8 novembre 2016 19:23

Nel cuore del Ceta (accordo Ue/Canada). 1: I tribunali di arbitraggio minacciano la democrazia?

di Redazione



Il quotidiano le Monde e il sito web tedesco Correctiv.org si sono messi a spulciare dall'inizio di novembre nelle duemila pagine dell'accordo commerciale Ceta, siglato domenica 30 ottobre tra l'Unione Europea e il Canada, per tentare di capire se le paure dei suoi oppositori sono fondate o meno.
1mo articolo – i tribunali di arbitraggio minacciano la democrazia?
2do articolo – l'agricoltura europea sara' sacrificata?
(http://www.aduc.it/articolo/nel+cuore+ceta+accordo+ue+canada+agricoltura_25112.php)
3zo articolo – Ceta e il clima si accoppiano bene?
(http://avvertenze.aduc.it/statiunitideuropa/nel+cuore+ceta+accordo+ue+canada+ceta+clima+si_25121.php)
4to articolo – la democrazia europea sara' diseredata?
(http://avvertenze.aduc.it/statiunitideuropa/nel+cuore+ceta+accordo+ue+canada+democrazia+europea_25122.php
)
5to articolo – i servizi pubblici sono minacciati?
(http://www.aduc.it/articolo/nel+cuore+ceta+accordo+ue+canada+servizi+pubblici_25123.php)
6to articolo – il CETA e' inarrestabile?
(http://www.aduc.it/articolo/nel+cuore+ceta+accordo+ue+canada+ceta+inarrestabile_25128.php)

I tribunali d'arbitraggio, associati al trattato CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) prima del suo predecessore, il Tafta, sono diventati in questi ultimi anni il simbolo dei movimenti di contestazione del libero scambio. Il loro principio generale e' il seguente: se uno Stato vota una legge che riduce i profitti di un'impresa in modo discriminante, quest'ultima puo' proseguire giudizialmente davanti ad un tribunale arbitrale.
Questo meccanismo di regolamento delle controversie tra investitori e Stati -Investor-State Dispute Settlement, o ISDS- era utile nel passato, per degli investimenti realizzati nei Paesi in via di sviluppo con sistemi giudiziari imprevedibili. I tribunali erano ad hoc, composti da arbitri privati -nella maggior parte dei casi degli avvocati- e secretati. Ma nel corso degli ultimi anni, alcuni di questi tribunali hanno condannato dei governi a delle ammende finanziarie, dissuadendoli dal lanciarsi in nuove politiche pubbliche ambiziose. In un famoso caso del 2012, la societa' svedese di energia Vattenfall ha fatto ricorso ad un tribunale ISDS per reclamare 4,7 miliardi di dollari al governo tedesco, come compensazione della chiusura delle sue due centrali nucleari, conseguenza alla decisione di Angela Merkel di abbandonare l'energia nucleare, dopo l'incidente di Fukushima.
L'idea che il CETA organizzi tali tribunali, paralleli alle corti nazionali di Francia, di Germania e del Canada, e' stata vivamente criticata. I principali argomenti contro di essi erano che gli stessi favorivano gli interessi delle grandi lobby industriali, e che instaurarli tra l'Unione europea e il Canada sarebbe un cavallo di Troia per le imprese americane.
La contestazione popolare ha forzato la Commissione europea a cambiare i propri piani per introdurre, a febbraio, delle nuove garanzie a questi tribunali. Il nuovo ISDS, ribattezzato “Sistema della corte degli investimenti” (Investment Court System, ICS), e' piu' simile ad un tribunale classico. I negoziati dell'ultimo minuto tra la Vallonia, l'Unione europea e il Canada, hanno permesso di giungere a miglioramenti supplementari. *Ma il testo conserva numerose incertezze:*

A – Arbitri privati o giudici pubblici?
B- Le imprese americane possono attaccare gli Stati europei?
C – Il CETA, permettera' alle grandi imprese di contestare delle politiche pubbliche?
D – Potrebbe esserci un CETA senza arbitraggio?

