The EU's Post-Lisbon Free Trade Agreements: Commercial Interests in a Changing Constitutional Context*, in *European Law Journal*, 2014, p. 733 ss.

economici ⁴: per questo motivo, il CAI rappresenta un'importante conferma della prassi dell'UE a cui si è appena accennato.

Nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, l'UE e la Cina assicurano livelli di tutela notevolmente diversi sia in materia di ambiente che di protezione dei diritti dei lavoratori. Alla luce di ciò, si rende opportuno esaminare il contenuto della Sezione IV al fine di valutare il rilievo giuridico e la portata pratica delle previsioni in essa contenute ⁵. L'analisi sarà svolta anche alla luce della comparazione tra le disposizioni della Sezione IV del CAI e quelle simili contenute in altri accordi preferenziali conclusi dall'UE negli ultimi anni.

Nel momento in cui si scrive, non è possibile prevedere se e quando il CAI potrà essere definitivamente concluso dall'UE, considerato che nei primi mesi del 2021 si è verificato un peggioramento dei rapporti tra le due parti. In particolare, con la risoluzione del 20 maggio 2021, il Parlamento europeo ha reso noto di aver sospeso per il momento qualsiasi valutazione in merito all'accordo e al conseguente processo di ratifica, almeno fintantoché la Cina manterrà in vigore le sanzioni adottate nei confronti di alcuni parlamentari europei in risposta alle sanzioni deliberate dal Consiglio dell'Unione nei confronti di funzionari cinesi responsabili della commissione di gravi violazioni dei diritti umani e di crimini contro l'umanità nei confronti della minoranza degli uiguri nella Regione autonoma dello Xinjiang ⁶.

Ad ogni modo, nell'eventualità in cui nel prossimo futuro riprendesse il processo di conclusione dell'accordo, si ritiene che, per le ragioni di cui si dirà più approfonditamente qui di seguito, le disposizioni contenute nella Sezione IV costituiranno il principale elemento di valutazione ai fini dell'approvazione da parte del Parlamento europeo.

2. Il primo riferimento alla promozione dello sviluppo sostenibile si rinviene nel preambolo dell'accordo, dove si

⁴ In alcuni accordi commerciali o di investimento conclusi dalla Cina sono presenti impegni in materia di tutela dei diritti dei lavoratori o dell'ambiente, ma questi sono contenuti in *Memorandum of Understanding* allegati agli accordi, che non hanno quindi un carattere vincolante. Cfr. BROWN, *China-EU BIT and FTA: Building a Bridge on the Silk Road Not Detoured by Labor Standard Provisions*, in *Washington International Law Journal*, 2019, p. 61 ss., p. 79 ss.

⁵ L'esame delle disposizioni contenute nella Sezione sullo sviluppo sostenibile è particolarmente opportuno se si considera che la presenza di tale Sezione nell'accordo rappresenta un elemento sul quale far leva per mettere al riparo le istituzioni dell'Unione europea da critiche e contestazioni circa la conclusione di un accordo di liberalizzazione degli investimenti esteri con un Paese come la Cina che non rispetta i diritti umani fondamentali.

⁶ Cfr. Parlamento europeo, risoluzione n. 2021/2644 del 20 maggio 2021 sulle controsanzioni cinesi nei confronti di entità dell'UE, di deputati al Parlamento europeo e di deputati nazionali, punto n. 10. Sulle ragioni del regime di sanzioni adottato dal Consiglio, v. *infra*, il par. 2.2, il passo del testo che corrisponde e segue la nota 35.

legge che: «[the Parties] determined to strengthen their economic, trade and investment relations in accordance with the objective of sustainable development, and to promote investment in a manner supporting high levels of environmental and labour rights' protection, including fighting against climate change and forced labour, taking into account the relevant international standards and agreements». Inoltre, nell'art. 1, le Parti, dopo aver richiamato gli obblighi che derivano dalla loro partecipazione all'OMC, specificano di voler creare «a better climate to facilitate and develop trade and investment»⁷, ma allo stesso tempo affermano di voler perseguire tale obiettivo facendo salvo il diritto di legiferare «to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, social services, public education, safety, the environment, including the fight against climate change, public morals, social security or consumer protection, privacy and data protection or the promotion and protection of cultural diversity»⁸.

Per quanto riguarda specificamente la Sezione IV del CAI, essa si compone di quattro sotto-sezioni dedicate, rispettivamente: al contesto e agli obiettivi; al rapporto tra investimenti e ambiente; al rapporto tra investimenti e lavoro; alla procedura per risolvere eventuali controversie tra le Parti relative all'implementazione di quanto previsto nella Sezione stessa.

La prima sotto-sezione contiene una previsione che richiama i principali documenti internazionali rilevanti in materia di sviluppo sostenibile⁹. Segue una disposizione interamente dedicata alla responsabilità sociale delle imprese (*Corporate Social Responsibility, CSR*). In particolare, le Parti riconoscono che la CSR contribuisce a rafforzare il ruolo positivo degli investimenti ai fini della crescita economica sostenibile¹⁰; inoltre, esse si impegnano a promuovere le *responsible business practices*, prendendo in considerazione gli strumenti internazionali rilevanti, quali: il *Global Compact* delle Nazioni Unite; i Principi guida sulle imprese e i diritti umani approvati dal Consiglio sui diritti umani delle Nazioni Unite nel 2011; la Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e le politiche sociali adottata dall'Organizzazione internazionale del lavoro (di seguito, OIL); le Linee guida sulle imprese multinazionali dell'Organizzazione sullo sviluppo economico e sociale (OCSE)¹¹. Generalmente, il riferimento alla CSR negli accordi commerciali o di investimento stipulati dall'UE non è contemplato in una specifica disposizione, ma si rinviene

⁷ CAI, art. 1, par. 1.

⁸ CAI, art. 1, par. 2.

⁹ CAI, Sezione IV, sotto-sezione 1, art. 1.

¹⁰ CAI, Sezione IV, sotto-sezione 1, art. 2, par. 1.

¹¹ *Ibidem*, par. 2.

nell'ambito di disposizioni dedicate ad una molteplicità di aspetti del commercio o degli investimenti che, nell'ottica delle parti, favoriscono lo sviluppo sostenibile. Si tratta spesso delle previsioni intitolate *Trade (and Investment) favouring sustainable development*¹². Nel CAI, invece, alla CSR è dedicata una disposizione *ad hoc*, che è inserita, peraltro, nella parte iniziale della Sezione IV¹³. Alla luce di tale collocazione, deve ritenersi che le Parti intendano attribuire alla promozione della CSR una particolare importanza, quantomeno simbolica. Il rilievo giuridico dell'impegno delle Parti a promuovere la CSR è però dubbio, dal momento che gli strumenti e le linee guida internazionali rilevanti in materia hanno tendenzialmente un carattere non vincolante. Le disposizioni del CAI sembrano voler ricollegare a tali strumenti dei vincoli giuridici più forti per le parti (le quali, infatti, si impegnano a prenderli in considerazione per promuovere la CSR). Ad ogni modo, la CSR di per sé non è sufficiente a sostituire il progressivo adeguamento delle normative interne della Cina ai livelli minimi di protezione dei diritti dei lavoratori o dell'ambiente assicurati dalle pertinenti norme internazionali¹⁴.

Nella medesima sotto-sezione, seguono, infine, due previsioni dedicate, rispettivamente, all'obbligo di assicurare la trasparenza nei processi decisionali interni relativi all'attuazione di quanto previsto nella Sezione IV¹⁵, e alla necessità di monitorare e valutare l'impatto sullo sviluppo sostenibile generato dall'implementazione dell'accordo¹⁶.

2.1. La seconda sotto-sezione dell'accordo ha ad oggetto la tutela dell'ambiente. Le principali disposizioni

¹² V. ad esempio, l'art. 13.10 dell'accordo di libero scambio tra l'UE e il Vietnam. Sull'evoluzione degli strumenti internazionali in materia di responsabilità sociale d'impresa, tra i quali devono annoverarsi ormai anche le disposizioni contenute negli accordi commerciali o sugli investimenti, nonché sulla natura giuridica di tali strumenti, v. i contributi contenuti nel volume *Legal Sources in Business and Human Rights, Evolving Dynamics in International and European Law* (a cura di Buscemi, Lazzarini, Magi e Russo) Leiden, 2020. Sul tema v. anche ACCONCI, *La promozione della responsabilità sociale di impresa nel diritto internazionale*, in *La responsabilità sociale di impresa in Europa* (a cura di Acconci) Napoli, 2009, p. 3 ss.; BORLINI, *The EU's Promotion of Human Rights and Sustainable Development through PTAs as a Tool to Influence Business Regulation in Third Countries*, *Bocconi Legal Studies Research Paper*, 2018; LONGO, *La responsabilità sociale d'impresa nei trattati internazionali in materia di investimenti: verso obblighi in capo agli investitori?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 1134 ss.

¹³ Si tratta, appunto, dell'art. 2 della sotto-sezione 1.

¹⁴ Per alcune considerazioni al riguardo, v. ad esempio quanto sostenuto dalla Confederazione europea dei sindacati nello *Statement on EU-China Comprehensive Agreement on Investment*, adottato il 9 febbraio 2021 e disponibile all'indirizzo <https://www.etuc.org/en>: «it is highly unlikely that European companies will be allowed to respect universal human rights standards if doing so is in violation of national law».

¹⁵ CAI, Sezione IV, sotto-sezione 1, art. 3.

¹⁶ *Ibidem*, art. 4.

contenute in questa sotto-sezione riguardano: il diritto di ciascuna Parte di determinare le proprie politiche e priorità in materia di sviluppo sostenibile e di stabilire i propri livelli di protezione, diritto sancito in una disposizione intitolata *Right to regulate*¹⁷; l'impegno delle Parti a non abbassare i rispettivi livelli di protezione ambientale al fine di attrarre gli investimenti esteri, contenuto in una previsione dal titolo *Levels of protection*, che rappresenta, dunque, una cd. *non-relaxation clause*¹⁸; e, infine, l'impegno a rispettare e ad implementare in modo effettivo gli obblighi internazionali in materia di ambiente esistenti in capo a ciascuna Parte¹⁹.

Negli accordi in materia di investimenti, la disposizione sul *right to regulate* tendenzialmente si trova nelle sezioni dedicate alla disciplina sostanziale sugli investimenti²⁰. Essa svolge quindi la funzione di una clausola di giustificazione, alla quale si ricorre per valutare l'eventuale compatibilità con gli obblighi sostanziali di misure che perseguano la realizzazione di legittimi obiettivi di tutela. Nel CAI, invece, non sembrano esservi altre clausole che affermano il *right to regulate* delle Parti all'infuori di quella contenuta nella Sezione dedicata allo sviluppo sostenibile e del richiamo al diritto di regolamentare previsto nella disposizione che definisce gli obiettivi dell'accordo²¹. La collocazione di tali richiami al *right to regulate* porta ad escludere la possibilità che essi possano svolgere una funzione eccezionale in relazione agli obblighi previsti dalla disciplina sostanziale in materia di investimenti contenuta nelle Sezioni I, II e III dell'accordo.