A – Arbitri privati o giudici pubblici?

Il problema

Gli ISDS, attualmente in vigore con piu' di 3.000 trattati d'investimento internazionali, sono criticati perche' permettono alle parti (Stati o imprese) di scegliere i propri arbitri per derimere i loro litigi, sena esigenze di indipendenza e di competenza. Questi arbitri, generalmente scelti nel medesimo piccolo gruppo di giuristi internazionali, sono sospettati di occupare successivamente, secondo le varie questioni in gioco, la funzione di arbitro e di avvocato davanti a questi tribunali privati.

Pretese incontestabili

Giudici quasi permanenti

Per rispondere a questo problema, la Commissione europea ha convinto il governo canadese di mettere in piedi, invece dell'ISDS una giurisdizione “moderna”, “trasparente” e “permanente”, che potrebbe emettere dei giudizi giusti e obiettivi”.

Il CETA sostituisce agli arbitri ad hoc un pannello di quindici giudici permanenti” nominati per dei mandati da cinque a dieci anni, decisi in parti uguali dal Canada, dall'Unione europea e dai Paesi terzi. La loro nomina portera' ad un “consiglio” composto di rappresentanti canadesi ed europei, che potranno scegliere sia degli ex-giudici nazionali, sia dei “giuristi di competenza riconosciuta”, a condizione che essi abbiamo esperienza in materia di investimenti e di commercio internazionali.

Per garantire che gli abituali arbitri privati scelti nella maggior parte delle questioni degli ISDS ne siano designati, l'UE si e' impegnata a proporre solo candidature sottoposte attraverso i suoi Stati membri e che rispondano ai medesimi criteri che questi richiedono per le nomine alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Durante tutto il loro mandato. I giudici avranno il divieto di agire come avvocati in ogni caso degli ISDS, per prevenire i conflitti d'interesse. Ma essi potranno sempre continuare come avvocati privati ai margini dei trattati di investimento internazionali. L'impegno preso da Bruxelles che “il sistema si evolva verso dei giudici impiegati a tempo pieno”, resta al momento una vaga promessa. Inoltre, i giudici saranno autorizzati a fare delle “andate e ritorno” con le attivita' di avvocato degli ISDS e con il loro mandato di giudice.

Tuttavia, due disposizioni si suppone che garantiscano la loro indipendenza:

- I tre giudici che giudicano su ogni questione saranno estratti a sorte nell'ambito del pannello dei quindici giudici, per limitare il rischio di collusione con le parti.
- In caso di conflitto d'interessi evidente, una proceduta autorizzera' le parti a revocare un giudice parziale.

Nel coro dei negoziati degli ultimi giorni con Bruxelles e Ottawa, la Vallonia ha ottenuto che un nuovo “codice di condotta” sia scritto per i giudici prima della creazione di un tribunale. Esso dovra' introdurre un sistema di sanzioni per i giudici che non rispettano le regole, ma anche forzarli a rivelare le loro attivita' passate ed attuali prima della loro nomina, ed introdurra' l'interdizione di “professioni e incarichi specifici durante un certo lasso di tempo prima della fine del loro mandato”.

Una dipendenza finanziaria

I giudici del Ceta riceveranno una remunerazione fissa da parte del tribunale per il semplice fatto di essere disponibili -circa 2.000 euro al mese, secondo Bruxelles. Ma il grosso della loro remunerazione verra' in effetti dal loro onorario giornaliero (3.000 dollari al giorno spesi sul caso), che saranno a carico della parte perdente (Stato o impresa).

Questa remunerazione, caso per caso, manterra' lo stimolo finanziario per i giudici di accettare piu' vicende possibili e di fare durare il piu' a lungo possibile. Questo resta un ostacolo importante ad una reale indipendenza finanziaria del tribunale. Bruxelles e Ottawa si sono ben guardati dalla possibilita' di instaurare un salario fisso per i giudici, ma non e', a questo punto, che una possibilita' opzionale.

Un tribunale d'appello

Uno dei problemi dell'ISDS era che differenti arbitri potevano interpretare i trattati differentemente, generando una grande incertezza legale per i governi al momento di prendere le loro decisioni. Per regolare questo problema, il CETA introduce per la prima volta un meccanismo di appello. “Le decisioni in appello saranno dei precedenti vincolanti per i giudici e miglioreranno la coerenza dell'interpretazione del trattato”, commenta una fonte confidenziale dei meccanismi d'arbitraggio.

Questa pero' soffre di due limiti:

1 – L'intervento del tribunale d'appello sara' limitato all'interpretazione della legge, ma non potra' andare a cercare nuove prove o audizioni di nuovi testimoni o esperti.

2 – La giurisprudenza sara' vincolante solo per i casi legati al CETA, ma potra' essere sempre contraddetta da alcuni tribunali ISDS emersi da altri trattati di investimenti che legano gli Stati europei.

La trasparenza delle procedure

La procedura e i documenti di ogni vicenda saranno quasi sempre pubblici -salvo nei casi “confidenziali e protetti”.
Ma sempre non una corte pubblica…
Malgrado i progressi indiscutibili, il Sistema di corte d'investimento del CETA manca ancora di un certo numero di elementi per essere veramente considerata come una corte pubblica, piuttosto che come “una corte permanente di arbitraggio”, come l'ha qualificata l'associazione dei magistrati tedeschi.
La corte non avra' una sua propria struttura con suo personale e sua segreteria, ma utilizzera' i servizi del Cirdi, un organismo d'arbitraggio stabilito da Washington.
La creazione di una vera corte multilaterale e' proclamata come un obiettivo da parte dell'UE e del Canada, ma non vengono fissati dei calendari precisi. “Non ci saranno molti casi ogni anno tra Canada e UE per giustificare la creazione di una corte permanente”, stima una fonte informata dell'arbitraggio internazionale. E' quindi probabile che una tale corte non sia non sia creata nei prossimi anni, o almeno prima che l'UE non concluda altri accordi commerciali con questo nuovo sistema ICS.
L'ICS e' sempre una giurisdizione a senso unico, o solo le imprese possono attaccare gli Stati, e non il contrario.
L'ICS resta molto costoso (diversi milioni di euro per ogni vicenda) e sara' probabilmente soprattutto utilizzato per delle grandi aziende. Bruxelles si e' tuttavia impegnata a prendere rapidamente delle misure di “(co)finanziamento” per ridurre il carico finanziario delle procedure al fine di renderle accessibili ai PME.

B. Delle imprese americane potranno attaccare gli Stati europei?

Il problema
In un recente rapporto, l'ONG di Bruxelles Corporate Europe Observatory, ostile al CETA, ha stimato che l'accordo “avrebbe esteso significativamente la portata dell'arbitraggio di investimento” nelle relazioni Europa-Canada. E' probabile, perche' il CETA aprira' la possibilita' di arbitraggio con venti e uno dei ventotto Paesi europei che non hanno attualmente nessun meccanismo d'arbitraggio col Canada (e' il caso della Francia e della Germania). Le imprese canadesi con le risorse finanziarie sufficienti per attaccare i governi europei sono gia' numerose. Ma alcune temono che il capitolo di arbitraggio del CETA sia anche un cavallo di Troia che permettera' a numerose imprese americane di attaccare gli Stati europei -compensando l'attuale stallo di negoziati del Tafta tra Europa e Stati Uniti.
E' vero
E' risaputo che le multinazionali fanno riferimento spesso alla pratica dello “shopping dei trattati”, consistente nel metter piede con loro filiali che beneficiano del trattato di investimento piu' favorevole. L'industria tabacchiera Philip Morris aveva anche ristrutturato la sua organizzazione per essere in grado di attaccare la politica dei pacchetti neutri dell'Australia e di Hong Kong, legati da un accordo di investimento.
Per evitare questo, il CETA esige che un'impresa che lancia una procedura d'arbitraggio contro uno Stato europeo abbia delle “attivita' commerciali sostanziali” in Canada, o sia la filiale di un'impresa canadese. Questo dovrebbe evitare alle multinazionali di acquistare una semplice cassetta postale o di avere una societa' iscritta in Canada con il semplice scopo di attaccare un governo europeo. La denuncia contro l'Australia di Philip Morris, che c'e' stata di recente, aveva comunque confermato che gli arbitri non erano in buoni rapporti con queste manovre opportuniste.
Ma molte filiali canadesi di grandi societa' americane (come McDonald's, Cargill o Monsanto) potranno ben utilizzare il sistema di arbitraggio del CETA, perche' esse dispongono di attivita' realmente su piazza. Ironicamente, alcune imprese europee potrebbero anche rivolgersi contro il proprio Paese passando per la loro filiale canadese, piuttosto che utilizzare la loro giustizia nazionale.