Per quanto concerne la clausola di *non-relaxation*, va rilevato che tale disposizione può risultare tanto più efficace ai fini della protezione dell'ambiente quanto più gli standard di tutela previsti dagli ordinamenti interni di ciascuna parte siano elevati²²: se questo è il caso, in linea di massima, per le politiche ambientali dell'UE, le normative interne della Cina, invece, notoriamente non garantiscono una protezione sufficiente.

Invero, la disposizione sui livelli di protezione prevede che le Parti debbano sforzarsi di prevedere e di promuovere un elevato standard²³, ma tale disposizione è formulata in

¹⁷ CAI, Sezione IV, sotto-sezione 2, art. 1: «the Parties recognise the right of each Party to determine its sustainable development policies and priorities, to establish its own levels of domestic labour and environmental protection, and to adopt or modify its relevant laws and policies accordingly, consistently with its multilateral commitments in the fields of labour and environment».

¹⁸ CAI, Sezione IV, sotto sezione 2, art. 2.

¹⁹ CAI, Sezione IV, sottosezione 2, art. 4.

²⁰ Per una rassegna di tali clausole in alcuni Bilateral Investment Agreements (BIT), v. ACCONCI, *Sustainable Development and Investment. Trends in Law-making and Arbitration*, cit., p. 296 ss.

²¹ Cioè, l'art. 1: v. *supra*, il passo del testo corrispondente alla nota 8.

²² Come noto, tali clausole vengono inserite negli accordi commerciali o sugli investimenti esteri al fine di limitare la cd. *race to the bottom* verso la quale tende la competizione generata dalla globalizzazione economica.

²³ CAI, Sezione IV, sotto-sezione 2, art. 2, par. 1.

modo molto generico («each party shall strive to ensure that its law and policies provide for and encourage high levels of environmental protection and shall strive to continue to improve those laws and policies and their underlying level of protection»). Si può ipotizzare che essa avrebbe una qualche rilevanza pratica solo nella misura in cui le normative interne della Cina tendessero ad assicurare i medesimi livelli di protezione perseguiti dall'UE.

Molto più dettagliata risulta, invece, la restante parte della disposizione in questione, che specifica in che modo le Parti si impegnano a non mancare di attuare in modo effettivo, attraverso «a sustained or recurring course of action or inaction», le rispettive normative interne in materia di tutela dell'ambiente «as an encouragement for investment»²⁴. Infatti, è specificamente previsto che una Parte non violi tale disposizione «if a course of action or inaction results from a good faith decision regarding the allocation of resources in accordance with its priorities for enforcement of its environment laws»²⁵. Il richiamo al principio di buona fede, nonché alla disponibilità di risorse, sembra notevolmente indebolire il contenuto prescrittivo dell'obbligo di implementare in modo effettivo la legislazione ambientale²⁶.

Per quanto riguarda l'impegno delle Parti a rispettare e ad attuare gli obblighi convenzionali in materia di tutela dell'ambiente, nel CAI si rinviene un generico richiamo ai *Multilateral Environment Agreements* (MEAs) di cui esse sono parti. Tuttavia, segue poco dopo una disposizione intitolata *Investment and Climate Change* che attribuisce particolare rilievo alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico (*United Nations Framework Convention on Climate Change*, UNFCC) e all'Accordo di Parigi adottato dalle Parti alla UNFCC nel corso della sua 21^a sessione. È dunque specificato che «each Party shall effectively implement the UNFCC and the Paris Agreement adopted thereunder, including its commitments with regard to its Nationally Determined Contributions»²⁷.

Rispetto alle previsioni da ultimo menzionate, va osservato che esse costituiscono, com'è evidente, una mera ripetizione di obblighi internazionali già vincolanti per le Parti. Tali disposizioni, tuttavia, possono avere un rilievo autonomo nell'ambito dell'accordo, come si dirà meglio più avanti²⁸.

2.2. La terza sotto-sezione riguarda la tutela dei diritti

²⁴ CAI, Sezione IV, sotto-sezione 2, art. 2, par. 4.

²⁵ *Ibidem*, par. 5.

²⁶ Peraltro, si tratta di una precisazione che sembra essere peculiare al CAI, in quanto non è prevista nella maggior parte degli accordi commerciali o di investimento conclusi dall'UE che si è avuto modo di verificare.

²⁷ CAI, Sezione IV, sotto-sezione 2, art. 6, lett. a).

²⁸ V. *infra*, i paragrafi 2.3 e 3.

dei lavoratori. In essa sono previste, *mutatis mutandis*, le medesime disposizioni sopra descritte intitolate *Right to regulate*²⁹ e *Levels of protection*³⁰. Per tali disposizioni, dunque, valgono le considerazioni già svolte nel paragrafo precedente. Quanto ai rilevanti obblighi internazionali, le Parti specificano l'obbligo di rispettare, promuovere e realizzare i principi sui diritti fondamentali dei lavoratori (cd. *core labour rights*), in conformità agli obblighi assunti attraverso l'adesione all'OIL e agli impegni enunciati nella Dichiarazione sui principi fondamentali del lavoro e i suoi seguiti adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro nel 1998³¹.

Inoltre, le Parti si impegnano ad attuare in modo effettivo le Convenzioni dell'OIL che hanno ratificato, ma anche a «work towards the ratification of the International Labour Organization fundamental Conventions»³². Più in particolare, nella disposizione in questione si specifica che ciascuna Parte «shall make continued and sustained efforts on its own initiative» al fine di ratificare le Convenzioni OIL n. 29 e n. 105 in materia di abolizione del lavoro forzato, qualora non le avesse ratificate³³. È previsto, infine, l'impegno «to consider» la ratifica delle Convenzioni dell'OIL classificate come aggiornate (ossia, le Convenzioni adottate dalla Conferenza internazionale del lavoro che sostituiscono quelle ritenute obsolete)³⁴. Questi obblighi sono rivolti in particolar modo alla Cina, che non ha ancora provveduto a ratificare quattro delle otto Convenzioni fondamentali dell'OIL, tra cui quelle in materia di abolizione del lavoro forzato.

Se il richiamo al rispetto dei principi fondamentali in materia di lavoro costituisce una ripetizione di obblighi internazionali già esistenti per le Parti, dalle disposizioni che impegnano le parti a ratificare le convenzioni internazionali derivano invece obblighi del tutto autonomi e nuovi sul piano giuridico. Ad ogni modo, le Convenzioni OIL n. 29 e 105 contengono obblighi che i Membri dell'OIL dovrebbero rispettare in virtù della norma consuetudinaria che vieta il lavoro forzato, norma che, peraltro, si ritiene comunemente che abbia carattere cogente³⁵; nonché in virtù dell'appartenenza all'OIL, per effetto dell'affermazione nella prassi dell'Organizzazione dei principi fondamentali sul lavoro, tra i quali rientra appunto il divieto di lavoro

²⁹ CAI, Sezione IV, sotto-sezione 3, art. 1.

³⁰ *Ibidem*, art. 2.

³¹ *Ibidem*, art. 4, par. 1.

³² *Ibidem*, art. 4, par. 2.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Sul punto v. per tutti ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro*², Milano, 2021, p. 205.

forzato³⁶. L'impegno a ratificare le Convenzioni dell'OIL, quindi, ha una rilevanza giuridica più pregnante soprattutto in relazione a quelle classificate come aggiornate. Tuttavia, in relazione a queste ultime, la disposizione è formulata in termini più blandi poiché prevede semplicemente che le Parti «will consider the ratification», ma non che debbano compiere sforzi continui e prolungati per ratificare, come è invece specificato per la ratifica delle Convenzioni OIL n. 29 e 105.

L'accento posto nel CAI sulla ratifica delle Convenzioni n. 29 e 105 dell'OIL è dovuto, con tutta evidenza, alla necessità di porre in primo piano l'impegno della Cina a cessare le documentate violazioni del divieto al lavoro forzato che essa compie nella Regione Autonoma Uigura dello Xinjiang. L'esistenza di campi di lavoro forzato nei quali vengono deportati dissidenti politici e persone appartenenti a gruppi etnici discriminati, come la minoranza musulmana degli uiguri, è una questione ampiamente nota all'opinione pubblica mondiale³⁷. Su tale situazione, si è espresso il Parlamento europeo attraverso una risoluzione approvata il 17 dicembre 2020, nella quale ha denunciato e condannato la persecuzione e lo sfruttamento della minoranza uigura³⁸. Come si è anticipato, poi, nel marzo 2021 il Consiglio ha adottato una serie di sanzioni nei confronti di funzionari cinesi ritenuti responsabili di tali gravi violazioni dei diritti umani³⁹.

In seguito alla pubblicazione dell'accordo di principio, il Parlamento europeo è stato investito da numerosi messaggi da parte di singoli cittadini o associazioni che testimoniamo scetticismo e disapprovazione nell'opinione

³⁶ La Dichiarazione OIL del 1998 sui principi fondamentali del lavoro e i suoi seguiti, come noto, afferma che tutti i Membri, anche qualora non abbiano ratificato le Convenzioni riconosciute come fondamentali, hanno l'obbligo, dovuto proprio alla loro appartenenza all'Organizzazione, di rispettare, promuovere e realizzare, in buona fede e conformemente alla Costituzione dell'OIL, i principi riguardanti i diritti fondamentali che sono oggetto delle Convenzioni fondamentali, precisamente: la libertà di associazione e riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva; l'eliminazione di ogni forma di lavoro forzato o obbligatorio; l'abolizione effettiva del lavoro minorile; l'eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione.

³⁷ Dall'apparato statale tali luoghi sono talvolta definiti «campi di rieducazione» finalizzati a dare attuazione alla politica di controllo delle nascite. Nella Regione autonoma uigura della Xinjiang, viene prodotta una considerevole percentuale della produzione mondiale di cotone, pertanto deve ritenersi che numerose imprese multinazionali occidentali traggano profitti dal lavoro forzato. Le organizzazioni non governative hanno testimoniato le gravi violazioni dei diritti umani perpetrate nei confronti degli uiguri e di altre minoranze etniche in Cina, in molti report: v. ad esempio, quelli pubblicati da *Human Rights Watch* all'indirizzo <https://www.hrw.org/tag/uyghurs>.

³⁸ Parlamento europeo, *Forced labour and the situation of the Uyghurs in the Xinjiang Uyghur Autonomous Region*, risoluzione n. 2020/2913 del 17 dicembre 2020.

³⁹ Regolamento del Consiglio, *Council Implementing Regulation (EU) 2021/478 of 22 March 2021 Implementing Regulation (EU) 2020/1998 concerning restrictive measures against serious human rights violations and abuses*, pubblicato in G.U.U.E. L 99 I, del 22 marzo 2021.

pubblica in vista della conclusione di un accordo in materia di investimenti con la Cina, nonostante le diffuse violazioni dei diritti umani perpetrate dall'apparato statale cinese. Il Parlamento europeo ha reso pubblica la sua preoccupazione al riguardo⁴⁰, e ha comunicato che esaminerà attentamente le disposizioni del CAI, in particolar modo quelle relative alla tutela dei diritti dei lavoratori. Nella risoluzione del dicembre del 2020, esso ha affermato che, ai fini dell'approvazione, nell'accordo globale sugli investimenti avrebbero dovuto esserci «adequate commitments to respect international conventions against forced labour» e che la Cina avrebbe dovuto quindi ratificare le Convenzioni OIL n. 29 e n. 105⁴¹. In base a questa affermazione si ritiene che, in linea di principio, il testo del CAI corrisponda a quanto precedentemente richiesto dal Parlamento europeo.