C. Il CETA permettera' alle grandi imprese di contestare delle politiche pubbliche?

Il problema
Contestare delle politiche antitabacco, l'uscita dal nucleare o l'interdizione dell'estrazione del gas delle rocce di mare (shale gaz)… Molte delle recenti vicende controverse degli ISDS erano fondate su una interpretazione molto larga, attraverso i tribunali d'arbitraggio, delle protezioni degli investitori inclusi nei trattati. Bruxelles afferma di aver chiarito i concetti piu' problematici per evitare che tali casi si riproducano.
E' difficile da dire
Il CETA prevede che le imprese dovranno beneficiare di un “trattamento giusto ed equo” e che saranno protette contro ogni discriminazione fondata sulla loro nazionalita' e contro ogni esproprio da parte di un Stato. Il problema risiede nel contenuto di queste clausole: una legislazione che impone alle aziende tabacchiere l'uso di un pacchetto neutro e' una “espropriazione diretta” dei loro diritti di proprieta' intellettuale sul loro logo o un “trattamento” non “giusto ed equo”?
Il Ceta precisa che i governi non devono frustrare le attese legittime delle imprese facendo loro delle dichiarazioni specifiche per incitarle ad investire, prima di deluderle. Problema: per il passato, questo e' stato interpretato dagli arbitri dell'ISDS come un “diritto ad un quadro regolamentare stabile – vincolando i governi a non modificare le loro