Con la risoluzione del 20 maggio 2021, si ricorda, il Parlamento europeo ha manifestato la volontà di interrompere qualsiasi discussione in merito al processo di ratifica dell'accordo in seguito all'adozione, da parte della Cina, di controsanzioni nei confronti di alcuni parlamentari europei. Ebbene, in tale risoluzione vi è l'esortazione rivolta alla Cina a ratificare tutte le Convenzioni fondamentali dell'OIL delle quali non è ancora parte⁴². In questa fase di stallo, la strategia del Parlamento europeo sembra essere rivolta ad ottenere dalla Cina garanzie maggiori in merito alla ratifica delle Convenzioni in questione, *prima* che l'accordo globale sugli investimenti venga formalmente concluso. Si tratta di una strategia che, peraltro, è stata proficuamente utilizzata dal Parlamento europeo in precedenti occasioni, in particolare in relazione alla conclusione dell'accordo di libero scambio tra l'UE e il Vietnam⁴³.

2.3. Il meccanismo di risoluzione delle controversie relative all'applicazione della Sezione su *Investment and Sustainable Development* non differisce da quello previsto in altri accordi commerciali o di investimento dell'UE in relazione ai capitoli sullo sviluppo sostenibile. Si tratta di una procedura di natura conciliativa, che prevede le seguenti fasi: in seguito al fallimento delle consultazioni dirette tra le Parti, è possibile richiedere l'istituzione di un

⁴⁰ Cfr. <https://epthinktank.eu/2021/03/30/citizens-enquiries-on-ratification-of-the-eu-china-comprehensive-agreement-on-investment/>.

⁴¹ Parlamento europeo, risoluzione n. 2020/2913, cit. *supra* alla nota (38), punto n. 17.

⁴² Parlamento europeo, risoluzione n. 2021/2644, cit. *supra* alla nota (6), punto n. 12.

⁴³ Infatti, prima che il Parlamento europeo valutasse l'accordo di libero scambio con il Vietnam, tale Paese ha provveduto a ratificare tre Convenzioni dell'OIL, di cui due fondamentali (cioè, la Convenzione n. 105 sull'abolizione del lavoro forzato e la Convenzione n. 98 sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva). V. la voce "Vietnam" al seguente indirizzo: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:11001:::NO:::>

panel di esperti, il quale, nel caso in cui accerti una violazione, fornisce alle Parti raccomandazioni; al fine di adeguarsi a tali raccomandazioni, le parti sono poi tenute a raggiungere una soluzione mutualmente concordata⁴⁴. Quindi, se il panel accerta che una delle due Parti è incorsa in una violazione, non è prevista la possibilità di adottare sanzioni.

Alla luce delle caratteristiche della procedura di soluzione delle controversie prevista in relazione ai capitoli sullo sviluppo sostenibile, la dottrina ha da tempo criticato il carattere debole delle disposizioni contenute in tali capitoli⁴⁵. Tali meccanismi, compreso quello previsto in relazione alla Sezione IV del CAI, hanno comunque una propria rilevanza se si considera che essi offrono alle Parti un *nuovo* strumento di controllo del quale avvalersi per denunciare eventuali violazioni di obblighi internazionali in materia di tutela dell'ambiente o dei diritti dei lavoratori.

Al riguardo, è particolarmente rilevante il fatto che, nell'unica procedura finora attivata dall'UE per l'attuazione di disposizioni contenute nel capitolo sullo sviluppo sostenibile di un accordo preferenziale – in particolare, le disposizioni in materia di tutela dei lavoratori previste nell'accordo di libero scambio tra l'UE e la Corea del Sud –, il panel ha respinto l'eccezione di incompetenza sollevata dalla Corea del Sud sulla base dei seguenti rilievi: la conferma del carattere vincolante delle disposizioni che affermano l'impegno delle parti a rispettare i principi fondamentali in materia di lavoro; nonché l'irrilevanza, ai fini dell'accertamento di una violazione dei principi fondamentali in materia di lavoro, di un impatto economico sugli scambi prodotto dall'asserita violazione⁴⁶.

3. Al di là della possibilità per le Parti di ricorrere al

⁴⁴ V. CAI, Sezione IV, sotto-sezione 4, articoli 1-4.

⁴⁵ Sui limiti di tali meccanismi di risoluzione delle controversie *ad hoc*, v. MARX, EBERT e HACHEZ, *Dispute Settlement for Labour Provisions in EU Free Trade Agreements: Rethinking Current Approaches*, in *Politics and Governance*, 2017, p. 49 ss.; GRUNI, *Labor Standards in the EU-South Korea Free Trade Agreement*, in *Korean Journal of International and Comparative Law*, 2017, p. 100 ss.; HRADLOVÁ, SVOBODA, *Sustainable Development Chapters in the EU Free Trade Agreements: Searching for Effectiveness*, in *Journal of World Trade*, 2018, p. 1019 ss. In senso parzialmente diverso, v. PRÉVOST, ALEXOVIČOVÁ, *Mind The Compliance Gap: Managing Trustworthy Partnership For Sustainable Development in The European Union's Free Trade Agreements*, in *International Journal of Public Law and Policy*, 2019, p. 236 ss. Anche il Parlamento europeo ha espresso la propria insoddisfazione riguardo alla natura diplomatica della procedura prevista per i capitoli sullo sviluppo sostenibile, tuttavia la Commissione ha escluso per il momento opzioni in senso diverso. Per alcune proposte di rafforzamento di tali disposizioni, v. BRONCKERS, GRUNI, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, p. 25 ss.

⁴⁶ *Panel of Experts Proceeding Constituted Under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreements*, 20 gennaio 2021, in particolare i paragrafi 54-99. Si consideri che il CAI prevede la medesima disposizione contenuta nell'EU-Korea FTA sulla base della quale il *panel* sul caso *EU-Korea* ha accertato la propria competenza.

meccanismo di risoluzione delle controversie previsto nella Sezione IV, le previsioni contenute nei capitoli sullo sviluppo sostenibile potrebbero, in linea di principio, avere un ruolo in relazione all'applicazione e all'interpretazione della disciplina sugli investimenti contenuta nelle restanti parti dell'accordo. Infatti, alla luce della prassi, deve ritenersi che possano valere per il CAI, *mutatis mutandis*, i rilievi formulati dal panel che si è recentemente espresso sulla controversia tra Unione europea ed Ucraina relativa alle restrizioni all'esportazione di prodotti di legname (sorta nell'ambito dell'Accordo di associazione tra le due Parti)⁴⁷. Il panel ha escluso che le disposizioni contenute nei capitoli sullo sviluppo sostenibile possano essere utilizzate quali disposizioni in grado di giustificare – di per sé sole – misure contrarie agli obblighi sostanziali previsti dall'accordo; il panel ha però affermato che tali disposizioni rappresentano un «relevant “context”» per interpretare il significato della disciplina commerciale⁴⁸.

Ad eccezione delle particolarità segnalate nei paragrafi precedenti, la Sezione IV del CAI rispecchia il contenuto essenziale dei capitoli sullo sviluppo sostenibile inseriti in altri accordi commerciali o di investimento conclusi dall'UE⁴⁹. Tra gli aspetti positivi più significativi della presenza della Sezione in materia di *Investment and Sustainable Development*, vi è il fatto che se venisse concluso il CAI sarebbe il primo accordo economico della Cina a contenere veri e propri obblighi internazionali in materia di protezione dell'ambiente e dei diritti dei lavoratori. In questo modo, il CAI potrebbe rappresentare un modello per futuri negoziati, bilaterali e/o regionali con la Cina. Nella prospettiva di riforme a livello multilaterale⁵⁰, è pertanto molto importante che la Cina abbia accettato obblighi in materia di sviluppo sostenibile.

Più in generale, il testo dell'accordo globale sugli investimenti reso pubblico dalla Commissione conferma

⁴⁷ *Restrictions applied by Ukraine on exports of certain wood products to the European Union, Final Report of the Arbitration Panel established pursuant to Article 307 of the Association Agreement between Ukraine, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part*, 11 dicembre 2020.

⁴⁸ Cfr. *ibidem*, paragrafi 219-254, 466-467.

⁴⁹ Oltre alle disposizioni sopra esaminate, si evidenzia che l'accordo contiene anche alcuni impegni sulla cooperazione ambientale e sociale, sebbene in misura limitata rispetto a quanto previsto a tal riguardo in altri accordi. V. CAI, Sezione IV, sotto-sezione 2, art. 3; sotto-sezione 3, art. 3.

⁵⁰ Nell'ultima comunicazione sulla politica commerciale, la Commissione europea ha reso pubblica la volontà di impegnarsi per promuovere l'adozione di norme multilaterali per una globalizzazione più sostenibile e più equa, nell'ambito di un ampio programma di riforma dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC). Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Riesame della politica commerciale – Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva*, COM (2021) 66, 18 febbraio 2021. Per un commento, v. COLLI VIGNARELLI, *The European Commission Trade Policy Review: The Effectiveness of Sustainable Development Chapters in EU FTAs*, in *European Papers*, 2021, p. 1 ss.

una prassi che, da alcuni anni, sta progressivamente modificando il contenuto dei trattati in materia di investimenti⁵¹. Se il CAI venisse effettivamente concluso, l'UE dimostrerebbe di avere un ruolo considerevole sul piano globale, per il fatto di aver coinvolto in questo processo di cambiamento una potenza economica e commerciale come la Cina, che attrae sempre più investimenti esteri e alla quale si addice ancora l'appellativo di «fabbrica del mondo». Per questa ragione, è indispensabile che tale Paese attui in modo effettivo le norme internazionali in materia ambientale e sociale.

⁵¹ Le disposizioni in materia di sviluppo sostenibile inserite all'interno di accordi economici hanno la potenzialità di 'ricomporre ad unità' ciò che nel diritto internazionale convenzionale, per lungo tempo, è stato 'separato' (v. il noto dibattito sui problemi relativi alla differenziazione/specializzazione del diritto internazionale): questa 'ricomposizione' non può che avere effetti sull'interpretazione degli obblighi sostanziali dell'accordo (nonché, su eventuali questioni relative al diritto applicabile dai meccanismi di soluzione delle controversie arbitrali). Sul punto, v. ACCONCI, *Sustainable Development and Investment. Trends in Law-making and Arbitration*, cit., p. 316 ss.

IL FENOMENO DEL *CARBON PRICING* NELL'EUROPA DEL *GREEN DEAL*: LA *CARBON* *BORDER TAX*

Martina Di Lollo

SOMMARIO: 1. La tutela internazionale dell'ambiente e le politiche di contrasto al cambiamento climatico: caratteristiche ed evoluzione della disciplina in materia. – 2. Nuovi strumenti dell'Unione europea nella lotta al cambiamento climatico: la *carbon border tax*. – 3. Il sistema per lo scambio delle quote di emissione dell'Unione europea (ETS UE) e la *carbon border tax* europea: un'accoppiata vincente?. – 4. Alcune considerazioni conclusive.

1. L'esigenza sempre più impellente di contrastare il fenomeno del cambiamento climatico richiede l'adozione immediata di misure concrete da parte degli Stati al fine di ridurre le emissioni dei cosiddetti “gas serra”, la cui concentrazione eccessiva nell'atmosfera costituisce la principale causa del surriscaldamento globale¹.

La permanenza in quantità sproporzionata di tali sostanze nell'atmosfera è infatti dovuta principalmente alle emissioni antropiche, provocate cioè da attività umane, quali ad esempio la deforestazione e il crescente impiego di combustibili fossili nei processi produttivi e nel settore dei trasporti².

Tali circostanze hanno innescato nel tempo un rialzo delle temperature globali rispetto all'epoca preindustriale³, poiché i gas serra hanno la capacità di trattenere parte del calore proveniente dal sole e riflesso dalla terra⁴; le conseguenze di tale fenomeno, tra cui eventi meteorologici estremi, desertificazione, l'innalzamento del livello dei mari e degli oceani, l'estinzione di specie vegetali e animali

¹ I gas serra sono presenti naturalmente nell'atmosfera terrestre e svolgono un ruolo fondamentale, in quanto garantiscono il raggiungimento della temperatura ideale sulla terra e, dunque, le condizioni ideali per la riproduzione della vita; tra questi, il Protocollo di Kyoto ne regola sei: l'anidride carbonica, causata dall'impiego dei combustibili fossili, il metano, il protossido di azoto, gli idrofluorocarburi, i perfluorocarburi e l'esafluoruro di zolfo (Allegato A). Ciascuno di essi ha un potenziale di riscaldamento che viene generalmente misurato in tonnellate di CO₂ equivalenti. In tal senso, PELLIZZARI, *Responsabilità comune e differenziata nel riscaldamento globale*, Milano, 2020, pp. 12 ss. Sulla necessità di promuovere programmi di transizione ecologica, cfr. anche MOORE, DIAZ, *Temperature Impacts on Economic Growth Warrant Stringent Mitigation Policy*, *Nature Climate Change*, vol. V, 2015, n. 2, pp. 127–131 (<https://doi.org/10.1038/nclimate2481>).

² In tal senso, ZUCCHETTI, *I cambiamenti dovuti alle emissioni di origine antropica*, *La scienza*, Vol. XIII, 2005, pp. 555- 566.

³ Per un'analisi accurata in tal senso, in termini statistici cfr. BODEN, MARLAND, ANDRES, *Global, Regional, and National Fossil-Fuel CO₂ Emissions*, Oak Ridge, 2010 (doi 10.3334/CDIAC/00001_V2010).

⁴ In tal senso, PELLIZZARI, op. cit., p. 12.

e la diffusione di malattie, sono tangibili e devastanti⁵.

Come è noto, i tentativi di fornire una soluzione a tale problema a livello universale si sono concretizzati nell'adozione di vari strumenti giuridici, sia a carattere vincolante che di *soft law*. Pur costituendo, ad avviso di alcuni Autori, un «*hard law instrument but with soft law commitments (...)*»⁶, nella prima categoria rientra la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992 (*United Nations Framework Convention on Climate Change* - UNFCCC⁷), il cui obiettivo principale è rappresentato dalla stabilizzazione delle emissioni di gas a effetto serra ad un livello tale da impedire pericolose interferenze antropiche con il sistema climatico⁸. La peculiarità di tale strumento risiede appunto nella circostanza per cui, costituendo un accordo “quadro”, le disposizioni in esso contenute sono caratterizzate da una portata talmente ampia che di fatto esso non pone alcun obbligo specifico e diretto nei confronti degli Stati firmatari; tale caratteristica è dovuta all'intento espressamente dichiarato delle Parti della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo (il c.d. *Summit della Terra*), tenutasi a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992, di favorire la massima partecipazione all'accordo, con il risultato che la previsione di impegni e obblighi più specifici è stata rimessa a Protocolli successivi⁹.

L'obiettivo di stabilizzazione delle emissioni propugnato dalla Convenzione è stato infatti reso effettivo dal Protocollo di Kyoto¹⁰, adottato all'esito della terza

⁵ Sulla necessità di fronteggiare tale fenomeno attraverso l'adozione di misure più incisive, cfr. PARRY, *Putting a Price on Pollution: Carbon-Pricing Strategies Could Hold the Key to Meeting the World's Climate Stabilization Goals, Finance & Development*, dicembre 2019, pp. 16-19, disponibile all'indirizzo <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2019/12/pdf/the-case-for-carbon-taxation-and-putting-a-price-on-pollution-parry.pdf>.

⁶ Così, SINDICO, GIBSON, *Soft, complex, and fragmented international climate change practice: what implications for international trade law?*, in FARAH, CIMA, *China's Influence on Non-TRADE Concerns in International Economic Law*, New York/ London, 2016, pp. 129- 145.

⁷ *United Nations Framework Convention on Climate Change*, disponibile nel sito <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>. Sulla Convenzione si vedano, tra gli altri, SANDS, *The United Nations Framework Convention on Climate Change, Review of European Community & International Environmental Law*, vol. I, 1992, n. 3, p. 270 ss., BODANSKY, *The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary*, *Yale Journal of International Law*, vol. XVIII, 1993, n. 2, p. 451 ss. e BAKHTIARI, *International Cooperative Initiatives and the United Nations Framework Convention on Climate Change, Climate Policy*, vol. XVIII, 2018, n. 5, pp. 655-663, (DOI: <https://doi.org/10.1080/14693062.2017.1321522>).

⁸ UNFCCC, Art. 2.

⁹ Conformemente a quanto stabilito dall'art. 17 della stessa Convenzione, ai sensi del quale «*The Conference of the Parties may, at any ordinary session, adopt protocols to the Convention (...)*». UNFCCC, art. 17, par. 1

¹⁰ *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*, disponibile nel sito <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>. A tal proposito, cfr. tra gli altri WARBRICK, MCGOLDRICK e DAVIES, *Global Warming and the Kyoto Protocol, International and Comparative Law Quarterly*, Vol. XLVII, 1998, n. 2, pp. 446-461.

Conferenza delle Parti dell'UNFCCC (COP3) nel 1997 ed entrato in vigore nel 2005; fermo restando l'obiettivo comune di diminuirle complessivamente di almeno il 5% rispetto al 1990, in ossequio al principio di responsabilità comune ma differenziata, il Protocollo prevede limitazioni o impegni di riduzione delle emissioni differenziati per ciascuno Stato, determinati cioè in ragione del rispettivo grado di sviluppo¹¹.

Infine, ma non da ultimo per ordine di importanza, rientra nella categoria degli strumenti giuridicamente vincolanti l'Accordo di Parigi¹², adottato alla ventunesima Conferenza delle Parti (COP21) nel dicembre 2015. Tale Accordo pone un limite specifico all'incremento della temperatura globale, impegnando le Parti a mantenerlo ben al di sotto dei 2°C e a proseguire con gli sforzi per limitarlo a 1,5°C, rispetto ai livelli preindustriali¹³.

Costituisce invece uno strumento non vincolante, rientra cioè nel novero degli atti di *soft law*, la Dichiarazione di Rio del 1992¹⁴, anch'essa adottata all'esito della Conferenza di Rio sull'ambiente e lo sviluppo, e contenente una serie principi, diritti e obblighi per le Parti, i cui obiettivi principali si identificano nella promozione dello sviluppo sostenibile, nella lotta alla povertà, nella riduzione dei processi produttivi e delle abitudini di consumo non sostenibili, anche attraverso l'incoraggiamento di una sempre maggiore partecipazione e informazione della

(doi:10.1017/S0020589300061947), BREIDENICH, MAGRAW, ROWLEY, RUBIN, *The Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*, *The American Journal of International Law*, vol. XCII, 1998, n. 2, pp. 315-331 e BÖHRINGER, *The Kyoto Protocol: a Review and Perspectives*, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. XIX, 2003, n.3, pp. 451-466.

¹¹ Così, PELLIZZARI, op. cit., p. 11. Nel momento in cui si scrive, le Parti del Protocollo di Kyoto sono 192; l'elenco degli impegni assunti dai singoli Paesi è contenuto all'Allegato B. Informazioni reperibili nel sito https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXV-II-7-a&chapter=27&clang=en#1.

¹² *Paris Agreement*, disponibile nel sito https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf. Sul punto cfr., SAVARESI, *The Paris Agreement: a New Beginning?*, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. XXXIV, 2016, n. 1, pp. 16-26 e *The implementation of the Paris Agreement on Climate Change* (a cura di Popovski), Abingdon, New York, Routledge, 2019.

¹³ Art. 2 (a). Al fine di dare concreta attuazione a tale obiettivo, oltre 190 dei 197 Stati parti hanno presentato le rispettive strategie climatiche, programmi in cui sono indicati specifici impegni di mitigazione e riduzione delle emissioni di gas serra, soggetti a revisione periodica con cadenza quinquennale. Cfr. a tal proposito i *Nationally Determined Contributions* (NDCs) e i rispettivi registri disponibili nel sito <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/nationally-determined-contributions-ndcs/nationally-determined-contributions-ndcs#eq-1>.

¹⁴ *Rio Declaration on Environment and Development* (A/CONF.151/26, vol.I), disponibile nel sito https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf. Si vedano sul punto, COMINETTI, VERGALLI, *Lo sviluppo sostenibile da Rio 1992 a Rio+20, Equilibri*, vol. XVI, 2012, n.1, pp. 57-66 e, più diffusamente, *The Rio Declaration on Environment and Development: a Commentary*, (a cura di Viñuales), Oxford, 2015.

popolazione.

In tale contesto, assumono rilevanza fondamentale ulteriori iniziative, tra cui l'Agenda 2030¹⁵, in particolare per quanto riguarda gli obiettivi ambientali di sviluppo sostenibile in essa contenuti, nonché, a livello regionale, il *Green Deal* o Patto Verde europeo¹⁶, l'ambizioso programma per la crescita promosso dalla Commissione europea, il cui obiettivo principale si identifica nel raggiungimento della c.d. "neutralità climatica" in Europa entro il 2050, attraverso la pianificazione periodica e concertata di una serie di azioni concrete volte a ridurre l'impatto delle attività umane sull'ambiente¹⁷.

A tal riguardo, l'elaborazione di un piano di sviluppo basato sulla transizione ecologica e, in particolare, l'obiettivo del *Green Deal* di raggiungere la soglia di emissioni zero nei prossimi trent'anni sono espressione dell'assoluta priorità attribuita dall'Unione europea alla politica e all'azione per il clima; d'altra parte, tali obiettivi non possono essere perseguiti senza tenere conto delle esigenze di competitività delle imprese europee¹⁸.