leggi, regolamenti e altre misure, anche alla luce di nuove conoscenze o delle scelte democratiche", spiega l'ONG di Bruxelles Corporate Europe Observatory.
Per evitare questo, l'Europa e il Canada hanno introdotto delle clausole per garantire "il loro diritto di regolamentare (…) in vista di realizzare degli obiettivi legittimi in materia di politica, come la protezione della sanita' pubblica, la protezione sociale o dei consumatori, o la promozione e la protezione della diversita' culturale". Il CETA precisa anche che tali misure "non costituiscono una espropriazione indiretta" salvo "in rare circostanze dove l'impatto di una misura o di una serie di misure e' cosi' grave riguardo al loro scopo che a loro sembrano manifestamente eccessive".
Il problema e' che le imprese potrebbero contestare queste definizioni. Per esempio, in un caso recente, TransCanada ha fatto valere che la decisione di Barack Obama di rigettare la costruzione della conduttura Keystone XL non poteva essere giustificata con delle minacce ambientali razionali. Ma secondo una fonte attendibile di questo tipo di arbitraggio. "i tribunali d'arbitraggio si impegnano raramente nel dibattito sulla legittimita'" e l'interesse pubblico di una misura, salvo che essa sia discriminatoria nei confronti di un investitore particolare o sproporzionata".
L'incertezza potrebbe essere regolata attraverso le "interpretazioni vincolanti" che il CETA permette all'Europa e al Canada di prendere se un problema di interpretazione si presenta… a meno che questo genere di dichiarazioni congiunte sia molto raro, perche' le due parti che partecipano al trattato hanno raramente interesse con una questione di arbitraggio.
Il solo settore chiaramente escluso dal campo dell'ICS e' la stabilita' finanziaria: gli Stati avranno la possiblita' di prendere delle "misure ragionevoli" per garantire "l'integrita' e la stabilita' del loro sistema finanziario" o per delle "ragioni prudenziali" -una protezione contro le domande degli investitori nell'eventualita' di una ristrutturazioni del debito (come quello che si e' prodotto in Grecia) o del controllo dei capitali (Cipro).
Al di la' di questi dettagli, il semplice fatto che esiste tanta incertezza sull'interpretazione del CETA potrebbe creare un "effetto paralizzante" sui governi, che si asterrebbero dal rendere decisioni per il bene pubblico per limitare il rischio di essere perseguiti in arbitraggio. Un tale fenomeno e' stato documentato nel caso del Canada e della Nuova Zelanda, che hanno entrambi aggiornato le loro politiche antitabacco per evitare dei processi in ISDS. Una indagine d Buzzfeed ha anche mostrato che le minacce dell'ISDS erano utilizzate da alcune societa' e certi uomini d'affari per eludere dei procedimenti penali.

D. Si puo' avere un CETA senza arbitraggio?

E' possibile pretendere, come l'associazione dei magistrati tedeschi, che le giurisdizioni nazionali siano sufficienti per assicurare la protezione degli investimenti e che nessuna corte speciale sia necessaria, anche se si accetta il principio del CETA?

E' possibile

la prima soluzione consisterebbe di scartare semplicemente tutto il capitolo dell'accordo sulla protezione degli investimenti -cosa che eliminerebbe il bisogno di creare una giurisdizione per assicurarne l'applicazione. Questo significherebbe che il Canada e l'Europa fanno riferimento alla loro legislazione nazionale per proteggere sufficientemente le imprese. E' il caso dell'accordo commerciale concluso nel 2010 tra l'Ue e la Corea del Sud, un modello regolarmente portato ad esempio dalla Commissione europea… che non contiene dei capitoli sugli investimenti, perche' Bruxelles non ne aveva, all'epoca, la competenza.
La seconda opzione sarebbe di conservare il capitolo di protezione degli investimenti, ma di renderlo esecutivo grazie alle giurisdizioni nazionali, piuttosto che attraverso una corte speciale d'investimento. Secondo diverse fonti informate sull'arbitraggio internazionale che sono state contattate, questa non si e' mai realizzata nella storia. "Ma questa creerebbe un precedente per l'Unione Europea: dopo questa, sarebbe difficile per noi domandare dei meccanismi d'arbitraggio nelle nostre negoziazioni con dei Paesi meno sviluppati, poiche' li rifiutiamo nel contesto europeo-canadese", mette in guardia una di esse.

I riferimenti agli articoli trattati nel capitolo 8 del CETA ("investimenti"):
Articolo 8.27 (4).
Articolo 8.30 (1).
"Nessun periodo di raffreddamento" e' imposto prima e dopo il mandato dei giudici
Articolo 8.30 (1).
Articolo 8.12.
Articoli 8.14 et 8.39 (5).
Articolo 8.27 (15).
Articolo 8.28.

Articolo 8.28.
Articolo 8.29.
Questo genere di casi si e' presentato in questi ultimi anni: Lone Pne ha attaccato il Canada sulla moratoria del Quebec sul gas delle rocce-fresche (shale gaz), mentre Abengoa ha attaccato la Spagna sulla fine delle sue sovvenzioni all'energia solare.
Articolo 8.10.
Articolo 8.9 (1).
Articolo8.31.
Capitolo 13, article 16.

(articolo di Maxime Vaudano)