In concreto, infatti, in un sistema economico globalmente integrato come quello attuale, se da un lato la promozione di standard ambientali elevati deve costituire per gli Stati una priorità assoluta, dall'altro questi ultimi non possono trascurare l'esigenza di contrastare il rischio di delocalizzazione delle attività produttive verso Paesi in cui i costi di produzione legati a tali garanzie risultino inferiori in ragione della precarietà dei rispettivi livelli di tutela,

¹⁵ Meglio noti come SDGs (*Sustainable Development Goals*). Maggiori informazioni sulla *Sustainable Development Agenda* sono disponibili nel sito <https://unric.org/it/agenda-2030/>. Cfr. sul punto SACHS, *From Millennium Development Goals to Sustainable Development Goals*, *The Lancet*, vol. CCCLXXIX, 2012, n. 9832, pp. 2206-2211 e BEBBINGTON, UNERMAN, *Achieving the United Nations sustainable development goals*, *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, vol. XXXI, 2018, n. 1, pp. 2-24.

¹⁶ Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni dell'11 dicembre 2019, Il *Green Deal* europeo, COM(2019)640 final, disponibile nel sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN>. Cfr. sul punto CARTA, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, *Eurojus.it Rivista*, n. 4, 2020, pp. 54-72, disponibile all'indirizzo <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Il-Green-Deal-europeo.pdf> e FALCONE, *Il Green Deal europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, *Studi sull'integrazione europea*, 2020, n. 2, pp. 379-394.

¹⁷ La protezione dell'ambiente rientra infatti tra le materie a competenza concorrente tra l'UE e i Paesi membri. Maggiori informazioni sul *Green Deal* europeo e sugli obiettivi in esso prefissati sono disponibili nel sito <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/green-deal/>.

¹⁸ Sulla circostanza per cui la delocalizzazione di rami produttivi verso Paesi in cui le tecnologie dal punto di vista ambientale sono meno efficienti incida significativamente sull'inquinamento e contribuisca al surriscaldamento globale, cfr. PELLIZZARI, op. cit., p. 40.

provocando fenomeni di *dumping* sociale e/o ambientale¹⁹.

Elevate sarebbero infatti le probabilità di provocare una “fuga di carbonio” (o *carbon leakage*²⁰) verso Paesi terzi in cui le norme poste a tutela dell’ambiente sono meno rigorose, se all’introduzione di una tassa sulle produzioni non rispettose degli standard ambientali garantiti all’interno dell’Unione, non si accompagnasse una misura equivalente applicabile ai prodotti provenienti dai Paesi terzi; da qui l’esigenza di prevedere, in aggiunta a quelli esistenti²¹, nuovi meccanismi in grado di contemperare interessi apparentemente contrapposti²².

2. Dall’analisi del complesso quadro appena delineato, emerge in maniera lampante come la necessità di promuovere processi di transizione verso modelli di sviluppo economico ecologicamente e socialmente sostenibili abbia influito, nel tempo, sulle politiche ambientali promosse dagli Stati, inducendoli a ricorrere a strumenti via via più incisivi e perciò suscettibili di impattare significativamente sulla vita delle rispettive popolazioni²³.

Inoltre, nonostante la loro portata considerevole, gli impegni da ultimo assunti dagli Stati con l’Accordo di Parigi, attraverso la previsione di obiettivi intermedi²⁴ di riduzione delle emissioni di gas serra, di solito del 20- 40% entro il 2030, tali sforzi sembrerebbero insufficienti a

¹⁹ Fenomeni implicanti cioè la distribuzione di prodotti nell’ambito di un mercato straniero ad un prezzo inferiore rispetto al loro valore normale nel mercato di riferimento, per categorie omogenee di merci, la cui competitività poggia essenzialmente sul mancato rispetto di standard ecologici e/o lavorativi adeguati. In tal senso FOCARELLI, *Diritto internazionale*, 3° ed., Padova, 2015, p. 383 ss.

²⁰ Espressione ampiamente diffusa in dottrina. Cfr., tra gli altri, AICHELE, FELBERMAYR, *Kyoto and Carbon Leakage: An Empirical Analysis of the Carbon Content of Bilateral Trade*, *The Review of Economics and Statistics*, vol. XCVII, 2015, n.1, pp. 104–115 (https://doi.org/10.1162/REST_a_00438), PALTSEV, *The Kyoto Protocol: Regional and Sectoral Contributions to the Carbon Leakage*, *The Energy journal*, vol. XXII, 2001, n. 4 e EICHNER, RÜDIGER, *Carbon leakage, the green paradox, and perfect future markets*, *International Economic Review*, vol. LII, 2011, n. 3, pp. 767-805.

²¹ Il riferimento è correlato, per quanto riguarda le misure attualmente in vigore nel territorio dell’Unione, al sistema per lo scambio delle quote di emissione dell’Unione europea ETS UE), di cui meglio si dirà in seguito.

²² Si vedano più diffusamente sul tema SINDICO, [National Measures and WTO Consistency - Border Measures and other Instruments to Prevent Carbon Leakage and Level the Carbon Playing Field](#), in *The Oxford handbook of international climate change law* (a cura di Gray, Tarasofsky e Carlarne), Oxford, 2016, pp. 313- 331, ALSINA-PUJOLS, *The Effect of Carbon Taxes on Emissions and Carbon Leakage : Evidence from the European Union*, in [The Green Market Transition](#) (a cura di Weishaa, Kreiser, Milne, Ashiabor e Mehling), Cheltenham, 2017, pp. 30-46.

²³ Sull’importanza di promuovere programmi di transizione ecologica e, dunque, il passaggio a modelli di giustizia ecologica cfr. SBERT, *The Lens of Ecological Law: A Look at Mining*, Cheltenham, 2020.

²⁴ L’attuazione di tali impegni, di carattere puramente volontario, richiede un monitoraggio periodico con cadenza quinquennale dei progressi compiuti da ciascuno dei singoli Stati, a partire dal 2020. Cfr. a tal proposito i sopra citati elenchi dei NDCs, disponibili nel sito <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/nationally-determined-contributions-ndcs/nationally-determined-contributions-ndcs#eq-1>.

garantire il perseguimento degli obiettivi di stabilizzazione idonei a contrastare il fenomeno del surriscaldamento globale²⁵.

È sulla base di tali premesse che, il 10 marzo scorso, il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione che propone l'introduzione di un meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera (*carbon border adjustment mechanism*, di seguito CBAM), ossia di una *carbon border tax*, conforme al principio di non discriminazione e, più in generale, al diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio (di seguito OMC)²⁶.

Tale iniziativa rientra, più in generale, tra gli strumenti di attuazione del *Green Deal*; l'introduzione di un meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera costituisce infatti una delle misure più importanti proposte in tale contesto²⁷. La *carbon border tax* ipotizzata si distingue inoltre rispetto ai sistemi finora implementati a livello nazionale²⁸, proprio perché rappresenta un progetto più ampio per estensione geografica e implicazioni economiche.

In particolare, il CBAM comporterà l'applicazione di una tassa su alcune categorie di prodotti provenienti da Paesi terzi, i cui standard ambientali siano meno rigorosi rispetto a quelli stabiliti dall'Unione; nello specifico, saranno coinvolti i settori dell'energia elettrica e dell'industria manifatturiera, coprendo, più in generale, i mercati in cui è attivo il sistema per lo scambio delle quote di emissione dell'Unione europea (*EU Emissions Trading System*, di seguito ETS UE), di cui si dirà più diffusamente

²⁵ Così, PARRY, op. cit., p. 16.

²⁶ Con 444 voti a favore, 70 contrari e 181 astensioni. Cfr. la proposta di risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 sul tema “*Verso un meccanismo UE di adeguamento del carbonio alla frontiera compatibile con l'OMC*” (2020/2043(INI)), disponibile nel sito <https://www.europarl.europa.eu>. Sulla compatibilità di simili misure con il diritto dell'OMC, si veda più diffusamente WILL, *Climate Border Adjustments and Wto Law: Extending the Eu Emissions Trading System to Imported Goods and Services*, Leiden, 2019, p. 89 ss.

²⁷ La proposta trae origine dalla relazione della Commissione parlamentare europea per l'ambiente, la sanità pubblica e la sicurezza alimentare, approvata il 5 febbraio 2021, contenente la proposta per l'introduzione di una *carbon border tax*, nell'ambito di più ampia strategia industriale dell'UE, finalizzata a ridurre il rischio di una “fuga” delle emissioni di carbonio. Maggiori informazioni relative alla tabella di marcia delle azioni concrete intraprese in attuazione del *Green Deal* sono disponibili nel sito <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-european-green-deal/file-carbon-border-adjustment-mechanism>.

²⁸ Attualmente, 27 Paesi in tutto il mondo, inclusi alcuni Stati dell'Unione, tra cui Svezia, Finlandia, Norvegia, Polonia, Francia, Spagna, Svizzera, Ucraina e Portogallo, hanno introdotto una *carbon tax*. Dati aggiornati al 10 giugno 2021, consultabili nella sezione *Carbon Pricing Dashboard* del sito del Gruppo della Banca Mondiale, all'indirizzo https://carbonpricingdashboard.worldbank.org/map_data. Per un'interessante panoramica sul punto, si veda CARL, FEDOR, *Tracking Global Carbon Revenues: A Survey of Carbon Taxes Versus Cap-and-Trade in the Real World, Energy Policy*, vol. XCVI, 2016, pp. 50-77. Cfr. anche METCALF, STOCK, *Measuring the Macroeconomic Impact of Carbon Taxes, AEA Papers and Proceedings*, vol. CX, 2020, pp. 101-106.

in seguito²⁹.

Come già osservato, la *carbon border tax* europea non dovrà tuttavia porsi in contrasto con il diritto dell'OMC, in particolare con quanto stabilito dalle regole del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), agli articoli II.2, lettera a³⁰, III.2³¹ e VI.4³², il che significa, in questo caso, che se da un lato le merci importate non potranno essere soggette a imposte superiori a quelle pagate dai produttori locali, dall'altro gli importi rimborsati in favore di questi ultimi sui prodotti esportati non dovranno superare le imposte già versate sul mercato locale³³.

In astratto, dunque, un meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera potrebbe operare secondo due diverse modalità, ossia attraverso la tassazione dei beni importati dai Paesi terzi in cui le imprese sostengono costi relativi alle emissioni di CO₂ inferiori o nulli, ovvero tramite la previsione del rimborso delle imposte versate dalle imprese domestiche sui beni esportati verso mercati stranieri in cui gli standard ecologici siano meno rigorosi.

Dunque, il CBAM dovrebbe comportare di fatto la fissazione a monte di parametri ecologici (quelli europei) al di sotto dei quali determinate categorie di prodotti provenienti da Paesi terzi meno virtuosi dal punto di vista della protezione dell'ambiente verranno automaticamente

²⁹ Una delle politiche fondamentali tra quelle adottate dall'Unione nella lotta al cambiamento climatico, relativa alle emissioni di gas serra. Maggiori informazioni sull'ETS UE sono disponibili nel sito https://ec.europa.eu/clima/policies/ets_en. Sul punto, si vedano anche BORGHESI, *La politica europea per i cambiamenti climatici: aspetti critici*, *QA Rivista dell'Associazione Rossi-Diana*, fasc. 2, 2011, pp. 85-109, BORGHESI, MONTINI, *The European Emission Trading System: Flashing Lights, Dark Shadows and Future Prospects for Global Ets Cooperation*, in *Eu, the Us and Global Climate Governance* (a cura di Bakker e Francioni), 2014, pp. 115-125, WETTESTAD, *The EU Emissions Trading System: Frontrunner in Trouble*, in *Research Handbook on Climate Change Mitigation Law* (a cura di Van Calster, Vandenberghe, Reins), Cheltenham, 2015, pp. 451-475 e WILL, op. cit., p. 89 ss.

³⁰ In virtù del quale «*Nothing in this Article shall prevent any contracting party from imposing at any time on the importation of any product: (a) a charge equivalent to an internal tax imposed consistently with the provisions of paragraph 2 of Article III* in respect of the like domestic product or in respect of an article from which the imported product has been manufactured or produced in whole or in part (...)*».

³¹ Per cui «*The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1*».

³² A norma del quale «*No product of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be subject to anti-dumping or countervailing duty by reason of the exemption of such product from duties or taxes borne by the like product when destined for consumption in the country of origin or exportation, or by reason of the refund of such duties or taxes*».

³³ In tal senso si è espresso il Comitato economico e sociale europeo nel Parere intitolato «*Conciliare le politiche in materia di clima e di energia: la prospettiva del settore industriale*» (parere d'iniziativa) (2019/C 353/10), in G.U.U.E. C 353/59 del 18 ottobre 2019, p. 59.

tassati alla frontiera, mentre ne saranno esentati quelli ritenuti conformi a essi. Nel contempo, per ciò che concerne le esportazioni, le imprese europee saranno tutelate nei mercati esteri, attraverso la previsione di un meccanismo di aggiustamento alla frontiera che non ne pregiudicherà la competitività, tramite il rimborso degli oneri sostenuti per l'adeguamento a parametri ecologici più rigorosi rispetto a quelli contemplati nel Paese di destinazione. Così strutturata, la *carbon border tax* consentirebbe ai membri dell'Unione di scongiurare, in concreto, eventuali fenomeni di *carbon leakage* verso Paesi terzi e di *dumping ambientale*³⁴.

Pertanto, se lo scopo di tale nuova misura è costituire esclusivamente un incentivo per la promozione di standard ecologici più elevati nei Paesi ove i livelli di protezione dell'ambiente sono precari, in tal modo favorendo una loro più ampia partecipazione alla lotta ai cambiamenti climatici³⁵, tuttavia, tale meccanismo potrebbe, anche, prestarsi agevolmente ad abusi, attraverso l'imposizione di veri e propri dazi sui prodotti provenienti da Paesi terzi, integranti misure discriminatorie e/o restrizioni dissimulate del commercio internazionale, in violazione del diritto dell'OMC.

Invero, in linea di principio, la legittimità di misure fiscali idonee a ripristinare rapporti di leale concorrenza sia sul mercato interno, tra importatori e produttori locali, che sui mercati di esportazione, ossia dei *Border Tax Adjustments* era già stata affermata, a determinate condizioni³⁶, dal Gruppo di lavoro istituito nell'ambito del GATT in una Relazione del 1970, nella quale, facendo propria una definizione applicata dall'OCSE, erano state definite come tali «(...) *any fiscal measures which put into effect, in whole or in part, the destination principle (...)*»³⁷.

Pertanto, anche un meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera che poggi sul principio di

³⁴ Così *State and Trends of Carbon Pricing 2020*, World Bank Group, Washington DC, Maggio 2020, p.23. Documento disponibile all'indirizzo <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/33809/9781464815867.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

³⁵ Cfr. in proposito le dichiarazioni del rapporteur Yannick Jadot dopo il voto in Parlamento, per il quale «*The CBAM is a great opportunity to reconcile climate, industry, employment, resilience, sovereignty and relocation issues. We must stop being naïve and impose the same carbon price on products, whether they are produced in or outside the EU, to ensure the most polluting sectors also take part in fighting climate change and innovate towards zero carbon. This is our best chance of remaining below the 1.5°C warming limit, whilst also pushing our trading partners to be equally ambitious in order to enter the EU market*». Maggiori informazioni disponibili all'indirizzo <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20210304IPR99208/meps-put-a-carbon-price-on-certain-eu-imports-to-raise-global-climate-ambition>.

³⁶ Cfr. in particolare i paragrafi 4, 11 e 14 del già citato rapporto *Border Tax Adjustments*, disponibile online all'indirizzo https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90840088.pdf

³⁷ *GATT, Border Tax Adjustments, Report of the Working Party adopted on 2 December 1970*, (L/3464), par. 4, disponibile online all'indirizzo https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90840088.pdf

destinazione, in virtù del quale la tassazione del prodotto avviene nel luogo in cui viene consumato e non in quello di produzione³⁸, se strutturato in maniera da non generare discriminazioni ingiustificate nei confronti degli operatori stranieri, potrebbe farsi rientrare tra i *Border Tax Adjustments* conformi al diritto dell'OMC³⁹.

Ulteriore aspetto interessante, relativo all'attuazione del CBAM consiste nell'allocazione delle risorse economiche ottenute dalla sua applicazione: la *ratio* dell'istituto, ne richiederebbe la destinazione a programmi di transizione ecologica, soprattutto in favore dei Paesi economicamente più svantaggiati⁴⁰.

Le entrate ottenute dall'imposizione della *carbon border tax*, se impiegate in maniera produttiva, consentirebbero infatti ai singoli Paesi di tamponare gli effetti economici negativi nel breve termine, derivanti dall'aumento del prezzo delle fonti di energia non rinnovabili; in particolare, mentre i PVS potrebbero destinarli, in generale, alla realizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030, nei Paesi industrializzati, gli introiti potrebbero essere utilizzati per ridurre la tassazione sul lavoro e/o sui redditi da capitale⁴¹.

In ogni caso, le risorse economiche ottenute attraverso l'imposizione della tassa potrebbero essere impiegate per finanziare la realizzazione delle infrastrutture necessarie al funzionamento di sistemi di produzione di energia pulita. Se strutturata in questo modo, la *carbon border tax* europea riuscirebbe a superare il vaglio dell'OMC, poiché difficilmente potrebbe essere considerata come una misura protezionistica, come tale contraria ai principi da essa propugnati.

3. Stando agli auspici del Parlamento europeo⁴², come anticipato, il funzionamento del CBAM dovrà collegarsi all'ETS UE, il primo e tuttora il più esteso sistema per lo scambio delle quote di emissione al mondo, attivo dal

³⁸ MAJOCCHI, *Carbon Pricing and Border Tax Adjustments: the Compatibility with Wto Rules*, *Centro Studi sul Federalismo*, febbraio 2018, p. 8.

³⁹ Eventualmente ricorrendo al regime delle eccezioni generali di cui all'art. XX del GATT al fine di giustificare le misure adottate laddove dovesse ravvisarsene il carattere discriminatorio, in ragione dell'accoglimento dell'eccezione restrittiva del concetto di similarità dei prodotti che tiene cioè conto unicamente del prodotto in sé e non anche del processo produttivo. In particolare, lo Stato potrebbe appellarsi all'eccezione relativa alla tutela della vita e della salute umana e degli altri esseri viventi (art. XX, lett. b) e a quella relativa alla conservazione delle risorse naturali esauribili (art. XX, lett. g). Cfr. *Ibidem*, p. 9.

⁴⁰ Interessanti, sul punto, le osservazioni di CARATTINI, KALLBEKKEN, ORLOV, *How To Win Public Support for a Global Carbon Tax*, *Nature*, vol. DLXI, 2019, pp. 289-291.

⁴¹ Così, PARRY, op. cit., p. 17.

⁴² Cfr. la proposta di risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 sul tema "*Verso un meccanismo UE di adeguamento del carbonio alla frontiera compatibile con l'OMC*" (2020/2043(INI)), disponibile nel sito <https://www.europarl.europa.eu>. (2020/2043(INI)), disponibile nel sito <https://www.europarl.europa.eu>.

2005⁴³; oltre alla produzione di energia elettrica e calore, il sistema copre infatti tutti i comparti industriali ad alta intensità energetica, tra cui raffinerie di petrolio, acciaierie e produzione di ferro, metalli, alluminio, cemento, calce, vetro, ceramica, pasta di legno, carta, cartone, acidi e prodotti chimici organici su larga scala, nonché il settore dell'aviazione commerciale all'interno dello Spazio economico europeo: settori che rappresentano il 94% delle emissioni industriali nell'Unione⁴⁴.

Attualmente, l'EU ETS costituisce perciò il principale strumento adottato dall'Unione per ridurre le emissioni di gas serra, in attuazione del Protocollo di Kyoto, basato sul mercato delle quote di emissioni europee, le *European Union Allowances* e le *European Union Aviation Allowances* per il settore dell'aviazione (rispettivamente, EUA e EUA A), determinate in tonnellate di CO₂ equivalenti.

Come anticipato, a tale mercato hanno accesso gli impianti industriali ad alta intensità energetica, i quali devono monitorare annualmente le proprie emissioni e compensarle con le EUA e/o con le EUA A disponibili sul mercato ETS⁴⁵.

Il sistema viene anche definito “*cap and trade*”, proprio perché fissa a monte un tetto massimo (*cap*) di emissioni consentite in Europa e coinvolge tutti gli operatori economici dei settori sopra citati, autorizzati all'acquisto e alla vendita di quote di CO₂ sul mercato (*trade*) a seconda delle loro necessità, entro il limite stabilito per ogni singolo impianto; il quantitativo totale delle quote disponibili nel mercato ETS, invece, viene determinato periodicamente in ragione degli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas serra dell'Unione, da ultimo fissati al -55% entro il 2030, rispetto ai livelli del 1990⁴⁶.

Tra le principali criticità dei sistemi per lo scambio delle quote di emissione, vi è la circostanza per cui, trattandosi di meccanismi basati su un sistema di mercato, nel quale il prezzo delle quote è determinato dall'incontro tra domanda e offerta, esso tende a fluttuare, molto spesso

⁴³ Il sistema è operativo in tutti i Paesi dell'Unione, più Islanda, Norvegia e Liechtenstein, ponendo limiti alle emissioni di circa 10.000 impianti industriali e delle compagnie aeree che operano tra tali Stati, responsabili di circa il 40% delle emissioni di gas serra dell'Unione. Per una panoramica sull'argomento, cfr., tra gli altri, BORGHESI, op. cit., BORGHESI, MONTINI, op. cit., WETTESTAD, op. cit. e WILL, op. cit.

⁴⁴ Alcuni di questi settori, che tuttora beneficiano di quote di emissione gratuite, dovrebbero essere coperti dal CBAM già entro il 2023. Maggiori informazioni in proposito sono reperibili nel sito https://ec.europa.eu/clima/policies/ets_it.

⁴⁵ Cfr. sul punto MONNI, *Il sistema europeo di Emission Trading. The European System of Emission Trading (EU-ETS)*, *AmbienteDiritto. it-Rivista Giuridica Telematica*, 2006, pp. 1-26, nonché BORGHESI, op. cit., BORGHESI, MONTINI, op. cit., WETTESTAD, op. cit. e WILL, op. cit.

⁴⁶ Cfr. in proposito la sezione “2030 Climate & Energy Framework” nel sito web https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2030_en.

riducendosi eccessivamente⁴⁷.

A ciò si aggiunga che, al fine di contrastare il fenomeno del *carbon leakage*, l'ETS UE prevede la concessione di una parte di quote a titolo gratuito agli operatori maggiormente esposti al rischio di delocalizzazione, in particolar modo nel comparto manifatturiero: a tal fine, si tiene conto del loro livello di attività e di standard di riferimento (*benchmark*) elaborati dalla Commissione europea e validi a livello europeo⁴⁸; tale circostanza diminuisce, di fatto, l'efficacia del sistema.

Stabilire, perciò, la tassazione delle emissioni "contenute" in alcune categorie di prodotti importati nell'Unione, attraverso l'introduzione di un meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera potrebbe rivelarsi una strategia maggiormente efficace⁴⁹, se affiancata alle misure attualmente in vigore. A tal riguardo, una soluzione potrebbe essere quella di riformare l'ETS UE per adeguarlo alle nuove previsioni, consentendo agli altri Paesi di acquistare permessi per poter esportare alcune categorie di prodotti⁵⁰.

4. La necessità di far fronte ai cambiamenti climatici in corso con misure sempre più incisive rappresenta per la comunità internazionale una delle principali sfide dei nostri tempi, come testimonia il ricorrente inserimento del tema nell'agenda dei principali fori internazionali⁵¹.

Una volta appurata l'insufficienza degli impegni finora assunti dagli Stati, attraverso la conclusione di accordi il cui obiettivo principale spesso si identifica nella stabilizzazione delle emissioni di gas serra e, di conseguenza, nel contenimento dell'incremento della temperatura della terra, è stata avvertita l'esigenza di promuovere programmi di transizione ecologica diretti a conseguire la neutralità

⁴⁷ Tanto che il prezzo medio di ciascuna di esse si aggira intorno ai 2\$ per tonnellata di CO₂, considerando l'operatività, a livello globale, di circa 60 sistemi per lo scambio di quote di emissione. Così, PARRY, op. cit., p. 18.

⁴⁸ Maggiori informazioni in proposito sono disponibili nella sezione "*Free allocation*" nel sito web della Commissione europea, all'indirizzo https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allowances_en#tab-0-1.

⁴⁹ Sull'opportunità di accordare preferenza all'introduzione di una carbon tax in luogo di un sistema per lo scambio delle quote di emissione, con particolare riferimento all'economia cinese si veda anche JIA, LIN, *Rethinking the Choice of Carbon Tax and Carbon Trading in China, Technological Forecasting and Social Change*, vol. CLIX, 2020, 120187 (<https://doi.org/10.1016/j.techfore.2020.120187>).

⁵⁰ Così CARRER, LANZAVECCHIA, *Carbon border tax, i dettagli dell'idea Ue che piace a Kerry*, 14 maggio 2021, consultabile nel sito <https://formiche.net/2021/05/carbon-border-tax-usa-ue-kerry/>. Cfr. sul punto anche HINTERMAYER, *A carbon price floor in the reformed EU ETS: Design matters!*, *Energy Policy*, vol. CXLVII, 2020, n. 111905.

⁵¹ È indicativa dell'attualità del tema della lotta ai cambiamenti climatici la circostanza per cui esso, oltre che nell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite e tra gli obiettivi chiave dell'Unione europea, figura anche tra le priorità politiche del G7 2021 a presidenza britannica con il supporto dell'Italia. Maggiori informazioni disponibili nel sito <https://www.g7uk.org/policy-priorities/>.

climatica nei prossimi decenni⁵².

Tra questi ultimi, spicca per importanza e innovatività il *Green Deal* europeo⁵³, programma di crescita il cui obiettivo principale è costituito, per l'appunto, dal raggiungimento della soglia emissioni zero in Europa entro il 2050⁵⁴. Come già ampiamente osservato, tale ambizioso traguardo richiede interventi più drastici in aggiunta alle vigenti previsioni, tra cui assumono fondamentale importanza quelle che fanno capo all'ETS UE⁵⁵.

La *carbon tax* rappresenta senza dubbio una valida soluzione in tal senso, specie ove se ne considerino i vantaggi rispetto ai sistemi per lo scambio delle quote di emissione, sia in termini di efficienza che in un'ottica squisitamente economica; l'introduzione di una tassa sul carbonio risulta infatti agevole, in quanto essa può essere semplicemente incorporata nelle accise sui carburanti già esistenti, ovvero inclusa nelle *royalties* pagata dalle industrie petrolifere allo Stato, non richiedendo dunque particolari stravolgimenti a livello normativo e/o regolamentare⁵⁶.

Oltre che agile, la *carbon tax* costituisce anche uno strumento incisivo, proprio perché tende ad attribuire un prezzo alle emissioni di CO₂, scoraggiando l'utilizzo delle fonti energetiche non rinnovabili e i processi produttivi non sostenibili, rendendoli meno appetibili per le imprese e meno convenienti per i consumatori finali.

Ulteriore punto di forza della tassa sul carbonio è rappresentato dalla consistenza delle risorse economiche ottenute dalla sua applicazione: risorse che potranno essere reinvestite dallo Stato per alleggerire la pressione fiscale a livello domestico, ovvero destinate a programmi di transizione ecologica, anche a beneficio di Paesi economicamente svantaggiati⁵⁷.

Inoltre, promuovendo l'introduzione di una *carbon border tax*, l'Unione ha inteso affiancare alla necessità di promuovere la transizione verso processi produttivi e modelli di vita ecologicamente sostenibili, quella di sostenere la competitività delle imprese locali, al fine di tenerle "indenni", per quanto possibile, dalle conseguenze che un incremento generalizzato dei costi di produzione comporta sulla domanda dei loro prodotti e da eventuali

⁵² Il riferimento è correlato agli strumenti analizzati nel paragrafo introduttivo, in particolare al Protocollo di Kyoto e all'Accordo di Parigi.

⁵³ Per cui si veda la citata Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni dell'11 dicembre 2019, Il *Green Deal* europeo, COM(2019)640 final, disponibile nel sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN>.

⁵⁴ Cfr. sul punto CARTA, op. cit., p. 62 e FALCONE, op. cit., pp. 379-394.

⁵⁵ Per cui si veda più diffusamente quanto osservato nel par. 3.

⁵⁶ Così, PARRY, op. cit., p. 17.

⁵⁷ Cfr. in proposito CARATTINI, KALLBEKKEN ORLOV, op. cit., p. 291.

fenomeni di *dumping* ambientale⁵⁸.

È questa la logica sottesa alla proposta avanzata dal Parlamento europeo negli scorsi mesi, orientata cioè all'introduzione di un meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera, pensato, appunto, per non penalizzare le industrie europee che devono attenersi a standard più rigorosi, rispetto alle concorrenti straniere che si dimostrino meno virtuose sotto tale punto di vista. Il CBAM verrà perciò strutturato in modo da colpire in maniera "chirurgica" le importazioni per alcune categorie di prodotti provenienti da Paesi terzi che non dispongono di un analogo sistema di tassazione delle emissioni, di contro agevolando le imprese europee che si atterranno agli standard prefissati⁵⁹.

Questione di non poco conto, se si considera che negli ultimi anni è stata rilevata una costante diminuzione delle emissioni di gas serra in Europa, di circa il 24%, mentre è stata registrata una crescita continua delle emissioni correlate alle importazioni, quelle cioè "contenute" nei prodotti e nei servizi importati nell'Unione. Ciò ha vanificato, in parte, gli sforzi compiuti dagli operatori locali, costretti ad attenersi a regole più stringenti⁶⁰. Da qui, l'esigenza di monitorare tale ultima categoria di emissioni di gas serra "all'ingresso" e di individuare possibili misure per ridurre gradualmente le emissioni di carbonio dell'Unione. Nel momento in cui si scrive, non è ancora stata resa pubblica la versione definitiva della proposta della Commissione, relativa a un più ampio pacchetto di riforme per la riduzione delle emissioni in Europa del 50-55% entro il 2030, all'interno del quale verranno incluse anche le disposizioni relative al CBAM, attesa per il 14 luglio prossimo⁶¹.

Tuttavia, ciò che si evince dalla bozza provvisoria è che il CBAM entrerà in funzione gradualmente dal 2023, con un periodo di "rodaggio" di tre anni, al termine del quale

⁵⁸ Sul fenomeno, si veda più diffusamente RAUSCHER, *On Ecological Dumping*, in *The Economics of International Trade and the Environment* (a cura di Batabyal e Beladi), Boca Raton, 2001, pp. 67-81.

⁵⁹ Maggiori informazioni in proposito e, più in generale, sul piano d'azione dell'Unione per i prossimi anni sono disponibili nel sito web della Commissione europea, all'indirizzo https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/long-term-eu-budget/2021-2027/revenue/potential-new-sources-revenue_en.

⁶⁰ Le importazioni nette di beni e servizi nell'UE rappresentano oltre il 20% delle emissioni di CO₂. Cfr. a tal proposito il sommario relativo alla proposta di risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 sul tema "*Verso un meccanismo UE di adeguamento del carbonio alla frontiera compatibile con l'OMC*" (2020/2043(INI)), disponibile all'indirizzo web: <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1654463&t=e&l=en>.

⁶¹ Cfr. a tal proposito le osservazioni di MIZULIN, BAINES, GERAETS, *Informal Draft of European Commission Proposal for Carbon Border Adjustment Mechanism ("CBAM") Becomes Public*, Mayer Brown, 10 giugno 2021, disponibile nel sito <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2021/06/informal-draft-of-european-commission-proposal-for-carbon-border-adjustment-mechanism-cbam-becomes-public>.

andrà a regime; inizialmente, inoltre, la *carbon border tax* riguarderà i settori produttivi di energia elettrica, acciaio, ferro, cemento, fertilizzanti e alluminio.

Nonostante il CBAM sarà predisposto nel rispetto del diritto OMC, diversi sono i nodi da sciogliere affinché le misure adottate dall'UE non siano giudicate protezionistiche; innanzitutto, rimane controversa la questione relativa alla permanenza o meno delle c.d. *Free Allocations*, cioè della concessione di quote di emissione a titolo gratuito in favore di operatori di alcuni settori, come attualmente previsto dall'ETS UE, sulla base di parametri fissati dalla Commissione⁶².

Più in generale, come già osservato, tale strumento potrebbe poi prestarsi agevolmente ad abusi, innescando tensioni con i maggiori partner commerciali dell'Unione. Concretamente, infatti, la *carbon border tax* europea potrebbe suscitare diffidenza di alcuni Stati, innanzitutto della Cina, primo partner commerciale dell'Unione⁶³, che nonostante abbia di recente assunto, a sua volta, l'impegno di raggiungere la neutralità climatica entro il 2060⁶⁴, ha già ampiamente espresso le proprie perplessità in merito, in quanto le esportazioni ne risulterebbero fortemente penalizzate⁶⁵; in tal senso, simili previsioni potrebbero essere facilmente percepite come uno strumento di pressione sulla politica climatica, anche da parte di altri Paesi che intrattengono fitte relazioni commerciali con l'UE, quali l'India, il Brasile e il Sudafrica, i quali potrebbero reagire imponendo sanzioni sui prodotti europei⁶⁶.

Tali preoccupazioni erano condivise inizialmente, almeno in parte, anche dagli Stati Uniti che, pur convenendo in linea di principio sull'utilità

⁶² Così HEDGES, *Carbon Border Tariffs: The Shape of Things to Come*, Norton Rose Fulbright, Aprile 2021, disponibile nel sito <https://www.nortonrosefulbright.com/en-th/knowledge/publications/4e0ed241/carbon-border-tariffs-the-shape-of-things-to-come>.

⁶³ Sulla base dei dati diffusi da Eurostat a seguito di un aumento, nel 2020, delle importazioni dalla Cina del 5,6%, per un totale di 383,5 miliardi di euro e di un incremento delle esportazioni europee del 2,2% (202,5 miliardi di euro). Maggiori informazioni disponibili https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=International_trade_in_goods.

⁶⁴ Per la prima volta, attraverso un videomessaggio del Presidente Xi Jinping all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il 22 settembre 2020. Così, *China aims to cut its net carbon-dioxide emissions to zero by 2060*, disponibile online all'indirizzo <https://www.economist.com/china/2020/09/24/china-aims-to-cut-its-net-carbon-dioxide-emissions-to-zero-by-2060>

⁶⁵ BONANNI, *La carbon tax fa paura alla Cina*, *Repubblica.it*, 16 aprile 2021, articolo disponibile al link https://www.repubblica.it/commenti/2021/04/16/news/ambiente_carbon_tax_ci_na_stati_uniti_europa-300858079/. Tali preoccupazioni invero dovrebbero cedere il passo all'opportunità anche per la Cina, evidenziata da alcuni Autori, di introdurre una *carbon tax*; tale sistema si rivelerebbe infatti vantaggioso, sia in termini di efficienza che di convenienza economica, rispetto alla previsione di un nuovo sistema per lo scambio delle quote di emissione. Così, JIA, LIN, *op.cit.*

⁶⁶ Così, CARRER, LANZAVECCHIA, *op. cit.*

dell'introduzione di una *carbon tax*⁶⁷, hanno posto l'accento sulle difficoltà di elaborare e attuare in concreto il CBAM, a causa delle implicazioni che potrebbe avere per le economie, le relazioni e il commercio dell'UE⁶⁸.

Nelle ultime settimane, tuttavia, gli USA sembravano aver abbandonato tale posizione, mostrando sempre maggiore apertura e propensione ad appoggiare l'iniziativa europea; sebbene possa ragionevolmente aspettarsi ulteriori mutamenti di opinione in futuro sull'opportunità o meno di introdurre una *carbon border tax* europea⁶⁹, se non altro tale atteggiamento propositivo lascia ben sperare, almeno sulla convergenza di intenti dell'UE con il partner oltre Oceano, circa le politiche di contrasto ai cambiamenti climatici, indipendentemente dalle soluzioni che verranno individuate in concreto.

In conclusione, risulta evidente che il CBAM, così come presentato, non rappresenterà altro che un ulteriore strumento concreto attraverso cui l'Unione europea intende promuovere a livello universale, attraverso l'azione nei settori di propria competenza, valori fondamentali dei quali da sempre si fa "portatrice", tra cui diritti umani e tutela dell'ambiente⁷⁰.

Non resta dunque che attendere il testo definitivo del provvedimento della Commissione, che rivelerà in quale direzione si muoveranno gli sforzi di promuovere un piano di crescita basato sulla transizione ecologica, nel più ampio contesto di quella che potrebbe essere definita come una nuova era della globalizzazione⁷¹.

⁶⁷ La possibilità di introdurre una tassa americana è ormai da tempo esplorata in dottrina. Per alcuni spunti interessanti in proposito cfr. JORGENSON, GOETTLE, HO, WILCOXEN, *Carbon Taxes and Fiscal Reform in the United States*, *National Tax Journal*, vol. LXVIII, 2015, n. 1, pp. 121-138 (<https://doi.org/10.17310/ntj.2015.1.05>) e FREMSTAD, PAUL, *The Impact of a Carbon Tax on Inequality*, *Ecological Economics*, vol. CLXIII, 2019, pp. 88-97.

⁶⁸ Così CARRER, LANZAVECCHIA, op. cit.

⁶⁹ La circostanza è confermata dalle perplessità espresse dall'amministrazione statunitense in occasione del G7 in Cornovaglia. Così RAMPINI, *Border Carbon Tax, l'America comincia a ripensarci: possibile una frattura con gli europei*, 11 giugno 2021, articolo disponibile nel sito https://www.repubblica.it/esteri/2021/06/11/news/g7_cornovaglia_usa_regno_unitto_agenda-305524925/.

⁷⁰ Cfr. sul tema, tra gli altri, DOUMA, *The Promotion of Sustainable Development Through EU Trade Instruments*, *European Business Law Review*, vol. XXVIII, 2017, n.2, pp. 197-216, YANG, *How do EU Norms Diffuse? Rule of Law Promotion in EU-China Cooperation on Environmental Governance*, *Journal of European Integration*, vol. XXXIX, 2017, n. 1, pp.63-78 e MELO ARAUJO, *Labour Provisions in EU and US Mega-Regional Trade Agreements: Rhetoric and Reality*, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. LXVII, 2018, n.1, pp. 233-253.

⁷¹ Su quest'ultimo tema, cfr. più diffusamente, [*The Limits of Law and Development: Neoliberalism, Governance and Social*](#) (a cura di Adelman e Paliwala), Abingdon, New York, 2021.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

AD	Antidumping
AFTA	Association of Southeast Asian Nations Free Trade Area
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
AUSFTA	Australia United States Free Trade Agreement
BIT	Bilateral Investment Treaty
BRI	Belt and Road Initiative
CAI	Comprehensive Agreement on Investment
CARIFORUM	Caribbean Forum
CBAM	Carbon Border Adjustment Mechanism
CCP	(European) Common Commercial Policy
CEDU	Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali
CEE	Comunità Economica Europea
CEPR	Centre for Economic Policy Research
CER	Closer Economic Relations Trade Agreement
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
CGUE/ECJ	Corte di Giustizia dell'UE (<i>European Court of Justice</i>)
CIG/ICJ	Corte Internazionale di Giustizia (<i>International Court of Justice</i>)
CIGI	Centre for International Governance Innovation
CTEI	Centre for Trade and Economic Integration
CTEO	Chief Trade Enforcement Officer
CTR	Center for Transatlantic Relations
CTR	Claims Tribunal
DAGs	Domestic Advisory Groups /
DSB	Dispute Settlement Body
DSU	Dispute Settlement Understanding
EC	European Communities
EC/COM	European Commission
ECIPE	European Centre for International Political Economy
ECT	Energy Charter Treaty
EEA	European Economic Area
EFTA	European Free Trade Association
EGA	Environmental Goods Agreement
EIIA	Economic Integration Investment Agreements
EJIL	European Journal of International Law
EMIR	European Markets and Infrastructure Regulation
EPA	Economic Partnership Agreement
ERC	European Research Council
ETUC	European Trade Union Confederation

EUCFR	EU Charter of Fundamental Rights
EUI	European University Institute
EUSFTA	EU-Singapore Free Trade Agreement
EVFTA	EU-Vietnam Free Trade Agreement
FDI	Foreign Direct Investment
FET	Fair and Equitable Treatment
FPS	Full Protection and Security
FSB	Financial Stability Board
FTA	Free Trade Agreement
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GCI	Gruppo consultivo interno
GPA	Agreement on Government Procurement
IAIS	International Association of Insurance Supervisors
ICC	International Court of Arbitration
ICS	Investment Court System
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IAs/IITs	International Investment Agreements / International Investment Treaties
IISD	International Institute for Sustainable Development
ILO	International Labour Organization
ILR	International Law Reports
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
IP	Intellectual Property
ISA	Investor-State Arbitration
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
ISDSM	Investor-State Dispute Settlement Mechanism
ITO	International Trade Organization
KOREU	EU-Korea Free Trade Agreement
MAI	Multilateral Agreement on Investment
MEAs	Multilateral Environmental Agreements
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MFN	Most-Favoured Nation
MIA	Multilateral Investment Agreement
MIC	Multilateral Investment Court
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
MiFIR	Markets in Financial Instruments Regulation
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
MPIA	Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NAJEF	North American Journal of Economics and Finance
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NGOs	Non-Governmental Organizations
NT	National Treatment
NTBs	Non-Tariff Barriers

OBOR	One Belt One Road
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OIL	Organizzazione Internazionale del Lavoro
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
OMC/WTO	Organizzazione Mondiale del Commercio (<i>World Trade Organization</i>)
ONU/UN	Organizzazione delle Nazioni Unite (<i>United Nations</i>)
PTA	Preferential Trade Agreement
RCEP	Regional Comprehensive Economic Partnership
RIA	Regulatory Impact Assessment
RTAs	Regional Trade Agreements
SDGs	Sustainable Development Goals
SD/RBC	Sustainable Development/Responsible Business Conduct
SEE	Spazio Economico Europeo
SEP	Single Entry Point
SIA	Sustainability Impact Assessment
SOEs	State-Owned Enterprises
SPS	Sanitary and Phytosanitary
SPS Agreement	WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures
TBI	Trattato Bilaterale per gli Investimenti
TBTs	<i>Technical Barriers to Trade</i>
TCA	EU-UK Trade and Cooperation Agreement
TUE/TEU	Trattato sull'Unione europea (<i>Treaty on European Union</i>)
TFUE/TFEU	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (<i>Treaty on the Functioning of the European Union</i>)
TiSA	Trade in Services Agreement
TPP	Trans-Pacific Partnership
TRIPS	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TSD Chapter	Capitolo su commercio e sviluppo sostenibile
TSD Complaint	Reclamo su commercio e sviluppo sostenibile
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership (EU-US)
UE/EU	Unione Europea (<i>European Union</i>)
UNCED	United Nations Conference on Environment and Development
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNFCCC	United Nations Framework Convention on Climate Change
UNGC	United Nations Global Compact
UNTS	United Nations Treaty Series
UNU-CRIS	United Nations University on Comparative Regional Integration Studies
USC	United States Congress
USMCA	United States Mexico-Canada Agreement
USTR	United States Trade Representative

VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties
WCED	World Commission on Environment and Development
WIPO	World Intellectual Property Organization
WSSD	World Summit for Social Development

Nell'ambito dei processi di riforma su regole sostanziali e procedure della *governance* dell'economia globale, l'Unione europea si propone come uno degli attori principali sulla scena internazionale, fondando la propria azione sugli obiettivi per lo sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals*, SDGs) dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite. Con il presente volume, il Gruppo d'interesse sul diritto internazionale dell'economia (DIEcon) della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea offre un primo contributo per la disamina di alcuni dei nuovi strumenti di *trade policy* dell'Unione europea e del loro *enforcement*, realizzato anche in collaborazione con due moduli Jean Monnet -Re-Globe (Coordinatrice Prof.ssa Elisa Baroncini) e EUIL (Coordinatrice Prof.ssa Pia Acconci)- e che ha beneficiato dell'importante confronto cui hanno dato vita i partecipanti ai *webinars* di DIEcon.

